





JUSTICIA CONSTITUCIONAL A DEBATE

VOL. V: CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES DEL AÑO 2024



HUMBERTO  
SIERRA PORTO  
PAULA  
ROBLEDO SILVA  
DIEGO  
GONZÁLEZ MEDINA  
DANIEL  
RIVAS-RAMÍREZ  
(EDITORES ACADÉMICOS)

# JUSTICIA CONSTITUCIONAL A DEBATE

VOL. V  
CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES  
DEL AÑO 2024

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

*Justicia constitucional a debate : Vol. V, Crónicas jurisprudenciales del año 2024 / editores académicos, Humberto Sierra Porto [y otros] ; Liliana Ávila García [y otros]. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2026. -- Primera edición.*

388 páginas : gráficas.  
Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789585064065 (electrónico)

I. Colombia. Corte Constitucional -- 2024 -- Jurisprudencia 2. Derechos civiles -- Aspectos constitucionales -- Colombia -- 2024 3. Divorcio -- Aspectos constitucionales -- Colombia -- 2024 4. Maternidad substituta -- Legislación internacional -- 2024 5. Libertad religiosa -- Aspectos constitucionales -- Colombia -- 2024 6. Derechos económicos y sociales -- Aspectos constitucionales -- Colombia -- 2024 7. Protección del medio ambiente -- Aspectos constitucionales -- Colombia -- 2024 8. Cambios climáticos -- Aspectos constitucionales -- Colombia -- 2024 -- Libros electrónico 9. Racionalización -- Libros electrónicos I. Sierra Porto, Humberto Antonio, editor académico II. Ávila García, Liliana Andrea III. Universidad Externado de Colombia V. Título.

342 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MSR  
Abril de 2026

E-ISBN 978-958-506-406-5

© 2026, HUMBERTO SIERRA PORTO, PAULA ROBLEDO SILVA, DIEGO GONZÁLEZ MEDINA,  
DANIEL RIVAS-RAMÍREZ (EDITORES ACADÉMICOS)

© 2026, 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: abril de 2026

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: María Libia Rubiano Marulanda

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.

LILIANA ÁVILA GARCÍA  
KATHERINE BERMÚDEZ ALARCÓN  
JAIRO ANDRÉS CASTAÑO-PEÑA  
ALEXANDRA CASTRO FRANCO  
DANIELA CORCHUELO URIBE  
MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHÍQUIZA  
DIEGO GONZÁLEZ MEDINA  
AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA  
MARÍA FERNANDA HERRERA BURGOS  
GERMÁN LOZANO VILLEGAS  
SANTIAGO VILLEGAS MOLINA

MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ  
VLADIMIR MARTÍN RAMOS  
LUIS CARLOS PINZÓN CAPOTE  
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ  
DANIEL RIVAS-RAMÍREZ  
PAULA ROBLEDO SILVA  
ÓSCAR RODRÍGUEZ ESCOBAR  
LUISA FERNANDA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ  
CAMILO EDUARDO UMAÑA HERNÁNDEZ  
JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA



## CONTENIDO

Presentación	13
<i>Humberto A. Sierra Porto, Paula Robledo Silva, Diego González Medina y Daniel Rivas-Ramírez</i>	

Prefacio	17
<i>José Fernando Reyes Cuartas</i>	

### DERECHOS DE LIBERTAD E IGUALDAD

Sentencia C-096 de 2024 (Libre desarrollo de la personalidad y divorcio)	25
<i>María Eugenia Gómez Chiquiza</i>	

Sentencia T-232 de 2024 (Maternidad subrogada internacional y riesgo de apatridia)	45
<i>Alexandra Castro Franco</i>	

Sentencia T-357 de 2024 (Prohibición de contenidos dogmáticos en las clases de religión en colegios públicos)	77
<i>Daniel Rivas-Ramírez</i>	

### DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

Sentencia SU-018 de 2024 (El río Anchicayá: principio de precaución y miradas desde la justicia ambiental)	97
<i>Liliana Ávila García</i>	

Sentencia T-123 de 2024 (Desplazamiento por factores ambientales, incluidos hechos asociados al cambio climático)	117
<i>Vladimir Martín Ramos y María Fernanda Herrera Burgos</i>	

Sentencia C-161 de 2024 (La racionalización económica de la ley, análisis de impacto fiscal de los proyectos de ley a propósito de la creación del Ministerio de Igualdad y Equidad)	139
<i>Jairo Andrés Castaño-Peña</i>	

Sentencia SU-169 de 2024 (Requisito de convivencia  
en pensión de sobrevivientes) 161  
*Luisa Fernanda Rodríguez Rodríguez*

Sentencia C-288 de 2024 (Constitucionalidad  
de los pactos colectivos) 181  
*Katherine Bermúdez Alarcón*

#### DEMOCRACIA, IGUALDAD POLÍTICA Y DERECHOS POLÍTICOS

Sentencia C-136 de 2024 (Ley Estatutaria sobre equidad  
de género en altos cargos del Estado) 203  
*Paula Robledo Silva y Daniel Rivas-Ramírez*

Sentencia SU-138 de 2024 (Unificación jurisprudencial  
en torno a las reglas de elección del contralor general  
de la República y los efectos de la nulidad electoral por  
irregularidades en el proceso de elección) 229  
*Germán Lozano Villegas y Santiago Villegas Molina*

Sentencia C-340 de 2024 (Ley estatutaria que expedía  
el nuevo Código Electoral) 249  
*Diego González Medina y Luis Carlos Pinzón Capote*

Sentencia SU-342 de 2024 (Asunto electoral. Derecho  
de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos) 271  
*Augusto Hernández Becerra*

#### ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO

Sentencia SU-016 de 2024 (Flexibilización del estándar  
de valoración probatoria en casos de graves violaciones  
a los derechos humanos) 287  
*Daniela Corchuelo Uribe*

Sentencia SU-029 de 2024 (Responsabilidad civil por el acto terrorista perpetrado por un tercero. Alcance de la obligación de los particulares en relación con el derecho a la paz)	309
<i>María Cecilia M'Causland Sánchez</i>	
Sentencia T-323 de 2024 (Inteligencia artificial generativa y función judicial)	335
<i>Óscar Rodríguez Escobar y Juan Carlos Upegui Mejía</i>	
Auto A-948 de 2024 (Incidente de impacto fiscal de la Sentencia C-489 de 2023 que declaró inexecutable la prohibición de deducir las regalías en el impuesto sobre la renta)	355
<i>Julio Roberto Piza Rodríguez</i>	
Auto 1319 de 2024 (Conflicto de jurisdicciones entre Justicia y Paz y la Jurisdicción Especial para la Paz: el caso de Salvatore Mancuso)	375
<i>Camilo Eduardo Umaña Hernández</i>	



Es un gusto presentar el quinto número 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 en el año 2022, con el objetivo de divulgar, discutir y analizar algunas de las sentencias más importantes que profiere la Corte Constitucional cada año.

En esta oportunidad encontrarán que *Justicia constitucional a debate* 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 del autor o autora de la crónica.

Este quinto número publica comentarios a una selección de algunas de las providencias más importantes que profirió la Corte Constitucional en 2024. Se trata de una muestra, que a pesar de ser pequeña en comparación con las 530 sentencias que expidió durante ese año, es ilustrativa de la calidad de las discusiones y las decisiones de este alto tribunal. No está de más señalar que de ellas, 47 fueron sentencias de unificación, 101 se dictaron en procesos de constitucionalidad y 382 corresponden a decisiones adoptadas por las salas de revisión de tutelas.

A partir de este número, los lectores encontrarán dos novedades frente a las entregas pasadas. Por primera vez incluimos crónicas de sentencias proferidas por las salas de revisión. Este cambio responde a que, durante el año 2024, algunas de las decisiones más controversiales, así como innovadoras fueron de este tipo. Por ejemplo, la Corte Constitucional pasó a la historia al ser el primer tribunal en reconocer el desplazamiento forzado por causas asociadas al cambio climático; así como uno de los primeros en desarrollar reglas para el uso de inteligencia artificial en la administración de justicia.

Sumado este cambio, en este volumen también se incluyó el análisis de un par de autos de la Sala Plena, pues muestran dos competencias especialmente importantes que cumple la Corte y con las que está haciendo

aportes sustanciales a nuestro sistema jurídico. Se trata de las funciones de resolución de conflictos de jurisdicciones y competencia, así como la solución de incidentes de impacto fiscal.

En todo caso, a pesar de estos cambios, se mantiene la estructura tradicional del libro, que hemos utilizado en los volúmenes anteriores. Así pues, empezamos con las sentencias que versan sobre *derechos de libertad e igualdad*, seguimos con aquellas que tienen relación con los *derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. Después con las que tienen que ver con la *democracia, la igualdad política y derechos políticos*, y finalmente con las que se relacionan con la *administración de justicia y debido proceso*.

Así las cosas, en las páginas que siguen encontrarán en primer lugar, tres crónicas relacionadas con providencias sobre *derechos de libertad e igualdad*. Es el caso de las sentencias: C-096 de 2024 sobre divorcio y libre desarrollo de la personalidad, T-232 de 2024 sobre el riesgo de apatridia en contextos de maternidad subrogada internacional y T-357 de 2024, que prohibió los contenidos dogmáticos en las clases de religión impartidas en colegios públicos.

En el segundo segmento sobre *derechos económicos, sociales, culturales y ambientales públicas*, encontrarán las crónicas de las sentencias SU-018 de 2024 que resolvió de manera definitiva el conflicto de las comunidades negras del Río Anchicayá, T-123 de 2024 que reconoció la categoría de desplazamiento forzado por factores ambientales, C-161 de 2024 que analizó el impacto fiscal de la creación del Ministerio de la Igualdad, la SU-169 de 2024 sobre el requisito de convivencia en la pensión de sobrevivientes y la C-288 de 2024 que se pronunció sobre la constitucionalidad de los pactos colectivos.

La tercera parte, incluye las crónicas de sentencias sobre *democracia, igualdad política y derechos políticos*. Esta contiene las de las sentencias C-136 de 2024 que analizó la Ley Estatutaria sobre equidad de género en altos cargos decisorios del Estado, la SU-138 de 2024 que unificó las reglas de elección del contralor general de la República y los efectos de la nulidad electoral por las irregularidades de la elección, la C-340 de 2024 que declaró inexecutable el nuevo Código Electoral y la SU-342 de 2024, sobre el derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

En el último segmento, titulado *administración de justicia y debido proceso*, se incluyen cinco crónicas más. Se trata de las de sentencias

SU-016 de 2024 en la que se flexibilizó el estándar probatorio en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, la SU-029 de 2024 que determinó el alcance de la obligación de los particulares en relación con el derecho a la paz, con ocasión del atentado al Club El Nogal, la T-323 de 2024 que estableció reglas para el uso de inteligencia artificial en la administración de justicia. También las de los autos 948 de 2024, que resolvió el incidente de impacto fiscal de la Sentencia C-489 de 2023 frente a la deducción de regalías en el impuesto de renta; y el 1319 de 2024 que resolvió el conflicto de jurisdicciones entre Justicia y Paz y la JEP, en el caso de Salvatore Mancuso.

Finalmente, no podemos concluir sin agradecer a la Universidad Externado de Colombia y a quienes contribuyeron con sus crónicas a esta obra. Así mismo, a Manuela Losada Chavarro, Juan Sebastián Caicedo y a todo el equipo del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Humberto A. Sierra Porto  
Paula Robledo Silva  
Diego González Medina  
Daniel Rivas-Ramírez



La jurisprudencia constitucional es el camino por el cual transitan los derechos, los principios y los valores de la Carta Política. Durante más de 30 años, las sentencias de la Corte Constitucional han contribuido a materializar la Constitución de 1991 y a hacer realidad las promesas allí consagradas.

A lo largo de los años, la Corte ha proferido alrededor de 22.000 sentencias de tutela y más de 7.000 sentencias de control abstracto. A través de estas ha abordado un universo de temas relacionados con todas las ramas del derecho, pero siempre bajo la óptica de la constitucionalización. Controversias relacionadas con la seguridad social, con los contratos entre particulares, con los límites al poder de reforma de la Constitución, con los derechos más clásicos, como la propiedad o la libertad de expresión, con la eliminación de la violencia contra la mujer, entre muchas otras.

Con su jurisprudencia, el Tribunal ha cumplido una doble función. En primer lugar, ha contribuido a materializar las promesas constitucionales al hacer efectivos los derechos y garantías. Basta con consultar todas las herramientas que se han implementado para luchar contra la desigualdad y la discriminación, como el juicio integrado de igualdad o la construcción de decisiones estructurales para resolver las injusticias sistemáticas que nos aquejan. En segundo lugar, se ha erigido como una frontera para frenar el autoritarismo y contra el abuso del poder. Los límites a la reforma constitucional, el control a la elusión de la revisión judicial y la reciente posibilidad de suspensión provisional de leyes son solo algunas de las herramientas utilizadas por la Corte.

Esta tarea no siempre ha sido fácil. El constitucionalismo de nuestros días se enfrenta a enormes retos. La incursión de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial es un desafío que nos lleva a reflexionar sobre la agencia humana en la aplicación del derecho. Los apremiantes requerimientos para enfrentar la crisis ambiental y sus impactos en la vida humana. La implementación de un diálogo multinivel que maximice la protección de los derechos humanos y, a la vez, permita la autodeterminación de los pueblos. Las formas sutiles y sofisticadas del autoritarismo, que hacen uso del constitucionalismo abusivo para subvertir los fundamentos del Estado de derecho.

El presente libro estudia diferentes decisiones de la Corte que, durante el año 2024, intentaron responder a estos nuevos desafíos, a la vez que afianzaban el terreno avanzado sobre los derechos que alguna vez pensamos garantizados, pero que nunca han dejado de estar bajo la amenaza de la arbitrariedad. Se estudian decisiones en cuatro ámbitos relevantes: los derechos “clásicos” de libertad e igualdad; los derechos económicos, sociales y culturales; la democracia, la igualdad y los derechos políticos; y la administración de justicia y el debido proceso. En este prefacio quiero describir en líneas generales las decisiones que se analizan en detalle en el libro.

En la primera parte, titulada “Derechos de libertad e igualdad”, se reseñan cinco decisiones relacionadas con estas cláusulas constitucionales. Primero, la Sentencia C-096 de 2024, en la que la Corte conoció de una acción pública de constitucionalidad contra la norma que consagra el uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes como causal de divorcio. Segundo, la Sentencia T-232 de 2024, en la cual se estudió el caso de una niña de nacionalidad colombiana nacida en territorio ucraniano y cuyo nacimiento se dio con ocasión de un acuerdo de gestación por sustitución, y quien vio cancelado su pasaporte porque la mujer gestante no tenía un vínculo genético con la niña. Tercero, la Sentencia T-357 de 2024, en la cual se estudió el caso de un colegio que obligaba a una niña que profesaba el cristianismo a asistir a la clase de religión, en la cual se impartían exclusivamente contenidos desde el catolicismo.

Como puede verse, este conjunto de decisiones aborda asuntos “clásicos” en relación con la libertad e igualdad. Las cláusulas centrales son la libertad religiosa, la libertad de conformar una familia, el derecho a la nacionalidad y la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres. Aunque se trata de asuntos de vanguardia —por ejemplo, al estudiar la maternidad subrogada—, también se trata de proteger el terreno ganado en términos de derechos.

Ahora bien, desde la clásica Sentencia T-406 de 1992 ya anunciaba la Corte que, sin garantizar las condiciones materiales de existencia, “los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá[n] a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes”.

Por ello, la segunda parte se ocupa, a través del estudio de seis decisiones judiciales, de los “Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”.

En primer lugar, se analiza la Sentencia SU-018 de 2024, en la cual se conoció una acción de tutela presentada por autoridades públicas en contra del Consejo de Estado, quien había revconocido la responsabilidad estatal por los perjuicios causados a las comunidades asentadas alrededor de la ribera del río Anchicayá como consecuencia del vertimiento de sedimentos al río durante las labores de mantenimiento a la Hidroeléctrica del Bajo Anchicayá. En segundo lugar, la ya célebre Sentencia T-123 de 2024, en la que la Corte estudió el fenómeno del desplazamiento forzado por las inundaciones por crecientes del río Bojabá, que hicieron que los accionantes tuvieran que dejar el predio rural donde residían, y sin que hayan podido regresar. En tercer lugar, la Sentencia C-161 de 2024, en la cual se estudió una demanda ciudadana contra la ley que creó el Ministerio de Igualdad y Equidad por no respetar el principio de sostenibilidad fiscal.

En cuarto lugar, la Sentencia SU-169 de 2024, en la que la Corte revocó una decisión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia por incurrir en un error al exigir a una cónyuge separada de hecho que acreditara cinco años de convivencia con el causante para efectos del reconocimiento de una pensión de sobreviviente. En quinto lugar, en la Sentencia C-288 de 2024 se estudió una acción pública contra las normas que permiten la suscripción de pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados.

Este conjunto de decisiones abarcó asuntos relacionados con el derecho al ambiente sano, la participación de las comunidades indígenas, las garantías de la seguridad social, el impacto fiscal y el derecho a la negociación colectiva. Se trata tanto de asuntos “fronterizos” y novedosos –como la decisión relativa al desplazamiento forzado por causas ambientales–, como de insistir en el respeto del precedente ya fijado por la Corte –como en el caso del derecho a la participación de las comunidades étnicas–.

En la tercera parte del libro, titulada “Democracia, igualdad política y derechos políticos”, se analizan aquellas decisiones que reforzaron el carácter democrático del Estado social de derecho. Se trata de cuatro casos que enfatizan en el derecho a elegir y ser elegido en sus diferentes dimensiones. Primero, la Sentencia C-136 de 2024, en la cual se llevó a cabo el control previo del proyecto de ley estatutaria sobre equidad de

género en altos cargos del Estado. Segundo, la Sentencia SU-138 de 2024, en la que se conoció una acción de tutela contra providencia judicial de la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró la nulidad del proceso de elección del contralor general de la República. Tercero, la Sentencia C-340 de 2024, en la que se adelantó el control previo sobre el proyecto de ley estatutaria mediante el cual se expidió el Código Electoral y se concluyó que este era inconstitucional por vicios de procedimiento. Cuarto, la Sentencia SU-342 de 2024, en la que se conoció una acción de tutela contra providencia judicial del Consejo de Estado mediante la cual, como medida cautelar, se suspendió la elección de un magistrado del Consejo Nacional Electoral.

En estas decisiones la Corte ejerció el control abstracto sobre importantes leyes para salvaguardar las reglas del juego democrático. En concreto, a mi juicio es relevante cómo en la Sentencia C-340 de 2024 se enfatizó en que el sistema electoral es un “conjunto de variables o reglas técnicas cuyo objeto es determinar el modo en que los votos –emitidos en ejercicio de la función electoral– se transforman en representación popular o en decisiones adoptadas mediante los mecanismos de participación ciudadana”. Además, mediante sus decisiones de control concreto, la Corte buscó asegurar que la tarea judicial en materia electoral se ajustara a las reglas previstas en el ordenamiento jurídico y se maximizara el principio representativo en lo relativo a la elección de funcionarios.

En la cuarta y última parte del libro, titulada “Administración de justicia y debido proceso”, se estudiaron siete decisiones, entre autos y sentencias, que se relacionan con estos importantes valores constitucionales. En primer lugar, en la Sentencia SU-016 de 2024 se reiteró la ya asentada línea jurisprudencial sobre la necesidad de realizar una flexibilización probatoria en los casos de graves violaciones de derechos humanos para efectos de determinar la responsabilidad del Estado. En segundo lugar, en la Sentencia SU-029 de 2024 se estudió el caso de la reparación a las víctimas del atentado contra el club El Nogal y se estudió la responsabilidad de los particulares por actos de terrorismo. En tercer lugar, en la Sentencia T-323 de 2024 se fijaron los parámetros para el uso de la inteligencia artificial en la administración de justicia y se ordenó a diferentes entidades emitir lineamientos en la materia.

En cuarto lugar, mediante el Auto 948 de 2024 se rechazó el incidente de impacto fiscal presentado por el Gobierno nacional frente a la Sentencia C-489 de 2023, en la cual se declaró la inexecutable de la reforma tributaria que impactó las regalías. En quinto lugar, en el Auto 1319 de 2024 se estableció que la Jurisdicción Especial para la Paz no tiene competencia sobre personas desmovilizadas de grupos paramilitares según el Acuerdo Final de Paz y sus normas de implementación, por lo que estas personas deben ser juzgadas por las autoridades judiciales de Justicia y Paz.

Así, con este conjunto de decisiones reseñadas en la cuarta parte se enfatizó en las reglas que deben seguir los jueces al resolver los diferentes asuntos –de violencia de género, de justicia transicional, de responsabilidad del Estado– que llegan a sus despachos. A la vez, se abordaron asuntos novedosos como el uso de la inteligencia artificial, materia que será objeto de estudio por parte de la jurisdicción en los años venideros.

Como puede verse, y como he tratado de expresar a lo largo de este prefacio, la jurisprudencia de la Corte transitó, como lo ha hecho durante más de 30 años, entre lo nuevo y lo viejo. Entre la defensa de lo que ya está consolidado y la expansión del constitucionalismo a nuevas fronteras. Este libro contribuye a esta historia para mostrar, con un estudio detallado y profundo de cada una de las decisiones, los caminos por los cuales avanza la jurisprudencia para materializar las promesas constitucionales, tan apremiantes ahora como lo fueron para los constituyentes en 1991.

José Fernando Reyes Cuartas  
Presidente de la Corte Constitucional  
Febrero de 2024 – febrero de 2025



## DERECHOS DE LIBERTAD E IGUALDAD



MARÍA EUGENIA GÓMEZ CHÍQUIZA\*

*Sentencia C-096 de 2024*  
*(Libre desarrollo de la personalidad y divorcio)*



LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD VS.  
AUTONOMÍA INDIVIDUAL EN EL MATRIMONIO.  
ESTUDIO DE LA CAUSAL QUINTA DE DIVORCIO  
A PARTIR DE LA SENTENCIA C-096 DE 2024

I. CONTEXTO

La Sentencia C-096 de 2024 resuelve una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por el ciudadano Camilo Andrés Montero Jiménez contra el numeral 5 del artículo 154 del Código Civil (C.C.), el cual establece, como causal subjetiva de divorcio, “5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica”.

El demandante sostiene que esta disposición vulnera el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y el principio de la dignidad humana del cónyuge consumidor, al imponerle consecuencias patrimoniales a su ejercicio de la libertad individual.

A partir de lo expuesto, la Corte plantea como problema jurídico determinar si esta causal de divorcio atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana del cónyuge consumidor, teniendo en cuenta que, de configurarse, conlleva la imposición de obligaciones patrimoniales como el pago de alimentos y la revocación de donaciones realizadas a causa del matrimonio, por su calidad de causal subjetiva.

Con el fin de dar respuesta a dicho problema jurídico, la Corte adopta una metodología que aborda, en primer lugar, la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el consumo de sustancias psicoactivas. En segundo lugar, analiza la relevancia de este derecho en el ámbito matrimonial y su interacción con los principios que rigen la institución del matrimonio.

---

\* Docente investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogada, especialista en Derecho de Familia e Infancia y en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Derechos Humanos y Protección Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha (España); magíster en Derecho de Familia e Infancia de la Universidad de Barcelona (España). Contacto: maria.gomez2@uexternado.edu.co

Respecto del primer punto, la Corte precisa que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de estar reconocido como un derecho fundamental en el artículo 16 de la Constitución Política (C.P.), guarda una estrecha relación con la dignidad humana. Este vínculo radica en que dicho derecho “reconoce el incomparable valor ético que tiene cada individuo y funda en él la facultad de obrar con libertad”<sup>1</sup>. Asimismo, la Corte reitera que el poder regulador del Estado no puede interferir en acciones ejercidas bajo la autonomía plena de su titular, salvo que estas afecten a terceros o contravengan el orden jurídico.

En relación con lo anterior, se refiere a los llamados “comportamientos no interferidos” como aquellas conductas que “son expresiones propias del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad”<sup>2</sup>. En consecuencia, el Estado no puede intervenir en ellas, siempre que su ejercicio se limite al individuo que las realiza y no afecte a terceros.

Por otro lado, en cuanto a la dignidad humana dentro de este contexto, la Corte la vincula con la noción de *vivir como se quiere*, entendida como el “respeto a la autonomía de la persona y la posibilidad de desarrollar su propio plan de vida, acorde con las características de cada individuo”<sup>3</sup>. De este modo, corresponde al Estado garantizar y respetar las distintas formas de autonomía, en la medida en que no generen perjuicios a terceros ni vulneren el orden jurídico.

Para resolver esta demanda, también se analiza la evolución de la jurisprudencia constitucional respecto a la regulación de la dosis mínima en Colombia. En este sentido, destaca la Sentencia C-221 de 1994, en la cual se despenalizó el porte y consumo de la dosis personal por considerar que su penalización vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Paralelamente, se hace referencia al Acto Legislativo 02 de 2009, en torno al cual se debatió si su contenido implicaba sanciones o restricciones al porte de la dosis mínima. Sin embargo, se concluyó que dicho acto establecía “un conjunto de medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico, que tiene fines preventivos y

---

1 Corte Constitucional. Sentencia C-096 de 2024.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 2013.

3 Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2018.

rehabilitadores”<sup>4</sup>, sin que ello significara la reintroducción de sanciones penales para el consumo personal.

Dado al carácter relativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se hace mención en la sentencia a las disposiciones que regulan el consumo de sustancias en el ámbito laboral, en las cuales se busca garantizar el adecuado ejercicio de la función pública y el desempeño eficiente del trabajador. Asimismo, en el caso de las fuerzas militares, la normativa establece que constituye una falta grave disciplinaria prestar el servicio en condiciones de “pérdida, disminución o perturbación transitoria de las facultades cognitivas y sensoriales”<sup>5</sup>, dado que dicha circunstancia compromete la seguridad y el cumplimiento de los deberes propios de la función castrense.

Respecto del segundo punto de estudio, esto es, la relevancia de este derecho en el ámbito matrimonial, la Corte destaca el nexo entre la decisión personal de conformar una familia y unirse en virtud del matrimonio, conforme a lo dispuesto por el artículo 42 C.P., y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este vínculo se fundamenta en el hecho de que la elección de contraer matrimonio es una manifestación de la autonomía personal y constituye un “acto de libertad individual”<sup>6</sup>, en el que cada persona define su proyecto de vida según sus propias convicciones y aspiraciones.

En este sentido, la Constitución confiere al Legislador la facultad de regular la configuración jurídica del matrimonio, en tanto no es una institución de libre disposición de las partes, sino que se encuentra sujeta a un marco normativo que rige su conformación y efectos. En ejercicio de esta competencia, el Legislador tiene la potestad de establecer las causales y formas para la disolución del vínculo matrimonial. No obstante, dicha regulación debe obedecer a un *ejercicio razonable*, donde se asegure “el respeto a la libertad individual de los miembros de la familia”<sup>7</sup>.

---

4 Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 2011.

5 Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-096 de 2024.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-482 de 2003.

La sentencia señala que la jurisprudencia y la doctrina han clasificado las causales de divorcio entre objetivas y subjetivas. Las objetivas se basan en la “ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio”<sup>8</sup> y pueden ser invocadas por cualquiera de los cónyuges sin requerir valoración judicial de la conducta, mientras que las subjetivas derivan del incumplimiento de deberes conyugales y solo pueden ser alegadas por el cónyuge que no ha dado lugar a los hechos, e implican consecuencias patrimoniales para el cónyuge responsable, como el pago de alimentos y la revocación de donaciones, según el artículo 162 C.C.

Finalmente, se destaca la obligación del Legislador de garantizar la existencia del “libre consentimiento, consustancial al contrato matrimonial”<sup>9</sup>. Este consentimiento no solo debe estar presente en el momento de la celebración del vínculo, sino también a lo largo de su duración, asegurando así la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, cuando desaparezcan los presupuestos que dieron origen al matrimonio, el Legislador debe permitir que los cónyuges soliciten su disolución formal<sup>10</sup>.

## II. ARGUMENTOS RELEVANTES DEL ACCIONANTE E INTERVENCIONES

### I. ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE

A criterio del accionante, el Legislador violó el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de la dignidad humana, al establecer como causal de divorcio el “uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica”<sup>11</sup>, e imponerle unas consecuencias económicas ante su acreditación, puesto que, a su juicio, el consumo de sustancias se encuentra dentro del ámbito de libertad de cada individuo, en el que el Estado no debe tener injerencia.

---

8 Corte Constitucional. Sentencia C-1495 de 2000.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-821 de 2005.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-821 de 2005.

11 Art. 154 de la Ley 84 de 1873.

En apoyo a su argumento, cita la Sentencia C-253 de 2019, que declaró inexecutable la prohibición del consumo de sustancias psicoactivas y bebidas alcohólicas en espacios públicos. En dicha decisión, la Corte señaló que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad incluye la protección del porte y consumo de la dosis personal”<sup>12</sup>, y reiteró que el Estado no puede interferir en las decisiones individuales cuando estas no afecten a terceros y se limiten a la esfera personal del individuo. Con base en ello, el accionante concluye que “el consumo habitual de estas sustancias forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad”<sup>13</sup>, por lo que una causal de divorcio no puede estar sustentada en un derecho amparado constitucionalmente.

Asimismo, el accionante fundamenta su petición de inconstitucionalidad en la Sentencia C-394 de 2007, en la que se reconoce que, si bien el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para establecer las causales de divorcio, dichas disposiciones no pueden desconocer las garantías fundamentales inherentes al vínculo matrimonial, como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

Por último, el accionante argumentó que la causal demandada no está dirigida a sancionar las eventuales consecuencias perjudiciales del consumo habitual dentro del ámbito familiar, como la violencia o el maltrato, toda vez que estas conductas ya están contempladas en otras causales subjetivas de divorcio. En cambio, la norma restringe las libertades personales al penalizar una conducta que, por sí sola, es inocua y no genera afectaciones a terceros.

## 2. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

El Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó a la Corte dictar un fallo inhibitorio, argumentando que la demanda no cumplía con los requisitos de certeza, especificidad y suficiencia, lo que impedía un pronunciamiento de fondo por parte del alto tribunal.

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-253 de 2019.

<sup>13</sup> *Ibid.*

Respecto a la certeza, sostuvo que el accionante interpretó erróneamente la norma demandada al aplicar sin distinción la jurisprudencia sobre comportamientos no interferidos a un contexto distinto, como el matrimonio. En su criterio, el demandante desconocía la naturaleza jurídica del matrimonio, que implica obligaciones recíprocas, y asumió que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho absoluto dentro de esta institución.

En cuanto a la especificidad, alegó que la demanda no formulaba un cargo concreto de inconstitucionalidad, sino que confundía el tratamiento jurisprudencial del porte y consumo de sustancias psicoactivas en espacios públicos con las consecuencias jurídicas del consumo habitual en el matrimonio, lo que debilitaba su argumentación y no permitía establecer una contradicción verificable con la Constitución.

Sobre la suficiencia, indicó que la demanda no aportaba elementos de juicio sólidos para generar una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de la norma. A su juicio, el análisis del accionante era subjetivo y no demostraba con claridad cómo la disposición vulneraba directamente los derechos fundamentales invocados.

### 3. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación solicitó a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del numeral demandado, argumentando que, si bien la norma restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dicha limitación es razonable y compatible con la Constitución, pues supera el *test* de razonabilidad.

Según la Procuraduría, la norma persigue una finalidad legítima, al garantizar la autonomía del cónyuge no consumidor, permitiéndole elegir su proyecto de vida emocional y familiar y protegiendo derechos fundamentales como la dignidad humana, la integridad personal y la protección de los menores de edad. Además, consideró que la medida es idónea para cumplir los fines constitucionales, ya que las causales de divorcio están diseñadas para permitir la disolución del vínculo matrimonial cuando la convivencia se vea afectada.

En cuanto a la necesidad, la entidad sostuvo que la norma brinda al cónyuge afectado la posibilidad de solicitar el divorcio de manera individual,

permitiéndole salvaguardar sus derechos fundamentales en caso de que el consumo habitual de sustancias psicoactivas de su pareja comprometa su bienestar. Asimismo, resaltó que la disposición es proporcionada, pues no prohíbe el consumo de sustancias ni impone el divorcio de forma automática, sino que deja en manos del cónyuge afectado la decisión de demostrar la situación y acudir ante la autoridad competente para solicitar la disolución del vínculo.

Con base en estos argumentos, la Procuraduría concluyó que la norma establece una restricción legítima y justificada, por lo que solicitó a la Corte Constitucional declarar su exequibilidad.

#### 4. INTERVENCIÓN DE LA DIRECCIÓN DE POLÍTICA DE DROGAS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

La Dirección de Política de Drogas del Ministerio de Justicia, a diferencia de la postura oficial de la entidad, respaldó la demanda de inconstitucionalidad y solicitó a la Corte declarar la inexecutable de la norma. En su intervención, afirmó que la causal de divorcio en cuestión contribuye a una narrativa estigmatizante contra los consumidores de sustancias psicoactivas, reforzando prejuicios sin una justificación constitucional válida. Sostuvo que el consumo habitual de estas sustancias no siempre es problemático y que la norma impone una restricción desproporcionada al derecho al libre desarrollo de la personalidad, penalizando una conducta que, en muchos casos, no genera perjuicios a terceros. Además, resaltó que esta disposición es incompatible con la nueva política de drogas del Gobierno Nacional, la cual busca un enfoque basado en la salud pública y la reducción de daños, en lugar de medidas represivas o punitivas<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> La nueva política antidrogas del Gobierno Nacional tiene por nombre “Sembrando vida desterramos el narcotráfico” y, según se indica por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho, se fundamenta en las competencias establecidas en el Decreto Ley 2897 de 2001, en el Decreto 1427 de 2017 y en la Ley 2294 de 2023.

## III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Sala Plena de la Corte consideró que la disposición demandada, esto es, el numeral 5 del artículo 154 C.C., plantea una tensión entre el derecho del cónyuge no consumidor a definir su proyecto de vida dentro del matrimonio y el derecho del cónyuge consumidor al libre desarrollo de la personalidad. El tribunal concluyó, en virtud del principio de armonización concreta, que la solución adecuada no era la declaratoria de inexecutable de la norma, sino su exequibilidad condicionada, eliminando las consecuencias patrimoniales derivadas de su aplicación.

La Corte se planteó como problema jurídico determinar si la norma demandada vulneraba los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana del cónyuge consumidor, en la medida en que su condición de causal subjetiva generaba efectos económicos adversos, como el pago de alimentos y la revocación de donaciones. Para abordar esta cuestión, el tribunal constitucional evaluó el contenido y los alcances de la norma, la finalidad perseguida por el Legislador y su compatibilidad con los principios constitucionales.

## I. ANÁLISIS DE LA NORMA DEMANDADA Y SU ALCANCE

En primer lugar, la Sala Plena precisó el sentido jurídico del concepto “sustancias alucinógenas o estupefacientes” y el significado de “habitualidad del consumo”. En este punto, se refirió a la variedad de términos legales para hacer alusión a las sustancias psicoactivas, siendo definidas en el caso concreto como aquellas “sustancias que alteran la conciencia de quien las usa”. En cuanto a la *habitualidad* del consumo de sustancias psicoactivas, determinó que es un concepto relativo, ya que se estudia desde un punto de comparación del que dependen diferentes factores.

A partir de las intervenciones presentadas en el proceso por parte de entidades y organizaciones, la Corte pasó a establecer las características del consumo habitual, las cuales son: i) el aumento en frecuencia y cantidad del consumo, diferente al uso esporádico; ii) el hecho de que se vuelve parte relevante de la vida del consumidor; iii) que no existe compulsión para el consumo; iv) que no supone la existencia de una psicopatología para el consumidor, y v) que no conlleva riesgos para el consumidor, ya que

depende de diversos factores, como el tipo de sustancia y las condiciones del entorno del consumidor, entre otros<sup>15</sup>.

No obstante, la Corte diferenció entre el “consumo habitual” y el “consumo problemático”, siendo el primero aquel que se considera inocuo frente a terceros, en contraposición al segundo, el cual es nocivo tanto para el consumidor como para su entorno, y que, de configurarse, puede dar lugar a otras causales de divorcio.

## 2. FINALIDAD DE LA NORMA DEMANDADA

En cuanto a la finalidad de la norma, la Corte estableció que su propósito no es la protección de la niñez o la prevención de la violencia intrafamiliar, pues estas situaciones ya están reguladas en otras causales de divorcio. El objetivo central de la disposición es, más bien, permitir que el cónyuge no consumidor pueda disolver el vínculo matrimonial cuando considere que el consumo habitual de su pareja es incompatible con su plan de vida. Esta justificación encaja dentro del marco del derecho a la autonomía individual, reconocido en la jurisprudencia constitucional.

Seguidamente, la Corte hizo un análisis sobre el nexo de causalidad entre el consumo habitual de sustancias psicoactivas y la violencia doméstica. Preciso que la violencia doméstica es un fenómeno *multicausal*, que puede existir con o sin la presencia del consumo de estas sustancias, y que existen otros factores que pueden dar origen a los hechos violentos, como problema estructural de la sociedad. Por tanto, a partir de las intervenciones aportadas para desarrollar este punto, el tribunal estableció que “no existe evidencia científica que sustente la asociación entre el consumo habitual de sustancias psicoactivas y la violencia doméstica”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte reiteró que la legislación civil contempla otras causales de divorcio orientadas a la prevención, protección y sanción del cónyuge responsable en casos de violencia doméstica o de cualquier otra índole, independientemente de si esta ocurre en un contexto de consumo de sustancias alucinógenas o no. Así las cosas, la causal 2.<sup>a</sup> establece como causal subjetiva de divorcio “el grave e injustificado

---

15 Corte Constitucional. Sentencia C-096 de 2024, pág. 144.

incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”<sup>16</sup>, mientras que la causal tercera dispone que también lo son “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra”<sup>17</sup>.

En consecuencia, cuando el consumo de sustancias psicoactivas derive en episodios de violencia, la norma aplicable no será la causal 5, sino aquellas específicamente diseñadas para la protección frente al maltrato y la violencia. Lo anterior refuerza el entendimiento de acuerdo con el cual el único propósito de la causal demandada es garantizar la autonomía del cónyuge no consumidor, permitiéndole decidir si la conducta de su pareja es compatible con su plan de vida.

Otro objeto de análisis en la sentencia se dirigió al deber del Estado de proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a las sustancias psicoactivas. En este apartado se hizo énfasis en el deber del ordenamiento jurídico de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los niños, en particular, el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que los Estados “adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas”<sup>18</sup>, en consonancia con las disposiciones nacionales.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha destacado la importancia de la educación como herramienta fundamental para prevenir el consumo de sustancias psicoactivas en menores de edad. Al respecto, ha señalado que los Estados deben adoptar estrategias educativas y campañas de sensibilización dirigidas a niños, adolescentes, familias y comunidades, con el fin de brindar información clara sobre los riesgos del consumo, promover estilos de vida saludables y fortalecer factores de protección frente a las adicciones<sup>19</sup>.

---

16 Art. 154, num. 2 de la Ley 84 de 1873.

17 Art. 154, num. 3 de la Ley 84 de 1873.

18 Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

19 Comité de los Derechos del Niño. Observación General n.º 4 de 2003.

De lo anterior se deriva la obligación de los padres de familia de “amparar a los menores de edad frente al acceso, exposición y consumo de estas sustancias”, así como de “proporcionar una información correcta, adecuada y suficiente sobre los efectos nocivos que conlleva esta conducta”, un supuesto que, en caso de ser incumplido, estaría amparado por la causal 2.<sup>a</sup> de divorcio, con la que se garantiza dicha protección.

### 3. PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA

La colisión entre los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, por una parte, del cónyuge que no desea vivir en matrimonio con una persona que consume habitualmente sustancias psicoactivas, y, por otra, del otro cónyuge que desea consumir tales sustancias sin tener consecuencias patrimoniales como causa de la disolución del matrimonio, se resuelve conforme al principio de armonización concreta.

Este principio busca el arreglo fáctico y jurídico entre dos derechos fundamentales en colisión y en su aplicación obtener la máxima realización posible de todos los derechos involucrados, sin preferir un derecho respecto del otro. Para el caso en particular, se constató que la norma demandada pretendía regular un comportamiento no interferido, como lo es el consumo de sustancias alucinógenas de uno de los cónyuges en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, y, por otra parte, la autonomía individual del otro cónyuge que no desea mantener un vínculo matrimonial contrario a su proyecto de vida.

### 4. CUESTIONES FINALES

En las consideraciones finales, la Corte abordó la naturaleza jurídica de la causal demandada, señalando que no encaja dentro de la clasificación tradicional de causales objetivas y subjetivas. De un lado, al no ser atribuible culpa a ninguno de los cónyuges, no puede ser considerada una causal subjetiva, y, de otro lado, al ser invocada únicamente por el cónyuge que resulte afectado, queda excluida de las causales objetivas.

Por esta razón, además de derivar de la aplicación del principio de armonización concreta, la Corte ubica esta causal dentro de un “tercer conjunto”, al cual también pertenece la causal 6.<sup>a</sup>, según lo establecido en

el estudio de constitucionalidad realizado mediante Sentencia C-246 de 2002<sup>[20]</sup>.

Como solución, la Sala Plena declaró la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido de que su aplicación no genera consecuencias patrimoniales para el cónyuge consumidor. En consecuencia, el consumo habitual de sustancias psicoactivas sigue siendo causal de divorcio, pero sin que ello implique la imposición de cuota alimentaria o la revocación de donaciones a cargo del cónyuge consumidor.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

La Sentencia C-096 de 2024 representa un aporte en la protección al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, puesto que reconoce que el consumo habitual de sustancias psicoactivas por parte de uno de los cónyuges no puede ser sancionado con consecuencias patrimoniales en el divorcio. Sin embargo, su análisis no puede limitarse al estudio del derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge que consume, ni al de la autonomía individual para definir su proyecto de vida respecto del otro cónyuge; por el contrario, la labor del juez constitucional, debe considerar un enfoque más amplio que tenga en consideración la dinámica familiar, la protección de los hijos, la eventual afectación al cónyuge no consumidor y al patrimonio familiar.

Como lo señala la sentencia, la ausencia de consecuencias patrimoniales para el cónyuge que ha incurrido en el consumo de sustancias psicoactivas no implica necesariamente que el juez deba ignorar los efectos en el entorno familiar, dado que obligatoriamente él debe adoptar en el mismo

---

20 La Sentencia C-246 de 2002 estableció que ciertas causales de divorcio no encajan dentro de la clasificación tradicional en objetivas y subjetivas. En particular, la Corte reconoció la existencia de un “tercer conjunto” de causales, caracterizadas por no estar basadas en la culpa de alguno de los cónyuges, pero que solo pueden ser invocadas por el cónyuge afectado. En este grupo incluyó la causal sexta del artículo 154 C.C., referida a la enfermedad o discapacidad grave e incurable de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud mental o física del otro e imposibilite la comunidad matrimonial.

fallo decisiones respecto de la responsabilidad parental<sup>21</sup>, tales como custodia, visitas y fijación de cuota alimentaria de los hijos menores de edad, así como respecto del cónyuge inocente. Y más adelante, el mismo juez, también deberá tener en cuenta esta misma situación cuando en la liquidación de la sociedad conyugal se verifique el detrimento que el consumo de sustancias alucinógenas haya ocasionado en la configuración y conservación del patrimonio conyugal.

Respecto de los hijos menores de edad, resulta fundamental no perder de vista el principio del “interés superior del menor”, el cual debe prevalecer en cualquier decisión que involucre a niños, niñas y adolescentes conforme al artículo 44 C.P. y los estándares internacionales en materia de derechos de la infancia<sup>22</sup>. Aunque la sentencia se centró en la autonomía de los cónyuges en el matrimonio y su facultad para decidir sobre la continuidad del vínculo conyugal, esta autonomía no puede menoscabar el bienestar de los niños y la garantía de sus derechos, aunque nada al respecto haya sido invocado como causal de divorcio.

En este sentido, el juez debe evaluar si el consumo habitual de sustancias psicoactivas por parte de uno de los cónyuges representa un riesgo para sus hijos menores de edad, al dar lugar a una exposición temprana a las sustancias psicoactivas<sup>23</sup>, lo que justificaría la adopción de medidas como la restricción en el ejercicio de la custodia o la implementación de un régimen de visitas vigiladas o supervisadas. Para ello, resulta fundamental realizar, aun oficiosamente, pruebas de idoneidad parental y determinar el impacto del consumo en la relación con los hijos menores de edad.

Si bien la preservación de la relación entre padres e hijos es un objetivo del derecho de familia, el régimen de visitas o comunicación entre estos no puede prevalecer sobre la garantía de los derechos fundamentales de

---

21 Art. 14 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.

22 Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

23 Diversos estudios sobre el consumo de sustancias alucinógenas entre los niños, niñas y adolescentes han concluido que un factor de riesgo en esta población está asociado al consumo de dichas sustancias por parte de los padres de familia, pues los menores son más susceptibles y vulnerables a los factores externos, lo que conduce a problemas de conducta o a la réplica del mismo patrón. Véase: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-089-de-2019.pdf>

los niños, por lo que, se reitera, justifica que el juez adopte medidas, que no pueden ser vistas como sanciones e incumplimiento del fallo constitucional, y asegure el bienestar integral y que los niños crezcan en un entorno seguro.

Adicionalmente, el Código Civil prevé causales de pérdida o suspensión de la patria potestad<sup>24</sup>. En este contexto, el juez que conoce de un proceso de divorcio en el que se ha invocado la causal aquí analizada, podría evaluar si el consumo habitual de sustancias afecta negativamente a los hijos menores de edad, por ejemplo, si se les ha inducido al consumo, si se ha comprometido la seguridad física, emocional o moral de los hijos, o si se ha generado negligencia en sus cuidados, como lo ha indicado la jurisprudencia<sup>25</sup>, o si se ha fomentado un ambiente inadecuado para su desarrollo.

En estos escenarios, el juez debe también revisar la situación fáctica a la luz de las causales de pérdida o suspensión de la patria potestad, lo que justificaría un pronunciamiento al respecto en la misma sentencia de divorcio<sup>26</sup>. Este aspecto resulta fundamental, por cuanto el ámbito individual compromete el bienestar de los niños y de la familia.

Respecto del cónyuge no consumidor, la sentencia no hace referencia a que las situaciones vividas en el entorno familiar con ocasión de esa conducta, aunque no necesariamente sean violentas, pueden haber derivado en un daño físico, psicológico o emocional, lo cual, una vez acreditado, podría dar lugar a la correspondiente reclamación de perjuicios y su reparación.

Otro aspecto a tener en cuenta se relaciona con el análisis de la hipótesis en la cual el consumo habitual de sustancias psicoactivas haya conducido a un detrimento patrimonial familiar, ya sea por el uso indebido de recursos de la sociedad conyugal o por la disposición de bienes en función del consumo, por la adquisición de deudas para este fin o por una disminución significativa de los ingresos y del patrimonio familiar, lo cual claramente afecta la equidad en la liquidación del régimen económico matrimonial, sin desconocer que también pueden verse afectados los alimentos que por ley se deben a los hijos o a los padres. Ante esta situación, de igual manera,

---

24 Art. 315 de la Ley 84 de 1873.

25 Corte Constitucional. Sentencia T-090 de 2007.

26 Art. 389 de la Ley 1564 de 2012.

aunque no necesariamente representa una sanción de carácter económico, el juez deberá revisar la posibilidad de una compensación a favor del cónyuge patrimonialmente afectado cuando se adelante la liquidación de esa sociedad conyugal.

En conclusión, la Sentencia C-096 de 2024 acierta al declarar la constitucionalidad de la causal 5 del artículo 154 C.C. y eliminar las consecuencias económicas, ya que reconoce la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. No obstante, como se describe, el enfoque dado por la Corte Constitucional resulta insuficiente por cuanto tiene una mirada que se limita principalmente al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge, y deja de lado consecuencias que pueden derivarse del consumo habitual de sustancias alucinógenas y que no necesariamente deban ser alegadas como causales adicionales para el pronunciamiento integral por parte del juez.

Resulta de gran relevancia que, si bien la Corte Constitucional no lo dijo como hubiera sido deseable, el juez que conoce de esta clase de procesos cuenta con un gran margen de discrecionalidad —*ultra o extra petita*— para adoptar decisiones consecuenciales al consumo de sustancias alucinógenas por parte de uno de los cónyuges —ya sean pecuniarias o no pecuniarias diferentes a los alimentos como sanción o la revocación de donaciones—, pero que resultan necesarias para la protección y garantía de los derechos de los hijos menores de edad y del otro cónyuge que no haya dado lugar a los hechos.

Este pronunciamiento en sede de constitucionalidad era una oportunidad importante para que la Corte Constitucional sentara una posición clara sobre cómo debe abordarse el impacto del consumo de sustancias psicoactivas en el entorno familiar y su aplicación en el derecho de familia. Al no haberlo hecho, es a los jueces de familia a quienes les corresponde, en cada caso concreto, analizar la situación y garantizar los derechos fundamentales que entran en juego, aplicando, eso sí, la perspectiva de género y la especial protección de los derechos de los más vulnerables en el núcleo conyugal.

REFERENCIAS

- Acosta Patiño, Isabel. *La patria potestad en Colombia desde un enfoque legal y jurisprudencial*, tesis de grado, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/88fd2030-4723-400e-87f9-bbb30d2cd8e2/content>
- Castro-González, Andrea. *La asignación de la custodia y protección personal de las niñas, niños y adolescentes en Colombia: derechos y obligaciones de los padres*, trabajo de grado, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2017. Disponible en: <https://repositorio.ucatolica.edu.co/entities/publication/ac80ec93-1ec9-4b40-9104-92058d9d9621>
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General n.º 4 de 2003.
- Dishion, Thomas J.; Nelson, Sarah E. y Bullock, Bernadette Marie. “Premature adolescent autonomy: Parent disengagement and deviant peer process in the amplification of problem behaviour”, *Journal of Adolescence*, 2004, pp. 515-530. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.adolescence.2004.06.005>.
- Estrada Vásquez, Mayerly. “La evaluación psicológica forense en el contexto de familia: custodia y patria potestad”, *MLS Psychology Research*, 5(1), 2022. DOI: <https://doi.org/10.33000/mlspr.v5i1.801>.
- Observatorio de Drogas de Colombia. *Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas Colombia en población escolar 2022*, Bogotá, Ministerio de Justicia y Ministerio de Educación Nacional, 2022. Disponible en: <https://www.min-justicia.gov.co/programas-co/ODC/Documents/Publicaciones/Estudio%20nacional%20escolares.pdf>
- Rubio, María Jimena. *Límites a la custodia compartida en Colombia: ausencia de regulación específica sobre restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos*, tesis de grado, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2022.
- Silva Sánchez, Antonio; Daza Rojas, Julie y Perkumiené, Dalia. “La regulación de los derechos y obligaciones de carácter no patrimoniales entre los cónyuges en la jurisprudencia española, colombiana y lituana”, *Derecho Global. Estudios sobre*

*Derecho y Justicia*, V(14), 2020, pp. 17-46. DOI: <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v5i14.309>.

Vial-Dumas, Manuel. “Pagar la culpa: matrimonio, divorcio y responsabilidad en la tradición jurídica occidental”, *Revista de Derecho Privado*, 2019, n.º 37, pp. 31-55. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.03>.

Volkow, Nora D.; Koob, George F. y McLellan, A Thomas. “Neurobiologic advances from the brain disease model of addiction”, *The New England Journal of Medicine*, 374(4), 2016, pp. 363-371. DOI: <https://doi.org/10.1056/NEJMr1511480>.



ALEXANDRA CASTRO FRANCO\*

*Sentencia T-232 de 2024*  
*(Maternidad subrogada internacional*  
*y riesgo de apatridia)*



A continuación se presenta el análisis de la Sentencia T-232 de 2024, en la cual la Corte se enfrenta a la tarea de establecer y proteger el interés superior de una niña nacida en Colombia mediante métodos de maternidad subrogada y quien se encuentra en riesgo de apatridia ante la imposibilidad de acceder tanto a la nacionalidad colombiana como a la ucraniana. Se debaten allí aspectos relacionados con el acceso a la nacionalidad colombiana por derecho de suelo; las obligaciones del Estado colombiano en materia de lucha contra la apatridia y los efectos de la ausencia de regulación en materia de maternidad subrogada. En el presente análisis se busca presentar tanto los elementos que analiza y estudia la Corte como aquellos que esta no toma en cuenta pero que ameritan ser considerados para estudiar en profundidad el caso, como lo son las herramientas con las que cuenta la Corte para hacer un estudio de apatridia en un caso concreto, las obligaciones del padre de Leticia y el efecto práctico de su nacionalidad colombiana.

## I. CONTEXTO NORMATIVO Y FÁCTICO

En materia de maternidad subrogada, en Colombia no existe una regulación sobre la gestación por sustitución. Esta no se encuentra prohibida, por lo que se puede decir que hay cierta tolerancia frente a dichas prácticas. Como lo narra la Corte en la sentencia, los niños y niñas que nacen en nuestro territorio en virtud de estos métodos son registrados incluyendo como madre a la mujer gestante (de nacionalidad colombiana), y como padre, a quien haya aportado el material genético (de nacionalidad ucraniana). Después del nacimiento, la práctica es impugnar la maternidad del niño o niña argumentando que la madre no ha aportado el material genético, con lo cual se obtiene la modificación del registro civil de nacimiento.

---

\* Consultora en temas migratorios para varias organismos y organizaciones internacionales. Abogada, es magíster en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, así como doctora en Derecho, de la Universidad Panthéon-Assas (París, Francia). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0151-6645>.

En materia de acceso a la nacionalidad, Colombia, junto con la República Dominicana y Chile, son los únicos países de la región donde para el acceso a la nacionalidad no se aplica el *ius soli* absoluto<sup>27</sup>. La Constitución colombiana aplica una combinación de criterios en su artículo 96, cuando, al establecer los modos de adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento, establece que para quienes nacen en suelo colombiano se exige el cumplimiento de una de dos condiciones: “que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento”. El asunto de la interpretación del concepto de domicilio para efectos de adquirir la nacionalidad ha sido objeto de un gran desarrollo jurisprudencial y normativo en Colombia, especialmente con ocasión del riesgo de apatridia que se presentó a partir de 2015 con el nacimiento de hijos de venezolanos en territorio nacional, hijos quienes se encontraban ante la imposibilidad de acceder a la nacionalidad colombiana por no contar sus padres con los permisos de residencia requeridos, y a la vez se encontraban ante la imposibilidad de acceder a la venezolana<sup>28</sup>. La Corte Constitucional se ha pronunciado para orientar este desarrollo mediante sentencias como la T-075 de 2015, en la cual invitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil a hacer una interpretación diferente del artículo 96 y no exigir visa de residente a quienes quisieren acceder a la nacionalidad colombiana. Posteriormente se produjo la intervención de las tres ramas del poder público mediante la expedición de la Resolución 8470 de 2019, la Ley 1997 de 2020 y la sentencia de la Corte Constitucional T-006 de 2020, dirigidas a enmendar los desaciertos de la interpretación del artículo 96 C.P. y ofrecer el acceso a la nacionalidad colombiana a los hijos de venezolanos nacidos en Colombia. En la actualidad, la Ley 2332 de 2023, que eleva a nivel legal la interpretación restrictiva del artículo

---

27 Sobre esta tendencia en la región véase Acosta, Diego. *The National vs. The Foreigner in South America. 200 Years of Migration and Citizenship Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

28 Para el año 2018 se reportaba que hasta el 59% de los niños nacidos en el Departamento de Norte de Santander eran hijos de venezolanos. Véase Castro Franco, Alexandra (ed.). *Venezuela migra: aspectos sensibles del éxodo hacia Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

96, el cual exige a los extranjeros contar con visa de residente para que sus hijos, nacidos en territorio nacional, puedan acceder a la nacionalidad colombiana, disposición que conllevará sin duda a más casos de este tipo.

En materia de apatridia, la normativa colombiana establece el procedimiento de determinación de la condición de apátrida en cabeza del Ministerio de Relaciones Exteriores. Para el momento de los hechos que se analizan en la sentencia continuaba vigente la Circular 168 de 2017, ya que la Ley 2136 de 2021 no había sido aún reglamentada. Las reglamentaciones posteriores, resoluciones 10434 de 2023 y 967 de 2024 del Ministerio de Relaciones Exteriores, establecen directrices para el procedimiento y plazos para su resolución.

Leticia es una niña nacida en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada entre un ciudadano ucraniano (el señor Boris) y una donante anónima. La mujer gestante era una ciudadana colombiana y la niña nació en Colombia. Al momento de su nacimiento, y ante la ausencia de una normativa sobre la materia, la menor fue registrada como hija del señor ucraniano y de la mujer gestante colombiana, por lo que en su registro civil se incluyó la mención “válido para demostrar nacionalidad”. El señor Boris, quien había ingresado al país como turista, días antes del nacimiento de Leticia, solicitó el pasaporte colombiano de su hija e inició un proceso judicial de impugnación de la maternidad para que, apoyado en una prueba genética, se modificara el registro civil de Leticia y se estableciera que la mujer gestante no tenía vínculo genético con la niña. Ante esta situación, y en observancia de los requisitos constitucionales para adquirir la nacionalidad colombiana, la corrección del registro civil de la niña llevó a que la misma no cumpliera los requisitos para ser colombiana por nacimiento, por lo que se dio aviso a las autoridades correspondientes para que el pasaporte colombiano de la niña fuese cancelado.

El señor Boris y Leticia abandonaron el país y se encontraron en Hungría, por razones que no se precisan en la sentencia. Al tener la niña actualmente su pasaporte cancelado, el padre se acercó al consulado de Hungría (no se precisa tampoco a cuál de los tres consulados) para solicitar para su hija el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana, y allí, según su relato, le exigieron al señor Boris “demostrar su residencia en ese país y contar con una visa de larga estadía”. El señor Boris tenía una oferta de trabajo en Australia, por lo que dejó a su hija al cuidado de su

madre y su hermana, para que la ingresasen a Ucrania, donde permanece sin nacionalidad ya, que, al señor Boris, según las normas civiles de su país, le exigirían demostrar que es padre soltero para poder transmitirle la nacionalidad a su hija.

Durante el procedimiento, la Corte Constitucional ordenó medidas provisionales para proteger a Leticia del riesgo de apatridia, las cuales fueron confirmadas en el fallo de fondo.

## II. ARGUMENTOS DE LA CORTE

La argumentación de la Corte se basa en 5 aspectos principales. En primer lugar, se refiere al derecho a la nacionalidad y a las reglas para adquirir la nacionalidad colombiana, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y legal vigente. Así, comienza por remitirse a la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961, entendiendo que es preciso actualizar la interpretación de esta para poder responder a una realidad transnacional que se le presenta frente a la maternidad subrogada.

La Corte Constitucional considera que en el caso en particular tiene el deber de aplicar las normas sobre nacionalidad con apego al principio de dignidad humana (art. 1.º C.P.), a su deber de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política de Colombia (art. 2.º C.P.), el principio de igualdad y no discriminación (art. 13 C.P.) y el principio de interés superior de la niñez (art. 44 C.P.). Para analizar en específico el contenido del artículo 96 C.P. y la interpretación que se hace del mismo, la Corte se apoya en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, resaltando especialmente lo señalado por la Corte IDH sobre el estatus migratorio y el acceso a la nacionalidad, a saber: (i) que “el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos”; (ii) que “el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos”, y (iii) que “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no

tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”.

Resalta además la Corte Constitucional el apartado en el cual la Corte IDH señala que los Estados no pueden “adoptar prácticas o legislación, respecto del otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas”.

La Corte Constitucional hace igualmente un repaso de su jurisprudencia en materia de apatridia, deteniéndose especialmente en la Sentencias T-006 de 2020<sup>[29]</sup>, según la cual es deber de las autoridades del Estado (i) tener en cuenta “los motivos de salida del país de residencia habitual de los padres” y (ii) “la posibilidad real de los niños de adquirir la nacionalidad de origen de sus padres, esto es la existencia o no de obstáculos insuperables” que impidan el acceso al derecho a la nacionalidad de los padres, pues nadie está obligado a lo imposible.

En cuanto a la legislación nacional, se hace referencia a la Ley 2332 de 2023, que es la legislación vigente sobre acceso a la nacionalidad colombiana. Llama la atención que la Corte no aluda al parágrafo 2 del artículo 4 y no se detenga a analizar la adecuación del resto del artículo con los estándares internacionales que ella misma trae a colación. En todo caso, menciona específicamente el apartado donde se afirma que “la exigencia del domicilio solo se exceptúa para las personas nacidas en territorio colombiano, cuyos padres sean extranjeros y a quienes ningún Estado les reconozca la nacionalidad”.

Para analizar el procedimiento de reconocimiento de la situación de apatridia, la Corte hace referencia a la Circular 168 de 2017 y a las críticas por la ausencia de términos precisos para resolver el mismo que le fueron presentadas a lo largo del proceso. Procedimiento que se adelantaba bajo la vigencia de esta circular, a partir de un escrito de la Dirección Nacional de Registro Civil el cual era remitido al Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Es de señalar que, a pesar de que al momento de proferirse el fallo se encontraban ya vigentes las resoluciones

---

29 Cuyos criterios han sido reiterados por las sentencias T-155 de 2021, C-116 de 2021, SU-180 de 2022, T-429 de 2022 y T-393 de 2022.

10434 de 2023 y 967 de 2024 del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Corte no las consideró dentro de sus argumentos<sup>30</sup>.

A la luz de los argumentos que presenta, la Corte concluye, frente a este aspecto:

Vistas todas estas consideraciones, la Sala Primera de Revisión considera que, a la luz del principio de interés superior de los niños y las niñas y de las obligaciones del Estado en materia de lucha contra la apatridia, es posible concluir que cuando un niño o niña nacida en territorio colombiano se encuentre en riesgo de apatridia, excepcionalmente y por expreso mandato legal, las autoridades encargadas de expedir los documentos de identidad no podrán exigir un requisito diferente al nacimiento efectivo de esa persona en el territorio nacional.

La Corte considera que estas medidas suponen, en todo caso, la obligación de “constatar que existen obstáculos severos para que el niño o la niña adquiriera la nacionalidad de origen de sus padres”.

En segundo lugar, la Corte examina la cuestión de la gestación por sustitución tomando como referencia la definición elaborada por el O’Neill Institute de la Universidad de Georgetown: se trata de una técnica de reproducción asistida basada en un acuerdo entre una gestante y los comitentes, en la que la gestante puede —o no— aportar su propio material genético. A partir de esta definición, la Corte describe las modalidades existentes para adelantar este tipo de gestación, así como el contexto de su regulación jurídica. Frente a este aspecto, la Corte plantea que en Colombia parece seguirse un modelo tolerante, donde la ausencia de reglas claras y los vacío legales hacen que la práctica sea permitida y que la misma se adelante sin garantías. La Corte añade referencias a los esfuerzos internacionales

---

30 En dichas resoluciones se amplía el ámbito del procedimiento de determinación de la condición de apátrida para cualquier persona, cuando antes este solo estaba disponible para recién nacidos; se establece un procedimiento administrativo formal con solicitud, verificación, consulta internacional y decisión, y se cambia el rol de la Registraduría, quien en el actual procedimiento interviene solo para el registro posterior de la nacionalidad, la competencia principal del proceso sigue recayendo en la actualidad sobre el Ministerio de Relaciones Exteriores. El procedimiento, tal y como se encuentra reglamentado hoy en día, debería durar un máximo de 18 meses.

realizados para regular y analizar la materia, y concluye en la ausencia de un acuerdo global al respecto.

Para continuar su reflexión en torno a la gestación por sustitución, la Corte presenta un recuento de su jurisprudencia sobre la materia, mencionando sentencias como la T-968 de 2009, la T-275 de 2024 y la más reciente, la T-127 de 2024, refiriéndose también a los intentos fallidos y las órdenes impartidas para que el Congreso de la República legisle sobre esta materia.

La Corte hace especial referencia a la Sentencia T-127 de 2024 ya que se trata de un caso similar de una menor nacida en Colombia en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución y quien se encontraba en Estados Unidos, país de nacionalidad de su padre. La Corte reconoce que en este caso no se concretó el riesgo de apatridia, debido a que la niña “nunca careció de una nacionalidad [*sic*]”.

La Corte hace una mención, sin profundizar su análisis al respecto, a unas cuestiones que pueden resultar relevantes, como son las condiciones en las que se pudo haber dado el contrato de gestación por sustitución entre el señor Boris y la madre gestante de Leticia, haciendo referencia a la posible instrumentalización de las mujeres por medio de estas prácticas, como también al llamado “turismo reproductivo”. Sin embargo, no ahonda en este análisis por considerar que en el presente caso no se discuten los derechos de Liliana, la madre gestante de Leticia<sup>31</sup>.

En tercer lugar, la Corte analiza el riesgo de apatridia en los casos específicos de gestación por sustitución. Para esto, se apoya en el trabajo del doctrinante Lamm, quien analiza las situaciones en las que los niños y niñas nacidos por gestación por sustitución se pueden encontrar en riesgo de apatridia, poniendo especial énfasis en aquellos casos en los que los países de origen de los padres les niegan el reconocimiento del vínculo familiar, una vez estos regresan a vivir en el territorio; y cita un documento de UNICEF<sup>32</sup> donde se expone que los casos de apatridia que se pueden

---

31 Retomaremos este aspecto en la segunda parte.

32 UNICEF. *Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada. Nota informativa*, 2022. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>

producir en virtud de la falta de reconocimiento de la nacionalidad de los niños nacidos de gestación por sustitución, bien sea porque se prohíbe o porque no se les permite acceder a la nacionalidad del lugar en el que nacieron sólo por la forma en que se produjo dicho acto, son incompatibles con las obligaciones de los Estados que se desprenden de la Convención sobre los Derechos del Niño y que, en particular, contravienen los artículos 7 y 8 (derechos a la nacionalidad y a la identidad personal).

La Corte hace referencia a los Principios de Verona de 2013, recogidos con el fin de establecer directrices sobre la materia<sup>33</sup>. Se remite especialmente al principio relativo a la lucha contra la apatridia y al hecho de que los Estados deben aplicar las normas sobre adquisición de la nacionalidad sin discriminación por las circunstancias del nacimiento, incluida la gestación por sustitución, así como evitar la apatridia.

La Corte cita un caso, referenciado en el ya mencionado trabajo de Lamm, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dicta órdenes a Italia para que reconozca el vínculo paternofilial entre un padre italiano y su hijo nacido mediante gestación por sustitución en Ucrania, pues al regresar aquel a su país se encontró con el desconocimiento de dicho vínculo ya que la ley nacional prohíbe la gestación por sustitución<sup>34</sup>. La Corte hace referencia también a otros casos en los que el Tribunal Europeo ha hecho prevalecer el interés superior del niño y la protección de su vida privada y familiar (art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) para incitar a los Estados a aceptar la filiación con los hijos nacidos mediante maternidad subrogada y así otorgarles la nacionalidad en virtud del *ius sanguinis*, una vez los hijos y sus padres regresan al país de origen de estos últimos. Vale la pena resaltar que este y otros casos abordados por el Tribunal Europeo se centran en el análisis de la vida y

---

33 International Social Service, Principios para la protección de los derechos del niño nacido por gestación subrogada (Principios de Verona) (Ginebra: International Social Service, 2021). Disponible en: [https://www.iss-ssi.org/wp-content/uploads/2023/03/VeronaPrinciples\\_25February2021-1.pdf](https://www.iss-ssi.org/wp-content/uploads/2023/03/VeronaPrinciples_25February2021-1.pdf)

34 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de C contra Italia*. Petición n.º 47196/21, sentencia del 31 de agosto de 2023. Previamente, la Corte se había referido a la misma situación en el caso emblemático *Paradiso y Campanelli contra Italia*, petición n.º 25358/12, sentencia del 24 de enero de 2017.

los vínculos familiares de los niños nacidos por estos métodos y que son llevados a vivir al país de origen de sus padres, donde se encuentra prohibida la gestación por sustitución<sup>35</sup>.

Como conclusión de esta parte, la Corte Constitucional señala que al Estado colombiano le corresponde una responsabilidad intensa en la protección de los derechos fundamentales de quienes nacen a partir de la gestación por sustitución, para garantizar su derecho a la nacionalidad. Esto significa que la ausencia de regulación no excusa al Estado del deber de protección ni de actuar para evitar los riesgos de apatridia de un niño o niña.

En cuarto lugar, la Corte se refiere al interés superior de la niñez y a la protección de sus derechos como límite a la facultad de regular la nacionalidad y la gestación por sustitución. Para esto, hace referencia a los artículos pertinentes de la Constitución (arts. 13, 42 y 44, entre otros) para insistir en la obligación de la familia, el Estado y la sociedad en general de garantizar los derechos de los niños y las niñas, independientemente de la forma como sean concebidos. La Corte se detiene en el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y el cual ha sido desarrollado en el contexto específico de la migración por parte de la Corte IDH en su Opinión Consultiva n.º 21. Se refiere también la Corte a la Observación General Conjunta 3 y 22 de 2017, del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y del Comité de los Derechos del Niño, donde se reitera el deber de hacer efectivos los derechos de las niñas y los niños aun en un contexto de migración internacional, a la vez que se reitera lo señalado por el Comité de Derechos del Niño en su Observación n.º 14 respecto a la evaluación del interés superior de los niños como “*un proceso que debe observar las circunstancias concretas de cada niño o niña y del contexto en el que se encuentre*”<sup>36</sup>.

Para concluir esta parte del análisis, la Corte establece cuatro reglas a la luz de los estándares reseñados, para reafirmar que la nacionalidad es clave para ejercer los derechos fundamentales y debe garantizarse siempre

---

35 Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo en particular llamaremos atención en la segunda parte del documento.

36 El resaltado es nuestro. Sobre las circunstancias particulares del caso de Leticia volveremos en la segunda parte.

con base en el interés superior del niño. Además, destaca que el derecho a la identidad personal incluye conservar información sobre el origen, especialmente en casos de gestación por sustitución. Subraya también que el reconocimiento de la personalidad jurídica –incluyendo el registro civil de nacimiento– es indispensable para acceder a otros derechos, y que cualquier restricción injustificada a este registro constituye una vulneración. Finalmente, reafirma que todos los niños deben ser tratados con igualdad, sin discriminación por origen o situación migratoria de sus padres.

En quinto lugar, la Corte vuelve a referirse al riesgo de apatridia, reiterando los estándares de la Convención de 1954 y trayendo a colación el trabajo de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños –quien en 2018 le encomendó a los Estados adoptar todas las medidas dirigidas a garantizar que las niñas y los niños tengan una nacionalidad al nacer, con independencia de la forma en la que se produzca su nacimiento–, así como los Principios de Verona, resaltando así que las autoridades encargadas del registro y similares deben actuar proactivamente para evitar la concreción del riesgo de apatridia de niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución transnacional<sup>37</sup>.

Sobre el procedimiento para la determinación de la condición de apatridia en Colombia, la Corte hace referencia a la Ley 2136 de 2021 que establece el procedimiento para el reconocimiento de la nacionalidad para personas apátridas tanto nacidas fuera de Colombia como en territorio colombiano. La Corte consideró que la norma no contaba aún con reglamentación (una vez más, sin considerar las resoluciones 10434 de 2023 y 967 de 2024), por lo que consideró que “en la actualidad se aplica el procedimiento previsto en la Circular Única de Registro Civil e Identificación de la RNEC” (Circular 168 de 2017). Sobre este procedimiento, la Corte recoge el argumento de la Universidad de los Andes según el cual el procedimiento, al no prever términos específicos, tiende a prolongar la inseguridad jurídica y la desprotección de niñas y niños apátridas”. Esta situación fue también constatada por la propia Corte ya que durante el

---

37 Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre la venta, la explotación sexual y el abuso sexual de niños, Mama Fatima Singhatoh*, A/79/122, 9 de julio de 2024. Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/79/122>

proceso adoptó medidas provisionales esperando que el Ministerio de Relaciones Exteriores confirmara la situación de apatridia de Leticia, lo cual no había aún sucedido al momento de proferirse la sentencia.

La Corte asumió, entonces, la tarea de analizar la situación de apatridia de Leticia con las herramientas con las que cuenta. Entendiendo que no cuenta con competencia para certificar el contenido oficial de las normas de otro país, por lo que sólo reproduce las disposiciones que aparecen en los sitios web oficiales de Ucrania en inglés para efectos de aclarar el alcance del caso (mencionando que ello reemplaza las competencias que se señalan en el artículo 177 del Código General del Proceso relativas a la prueba de las leyes de otros Estados).

La Corte toma así como ciertos las circunstancias y los hechos que se le presentan mediante el relato del señor Boris, asumiendo que:

1. La ley sobre ciudadanía ucraniana establece en su artículo 6 que uno de los modos de adquisición de la nacionalidad es por el nacimiento. Y en el artículo 7 se indica que toda persona cuyos padres (o uno de ellos) sean ucranianos tendrá derecho a ser reconocida al nacer como nacional de ese país, pero que para esto la demostración del vínculo filial con un nacional ucraniano es indispensable.

2. “La niña no podría obtener el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana ante las autoridades de ese país. En primer lugar, porque allí no se permite la inscripción de menores de edad, cuando no aparece su madre en el registro civil de nacimiento”, según el Código de Familia de Ucrania<sup>38</sup> y “según los planteamientos del actor, que no fueron controvertidos en este proceso de tutela”.

3. El señor Boris desplegó diversas actuaciones dirigidas a la obtención de la nacionalidad y de un pasaporte o visa para su hija sin obtener resultados favorables. En primer lugar, el padre de la niña solicitó el reconocimiento de la nacionalidad ucraniana para su hija en la embajada de Hungría. Sin embargo, allí le exigieron demostrar su residencia en ese país y contar con una visa de larga estadía.

---

38 El Código de Familia de Ucrania se encuentra disponible en la base de datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO): <https://www.fao.org/faolex/results/details/es/c/LEX-FAOC208273/>

4. En Ucrania, para el reconocimiento de la nacionalidad de hijos de ucranianos nacidos en el extranjero se requiere la inscripción de la madre y del padre en el registro civil de nacimiento, mientras que para hijos con otra nacionalidad no se requiere la inscripción de ambos padres. Así, si la niña tuviera reconocida su nacionalidad colombiana, este requisito de tener a ambos padres en su registro no se exigiría y ella podría acceder a la nacionalidad ucraniana sin problema.

5. La Corte recoge el argumento del conflicto armado en Ucrania y de los riesgos que representa para la niña, pero también para su padre —ya que este manifestó que podría ser reclutado para servir en el ejército de su país si no lograba acreditar su vínculo con su hija—, y considera también que por la situación de conflicto era y es previsible que los trámites consulares tomen más tiempo de lo usual.

Para la Corte, entonces, en dicho contexto era entendible la decisión del señor Boris de dejar a la niña al cuidado de su madre y su hermana mientras él lograba resolver la situación de su hija fuera de Ucrania, para después volver a encontrarse con ella.

En sexto lugar, la Corte se dispone a analizar el comportamiento de las autoridades colombianas. Considera que las autoridades debieron actuar de oficio, elevando consultas a la autoridad consular ucraniana correspondiente para Colombia, antes de asumir que era factible que Leticia accediera a la nacionalidad ucraniana. Para este tribunal, el riesgo de apatridia que recayó en Leticia pudo ser mitigado por las autoridades colombianas, quienes, en virtud del vacío legal en la regulación de la gestación por sustitución y de su deber reforzado de protección a los niños y las niñas frente a la apatridia, tenían unas cargas elevadas de debida diligencia.

La Corte asume que “Leticia enfrentó un estado de apatridia [*sic*]”<sup>39</sup> desde que las autoridades colombianas resolvieron no incorporar el sello de “válido para demostrar nacionalidad” al momento de expedir el nuevo registro civil de nacimiento, tras la sentencia de impugnación de la maternidad. De tal manera que influyeron en el estado de apatridia de Leticia, lo cual además “impidió el reconocimiento de la niña como nacional en Ucrania”.

---

39 Sobre la distinción que hace la Corte entre apatridia y riesgo de apatridia haremos una reflexión en la segunda parte.

Refiriéndose a la sección segunda de la Circular 168 de 2017, literal A y B, la Sala encontró que las autoridades registrales, en este caso la Notaría 27 y la propia Registraduría Nacional del Estado Civil, debían orientar al señor Boris sobre el eventual riesgo de apatridia al momento de cancelar la nacionalidad colombiana de Leticia. Y al no hacerlo y no acompañarlo en la solicitud tanto a la Registraduría como al Ministerio de Relaciones Exteriores, actuaron de manera negligente, “fallando en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y reglamentarios y, por lo tanto, vulneraron el derecho a la nacionalidad de Leticia, así como su deber de protegerla frente al riesgo de apatridia”.

Frente a la actuación del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien se negó a expedir un pasaporte cuando el señor Boris acudió a la oficina una vez modificado su registro civil y le fue negado el trámite por no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa vigente, la Corte consideró que, si bien la actuación del Ministerio estuvo amparada en mandatos legales y reglamentarios existentes, “no consideró el evidente riesgo de apatridia al que se enfrentaba Leticia y no tomó las acciones necesarias para evitar que se concretara”, lo cual puede constituir una violación del artículo 8 de la Convención de 1961 donde se prohíbe revocar la nacionalidad de una persona que puede estar expuesta a riesgo de apatridia. Para la Corte, el Ministerio, en virtud de su deber de debida diligencia reforzada, pudo elevar las respectivas consultas consulares a Ucrania.

Finalmente, frente a la demora para decidir sobre el riesgo de apatridia de Leticia, la Corte observó que, aunque algunos procesos pueden tardar, no estaba justificado que en el caso de Leticia hubiera transcurrido más de un año sin una respuesta clara de la Registraduría ni del Ministerio de Relaciones Exteriores. Solo tras una orden judicial (Auto 2935 de 2023) se tomaron medidas, consistentes en que el Ministerio confirmó el riesgo de apatridia y la Registraduría inscribió provisionalmente su nacionalidad. Sin embargo, como el procedimiento de evaluación de apatridia no había concluido en el momento de dictar sentencia, la Corte decidió proteger de forma definitiva los derechos de Leticia, sin imponer condiciones.

### III. RESUMEN DE LA DECISIÓN

Con el objeto de ofrecer remedios constitucionales, la Corte determinó:

- El reconocimiento de la nacionalidad colombiana a Leticia, con la emisión de un nuevo registro civil de nacimiento de la niña, esta vez con el sello de “válido para demostrar nacionalidad” de manera definitiva, y de un nuevo pasaporte.

- Que a partir de esta sentencia, los niños y las niñas nacidos en territorio colombiano mediante gestación por sustitución, a los que ningún Estado les reconozca la nacionalidad y que no tengan la posibilidad de acceder a la nacionalidad por nacimiento colombiana de otro modo, serán reconocidos como colombianos por nacimiento. Reconocimiento que aplicará hasta cuando el Legislador regule de manera específica la materia.

- Que se identificaron fallas en la protección de niñas y niños en riesgo de apatridia a la luz de la Circular 168 de 2017, como la falta de plazos claros, la ausencia de actuaciones de oficio y la falta de garantías para evitar la cancelación de documentos ante sospechas de apatridia. Por ello, ordenó al Gobierno Nacional, especialmente al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Registraduría, reglamentar los artículos 65, 66 y 67 de la Ley 2136 de 2021 y la Ley 2332 de 2023 para corregir estas deficiencias.

- Que, frente a la actuación de otras autoridades, como el Consejo Superior de la Judicatura y los jueces en general, era el caso de invitarlas a tener en cuenta la potencial situación de apatridia a la que se pueden enfrentar las niñas y los niños nacidos de procesos de gestación por sustitución, particularmente en el marco de los procesos de impugnación de la maternidad. Y a la Superintendencia de Notariado y Registro le ordenó producir lineamientos para que quienes ejercen la función de dar fe pública puedan tener en cuenta los riesgos de apatridia que se mencionan en el caso, y que informen a los padres de niños y niñas sobre el trámite de reconocimiento de la nacionalidad en casos de apatridia.

- Además, la Corte reiteró el exhorto efectuado en múltiples oportunidades al Congreso de la República para que aborde seriamente el tema de la gestación por sustitución, y para que adopte las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano frente al riesgo de apatridia. Por otra parte, la Corte hizo aclaraciones sobre el alcance de los exhortos establecidos en la Sentencia T-127 de 2024 e invitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y a la

Registraduría Nacional del Estado Civil a producir información estadística sobre el número de personas nacidas en Colombia en virtud de acuerdos internacionales de gestación por sustitución.

#### IV. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

La sentencia en examen da cuenta de una realidad compleja de acceso a la nacionalidad, propia de las dinámicas recientes en las que la gestación por sustitución se encuentra en boga. Según un reciente artículo de *The Economist*, si bien resulta difícil tener cifras certeras del número de personas que en la actualidad acuden a este método de gestación, se estima que cada año serían más 30.000 los bebés que vienen al mundo utilizando este tipo de técnicas<sup>40</sup>. A pesar de esta realidad, los Estados han sido renuentes a adaptar sus legislaciones civiles y constitucionales para hacer frente a las dinámicas existentes, a las tendencias de movilidad humana para acceder a estos servicios y a las formas de composición de familia que el uso de la tecnología y las nuevas prácticas han hecho posibles. Como lo indica Laura Hernández, mientras perduren las diferencias legislativas entre distintos países en su tratamiento, continuarán existiendo casos de gestación subrogada internacional, que expondrán a los niños nacidos en el extranjero a situaciones de potencial desprotección de sus derechos<sup>41</sup>.

En esta oportunidad, la Corte tuvo que analizar varios problemas jurídicos en una sola situación donde estaba llamada a considerar los preceptos constitucionales en materia de acceso a la nacionalidad y lucha contra la apatridia, las prácticas sobre gestación por sustitución y la aplicación del interés superior del niño y la niña.

La Corte aceptó el reto impartiendo órdenes constitucionales para que Leticia pudiera acceder a la nacionalidad colombiana, se regulara el tema de la gestación por sustitución y se mejoraran los procedimientos de

---

40 “Asadoptions collapse, demand for international surrogacy is soaring”, *The Economist*, 30 de enero de 2025. Disponible en: <https://www.economist.com/international/2025/01/30/as-adoptions-collapse-demand-for-international-surrogacy-is-soaring>

41 Hernández Llinás, Laura. “Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas”, *Revista de Derecho Político*, n.º 107, 2020, p. 182.

determinación de apatridia. A continuación analizaremos algunos cabos sueltos que, en nuestro criterio, la Corte hubiera podido considerar a la hora de tomar su decisión, no para tomar una decisión en un sentido diferente, sino para completar su análisis frente al caso en específico.

#### I. FRENTE A LA APATRIDIA Y EL DERECHO A LA NACIONALIDAD

A lo largo de la decisión, la Corte se refiere a la situación de Leticia y a la de los niños nacidos por técnicas de maternidad subrogada, en riesgo de apatridia o incluso como personas frente a las que hay una “sospecha de la configuración de un potencial estado de apatridia”. Las definiciones precisas en esta materia son otorgadas por la Convención de 1961 y son también resumidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución 04 de 2023<sup>[42]</sup>. Según estas definiciones, existe una diferencia entre la apatridia y el riesgo de apatridia, ya que apátrida es la persona que no es considerada como nacional por ningún Estado, conforme a su legislación, mientras que el riesgo de apatridia hace referencia a aquellas personas que se encuentran frente a barreras legales y/o administrativas que hacen que no puedan probar que poseen vínculos de nacionalidad con un determinado Estado. Como lo dice la Comisión Interamericana, este riesgo puede darse, “principalmente, como consecuencia de la existencia de impedimentos para acceder a documentos para demostrar la nacionalidad, debido a barreras legales y/o administrativas, o bien, debido a impedimentos insuperables para confirmar su nacionalidad”<sup>43</sup>.

De la anterior definición se colige que habría que analizar si, conforme a los criterios de adquisición de la nacionalidad (*ius soli, ius sanguinis, ius domicilii*), la persona podría adquirir la nacionalidad de manera automática por nacimiento para poder determinar si se trata o no de una persona apátrida. Por consecuencia de lo anterior, no se puede decir de manera unívoca que todas las personas que nacen por métodos de gestación por

---

42 CIDH. Resolución 4/23, de 2023, sobre el derecho a la nacionalidad, prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad y apatridia.

43 Art. 17 *ibid.*

sustitución sean apátridas, sino que deberá hacerse un estudio de cada caso de manera individual.

Frente al riesgo de apatridia, por otro lado, vemos que, tal como lo señalan los Principios de Verona y el documento de Unicef del año 2022 citado por la Corte, pueden existir barreras legales o administrativas que hacen que no se pueda confirmar esa nacionalidad a la que se tiene derecho. Como lo señala dicho documento de Unicef:

Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada pueden correr el riesgo de ser apátridas. Esto es especialmente frecuente en los AIS cuando los niños y niñas nacen en Estados que no reconocen al niño o niña como nacional, ni tampoco a otros Estados. Esto puede ocurrir en situaciones en las que los futuros padres son nacionales de, o residen en, Estados que prohíben la gestación subrogada y viajan a un Estado que permite los acuerdos de gestación subrogada. Esto contraviene las obligaciones del Estado en virtud de los artículos 7 y 8 de la CDN y el deber del Estado de prevenir la apatridia. *De ello se desprende que los Estados que permiten la gestación subrogada deben limitar el acceso a la misma únicamente a los futuros progenitores de otros Estados que también permiten la gestación subrogada.* (Cursivas propias).

Respecto de la doctrina reseñada por la Corte, tanto Lamm como Hernández coinciden en resaltar las dificultades a las que se pueden enfrentar los niños y las niñas a la hora de acceder a la nacionalidad<sup>44</sup>, pero es importante resaltar que los casos sometidos al examen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reseña la Corte en la sentencia, así como los que presenta Hernández, reflejan que esta dificultad se encuentra especialmente a la hora de acceder a la nacionalidad según el criterio del *ius sanguinis*, ya que en algunos países europeos la gestación subrogada se encuentra prohibida, por lo que el reconocimiento de la filiación de hijos nacidos por estos métodos resulta controvertida. Lo anterior nos muestra que es esta situación, señalada ya por Unicef, donde la legislación del país de origen de los padres prohíbe la gestación por sustitución, la que genera

---

44 Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, UNESCO – Observatori de Bioètica i Dret, 2013; Hernández Llinás, Laura. “Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor”, cit.

mayores inconvenientes, en el entendido, claro está, de que los padres regresan a su país de origen para establecerse allí como familia<sup>45</sup>. Como lo desarrolla Lamm:

En general, se argumenta que, como en el país de origen de los comitentes está prohibida o no está regulada la gestación por sustitución, no se puede reconocer la filiación que deriva de la misma en el país en el que se llevó a cabo. Consecuentemente, como no se reconoce el acuerdo de gestación por sustitución, los comitentes no son los padres legales del niño para la ley del país de origen, sino que la filiación le corresponde a la gestante –y en su caso a su marido. En otras palabras, mientras que para la ley del Estado donde nace el niño por gestación por sustitución los padres legales son los comitentes, para la ley del país de origen de los comitentes los padres legales son la gestante y su marido, en su caso<sup>46</sup>.

Así pues, el Tribunal Europeo se ha referido al riesgo de apatridia de los niños nacidos por estos métodos en casos como *Mennesson c. Francia*:

La negativa a reconocer la filiación impide muchas veces la adquisición de la nacionalidad del progenitor y puede colocar al menor en situación de apatridia o de extrema vulnerabilidad jurídica. En este sentido, el TEDH ha recordado que *los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que los menores tengan una nacionalidad*, en aplicación del interés superior del niño y del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>47</sup>. (Resaltado propio).

“La ausencia de reconocimiento del vínculo con el progenitor de intención puede afectar gravemente al derecho del niño al respeto de su vida privada (art. 8 CEDH), al acceso a la nacionalidad, al ejercicio de derechos civiles, al disfrute de derechos sociales, y al libre desarrollo de su identidad” (*ibid.*).

---

45 Un recuento de estos casos ante el Tribunal Europeo se puede consultar en TEDH. *Gestación subrogada*, 2022. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Surrogacy\\_SPA](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Surrogacy_SPA)

46 Lamm. *Gestación por sustitución*, cit., 196.

47 TEDH. *Mennesson c. Francia*. Sentencia del 26 de junio de 2014.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido incluso a casos donde hubo donación de material genético de padre y madre y se acudió a un vientre de alquiler en el exterior. Las autoridades francesas rechazaron inscribir al menor como hijo del demandante en el registro civil francés porque no había vínculo biológico con él. En este caso, el Tribunal Europeo reafirmó su doctrina desarrollada en sentencias anteriores (como *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*), centrada en el derecho del menor al respeto de su vida privada, según el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para el Tribunal, el derecho del menor a su identidad personal (incluyendo la filiación) prevalece sobre el orden público nacional, siempre que exista un vínculo *afectivo y social* entre el menor y el progenitor solicitante<sup>48</sup>.

En el caso concreto de Leticia, la Corte Constitucional se encuentra ante una situación diferente, pues no solamente la niña fue engendrada a partir de un acuerdo de maternidad subrogada en un Estado donde, como bien lo presenta la Corte, no se encuentra regulada la maternidad subrogada pero se tolera, sino que además el padre de Leticia decidió no volver a su país de origen con su hija para instalarse ahí estableciendo su núcleo familiar, sino ir a otro Estado para hacerlo. Esta decisión, sin duda, complicó el ejercicio de los derechos de la nacionalidad de Leticia. En todo caso, la primera conclusión a la que podemos llegar es que no todos los niños nacidos mediante gestación por sustitución se encuentran en situación de apatridia por el hecho de nacer en un país que no les otorgue la nacionalidad en virtud del *ius soli*, y que habrá que hacer un estudio de cada caso para determinar si existe realmente esta situación y analizar elementos como el entorno familiar y los vínculos sociales y afectivos a la hora de determinar el interés superior de estos niños y niñas.

Tal como lo presenta la agencia de la ONU para los refugiados, ACNUR, “frente a la definición de apatridia, aunque la definición del artículo 1(1) se formula en forma negativa (‘no se considera como nacional suyo por ningún Estado’), una investigación para determinar si una persona es apátrida se limita a los Estados con los cuales una persona goza

---

48 TEDH. *A.L. y otros c. Francia*. Sentencia del 19 de enero de 2023.

de un vínculo relevante, en particular por haber nacido en el territorio, descendencia, matrimonio, adopción o residencia habitual”<sup>49</sup>.

Como se expuso con anterioridad, en casos de maternidad subrogada este análisis comienza por establecer si la legislación del país de origen de los padres avala la filiación establecida a partir de métodos de gestación por sustitución, pero deberá ir más allá. Para el caso de Leticia resulta necesario analizar la legislación ucraniana en relación con la posibilidad real que tienen los hijos de ucranianos nacidos mediante métodos de gestación subrogada de acceder a la nacionalidad, así como la manera como este derecho se puede ejercer desde el exterior. Estos elementos nos llevan a analizar brevemente el segundo cabo suelto de este caso: Ucrania, y su vínculo con Leticia. Lo anterior resulta fundamental pues, conforme lo establecen los Principios de Verona, “[l]os Estados de los cuales la madre de sustitución es nacional deberían otorgar su nacionalidad si el niño de otro modo sería apátrida”<sup>50</sup>.

Resulta entonces forzoso preguntarse: ¿Leticia no podría ser nacional de Ucrania? La Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la ONU ha manifestado que “[c]orresponde a los Estados interesados, que son el de los aspirantes a progenitor y el Estado en que nace el niño, velar por que no se produzca apatridia”<sup>51</sup>. Valdría entonces también la pena interrogarse frente a la normativa y las prácticas existentes en Ucrania para evitar los casos en los que puede existir un riesgo de apatridia. Finalmente, considerando que el padre de Leticia es ucraniano y que reside en Ucrania, junto con otros miembros de su familia, nos preguntaremos más adelante, en dónde estará mejor protegido el interés superior de Leticia.

49 ACNUR. *Manual sobre la protección de las personas apátridas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, Ginebra, ACNUR, 2014. Disponible en: <https://emergency.unhcr.org/sites/default/files/2024-01/Handbook%20on%20Protection%20of%20Stateless%20Persons%20%28SP%29.pdf>

50 Declaración de Verona. Disponible en inglés en: <https://iss-ssi.org/surrogacy/>

51 Naciones Unidas. *Venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales. Informe de la Relatora Especial*, A/HRC/40/51, 27 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/HRC/40/51>

## 2. UCRANIA, EL ACCESO A LA NACIONALIDAD Y LA MATERNIDAD SUBROGADA

En primer lugar, la legislación ucraniana permite la maternidad subrogada y establece que los comitentes (los padres intencionales) son los padres legales desde el nacimiento. Reza el artículo 123(2) del Código de Familia de Ucrania, Ley 2947 de 2023: “Cuando se usa la técnica de reproducción asistida con el material genético de al menos uno de los comitentes, el niño se considera hijo de los comitentes y no de la gestante” (trad. libre).

Es decir que, en el caso en concreto, la situación de Leticia no sería como aquellas presentadas en la jurisprudencia que se reseña por parte de la Corte, ya que en Ucrania sí se acepta la gestación por sustitución. Si se toman en cuenta las recomendaciones presentadas por Unicef, Ucrania no sería un país frente al cual se requeriría negar el acceso a la maternidad subrogada en la legislación que se deberá expedir en el corto plazo sobre el tema, ya que en este país sí está regulado este tipo de técnica de reproducción.

En segundo lugar, frente a la posibilidad de acceder a la nacionalidad ucraniana por ascendencia, la Ley sobre la ciudadanía de Ucrania (del 18 de enero de 2001, n.º 2235-III) establece que un niño nacido de al menos uno de los padres ucranianos tiene derecho a la ciudadanía ucraniana, independientemente del lugar de nacimiento. Esto quiere decir que Ucrania reconoce el *ius sanguinis* y que Leticia en principio tendría derecho a acceder a la nacionalidad ucraniana. El análisis que deberá hacerse en este sentido estará dirigido a establecer si la nacionalidad se adquiere de manera automática (según el criterio de ACNUR, esto significa “tan pronto como los criterios establecidos por la ley se cumplan, tales como el nacimiento en un territorio o el nacimiento de nacionales de un Estado”) o de manera no automática (lo que, siempre según ACNUR, significa que se requiere “un acto de una persona o de una autoridad”)<sup>52</sup>. A esto se refieren los casos en los que es necesario adelantar trámites adicionales, obtener permisos o acreditar condiciones en particular para acceder a esta nacionalidad.

---

<sup>52</sup> ACNUR. *Manual sobre la protección de las personas apátridas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, cit., 15.

En tercer lugar, en materia de lucha contra la apatridia, en junio 2020 Ucrania promulgó la ley de “enmiendas a ciertos actos legislativos relativos al reconocimiento de personas apátridas”, en la cual estableció de manera formal un procedimiento para la determinación de la apatridia. Según reportaron organismos internacionales, esta medida busca beneficiar a aproximadamente 35.000 personas apátridas o de nacionalidad indeterminada en el país<sup>53</sup>. Sobre la implementación de este procedimiento y el impacto de la guerra en la protección de los apátridas, el *Stateless Index* reporta que el procedimiento establecido en 2020 comenzó a funcionar en 2021 y fue luego enmendado en 2023. Sobre su contenido, señala que existen garantías legales para prevenir la apatridia en el caso de niños abandonados, adoptados, y de aquellos nacidos en el extranjero de padres ucranianos. Pero que, no obstante, persisten obstáculos para el registro de nacimientos, lo que dificulta los esfuerzos por reducir la gran población apátrida. En lo referente a la guerra, reporta que al comienzo de las hostilidades se cerró el acceso a los registros de población, lo que provocó que se detuviera el Procedimiento de Determinación de la Apatridia. Este procedimiento, sin embargo, “fue reabierto en mayo de 2022 en las regiones menos afectadas”<sup>54</sup>.

En tercer lugar, en materia de registro civil, la misma plataforma registra que no se han reportado problemas con el registro de nacimientos relacionados con niños nacidos mediante gestación subrogada y que el registro tardío de nacimiento es posible, siempre que exista una razón válida y, en ciertos casos, se aporten documentos adicionales.

Sin embargo, existe una barrera, señalada por la Corte Constitucional a partir de la intervención presentada en el procedimiento de revisión por Margarita Useche Meneses, profesora de derecho de la Universidad Externado de Colombia, que tiene que ver con la aplicación del artículo 127 del Código de Familia de Ucrania, según el cual para el reconocimiento

---

53 ACNUR. “ACNUR da la bienvenida a la nueva ley de Ucrania sobre apatridia para acabar con el limbo legal de miles de personas”, 17 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/briefing-notes/acnur-da-la-bienvenida-la-nueva-ley-de-ucrania-sobre-apatridia-para-acabar>

54 Statelessness Index, 2024. Disponible en: <https://index.statelessness.eu/>

de la filiación de un padre soltero se requiere que la autoridad de registro reconozca que la madre ha muerto, ha sido declarada incapaz o privada de sus derechos parentales y que, por tanto, no ha vivido con el niño en los últimos seis meses y no puede hacerse cargo de él. Sería entonces necesario analizar si este obstáculo es insubsanable estando en Ucrania y si, en el caso en estudio, la presentación del contrato de gestación por sustitución suscrito entre el señor Boris y la señora Liliana no ofrecería prueba suficiente del carácter de padre de la niña del primero.

Sobre este tipo de obstáculos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la diferencia entre los apátridas *de jure* (aquellos a los que ninguna legislación les reconoce la nacionalidad) y aquellos *de facto*, quienes, a pesar de contar con una nacionalidad por derecho, son incapaces de demostrarla o de confirmarla, o incluso se encuentran desprovistos de una nacionalidad efectiva (para los efectos de protección)<sup>55</sup>. En este orden de ideas, valdría la pena obtener detalles sobre la situación a la que se enfrentó el padre de Leticia a la hora de solicitar el registro de su hija en el consulado de Hungría, sobre las razones por las cuales no adelantó el procedimiento ante el consulado de Perú y sobre las limitaciones existentes para aquellas personas en cuyo registro civil de nacimiento no aparece la madre, para acceder a la nacionalidad.

En cuarto lugar, Ucrania es miembro del Consejo de Europa desde el 9 de noviembre de 1995, por lo cual está sujeta a la Convención Europea de Derechos Humanos que en su artículo 8 consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Además de haber ratificado el Convenio Europeo sobre la Nacionalidad de 1997. Como lo mencionamos antes, el señalado artículo 8 ha sido invocado en varias oportunidades para fundamentar el derecho de los niños y niñas hijos de ciudadanos europeos a quienes se les ha negado el acceso a la nacionalidad de los padres por encontrarse prohibida en su territorio la gestación por sustitución, privilegiando los vínculos personales y sociales y el entorno familiar, a la hora de analizar el interés superior de los niños y niñas.

---

55 Corte IDH. *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf)

En lo que se refiere al análisis en concreto de las circunstancias que vivió el señor Boris, de la situación de Leticia y su posibilidad real de acceder a la nacionalidad de su padre, encontramos que la Corte Constitucional tomó como ciertos los hechos que le fueron presentados por la parte, bien sea porque los mismos no fueron controvertidos a lo largo del proceso o por no disponer de la competencia para hacerlo según lo establece el artículo 177 del Código General del Proceso.

Esta imposibilidad dificulta el análisis del caso concreto, especialmente si se considera la recomendación hecha por ACNUR en lo que respecta al mérito de la prueba en este tipo de procedimientos. Esta agencia de la ONU recomienda a los Estados adoptar un estándar en el que se analice el grado de razonabilidad de que una persona no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación. Ante la imposibilidad de la Corte de controvertir las pruebas presentadas por las partes y de hacer un estudio exhaustivo de las normas, prácticas y estándares extranjeros, pronunciamientos y actuaciones de las partes en el exterior, sería imperioso que esta se apoyase en el trabajo de la institución a quien se ha atribuido el mandato de hacer este tipo de averiguación y reconocimiento, es decir, el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Es necesario recordar también que la Corte, para fundamentar su decisión, emprendió el análisis de las circunstancias específicas de Leticia a la luz de los vacíos existentes en la regulación en materia de apatridia que dejó de ser aplicable en 2023, cuando se profirió la Resolución 10434 de 2023 del Ministerio de Relaciones Exteriores, completada luego por la Resolución 967 de 2024 de la misma entidad. Al hacer esto, se perdió la oportunidad de realizar un análisis de la pertinencia de la nueva reglamentación, de las competencias que la misma le asigna al Ministerio y, sobre todo, de su aplicación tratándose de casos de gestación por sustitución.

Dentro de los factores que en el caso concreto de Leticia hubiera valido la pena analizar, con el fin de establecer remedios constitucionales frente a su evidente situación de vulnerabilidad, se encuentran el comportamiento de su padre y las decisiones que tomó. A continuación analizaremos este aspecto.

### 3. EL PROCEDER DEL PADRE Y LOS RIESGOS DEL USO ABUSIVO DE LA NACIONALIDAD

La decisión de optar por la maternidad subrogada reposa en el deseo de las familias que desean ser padres pero que no pueden o no quieren acceder a métodos naturales para hacerlo, por lo que, haciendo uso de la tecnología y valiéndose de las dinámicas económicas y sociales, recurren a los métodos de gestación por sustitución para aportar su material genético y cumplir su sueño.

La Corte Constitucional, en su *obiter dicta*, hace una referencia pertinente y relevante para este y todos los casos de gestación por sustitución, que tiene que ver con los riesgos tanto de explotación de la vulnerabilidad ajena como de turismo reproductivo, entendido este como la práctica de acuerdo con la cual personas o parejas se desplazan hacia países con regulaciones más laxas o sin regulación en materia de gestación por sustitución para escapar a reglamentaciones estrictas en sus países de origen<sup>56</sup>.

La gestación por sustitución es una práctica que suscita gran controversia y debate en el derecho de familia, en lo relativo a la protección de la niñez y las mujeres, así como en el ámbito de la bioética, la medicina y la religión, contando tanto con aliados como con acérrimos detractores<sup>57</sup>. Lo anterior, debido a la existencia de vacíos regulatorios en la materia, como los que se hacen evidentes en el caso colombiano, y a los riesgos que comporta tanto para las mujeres gestantes como para los niños y niñas que son concebidos utilizando estos métodos.

En este sentido, correspondería analizar el comportamiento del padre de Leticia, quien acudió a métodos de maternidad subrogada en Colombia aun cuando este tipo de métodos de gestación están disponibles en su país de origen. Con ese propósito, obtuvo un donante anónimo y suscribió un contrato de gestación subrogada, desplazándose a nuestro país y

---

56 La Corte hace referencia en específico al trabajo de Piersanti, Valeria *et al.* “Surrogacy and ‘Procreative Tourism’. What does the future hold from the ethical and legal perspectives?”, *Medicina (Kaunas)*, 57(1), 2021, p. 47. Disponible en: <https://doi.org/10.3390/medicina57010047>

57 Hernández Llinás, Laura. “Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor”, cit.

adelantando los trámites legales para la corrección del registro civil de su hija. Después de ello, no adelantó los trámites para que su hija tuviera su nacionalidad ante el consulado de Ucrania en Perú, a pesar de saber que su pasaporte había sido cancelado; al respecto, explicó al juez de tutela de primera instancia que “esto implicaría un desplazamiento a otro país, mantenerse separado de su hija durante el tiempo que podría tardar el trámite, lo cual no es una opción para él”.

El señor Boris salió rumbo a Europa, pasando por Hungría, para luego dejar a su hija al cuidado de familiares (quienes ingresaron a su hija sin pasaporte a Ucrania) y luego viajar a Australia para aprovechar allí una oferta laboral.

Los Principios de Verona en materia de maternidad subrogada establecen en su principio número 10 la responsabilidad de los padres frente a los hijos nacidos mediante este tipo de métodos, consagrando que los Estados reconocen la responsabilidad primaria de los padres para la crianza y desarrollo de los niños (principio 10.1) y que el interés superior de los niños deben ser su principal preocupación. Para los Principios de Verona, los Estados que no permiten pero que se enfrentan a casos de maternidad subrogada deberían asegurarse de que exista un marco legal que establezca los vínculos parentales y la responsabilidad parental aplicable a los niños nacidos a través de la subrogación (principio 10.3).

¿Cuál es entonces la responsabilidad que le cabe al padre de Leticia, quien atravesó el mundo para someterse a un procedimiento que estaba disponible en su país, tuvo a su hija en Colombia con una donante de óvulo, realizó trámites para cambiar su registro civil, pero luego no adelantó el trámite correspondiente para asegurarse que su hija contase con su nacionalidad de origen sino que salió del país, pese a saber que su pasaporte no era válido, y luego dejó a su hija de temprana edad al cuidado de sus familiares para irse a otro país a trabajar?

Como lo ha establecido la Corte Constitucional, existe una gran necesidad de regular la gestación por sustitución con el fin de evitar que el vacío legal existente deje a niños y niñas expuestos a violación de derechos humanos, pero también para que se establezcan obligaciones claras en cabeza de los padres de estos niños que garanticen que en su actuación busquen siempre la salvaguarda del interés superior de los mismos; así como para asegurarse de que la intención de acudir a métodos alternativos

de reproducción por parte de dichos padres busque constituir una familia y brindar apoyo y protección a los hijos que se tengan por estos métodos.

Además, respecto del turismo reproductivo existen estudios que han analizado el llamado “turismo de parto”, en el cual las personas escogen un país para dar a luz o adelantar procesos de maternidad subrogada y luego acceder a la nacionalidad de dichos países por nacimiento<sup>58</sup>.

En el caso particular de Leticia, es claro que el análisis de la Corte se centra en proteger los intereses de la niña, otorgándole la nacionalidad colombiana al entender que esta es la mejor manera de proteger su interés superior frente a un riesgo de apatridia. No obstante, teniendo en cuenta que en la sentencia se señala que la Registraduría reporta la existencia de varios casos como el suyo, así como que dentro de las órdenes expedidas por la Corte se encuentra la de conceder la nacionalidad colombiana a los niños que nazcan en el territorio colombiano empleando métodos de gestación por sustitución siempre que exista un riesgo de apatridia (y mientras se supera el vacío legislativo en la materia), hubiera valido la pena que se impartiesen asimismo órdenes tendientes a ahondar en el estudio de las intenciones de quienes acuden a nuestro país buscando acceder a la gestación por sustitución, con el objeto de evitar que las personas a quienes se les ha cancelado el registro civil y, por consiguiente, cuyo pasaporte se ha cancelado, salgan del país sin nacionalidad.

Para terminar, analizaremos un último aspecto relevante sobre la situación en particular de Leticia, esto es, el relativo a su situación actual y al efecto práctico de su nacionalidad colombiana, comoquiera que solamente a través de las autoridades consulares podría propenderse por la protección de sus derechos dado que se encuentra viviendo en Ucrania.

---

58 En nuestro continente esta situación ha sido estudiada en países como Argentina, donde existe un *ius soli* absoluto y no existe una regulación sobre la gestación por sustitución. Véase, por ejemplo, Smith, Elise *et al.* “Reproductive tourism in Argentina: Clinic accreditation and its implications for consumers, health professionals and policy makers”, *Developing World Bioethics*, 10(2), 2010, pp. 59-69. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1471-8847.2009.00256.x>; como también “Argentina: Pregnant Russian women flying to Argentina for citizenship, officials say”, *Investment Migration Council*, 13 de febrero de 2023. Disponible en: <http://investmentmigration.org/news/argentina-pregnant-russian-women-flying-to-argentina-for-citizenship-officials-say/>

#### 4. EL INTERÉS SUPERIOR DE LETICIA Y EL EFECTO PRÁCTICO DE SU NACIONALIDAD COLOMBIANA

Como lo menciona la Corte Constitucional, el interés superior del niño está consagrado como principio rector en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y es ampliamente discutido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el contexto particular de los niños en situación de movilidad en la Opinión Consultiva número 21 de 2014. En este pronunciamiento, la Corte Interamericana reitera la necesidad de que las decisiones frente a estos niños y niñas se adopten de manera individualizada y considerando sus circunstancias en particular.

Ahora bien, en el caso puntual de Leticia, se sabe que se encuentra en Ucrania, país de origen de su padre, quien la dejó al cuidado de su madre y hermana para luego trasladarse a Australia por razones de trabajo. Resulta innegable el grado de vulnerabilidad en el que se encuentra la niña, por el hecho de que no resulta posible confirmar si le ha sido reconocida la nacionalidad ucraniana, y por cuanto se encuentra separada de su padre. La Corte Constitucional acogió el argumento del padre, quien consideró que acceder a la nacionalidad colombiana facilitaría el traslado de su hija a Australia e incluso el proceso de rectificación de su registro civil conforme a las disposiciones de la normativa ucraniana. Sin embargo, valdría la pena preguntarse: ¿cómo puede Leticia beneficiarse de la protección de las autoridades colombianas estando en Ucrania? En primer lugar, tendríamos que preguntarnos por su estatus administrativo, ya que se sabe que ingresó a Ucrania sin contar con documentos de viaje. Y, si bien los colombianos no requieren de un visado para ingresar a ese país, su ingreso fue irregular, por lo que podría encontrar obstáculos administrativos a la hora de ejercer sus derechos y de justificar su permanencia irregular en Ucrania. En segundo lugar, el padre de Leticia manifestó que en Ucrania no se reconocía su paternidad pues en el registro civil aparecía sólo su nombre. ¿Será entonces la niña considerada como una menor no acompañada en dicho país?, ¿quién ejercerá su patria potestad para efectos de acceso a sus derechos?, y, en tercer lugar, ¿cómo podrá trasladarse eventualmente a Australia con su padre si dicho país exige visado para los colombianos? En cualquiera de los casos, parece que el padre de Leticia necesitará volver a Ucrania, aún con el riesgo de ser reclutado para servir

en las fuerzas militares, y adelantar los trámites correspondientes para que se reconozca el vínculo con su hija, o bien regresar a Colombia con ella, donde podría acogerse a la protección de las autoridades nacionales. Ante estos cuestionamientos, en resumen, resulta pertinente preguntarse por el efecto práctico de la decisión adoptada por la Corte Constitucional.

#### REFERENCIAS

ACNUR. “ACNUR da la bienvenida a la nueva ley de Ucrania sobre apatridia para acabar con el limbo legal de miles de personas”, ACNUR, 17 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/briefing-notes/acnur-da-la-bienvenida-la-nueva-ley-de-ucrania-sobre-apatridia-para-acabar>

ACNUR. *Manual sobre la protección de las personas apátridas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954*, Ginebra, 2014. Disponible en: <https://emergency.unhcr.org/sites/default/files/2024-01/Handbook%20on%20Protection%20of%20Stateless%20Persons%20%28SP%29.pdf>

Acosta, Diego. *The National vs. The Foreigner in South America. 200 Years of Migration and Citizenship Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Castro Franco, Alexandra (ed.). *Venezuela migra: aspectos sensibles del éxodo hacia Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

CIDH. Resolución 4/23 de 2023 sobre el derecho a la nacionalidad, prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad y apatridia.

Hernández Llinás, Laura. “Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas”, *Revista de Derecho Político*, 2020, n.º 107, pp. 181-210.

Investment Migration Council. “Argentina: Pregnant Russian women flying to Argentina for citizenship, officials say”, 13 de febrero de 2023. Disponible en: <http://investmentmigration.org/news/argentina-pregnant-russian-women-flying-to-argentina-for-citizenship-officials-say/>

Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona: UNESCO – Observatori de Bioètica i Dret, 2013.

Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre la venta, la explotación sexual y el abuso sexual de niños, Mama Fatima Singhateh*, A/79/122, 9 de julio de 2024. Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/79/122>

Naciones Unidas. *Venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales. Informe de la Relatora Especial*, A/HRC/40/51, 27 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/HRC/40/51>

Piersanti, Valeria *et al.* “Surrogacy and ‘procreative tourism’. What does the future hold from the ethical and legal perspectives?”, *Medicina (Kaunas)*, 57(1), 2021. DOI: <https://doi.org/10.3390/medicina57010047>.

Smith, Elise *et al.* “Reproductive tourism in Argentina: clinic accreditation and its implications for consumers, health professionals and policy makers”, *Developing World Bioethics*, 10(2), 2010, pp. 59-69. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1471-8847.2009.00256.x>.

Statelessness Index, 2024. Disponible en: <https://index.statelessness.eu/>

TEDH. *Gestación subrogada*, 2022. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Surrogacy\\_SPA](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Surrogacy_SPA)

*The Economist*. “As adoptions collapse, demand for international surrogacy is soaring”, 30 de enero de 2025. Disponible en: <https://www.economist.com/international/2025/01/30/as-adoptions-collapse-demand-for-international-surrogacy-is-soaring>

UNICEF. *Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada. Nota informativa*, 2022. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf>

DANIEL RIVAS-RAMÍREZ\*

*Sentencia T-357 de 2024*  
*(Prohibición de contenidos dogmáticos*  
*en las clases de religión en colegios públicos)*



## I. CONTEXTO

*Sara* era una niña de 9 años que cursaba el quinto grado de primaria en un colegio público. Ella y su familia eran cristianos y hasta ese entonces no habían tenido reparo frente a la educación religiosa que su hija recibía en el colegio. Sin embargo, durante el segundo periodo del año lectivo, la profesora de la clase de Religión empezó a enseñarle el credo y otras oraciones propias del catolicismo.

*Vicente*, el papá de *Sara*, se acercó a la profesora para buscar alternativas, pues consideraba que ese tipo de contenidos contrariaban su fe. Asimismo, acudió ante las directivas del colegio y radicó un derecho de petición con el objeto de que su hija no tuviera que asistir a esa clase y la materia pudiera evaluarse a través de trabajos escritos. En el entretanto, el padre de familia decidió que su hija no siguiera asistiendo a la clase de Religión, para evitar la afectación de sus derechos.

El colegio no respondió formalmente la petición de *Vicente*, pero de manera informal el rector de la institución le aseguró que no habría ningún problema, que la circunstancia no afectaría las calificaciones de la niña, quien era una de las mejores estudiantes del curso. A pesar de ello, cuando llegaron las notas del segundo periodo, la niña había sido calificada con 0 en Religión, lo que afectó su promedio general, que fue uno de los más bajos del curso. Esto empezó a afectar el estado de ánimo de *Sara* y su padre decidió acudir a la tutela para proteger sus derechos.

La jueza de primera instancia admitió la tutela, pero al analizar el caso negó el amparo de la libertad de cultos de *Sara* con fundamento en tres razones: la educación religiosa es obligatoria en Colombia; los decretos 4500 de 2006 y 1075 de 2015 establecen que los colegios deben brindar alternativas

---

\* Investigador afiliado al Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con diploma de profundización en Protección Supranacional de los Derechos Humanos de la Università degli Studi di Perugia (Italia) y el Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (Argentina). Contacto: danielrivasram@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8191-9996>.

para quienes no profesen una fe determinada, lo cual no puede implicar que se fomente “la pereza, el ocio, el desorden y el irrespeto a la autoridad” permitiendo la inasistencia a clase; y el hecho de que los padres de la niña fueran cristianos no significaba necesariamente que *Sara* también lo fuera.

Inconforme con la decisión, *Vicente* decidió impugnar la decisión de primera instancia. Sin embargo, la jueza no dio trámite a dicha impugnación por considerar que había sido realizada de manera extemporánea, habiéndose presentado unos minutos después de que acabara el horario laboral del día en que vencía el término.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

*Vicente*, en representación de su hija, argumentó que el colegio había vulnerado el derecho a la igualdad y las libertades de culto, expresión y desarrollo de la personalidad de *Sara*. Asimismo, que se había violado su derecho fundamental de petición, pues nunca había recibido respuesta a las solicitudes que le hizo a la institución. En su criterio, el hecho de que el colegio no brindara ninguna alternativa para que la niña adelantara sus estudios de Religión sin tener que ver los contenidos católicos vulneraba sus derechos. Pero además, las conductas desplegadas por la profesora de dicha clase agravaban la situación, pues también solicitaba que los padres enviaran flores para la celebración de ritos católicos y se extendía más tiempo de la cuenta en la clase. Como *Vicente* no permitía el ingreso de su hija a la clase de Religión, esto significaba una afectación adicional, pues se veía obligada a sacrificar tiempo de otras clases mientras que acababa la de dicha materia.

Por lo anterior, *Vicente* solicitó que a través de la tutela se modificara la calificación que la niña había recibido durante el segundo periodo, que se respetaran los horarios de clase y que, en adelante, su hija fuera evaluada en Religión a través de trabajos escritos. Adicionalmente, pidió que el colegio empezara a promover la aceptación de otros tipos de fe en el colegio y que, en consecuencia, el personal del colegio fuera capacitado para ello. Por último, solicitó que se iniciara un proceso sancionatorio en contra de la institución por no haber respondido el derecho de petición.

Ni el colegio ni la profesora de Religión respondieron la tutela, como tampoco a las pruebas que la Corte decretó en sede de revisión. En cambio, tanto *Vicente* como su hija remitieron información a la Corte, a partir de

la cual se determinó que la niña ya no estudiaba en ese colegio y que la situación que allí había ocurrido efectivamente la había afectado emocionalmente. De igual manera, a partir del testimonio directo de la menor, se hizo evidente que practicaba la fe cristiana.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Esta sentencia fue proferida por la Sala Primera de Revisión, integrada por Diana Fajardo Rivera, Juan Carlos Cortés González y Natalia Ángel Cabo, quien la preside y, además, fue la ponente de la decisión.

En esencia, la decisión de la Corte se puede dividir en cuatro partes: una asociada a cuestionar la actuación de la jueza de instancia que no tramitó la impugnación; otra enfocada a analizar cómo no sería posible satisfacer las pretensiones de la tutela; una más sobre la procedencia de la acción de tutela; y, finalmente, las consideraciones relacionadas con las afectaciones que la niña sufrió a raíz de la conducta del colegio. A continuación se resume lo que definió la Corte frente a cada uno de estos temas.

– *La pretermisión de segunda instancia.* La Corte concluyó que la jueza de instancia no tramitó la impugnación pese a tener que hacerlo. Esto debido a que contó mal el término para la impugnación. Como la sentencia había sido notificada a las partes por correo electrónico, el término empezó a correr dos días después de la remisión del correo y luego de que se recibiera acuse de recibido o el juzgado pudiera cerciorarse de la recepción del fallo; no al día siguiente del envío. Esto está establecido en la Ley 2213 de 2022. En tal sentido, aun cuando la impugnación se hubiera radicado por fuera del horario laboral del juzgado, seguía siendo oportuna, pues el término no vencía ese día.

Una vez determinada la pretermisión, la Corte reconoció que lo usual habría sido declarar la nulidad de la sentencia (en atención al Decreto 306 de 1992 que remite al Código General del Proceso) y ordenar darle trámite a la impugnación. Sin embargo, la Corte decidió no hacerlo y pronunciarse sobre el fondo del caso por dos razones: por un lado, por cuanto se trataba de un caso referido a la afectación de derechos de un sujeto de especial protección constitucional como lo era *Sara*, menor de edad; y por el otro, porque era relevante analizar la libertad de cultos y el principio de laicidad en la educación pública básica y media.

– *La carencia actual de objeto por situación sobreviniente.* Para el momento en el que la Corte conoció el caso, *Sara* ya se había cambiado de colegio. Por esta razón, la corporación no podría satisfacer las pretensiones de la tutela. A pesar de ello, la Corte decidió pronunciarse de fondo por considerar que era necesario: advertir que las conductas desplegadas por el colegio y la profesora de Religión eran contrarias a la Constitución, prevenir que se repitiera esta situación, llamar la atención sobre las actuaciones de la juez de instancia y, finalmente, avanzar en la comprensión de la libertad de cultos y el principio de laicidad en la educación básica y secundaria.

– *La procedencia de la acción de tutela.* La Corte revisó que se cumplirían todos los requisitos de procedencia, a saber: la legitimación (por activa y por pasiva), la inmediatez y la subsidiariedad. Al respecto, vale destacar que la sentencia reconoce que no existe en el ordenamiento jurídico ningún otro mecanismo que permita obtener una protección integral y efectiva del derecho a la libertad de cultos, por lo que la tutela era procedente en ese sentido; en particular tratándose derechos prevalentes, como los de una niña.

– *La vulneración de derechos y principios constitucionales.* Por último, la Corte entró a estudiar el fondo del caso. Para ello analizó por separado lo relativo al derecho de petición, el principio de laicidad, la libertad de cultos y la educación pública, y después analizó el caso concreto de *Sara* y *Vicente*.

Frente al derecho de petición, la sentencia recordó que la regla general es que las entidades deben responderlo en un término de 15 días y que tienen el deber de informar si no podrán hacerlo en ese tiempo. También enfatizó en que las respuestas a las peticiones deben ser oportunas, esto es, producirse dentro de un plazo razonable, de fondo y congruentes con la petición. Finalmente, enfatizó en que la notificación de la respuesta debe ser efectiva. Si no se cumple con tales requisitos, se vulnera este derecho fundamental.

En relación con la libertad de cultos y el principio de laicidad, la Corte reconoció que Colombia es un país en el que la religión católica tiene un arraigo social y cultural importante. De allí que, a diferencia de lo que ocurre en países como Francia o Estados Unidos, el principio de laicidad tenga un matiz particular. Que el Estado sea laico no quiere decir que deba

ser ateo. En realidad, se trata de respetar todas las creencias, incluyendo la de aquellas personas que no practican ninguna religión. Es por ello que este principio implica, por un lado, un deber de neutralidad estatal (que se traduce en que el Estado no debe promover ni privilegiar una religión sobre otra), y por el otro, la separación entre el Estado y la religión. La libertad de cultos, por su parte, es un derecho fundamental que materializa el principio de laicidad. Las personas son libres de profesar y difundir aquello en lo que crean, y el Estado debe respetarlas por igual. Después de todo, se trata de una cuestión del fuero privado de las personas, pese a que pueda exteriorizarse.

En línea con lo anterior, la sentencia reconoce que con la Constitución de 1991 la relación entre la religión y la educación cambió. Antes, la Iglesia católica participaba directamente en ella, pero ya no puede imponer los contenidos, las metodologías ni los espacios para hacerlo. De manera que, pese a que en Colombia la enseñanza religiosa sigue estando incluida dentro del área de formación obligatoria en la educación básica y media, nadie puede ser obligado a recibirla. Es por eso por lo que la jurisprudencia constitucional previa ha sido enfática en la necesidad de brindar alternativas para que quienes no deseen recibir una educación religiosa particular puedan recibirla de otra manera. Es a través de esas alternativas que se garantiza el espacio para el ejercicio de la libertad de cultos en este nivel educativo. Por ello, en este caso, la Corte precisa que la educación religiosa que se imparte en los colegios públicos debe abordar el fenómeno religioso desde una perspectiva histórica y cultural, no de manera dogmática.

Por último, antes de analizar el caso concreto, la Corte hace énfasis en que, en virtud del principio de separación entre el Estado y la Iglesia, los colegios públicos no pueden participar directamente en la celebración de ritos y actividades religiosas. No pueden financiarlas, ni tampoco disponer de los recursos de talento humano que son pagados por el Estado para auspiciar dichas actividades. Lo único que pueden hacer es facilitar los espacios y los tiempos para ellas, en caso de que la comunidad académica esté de acuerdo en que así sea.

Para analizar el caso concreto de *Sara*, la Corte emplea el *test* que desarrolló en la Sentencia T-524 de 2017 para determinar si se había afectado efectivamente la libertad de cultos de la menor. En esa medida, concluyó que la creencia de la menor era seria, había sido exteriorizada de manera

continua y su oposición a la clase de Religión había sido clara y oportuna. Frente a esto último, para la Corte fue claro que no había razón suficiente para imponer la clase de Religión a la niña, pues no resultaba una medida razonable ni proporcional, pues había otros medios para garantizar la libertad de cultos y su derecho a la educación. Por ello, determinó que el colegio efectivamente había vulnerado su derecho a la libertad de cultos y, además, había violado el principio de laicidad que rige sus actuaciones como una institución pública.

Por todo lo anterior previno a la institución educativa de incurrir nuevamente en este tipo de situaciones y le ordenó modificar su Proyecto Educativo Institucional (PEI) para eliminar el contenido dogmático católico de la clase de Religión y así privilegiar un enfoque neutral del fenómeno religioso y garantizar que el estudiantado tenga las alternativas suficientes para quienes no deseen recibir ese tipo de educación. Asimismo, le ordenó capacitar a sus docentes sobre cómo actuar en esos casos. Y también le ordenó al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría Distrital de Educación verificar el cumplimiento de estos postulados por parte del colegio.

Pese a que la decisión de la Corte fue adoptada de manera unánime, el magistrado Juan Carlos Cortés González aclaró su voto por dos razones. La primera: que en su criterio la Corte lo que reprochó fue la enseñanza de la religión a partir de la práctica de ritos específicos de una religión, pero no la educación religiosa a partir de una aproximación histórica o metafísica que explique los fundamentos epistemológicos de una creencia. La segunda: que la Corte debió haber valorado más a fondo la conducta del colegio para determinar si en realidad la carencia actual de objeto se debía a un hecho sobreviniente o a un daño consumado, pues dicha conducta pudo haber sido determinante en la decisión de *Vicente* de cambiar a *Sara* de colegio.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO

La idea de un Estado laico en un país como Colombia es bastante compleja, pues la religión católica está arraigada de manera transversal en nuestra sociedad. Es por esta razón que la Sentencia T-357 de 2024 cobra especial relevancia.

A pesar de las vicisitudes que cobra el principio de laicidad en Colombia, son más bien pocas las decisiones de la Corte que han contribuido a

avanzar en la comprensión de la manera como opera en realidad y cuál es el alcance que tiene en la práctica. De hecho, desde que se instaló la Corte Constitucional se tienen registros de menos de 100 sentencias que abordan específicamente este principio. Y son aún más escasas las que hablan sobre las dimensiones de la laicidad en el contexto de la educación.

Durante estos treinta años de vigencia de la Constitución Política de 1991 se han presentado algunos casos en donde el principio de laicidad se ha visto en riesgo en contextos educativos. Sin embargo, por lo general la aproximación que la Corte ha tenido ha sido en clave de la libertad de cultos, mas no del principio de laicidad. Además, pese a que en cerca de veinte decisiones se ha pronunciado frente a la libertad de cultos en el contexto educativo, la mayoría de los casos versaban sobre la negativa de las instituciones educativas a permitir asistir a clases o presentar exámenes en días diferentes a los sábados<sup>1</sup>, la participación en ceremonias y ritos religiosos<sup>2</sup>, y la realización de actividades contrarias a la religión de la comunidad académica<sup>3</sup>. Solo en dos ocasiones la Corte se ha pronunciado sobre la educación religiosa –propriadamente dicha– en el contexto educativo, esto es, en las sentencias T-421 de 1992 y T-345 de 2002; la primera en el contexto de un colegio público y la segunda en el de una institución universitaria.

En el caso de la T-421 de 1992, la Corte resolvió el caso de un estudiante de primer grado de primaria al que el colegio había forzado a asistir a clase de Religión y lo había obligado a participar en ritos propios de la religión católica. En esta ocasión, la Corte aclaró que las instituciones educativas oficiales no pueden obligar a nadie a recibir una educación religiosa particular, según lo que establece el artículo 68.4 de la Constitución. También reconoció que en la educación pública rige el principio de imparcialidad de la función administrativa previsto en el artículo 209 de la Constitución. Finalmente, protegió la libertad de cultos en el marco de la libertad de

---

1 Corte Constitucional. Sentencias T-594A de 1993, T-915 de 2011, T-026 de 2005, T-448 de 2007, T-044 de 2008, T-493 de 2010 y T-782 de 2011.

2 Corte Constitucional. Sentencias T-421 de 1992 y T-662 de 1999.

3 Corte Constitucional. Sentencias T-075 de 1995, T-588 de 1998, T-877 de 1999, T-832 de 2011 y T-524 de 2017.

conciencia, por tratarse de un derecho indispensable para cualquier sociedad democrática. Sin embargo, más allá de la razón de la decisión, esta sentencia advirtió algo que es fundamental: la maleabilidad de las mentes de niños y niñas que se encuentran en sus primeros años de formación y respecto de la cual los profesores y las instituciones educativas juegan un papel fundamental en lo que concierne a la creación y re-creación de los valores de los estudiantes. Por esta razón, la función docente va más allá de la educación académica, pues incide en el inconsciente de los estudiantes, lo que afecta el desarrollo de la personalidad de estos.

En el caso de la Sentencia T-345 de 2002, la Corte analizó la situación de un estudiante de Administración de Empresas al que su universidad le obligó a tomar un seminario en Ética basado en la ética cristiana. En este caso, el juez constitucional reconoció que es diferente el análisis que debe hacerse en el contexto de la educación escolar y en la universitaria, a la vez que señaló que ni siquiera las instituciones privadas pueden imponer un credo en particular. En esa medida, esta sentencia enfatizó en que la libertad de conciencia, y por ahí derecho la libertad de cultos, incluye también el derecho de la persona a no creer y a no revelar las convicciones más íntimas, por lo que se debe proteger también esa dimensión.

De hecho, son varias las críticas que desde la academia se han hecho a las sentencias que se han referido a la educación religiosa en el contexto del Estado laico en Colombia. Por ejemplo, Vásquez Zora y Ochoa Bohórquez han destacado los vacíos y las fronteras borrosas que esta jurisprudencia presenta frente a los conflictos que se dan en el marco de la educación escolar. Entre otras cosas, porque es esa situación lo que ha permitido continuar con un modelo de instrucción religiosa que invisibiliza la expresión múltiple de religiones, creencias, espiritualidades y subjetividades en el contexto educativo<sup>4</sup>. Así, las religiones católica y evangélica han podido mantener un rol preponderante en la definición de los contenidos educativos, bajo la idea de generar “una conciencia humana y cristiana de personificación, culturización y socialización como competencia para la toma de conciencia y la libertad

---

4 Vásquez Zora, Luis Fernando y Ochoa Bohórquez, Ana Victoria. “De la educación religiosa y la educación laica en Colombia. Normatividades y políticas (1930-2020)”, *Revista Colombiana de Sociología*, 45(1), 2022, pp. 125-146.

religiosa”<sup>5</sup>. La Sentencia T-357 de 2024 hace un esfuerzo por reducir esos vacíos y hacer más nítidas las fronteras entre la religión y el Estado.

Como se señaló, en la Sentencia T-421 de 1992, la Corte ya había dicho que existe un deber de imparcialidad en la función pública, y sin embargo, el fundamento en la Sentencia T-357 de 2024 es otro. Aquí, la Corte, al partir del principio de laicidad, reconoce la existencia de un deber de neutralidad, no solo de la función pública, sino del Estado en sí mismo considerado. Ninguna institución del Estado puede promover o privilegiar una religión en particular. Por el contrario, debe promover el respeto, en condiciones de igualdad, de todas las creencias, incluyendo la de no creer, como lo perfiló en la Sentencia T-345 de 2002. Pero además de esto, la Sentencia T-357 de 2024 se refiere al deber de separación entre Estado y las religiones, razón por la cual descarta que el Estado pueda interferir en las creencias religiosas de las personas.

Así pues, la Sentencia T-357 de 2024 cobra especial relevancia por dos razones: primero, porque es una de las pocas en las que la Corte se ha referido expresamente a la educación religiosa, y en segundo término, porque lo hace, no solo en virtud de la libertad de cultos, sino a partir del principio de laicidad. Pero más allá de lo que implica esta sentencia para comprender una de las dimensiones de este principio, lo que resulta verdaderamente novedoso es el alcance que le da en el contexto educativo.

La sentencia da un paso gigante que tiene el potencial de transformar la educación en Colombia y constituye una variación importante del precedente constitucional. En Colombia, la educación religiosa hace parte del área de formación básica obligatoria en los niveles básico y secundario. Tradicionalmente la Corte había avalado esa obligatoriedad bajo la lógica de acuerdo con la cual era la forma de garantizar que a los estudiantes se les garantizara el derecho a la libertad de cultos, en el sentido de que pudieran contar con espacios formativos acordes con sus creencias. Sin embargo, es importante precisar que el carácter obligatorio de esa materia tenía por objeto que los establecimientos educativos la incluyeran en el

---

5 Conferencia Episcopal Colombiana. “Estándares para la educación religiosa escolar (ERE)”, *XCII Asamblea Plenaria del Episcopado Colombiano*, Bogotá, Conferencia Episcopal de Colombia, 2012.

pénsum académico, no que los estudiantes tuvieran que tomar estos cursos. De hecho, por esa misma razón la Corte también había precisado que se debía garantizar a los estudiantes la posibilidad de no recibir educación religiosa si así lo preferían, de acuerdo con sus creencias (incluyendo la posibilidad de no creer en nada).

Sin embargo, con esta sentencia la Corte avanzó al precisar que no solo se debe garantizar la posibilidad de no recibir educación religiosa a quienes no la quieran, sino que además el contenido de las clases de religión no puede tener un contenido dogmático. Esto quiere decir que, lejos de promover los dogmas de una fe en particular, deben abordarse las religiones como un fenómeno histórico y cultural. Esto tiene unas implicaciones importantes, puesto que implica una transformación en la metodología y la forma de impartir la educación religiosa. Pero se trata de un esfuerzo que no es exclusivo de la Corte, pues, como la misma sentencia lo reconoce, el Ministerio de Educación Nacional ya venía promoviendo que fuese este el enfoque de la educación religiosa en Colombia. No obstante, la sentencia de la Corte da un espaldarazo para que el cambio se logre más rápido.

En todo caso, es menester señalar que, pese a que esta decisión tiene un importante potencial, hasta el punto de que la Conferencia Episcopal de Colombia la vio como un ataque contra la religión católica, lo cierto es que sus efectos son inciertos, tanto en el caso en concreto como en términos generales. Lo primero, por cuanto el colegio involucrado en la Sentencia T-357 de 2024 nunca se hizo partícipe del proceso de tutela, ni en la primera instancia, ni en el trámite de revisión. Esto llevó a que la Corte aplicara la presunción de veracidad y no pudiera contrastar o controvertir las pruebas presentadas por el padre de familia. De hecho, la Corte llegó a una decisión sin siquiera haber entrado a valorar el contenido curricular de la clase de Religión y sin tener información sobre la respuesta institucional a las solicitudes elevadas por los accionantes. En esa medida, existe la duda sobre si en realidad el colegio implementará las decisiones adoptadas por la Corte. En todo caso, previendo esta situación, la Corte ordenó al Ministerio de Educación y a la Secretaría Distrital de Educación verificar la realización de los ajustes ordenados en la sentencia, por lo que se puede ver que el juez constitucional se anticipó a la situación.

Pero, sumado a esto, también existen dudas frente a la efectividad que pueda tener la sentencia para promover un cambio transversal en lo

que concierne a la educación religiosa en Colombia. En particular tiene relevancia que se trate de una decisión adoptada en el marco de una sala de revisión, y no de una sentencia de unificación. De hecho, es menester anotar que, debido a la novedad del caso, la Corte desaprovechó la oportunidad para sacar la primera sentencia de unificación en la materia, y promover así un impacto mayor de lo decidido por ella. Pocos meses antes, la misma magistrada ponente, Natalia Ángel Cabo, ya había presentado la Sentencia SU-059 de 2024 en la que logró que la Corte unificara su jurisprudencia frente a la financiación de proyectos académicos con contenidos religiosos con recursos de las universidades públicas. Esta sentencia tiene un potencial importante, pues esclarece las reglas para más de 85 instituciones educativas de educación superior, incluyendo universidades, instituciones universitarias e instituciones tecnológicas<sup>6</sup>. En esa medida, también podría haber llevado a la Sala Plena el caso de la Sentencia T-357 de 2024, pues, además de ser novedosa, podría haber tenido un impacto mayor si, en cuanto fallo de unificación, hubiera establecido un precedente claro y vinculante para cerca de 42.518 colegios públicos<sup>7</sup>. En esa medida, es claro que fue una oportunidad perdida.

Como lo anoté, pese a tratarse de una decisión proferida por una sala de revisión, la Conferencia Episcopal de Colombia (CEC) la vio como una afrenta a la comunidad católica del país, hasta el punto de convocar a la sociedad civil a “revisar qué está pasando en el tejido social y en la jurisprudencia del país”, por considerar que con esta nueva sentencia se eliminaba el espacio religioso con el que contaban los fieles en los colegios y se atentaba contra la libertad de escogencia de la educación religiosa y

---

6 SNIES. *Perfiles de las Instituciones de Educación Superior*, s. f. Disponible en: <https://snies.mineducacion.gov.co/portal/Informes-e-indicadores/Perfiles-de-las-Instituciones-de-Educacion-Superior/>

7 Se estima que en Colombia hay 53.148 colegios, de los cuales al menos 8 de cada 10 son instituciones oficiales. Véase Medina Ariza, Mateo. “Dos de cada diez estudiantes escolares en Colombia estudian en colegios privados”, *La República*, 29 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://www.larepublica.co/economia/dos-de-cada-diez-estudiantes-escolares-en-colombia-estudian-en-colegios-privados-3964187#:~:text=A1%20ocierre%20del%20a%C3%B1o%20anterior,2022%20de%20o%2C2%25>

moral de las personas<sup>8</sup>. De hecho, la Conferencia Episcopal aseguró que el fallo, en lugar de proteger el derecho a elegir no recibir educación religiosa, modificó el modelo de educación desconociendo los derechos de los católicos. Sin embargo, esto muestra una lectura sesgada de la decisión.

La Sentencia T-357 de 2024 reconoce explícitamente que Colombia es un país cuya población ha sido y es en su mayoría católica, y que en esa medida, gran parte de su sistema de valores está arraigado en la cultura católica. Sin embargo, debido a que la Constitución de 1991 reconoce que Colombia es un Estado laico, es necesario adoptar medidas para reconocer, respetar y promover la diversidad religiosa. Esto implica garantizar que los espacios religiosos que existen no sean dominados ni condicionados por determinadas religiones o sistemas de creencias. En particular cuando se trata de espacios previstos en el contexto de la educación pública, que es financiada directamente por el Estado. La sentencia es clara en señalar que en virtud del deber de neutralidad y de la separación entre el Estado y las religiones, los recursos públicos –en cualquier presentación– no pueden destinarse para promover una fe en particular. En esa medida, la decisión de eliminar de la clase de Religión el contenido dogmático y abordar la materia desde una perspectiva histórica y cultural no puede ser tenida como un atentado contra la religión católica en particular, sino como un mecanismo para garantizar que no haya sesgos en cuanto a los contenidos que los niños y niñas reciben en su educación.

Y es que acá es particularmente importante reconocer algo que desde los años noventa la Corte ya había señalado. La educación básica y secundaria se da en un momento específico de la vida de las personas en el que no solo se forja su personalidad, sino que además se construye el sistema de valores que regirá su vida y se definen los pilares de su forma de ver el mundo. Los niños y niñas son especialmente susceptibles a injerencias e influencias inconscientes. Después de todo, es esa la razón por la cual la Corte Constitucional ha señalado en distintos escenarios que a su

---

8 Conferencia Episcopal de Colombia. *COM-CEC-019/24. Pronunciamento ante la Sentencia T-357 de 2024, de la Corte Constitucional, sobre la educación religiosa*, 2024. Disponible en: <https://www.cec.org.co/sites/default/files/2024-09/COM-CEC-019-24%20Pronunciamento%20sentencia%20T357%20de%202024.pdf>

corta edad no cuentan con capacidad plena para tomar decisiones libres e informadas. Sus opiniones suelen moldearse a partir de lo que ven, oyen y aprenden. Es por ello que el entorno educativo, en particular el que se ofrece desde el Estado, debe ser especialmente cuidadoso de no generar interferencias irresponsables frente al libre desarrollo de los niños y niñas.

Al respecto vale la pena hacer algunos comentarios adicionales. El primero tiene que ver con la tradición, en particular, de la religión católica. No podemos pasar por alto que a pesar de que esta es la religión mayoritaria en el país, históricamente la religión ha estado asociada con el colonialismo epistemológico<sup>9</sup>. En términos generales, la catequesis y la evangelización han sido mecanismos de dominación que han afectado no solo a Colombia sino al mundo entero. En Colombia, el ejemplo más claro se tiene en el papel que desempeñó la Iglesia católica en la discriminación y el exterminio de las culturas y tradiciones propias de los pueblos indígenas y de las comunidades afro del país<sup>10</sup>; y, de hecho, también a través de la educación cristiana y civilizatoria de la Iglesia en el territorio<sup>11</sup>.

Sumado a lo anterior, se tiene el modelo de educación religiosa que la Iglesia ha promovido durante los años. Si bien este ha conocido numerosos cambios —pasando de la enseñanza religiosa propiamente dicha a un modelo ecuménico y pluri-confesional como el que promueve hoy la Conferencia Episcopal de Colombia—, la apuesta sigue siendo impositiva y excluyente. Así, por ejemplo, al respecto se ha destacado que hay falta de neutralidad en la práctica docente, que se promueven escenarios de invisibilización y discriminación de los estudiantes que tienen otras creencias, que carece de un enfoque crítico y reflexivo, y que desconoce la diversidad étnica y cultural del país<sup>12</sup>.

---

9 Dussel, Enrique. *A History of the Church in Latin America. Colonialism to Liberation (1492-1979)*, s. l., Wm. B. Eerdmans, 1981.

10 Restrepo, Nicolás. “La Iglesia Católica y el Estado colombiano, construcción conjunta de una nacionalidad en el sur del país”, *Tabula Rasa*, 5, 2006, pp. 151-165.

11 Romero Loaiza, Fernando. *Manuel Quintín Lame Chantre: el indígena ilustrado, el pensador indigenista*, Pereira, Papiro, 2005.

12 Vásquez Zora, Luis Fernando y Ochoa Bohórquez, Ana Victoria. “De la educación religiosa y la educación laica en Colombia”, cit.

Y por último, es fundamental enfatizar en la vulnerabilidad que afrontan los niños y niñas, quienes aún no tienen las herramientas para asumir una posición crítica frente a los contenidos que reciben, lo que hace que estos últimos impacten de manera indirecta e inconsciente en su sistema de valores. En ese sentido, son varios los estudios a nivel mundial que muestran cómo las personas que pertenecen a la comunidad LGTBIQ+ afrontan dificultades y obstáculos para su autorreconocimiento como consecuencia de los sistemas de valores y costumbres que les fueron transmitidos durante su infancia y adolescencia<sup>13</sup>.

Así pues, la Sentencia T-357 de 2024 constituye una decisión que protege y reivindica los derechos de las minorías religiosas y de las personas que no practican ninguna fe en particular, pero también contribuye a proteger a los niños y niñas que sí tengan alguna afiliación religiosa en particular. Lo cierto es que la decisión de eliminar el contenido dogmático, lejos de afectarles, lo que promueve es un espacio seguro para aprender, crecer y formar sus valores de manera libre y neutral. Contrario a lo que buscó mostrar la Conferencia Episcopal, la sentencia pone en el centro el bienestar de todos los niños y niñas, no solo el de Sara ni el de quienes no son católicos. En efecto, lo decidido por ella también protege a quienes practican la fe católica y propende por materializar el pluralismo y la diversidad cultural dentro de las aulas educativas.

Antes de concluir, vale la pena señalar que en diciembre del año pasado la Conferencia Episcopal solicitó la aclaración de la Sentencia T-357 de 2024, sobre la base del cuestionamiento del tipo de órdenes y el alcance de la decisión, llegando a sostener que el Episcopado debió haber sido vinculado al proceso como un tercero con interés. La Corte rechazó la solicitud por falta de legitimación por activa. Sin embargo, considero que, más allá de eso, la Corte debió haber analizado también la oportunidad

---

13 Galindo Huertas, Mayra Solanye; Gómez, Paula Andrea y Manosalva, Mayra Alejandra. “Momentos de reconocimiento como sujetos de derecho de un grupo de personas jóvenes universitarias LGBT en Tunja, Boyacá”, *Sexualidad, Salud y Sociedad*, 29, 2018; Orellana Rojas, Ziciri y Rondanelli Delpiano, Pierina. “Homosexuales evangélicos: negación, agotamiento y renacimiento”, *Rumbos TS*, 18(29), 2023; Parra Ortiz, José María. “La educación en valores y su práctica en el aula”, *Tendencias Pedagógicas*, 8, 2003, pp. 69-88; entre otros.

de la solicitud, toda vez que la misma se radicó varios meses después de notificada y comunicada la sentencia, hasta el punto de que la Conferencia Episcopal ya se había pronunciado públicamente al respecto tres meses antes de la solicitud.

En síntesis, la Sentencia T-357 de 2024 constituye un paso importante hacia la realización de una de las tantas promesas constitucionales que aún no han sido cumplidas: la de un Estado laico. Por supuesto, se trata de solo un paso. Probablemente, habrá nuevos casos en los que se requiera un nuevo pronunciamiento de la Corte, los cuales ojalá sean resueltos por la Sala Plena para que la decisión tenga un efecto mayor. Sin embargo, por lo pronto el panorama es positivo. Durante el año 2024, la Corte dio tres pasos importantes respecto a la laicidad: dos con las sentencias SU-059 de 2024 y T-357 de 2024, ambas con ponencia de Natalia Ángel Cabo, y otro al retirar, a través de una decisión administrativa de la Corte, aprobada por la Sala Plena, el Cristo exhibido al interior del recinto de la propia Corte.

#### REFERENCIAS

Conferencia Episcopal Colombiana. *Estándares para la educación religiosa escolar (ERE). XCII Asamblea Plenaria del Episcopado Colombiano*, Bogotá, Conferencia Episcopal de Colombia, 2012.

Conferencia Episcopal de Colombia. *COM-CEC-019/24. Pronunciamiento ante la Sentencia T-357 de 2024, de la Corte Constitucional, sobre la educación religiosa*, 2024. Disponible en: <https://www.cec.org.co/sites/default/files/2024-09/COM-CEC-019-24%20Pronunciamiento%20sentencia%20T357%20de%202024.pdf>

Dussel, Enrique. *A history of the Church in Latin America: Colonialism to liberation (1492-1979)*, s. l., Wm. B. Eerdmans, 1981.

Medina Ariza, Mateo. “Dos de cada diez estudiantes escolares en Colombia estudian en colegios privados”, *La República*, 29 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://www.larepublica.co/economia/dos-de-cada-diez-estudiantes-escolares-en-colombia-estudian-en-colegios-privados-3964187#:~:text=Al%20cierre%20del%20a%C3%B1o%20anterior,2022%20de%200%20C2%25>

Orellana Rojas, Ziciri y Rondanelli Delpiano, Pierina. “Homosexuales evangélicos: negación, agotamiento y renacimiento”, *Rumbos TS*, 18(29), 2023.

Parra Ortiz, José María. “La educación en valores y su práctica en el aula”, *Tendencias Pedagógicas*, 8, 1003, pp. 69-88.

Restrepo, Nicolás. “La Iglesia Católica y el Estado colombiano, construcción conjunta de una nacionalidad en el sur del país”, *Tabula Rasa*, 5, 2006, pp. 151-165.

SNIES. *Perfiles de las Instituciones de Educación Superior*, s. f. Disponible en: <https://snies.mineducacion.gov.co/portal/Informes-e-indicadores/Perfiles-de-las-Instituciones-de-Educacion-Superior/>

Solanye Galindo Huertas, Mayra; Gómez, Paula Andrea y Manosalva, Mayra Alejandra. “Momentos de reconocimiento como sujetos de derecho de un grupo de personas jóvenes universitarias LGBT en Tunja, Boyacá”, *Sexualidad, Salud y Sociedad*, 2018, 29.

Vásquez Zora, Luis Fernando y Ana Victoria Ochoa Bohórquez. “De la educación religiosa y la educación laica en Colombia. Normatividades y políticas (1930-2020)”, *Revista Colombiana de Sociología*, 45(1), 2022, pp. 125-146.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,  
CULTURALES Y AMBIENTALES



LILIANA ÁVILA GARCÍA\*

*Sentencia SU-018 de 2024*  
*(El río Anchicayá: principio de precaución*  
*y miradas desde la justicia ambiental)*



## I. CONTEXTO

La sentencia de tutela en estudio resuelve la controversia promovida por el Ministerio de Ambiente y la Agencia Jurídica de Defensa del Estado (en adelante los accionantes) contra la decisión del Consejo de Estado del 10 de junio de 2021 que declaró la responsabilidad administrativa del Ministerio de Ambiente, la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. (EPSA) y la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CARVC) por su omisión en el cumplimiento de los deberes de prevención y protección del ambiente que concurrieron al daño ocasionado a las comunidades ribereñas de la cuenca del río Anchicayá por el vertimiento de sedimentos producido en el marco de las obras de mantenimiento de la represa del mismo nombre.

El proceso inició con la interposición de la acción de grupo promovida por pueblos indígenas y afrodescendientes de la ribera del río Anchicayá que demandaron la reparación de daños y perjuicios provocados por las obras de mantenimiento de la hidroeléctrica realizadas entre el 23 de julio y el 26 de agosto de 2001.

La cuenca hidrográfica del río Anchicayá se ubica en la vertiente del Océano Pacífico de la Cordillera Occidental, en los municipios de Buenaventura y Dagua, en el departamento del Valle del Cauca. Históricamente ha sido habitada por comunidades indígenas y afrodescendientes que han desarrollado sus formas de vida tradicionales alrededor del río y para quienes la cuenca es un elemento fundamental de la supervivencia cultural y material.

En esta cuenca, durante 1955 y 1974, fueron construidas dos centrales hidroeléctricas que hacen parte de la red de suministro de energía del Valle del Cauca, administradas por EPSA, en la que participa como socia, entre otros, la CARVC.

---

\* Coordinadora para las Américas del Programa de Derechos Humanos y Ambiente de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA). Abogada de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia); especialista en Derecho Constitucional y en Estudios Feministas y de Género de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Colombia); magíster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España).

Entre el 23 de julio y el 26 de agosto de 2001, EPSA, entidad encargada de la administración de las centrales hidroeléctricas, al realizar labores de mantenimiento, “abrió las compuertas de descarga de la Central Hidroeléctrica del Bajo Anchicayá y vertió al río 500.000 metros cúbicos de sedimento, aproximadamente”<sup>1</sup>.

Este vertimiento ocasionó importantes afectaciones ambientales e impactos en la vida de las comunidades ribereñas. El Consejo de Estado concluyó en su decisión que “la apertura de compuertas con el fin de reducir los niveles del embalse y el vertimiento de sedimentos, generaron [*sic*] un desequilibrio en el ecosistema. Ese desequilibrio afectó directamente a las comunidades ribereñas que al momento de los hechos dependían económicamente de la actividad pesquera y agrícola, pues les impidió continuar ejerciéndolas [*sic*]” (par. 47).

El Ministerio de Ambiente fue exonerado de responsabilidad en la primera y la segunda instancias del proceso iniciado en virtud de la acción de grupo. Sin embargo, en el trámite de la revisión eventual, el Consejo de Estado declaró al Ministerio responsable; en efecto, consideró que este “incumplió sus deberes de prevención y protección del medio ambiente por no adoptar medidas que suspendieran el vertimiento de sedimentos al río y, de esta forma, limitar el daño” (par. 10).

En la providencia de revisión, el Consejo de Estado también concluyó que el daño causado a los demandantes era imputable a EPSA por la configuración de un riesgo excepción dado que, a su juicio, puesto que la operación de hidroeléctricas es una actividad lícita y beneficiosa, el daño que puedan generar debe ser reparado por el Estado.

Al tiempo, el Consejo de Estado también concluyó que el Ministerio de Ambiente y la CARVC estaban sujetas al juicio de responsabilidad porque “toleraron que el vertimiento de sedimentos se prolongara, aproximadamente, por un mes. Por lo tanto, omitieron el cumplimiento de sus funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental al no emitir una orden de suspensión preventiva del mantenimiento de la central hidroeléctrica” (par. 50). A juicio del Consejo de Estado, tanto el Ministerio como la CARVC desconocieron la normativa contenida de Ley 99 de 1993 –que

---

1 Corte Constitucional. Sentencia SU-355 de 2020.

los faculta para tomar medidas de prevención y aplicar el principio de precaución— al no ordenar la suspensión de las labores de mantenimiento, “al menos mientras se examinaba la situación y se tomaba una decisión respecto al estado de la represa” (par. 51).

Finalmente, la Sala concluyó que “existía un principio de certeza científica respecto a la posible configuración de un daño ambiental grave” (par. 52) que se verificó en el informe de la primera visita realizada por la CARVC al embalse el 27 de julio de 2001 (esto es, transcurridos cuatro días desde la apertura de las compuertas) que para entonces ya indicaba una “alta incorporación de sólidos al río”.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio de Ambiente, como accionantes de la tutela, alegaron la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa derivados de la decisión proferida el 10 de junio de 2021. A su juicio, el Consejo de Estado incurrió en defecto orgánico, sustantivo y fáctico, así como en desconocimiento de precedente y violación directa de la Constitución Política, al resolver el mecanismo de revisión eventual de la acción popular interpuesta por los alegados daños derivados de los impactos al ambiente por el vertimiento de sedimentos al río.

En cuanto al defecto orgánico, los accionantes alegaron principalmente que el Consejo de Estado determinó la responsabilidad del Ministerio de Ambiente pese a que el asunto no estaba directamente relacionado con la unificación de la jurisprudencia, como objetivo principal del mecanismo de revisión eventual; y que se atribuyó facultades del Legislador al unificar las obligaciones a cargo de las entidades ambientales derivadas de la Ley 99 de 1993.

Al mismo tiempo, alegaron que la condena contra el Ministerio de Ambiente desconoció la doble conformidad, la garantía de *non reformatio in pejus* y el derecho de impugnación por una extralimitación de las competencias del Consejo de Estado en la resolución del caso concreto.

Por su parte, respecto al defecto sustantivo, los argumentos centrales se dirigieron a señalar que el Consejo de Estado aplicó, de forma equivocada, el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 que fija las reglas de unificación de jurisprudencia como finalidad del mecanismo de revisión eventual e hizo

una interpretación incorrecta de varias normas de la Ley 99 de 1993, al derivar de ellas la obligación, a cargo del Ministerio, de ordenar la suspensión de labores de mantenimiento de la hidroeléctrica, cuando tales competencias son meramente facultativas.

En relación con el defecto fáctico, los demandantes sostuvieron que la condena al Ministerio no se sustentó en pruebas suficientes para acreditar su responsabilidad, es decir que se impuso sin que se hubiera acreditado “que esa entidad conoció oportunamente la situación que generó el daño ambiental ni la relación con la generación del mismo” (par. 75).

Por otro lado, los argumentos sobre el efecto por desconocimiento del precedente se fundamentaron en el desconocimiento de las reglas fijadas en la Sentencia SU-686 de 2015 y en varios precedentes establecidos por el propio Consejo de Estado al establecer el lucro cesante y la utilización del criterio de equidad para la definición de los perjuicios.

Finalmente, la invocada violación directa de la Constitución Política se sustentó en que el Consejo de Estado habría violado el artículo 90 superior al condenar al Ministerio de Ambiente sin demostrar los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado y al imputar su responsabilidad por falla del servicio por omisión pese a no existir una obligación a cargo de la entidad de la que se pudiera derivar un incumplimiento.

Por su parte, la Sala Primera de Decisión del Consejo de Estado, en la contestación de la demanda de tutela, sostuvo que la condena contra el Ministerio de Ambiente y otras autoridades ambientales no vulneró derechos fundamentales y no incurrió en los defectos alegados, explicando la falta de sustento de cada uno de ellos.

En cuanto al defecto orgánico, afirmó que la Sala Primera Especial de Decisión explicó los fundamentos de la determinación de la responsabilidad de las entidades demandadas, así como su legitimación en la causa, de forma clara y suficiente. Además, defendió la competencia del Consejo de Estado para revisar de fondo una sentencia de revisión cuando ello suponga “adoptar una decisión que respete los mínimos de justicia material” (par. 80). En consecuencia, señaló que este fin no había sido alcanzado en la decisión del Tribunal Administrativo del Valle al dejar impune al Ministerio de Ambiente pese a que sus acciones y omisiones concurrieron en la generación del daño antijurídico.

Frente al defecto sustantivo, la Sala alegó que los accionantes realizaron una interpretación equivocada de las competencias sancionatorias del Ministerio de Ambiente, ya que conforme a la Ley 99 de 1993 (arts. 5.º y 35) este tenía la obligación de suspender las labores de mantenimiento, y que “la sentencia controvertida contiene el fundamento constitucional y legal del deber del Ministerio de Ambiente de actuar preventivamente para evitar los daños ambientales” (par. 31).

Por otra parte, sostuvo que el alegado defecto de violación directa del artículo 90 C.P. no se concretó en tanto la decisión de la Sala Primera imputó responsabilidad al Ministerio de Ambiente por su omisión respecto de los deberes de evaluación, control y seguimiento que se concretan en el ejercicio de estrictos controles de las actuaciones de EPSA, controles establecidos por la Ley 99 de 1993 en cabeza de las autoridades ambientales y que son competencias obligatorias para el Ministerio de Ambiente.

Finalmente, la Sala objetó los argumentos sobre el defecto por desconocimiento del precedente por cuanto, a su juicio, “el criterio jurisprudencial sobre liquidación de lucro cesante invocado por las entidades accionantes no resultaba vinculante para el caso concreto” (par. 83).

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Corte Constitucional confirmó la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado, en el trámite de la acción de tutela interpuesta. Para sustentar su decisión, la Corte, antes de analizar los defectos alegados por los accionantes, hizo un análisis detallado de varios aspectos relevantes para confirmar la responsabilidad de Ministerio de Ambiente. Así, analizó la responsabilidad del Estado, especialmente las reglas sobre causalidad e imputación, y explicó el alcance de las reglas constitucionales en la materia y la manera en que el Consejo de Estado les da aplicación actualmente. Además, presentó el desarrollo normativo y jurisprudencial de la acción de grupo, describiendo el procedimiento para su ejercicio y la competencia de revisión eventual por parte del Consejo de Estado. Adicionalmente, la Corte analizó el contenido y alcance de el derecho al debido proceso, las garantías de doble instancia y doble conformidad, como principios pertinentes para el análisis del caso concreto.

Finalmente, la Corte describió de forma detallada el mandato constitucional de protección al ambiente, el principio de precaución y prevención, así como las funciones de las entidades ambientales, y especialmente del Ministerio de Ambiente, ante eventos de daño ambiental, dado que, a su juicio, uno de los debates centrales del caso se relaciona con el “alcance de las competencias del Ministerio de Ambiente para prevenir la prolongación del daño ambiental causado por la apertura de las compuertas de la Central Hidroeléctrica del Bajo Anchicayá y la expulsión de sedimentos al río Anchicayá” (par. 8).

Ahora bien, en cuanto a los defectos identificados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio de Ambiente en la sentencia, la Corte analizó la configuración de cada uno de ellos: orgánico, fáctico, sustantivo, de desconocimiento del precedente y por violación directa de la Constitución Política.

En cuanto al defecto orgánico, la Corte explicó la línea jurisprudencial consolidada del Consejo de Estado en torno a su competencia en la revisión eventual de decisiones y concluyó que, si bien la unificación de la jurisprudencia es el único criterio para decidir sobre la selección de un asunto a revisar, ello no impide que, una vez seleccionado un caso y según sus propias particularidades, la “Corporación puede adelantar un examen integral del proceso más allá de los aspectos de la unificación, con el objeto de lograr fines íntimamente asociados a la unificación de la jurisprudencia como lograr la igualdad, la justicia material y restablecer derechos transgredidos” (par. 117).

La Corte, además, concluyó que la posibilidad de revisar otros aspectos de la decisión más allá de los que son objeto de la unificación se alinea con los principios que guían la acción de grupo y la administración de justicia, esto dado que las acciones de grupo tienen una finalidad resarcitoria conforme a los artículos 87 y 90 C.P. y fueron creadas como mecanismo de defensa de los derechos de las personas y para garantizar un mejor acceso al sistema de justicia. Así, con el fin de garantizar la finalidad de estos mecanismos, el Consejo de Estado tiene competencia para determinar “la congruencia existente entre lo que se unifica y los fundamentos que sustentan la decisión adoptada en la sentencia que se revisa, y ajust[ar] aquellos elementos que estime contrarios al ordenamiento y la justicia material”. En este último punto, la Corte reiteró que “el fin último de la

actividad judicial no es la interpretación y reflexión aislada del derecho con fines teóricos, sino la efectiva administración de justicia para quienes acuden a las autoridades judiciales” (par. 197).

En consecuencia, la Corte encontró que la decisión del Consejo de Estado en torno a extender su competencia para revisar elementos de la decisión más allá de la unificación (incluidas la competencias del Ministerio de Ambiente en la resolución del conflicto ambiental creado con el vertimiento de desechos del río Anchicayá) se sustentó en una postura razonable, respetuosa de su jurisprudencia consolidada, de los principios constitucionales y de las finalidades de las acciones de grupo, así como del deber asegurar la justicia material y la supremacía de la Carta Política en el caso concreto.

Así pues, a juicio de la Corte, la decisión del Consejo de Estado de vincular al Ministerio de Ambiente en la responsabilidad por sus omisiones pese a que los jueces de instancia lo omitieron, responde a que “concurrían elementos suficientes para establecer que el Ministerio de Ambiente había contribuido por omisión en la prolongación del daño al río Anchicayá y sus comunidades” (par. 201), por lo que era competente para fallar sobre la responsabilidad de esta entidad aunque este debate, en estricto sentido, no era uno de los temas objeto de unificación.

En cuanto al alegato sobre el desconocimiento del derecho a la impugnación, la Corte encontró que no se transgredió esta garantía en la condena contra el Ministerio de Ambiente puesto que esta entidad tuvo la oportunidad de “discutir sobre su responsabilidad en todas las instancias del proceso de acción de grupo y en el mecanismo de revisión eventual” (par. 213), y porque el alegato en torno a su responsabilidad también fue un argumento planteado por los demandantes. La entidad, en todas las instancias, pudo desarrollar sus argumentos de defensa y la condena no fue una sorpresa inesperada.

En cuanto a la garantía de *non reformatio in pejus*, la Corte recordó que esta no aplica en instancias de revisión, por cuanto dicha garantía tiene una aplicación limitada a escenarios en los que las partes presentan recursos que son resueltos por un superior y cuando solo una de las partes es recurrente. En efecto, el recurso de revisión no es propiamente un recurso, y las partes tampoco son recurrentes en sentido estricto. Finalmente, la Corte aclaró que la doble conformidad es una garantía que se limita al

derecho penal o sancionatorio y no se extiende a las acciones de grupo y al mecanismo eventual de revisión.

En torno al estudio del defecto fáctico, la Corte, luego de hacer un análisis detallado del expediente, desestimó los argumentos de los accionantes por considerar que el juicio de atribución de responsabilidad realizado al Ministerio del Ambiente por el incumplimiento de sus derechos de prevención al omitir suspender las labores de mantenimiento de la central hidroeléctrica, y detener, en consecuencia, el vertimiento de sedimentos al río Anchicayá, fue sustentado por el Consejo de Estado con elementos obrantes en el expediente, que usó como el “fundamento de su decisión y que le dieron respaldo probatorio a sus conclusiones” (par. 249).

Por otra parte, la Corte acreditó que la sentencia demandada no incurrió en defecto sustantivo. Reiteró la regla desarrollada en el análisis del defecto orgánico en torno a la competencia del Consejo de Estado de revisar aspectos diferentes a la unificación y determinó que los criterios que unificó la sentencia del Consejo de Estado cuestionada, en las materias que justificaron la selección del asunto, fueron aplicadas debidamente en el caso concreto.

Además, la Corte analizó la alegada interpretación errónea de los numerales 16 y 35 del artículo 5.º de la Ley 99 de 1993 en torno a las competencias discrecionales del Ministerio de Ambiente para el control preventivo realizado por esta entidad a la CARVC, en el contexto de las obras de mantenimiento de la represa, que finalmente desencadenaron el daño ambiental. La Corte recordó que el carácter discrecional de las competencias del Ministerio no lo exoneraba del deber de evitar la continuidad del vertimiento de sedimentos al río Anchicayá, toda vez que la discrecionalidad y selectividad no son optativas o de mera discrecionalidad, sino que responden a parámetros normativos claros. Así, la Corte reiteró su jurisprudencia, y explicó que el carácter discrecional y selectivo se fundamenta en la necesidad de (i) garantizar la independencia y autonomía de las corporaciones autónomas regionales como autoridades ambientales y (ii) establecer el deber de justificación por parte del Ministerio cuando desarrolla una actividad de supervisión frente a las actuaciones de dichas autoridades ambientales.

En el caso concreto, la Corte encontró que la autonomía de la CARVC nunca se vio afectada, porque fue esta misma entidad la que informó al

Ministerio de su impedimento para suspender las obras de mantenimiento en su condición de accionista de EPSA, de manera que, ante esta circunstancia, era imperativo –y no meramente discrecional– para el Ministerio intervenir frente a la problemática ambiental del río Anchicayá. De esta forma, para la Corte es claro que “ante la declaración de inactividad de la autoridad ambiental territorial, el orden nacional estaba llamado a concurrir en el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales de protección de la naturaleza y realizar acciones que mitigaran el deterioro ambiental” (par. 280).

Además, en torno al deber de justificar la intervención por parte del Ministerio, la Corte entendió que tal requisito fue cumplido atendiendo el mandato en torno a la protección del ambiente, la unidad de gestión del sistema ambiental, y su respectiva articulación y coordinación de la gestión, así como la cohesión ecológica. Además, resaltó que, considerando la importancia del ecosistema en riesgo, la gravedad de la problemática desatada, el impacto en el ambiente y en los habitantes que dependen del río, la intervención de la entidad era imperativa.

Adicionalmente, la Corte defendió la interpretación del principio de precaución desarrollado por el Consejo de Estado en la sentencia cuestionada. Sostuvo que el Ministerio conoció de un estudio científico preliminar de la CARVC que daba cuenta de la presencia de lodos en el río Anchicayá y de la consecuente generación de mortandad de peces, así como de la afectación a cultivos ribereños, y que ofrecía información científica y técnica que “permitía establecer que en la zona de Anchicayá estaba ocurriendo una degradación ecológica con repercusiones para la vida humana” (par. 292). Esto habilitaba al Ministerio para dar aplicación al principio de precaución con el fin de evitar el daño ambiental y a las personas. Así, a juicio de la Corte, “el Ministerio de Ambiente conoció un elemento técnico que le permitía establecer que la situación resultaba lo suficientemente grave como para que se tomaran medidas de mitigación del daño, tales como, la suspensión de las operaciones de mantenimiento de la Hidroeléctrica. Sin embargo, el Ministerio de Ambiente no adoptó ninguna medida dirigida a mitigar el daño sobre el ambiente y las comunidades” (par. 293).

Por otro lado, la Corte Constitucional también descartó los alegatos sobre la existencia de un defecto por desconocimiento de precedente por

parte del Consejo de Estado. Al respecto, explicó que los precedentes propuestos por el Ministerio de Ambiente y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado no eran pertinentes para cuestionar aquellos que había utilizado el Consejo de Estado, en tanto no eran equiparables o trasladables a las reglas de decisión desarrolladas en la sentencia cuestionada.

Finalmente, en torno al defecto por violación directa de la Constitución Política, la Corte resolvió no atender los alegatos de los accionantes. La Corte encontró acertado el juicio de atribución de responsabilidad realizado por el Consejo de Estado en contra del Ministerio de Ambiente ya que el incumplimiento de sus deberes y la conducta omisiva fueron debidamente identificados y contrastados en la decisión. Además, la responsabilidad por falla en el servicio, atribuida al Ministerio, fue el resultado de un análisis completo de las disposiciones legales y las obligaciones incumplidas por la entidad.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

Como dijo Posso Gómez: “Suele escucharse en el argot popular que cuando el río suena, piedras trae. En nuestra comunidad traía, además, vida, alegría y esperanza. Pero, ya no suena el río. Ya no trae piedras, ni peces, ni canta, ni ríe, ni llora”<sup>2</sup>.

El caso del río Anchicayá representa uno de los más graves episodios de contaminación ambiental por el vertimiento de sedimentos a un río, en el marco de actividades de mantenimiento de una hidroeléctrica. Es un caso paradigmático a nivel regional, porque configura la crónica de un desastre anunciado que afectó de forma irreparable la vida de las comunidades ribereñas, para las que el río es más que una fuente para la producción de energía. El caso del río Anchicayá es un símbolo de los retos ambientales y jurídicos para dar respuesta efectiva a debates inaplazables sobre la justicia ambiental, la producción de energía y el desarrollo sostenible en Colombia.

---

2 Posso Gómez, Linda Y. “Anchicayá, el río que se resiste a morir”, *Asociación Noviolenta en las Américas*, 3 de mayo de 2023. Disponible en: <https://flacso.edu.ec/accionnoviolenta/anchicaya-el-río-que-se-resiste-a-morir/#:~:text=Se%20estima%20que%20durante%20treinta,acon%C3%B3mica%20de%20alimentaci%C3%B3n%20y%20transporte>

Este análisis de la decisión de la Corte abordará, entonces, una reflexión sobre la relevancia constitucional de la sentencia en examen. Es claro que la decisión es un valioso aporte al desarrollo del derecho ambiental nacional, especialmente, porque aclara las competencias de las autoridades ambientales, en particular del Ministerio de Ambiente en contextos de afectaciones graves a los ecosistemas y desarrolla la aplicación del principio de precaución en estos mismos contextos.

Más allá de la relevancia constitucional, el análisis de la decisión también buscará esbozar reflexiones sobre una visión de la sentencia con los lentes necesarios de la justicia ambiental, lentes que nos muestra cómo este tipo de impactos cambia la vida de pueblos indígenas y afrodescendientes y nos interpela sobre la forma en la que el derecho aborda estas problemáticas.

#### I. LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y SUS CONTRIBUCIONES AL DERECHO AMBIENTAL NACIONAL: EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN COMO PILAR FUNDAMENTAL

El principio de precaución constituye uno de los pilares fundamentales en la relación contemporánea entre los seres humanos y la naturaleza. Se basa en una premisa esencial: nuestro conocimiento como especie es limitado y, en consecuencia, frente a riesgos inciertos, pero potencialmente graves, resulta necesario actuar con cautela. Este principio nos insta a tomar decisiones responsables incluso ante la falta de certeza científica, con el fin de prevenir daños irreversibles al ambiente y a la salud humana.

El reconocimiento de la precaución en instrumentos internacionales y su uso recurrente por parlamentos y jueces alrededor del mundo habla de la fuerza de este principio para la protección del ambiente y la salud. Este principio ha inspirado, por ejemplo, la prohibición de minería en el Parque Nacional de la Sierra de las Minas en Guatemala<sup>3</sup>, la protección de

---

<sup>3</sup> Congreso de la República de Guatemala. Decreto n.º 49 de 1990. Ley de protección del Parque Nacional de la Sierra de las Minas. Disponible en: <https://www.marn.gov.gt/>

glaciares y las áreas periglaciares en Argentina<sup>4</sup>, la prohibición de siembra de soja transgénica en Costa Rica<sup>5</sup> o el uso proliferado del herbicida glifosato en la agricultura en Brasil<sup>6</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el desarrollo y aplicación del principio de precaución también ha sido prolijo. Ha sido definido por la Corte Constitucional “un criterio hermenéutico para la aplicación de normas relativas a la protección ambiental ante amenazas graves que no han sido científicamente comprobadas y los límites que deben observar los operadores administrativos y judiciales”<sup>7</sup>. Es por esa razón que sirve como orientador de las acciones que ejecutan los funcionarios encargados de cumplir con la normatividad ambiental, en la que destaca la Ley 99 de 1993<sup>[8]</sup>.

La aplicación de este principio en el contexto descrito reivindica la importancia que tiene su aplicación para la protección ambiental y los derechos humanos. Pues, es evidente que la inacción administrativa, al no suspender las obras de mantenimiento que venían generando el vertimiento de desechos desde hacía más de 20 días, consolidó una situación grave de contaminación ambiental, que afectó el equilibrio ecológico de la cuenca e impactó los medios de vida de las comunidades ribereñas que dependen de él. Lo cierto es que la suspensión temprana de las actividades, tan pronto como las autoridades tuvieron las primeras evidencias sobre la muerte de peces, habría evitado el daño ambiental –que activó la acción de grupo– y las afectaciones a los derechos humanos que, a la fecha, siguen sufriendo las comunidades que habitan la ribera del río.

La aplicación del principio de precaución al caso concreto cumplió además los requisitos jurisprudenciales desarrollados por la propia Corte

---

4 Congreso de la República Argentina. Ley 26.639 de 2010. Ley de protección de los glaciares y el ambiente periglacial. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/nomativa/nacional/ley-26339-102388>

5 Gobierno de Costa Rica. Reglamento a la Ley de Protección Fitosanitaria. N.º 26921-MAG de 2001. Disponible en: <https://www.ministeriodelambiente.go.cr>

6 Corte Suprema de Brasil. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 656*, 2018. Disponible en: <https://www.stf.jus.br/JusBrasil+2noticias.stf.jus.br+2JusBrasil+2>

7 Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-528 de 1994.

Constitucional para asegurar que las medidas preventivas, tomadas por las autoridades, estén justificadas. De los hechos del caso quedó claro:

(i) *La existencia de un peligro de daño.* El mantenimiento de las hidroeléctricas y los análisis sobre los flujos hídricos son acciones que no pueden tomarse a la ligera pues implican riesgos graves para los ecosistemas y los ríos. Varios episodios trágicos en el mundo nos informan sobre los riesgos que conllevan las hidroeléctricas<sup>9</sup>.

(ii) *La existencia de un daño grave e irreversible.* Los daños ambientales son, por la sensibilidad de los ecosistemas, difícilmente remediabiles. En el caso de las hidroeléctricas, “los impactos causados por vertimientos de sedimentos [...] pueden ser severos y duraderos, en algunos casos permanentes”<sup>10</sup>. La descarga de más de 500.000 metros cúbicos de sedimentos al cauce del río Anchicayá generó daños graves y difícilmente remediabiles, pues *este tipo de impacto altera la estructura, biodiversidad, y componentes del ecosistema acuático muchas veces de maneras irreversibles.*

(iii) *La existencia de un principio de certeza científica, aunque no sea absoluta.* En este punto es preciso recordar que la Corte ha defendido la posibilidad de adoptar medidas en ausencia de certeza científica absoluta, pero aclarando que “deben concurrir al menos indicios científicos que permitan advertir la potencialidad de un daño”<sup>11</sup>. Esta interpretación resulta acertada en atención al carácter cautelar que conlleva el principio de precaución, atendiendo la actividad riesgosa y los eventuales impactos que su desarrollo puede generar. Es claro, además, que *debe existir un principio de prueba que haga verosímil el riesgo detectado y ofrezca una base mínima suficiente para fundamentar racionalmente una medida restrictiva de las libertades individuales*<sup>12</sup>.

---

9 Comisión Mundial de Represas. *Represas y desarrollo: un nuevo marco para la toma de decisiones*, s. l., Comisión Mundial de Represas, 2000.

10 Liu, Jian; Minami, Shuhei; Otsuki, Hideki; Liu, Bingyi y Ashida, Kazuo. “Environmental impacts of coordinated sediment flushing”, *Journal of Hydraulic Research*, 42(5), 2004, pp. 461-472. DOI: <https://doi.org/10.1080/00221686.2004.9641216>

11 Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2002.

12 Amaya Navas, Óscar. “Aspectos básicos y control judicial en la aplicación del principio de precaución”, en *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*, García,

En el caso concreto, está claro que las autoridades debían conocer, entre otras cosas, (i) los riesgos intrínsecos de la operación de una hidroeléctrica y la gestión hídrica, (ii) el carácter sensible del ecosistema de la cuenca del río Anchicayá y (iii) la dimensión del daño ambiental y a los derechos humanos que podría ocasionar la continuidad de vertimientos. Además, al inicio de las actividades de mantenimiento, las autoridades ambientales conocieron estudios científicos que daban cuenta de los impactos ambientales que ya estaban experimentándose en la cuenca.

(iv) *Que la decisión que adopte la autoridad debe estar dirigida a impedir la degradación del medio ambiente.* Es claro que las acciones que las autoridades deberían adelantar, conforme al principio de precaución, en este caso habrían evitado el curso de la tragedia ocurrida en el río Anchicayá.

De forma acertada, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional cuestionaron la inercia del Ministerio de Ambiente como autoridad rectora de la gestión ambiental al interpretar como de carácter discrecional y selectivo sus competencias ante actuaciones de corporaciones autónomas regionales, en este caso. Es claro que una interpretación responsable con la protección del ambiente y de su mandato constitucional obligaba al Ministerio a desplegar todas las actuaciones posibles para evitar daños al ecosistema como los ocurridos en la cuenca del río Anchicayá. Así como es claro que, ante la presencia de un daño potencialmente grave e incierto, el Ministerio de Ambiente, en desarrollo de su mandato constitucional de propender por el desarrollo sostenible, debía privilegiar la aplicación del principio de precaución<sup>13</sup>.

De esta forma, es evidente que el análisis del principio de precaución como elemento de análisis en la determinación de la responsabilidad administrativa del Ministerio de Ambiente, al igual que de otras autoridades, por los daños provocados por el vertimiento de desechos al río Anchicayá, representa una importante consolidación del precedente constitucional y la protección ambiental en Colombia.

---

María del Pilar y Amaya Navas, Óscar (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-574 de 1996.

## 2. EL RÍO ANCHICAYÁ BAJO LA MIRADA DE LA JUSTICIA AMBIENTAL

Más allá del daño ambiental visible que representó la descarga de más de 500.000 metros cúbicos de sedimentos al cauce del río Anchicayá, la sentencia de la Corte, proferida 23 años después del desastre, nos invita a reflexionar sobre las profundas implicaciones que este caso tiene para la justicia ambiental.

La justicia ambiental, como concepto teórico, fue construida a finales del siglo XX, principalmente en Estados Unidos, como respuesta a la constatación de que las comunidades empobrecidas y racializadas soportaban de manera desproporcionada las cargas de los riesgos ambientales<sup>14</sup>. Desde entonces, el concepto ha evolucionado para incorporar no solo criterios distributivos, sino también dimensiones participativas, culturales y estructurales<sup>15</sup>.

En el contexto colombiano, la Corte Constitucional ha adoptado una definición de justicia ambiental como “el tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas, independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso, con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales”<sup>16</sup>. Este enfoque es fundamental porque, por un lado, nos interpela sobre la distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales; pero, además, nos invita a revisar la forma en que se reconocen los daños y se plantean sus mecanismos de reparación, especialmente en contextos marcados por desigualdades estructurales históricas.

Las familias asentadas en la cuenca baja del río Anchicayá son comunidades de ascendencia afrocolombiana, reconocidas como grupo étnico conforme a la Ley 70 de 1993 y caracterizadas según esta por poseer una cultura propia: comparten un pasado común, tienen tradiciones,

---

14 Pulido, Laura. “Rethinking environmental racism: White privilege and urban development in Southern California”, *Annals of the Association of American Geographers*, 90(1), 2000, pp. 12-40. DOI: <https://doi.org/10.1111/0004-5608.00182>.

15 Martínez-Alier, Joan. *The environmentalism of the poor. A study of ecological conflicts and valuation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002, p. 152.

16 Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018.

costumbres, y una conciencia de identidad que las distingue de otros grupos sociales.

Para estas comunidades, el río representa un espacio de construcción vital, un “lugar para ser”, por lo que la contaminación del río por el vertimiento de sedimentos desde una de las centrales hidroeléctricas tuvo consecuencias devastadoras que trascendieron lo ambiental y económico y que se expresaron de manera directa en la afectación de su forma de vida, sus vínculos culturales y espirituales con el territorio, su seguridad alimentaria<sup>17</sup>.

Estas comunidades han sido sistemáticamente excluidas de los procesos de toma de decisiones sobre el uso de su territorio. Las represas de Alto y Bajo Anchicayá fueron construidas con el objetivo de generar energía para centros urbanos e industriales de la región. Este hecho se muestra como un claro ejemplo de cómo los beneficios de estos proyectos —la electricidad y el desarrollo económico— son disfrutados por sectores distantes, mientras que las comunidades locales asumen los costos ecológicos, sociales y culturales. Esta distribución inequitativa, en últimas, refleja una estructura de poder que reproduce la marginalización de comunidades negras, campesinas e indígenas, invisibilizando sus voces en la definición del desarrollo nacional y la gestión y protección del ambiente.

En este marco, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece herramientas valiosas para comprender el caso Anchicayá desde una perspectiva de derechos humanos. Fallos como el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*<sup>18</sup> o el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*<sup>19</sup> han reconocido que las comunidades indígenas y tribales —incluidas las afrodescendientes— tienen derechos colectivos sobre sus territorios ancestrales, que abarcan no solo el derecho a

---

17 Riascos Rentería, Kenny Constanza. *Derechos humanos y desarrollo: racismo ambiental en el Río Anchicayá*, tesis de Maestría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/8acfoe38-0ec2-448a-87da-84d2526222fa/content>

18 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, par. 40.

19 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones), par. 25.

la tierra, sino también la protección de su identidad cultural, su autonomía y sus formas tradicionales de subsistencia.

El caso Anchicayá nos convoca a repensar, con urgencia y profundidad, las formas en las que entendemos el desarrollo y los territorios. Dar valor a las voces, memorias y formas de vida de las comunidades que han sido sistemáticamente vulneradas es una tarea fundamental e inaplazable en ese propósito. El reconocimiento de esas voces en la construcción de las políticas y el derecho son, no solo una exigencia de justicia histórica, sino también una condición indispensable para avanzar hacia modelos de desarrollo verdaderamente sostenibles, democráticos y respetuosos de la dignidad humana y el ambiente.

#### REFERENCIAS

- Amaya Navas, Óscar. “Aspectos básicos y control judicial en la aplicación del principio de precaución”, en *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*, García, María del Pilar y Amaya Nayas, Óscar (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Comisión Mundial de Represas. *Represas y desarrollo: un nuevo marco para la toma de decisiones*, s. l., Comisión Mundial de Represas, 2000.
- Liu, Jian; Minami, Shuhei; Otsuki, Hideki; Liu, Bingyi y Ashida, Kazuo. “Environmental impacts of coordinated sediment flushing”, *Journal of Hydraulic Research*, 42(5), 2004, 461-472. DOI: <https://doi.org/10.1080/00221686.2004.9641216>.
- Martínez-Alier, Joan. *The environmentalism of the poor: A study of ecological conflicts and valuation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2002.
- Posso Gómez, Linda Y. “Anchicayá, el río que se resiste a morir”, *Asociación Noviolenta en las Américas*, 3 de mayo de 2023. Disponible en: <https://flacso.edu.ec/accionnoviolenta/anchicaya-el-rio-que-se-resiste-a-morir/#:~:text=Se%20estima%20que%20durante%20treinta,econ%C3%B3mica%2C%20de%20alimentaci%C3%B3n%20y%20transporte>

Pulido, Laura. “Rethinking environmental racism: White privilege and urban development in Southern California”, *Annals of the Association of American Geographers*, 90(1), 2000, pp. 12-40. DOI: <https://doi.org/10.1111/0004-5608.00182>.

Riascos Rentería, Kenny Constanza. *Derechos humanos y desarrollo: racismo ambiental en el Río Anchicayá*, tesis de maestría, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/8acf0e38-0ec2-448a-87da-84d2526222fa/content>

VLADIMIR MARTÍN RAMOS\*

MARÍA FERNANDA HERRERA BURGOS\*\*

*Sentencia T-123 de 2024*  
*(Desplazamiento por factores ambientales,*  
*incluidos hechos asociados al cambio climático)*



## I. CONTEXTO

En el escenario actual y global de polícrisis, la interrelación entre el cambio climático, la movilidad humana y la desigualdad estructural es uno de los desafíos más importantes para la comunidad internacional y los Estados, y demanda un marco jurídico y de política pública nacional, regional e internacional que responda de manera efectiva, oportuna y con participación de las poblaciones en riesgo o afectadas por el fenómeno de la (in)movilidad humana asociada a factores ambientales, en sus diferentes formas: migración, desplazamiento, reubicación planificada y situaciones de inmovilidad.

Las tres crisis señaladas se retroalimentan y refuerzan entre sí, involucrando cuestiones de justicia global y gobernanza territorial a la hora de abordar las necesidades, derechos y aspiraciones de las poblaciones afectadas por este fenómeno. Pues, si bien todos los sistemas humanos y ecológicos están expuestos tanto al cambio climático como a la movilidad, las poblaciones primera y mayormente afectadas son quienes menos contribuyeron a generar el cambio climático y quienes están en una peor posición de inequidad<sup>1</sup>: es el caso de las mujeres, las comunidades indígenas, los afrodescendientes, los campesinos y las personas en situación de movilidad humana previa.

Colombia se encuentra en una situación excepcional y compleja al respecto, teniendo en cuenta los siguientes factores subyacentes: i) Es uno de los países más ricos en biodiversidad y estratégicos geográficamente,

---

\* Defensor delegado para los Derechos de la Población en Movilidad Humana de la Defensoría del Pueblo. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia (Bogotá, Colombia); especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y candidato a magíster en Construcción de Paz en la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia).

\*\* Contratista de la Delegada para los Derechos de la Población en Movilidad Humana asociada a factores ambientales. Candidata a doctora en Derecho de la Universitat Rovira I Virgili (España).

1 CIDH. “Resolución sobre movilidad humana inducida por el cambio climático”, y Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y CIDH. “Pobreza, cambio climático y DESCA en Centro América y México, en el contexto de la Movilidad Humana”, 2023.

aunque de manera paradójica esto mismo lo hace uno de los más vulnerables a los efectos del cambio climático, la degradación ambiental y los desastres. ii) En el país confluyen múltiples desafíos a la paz, la seguridad y el desarrollo por la persistencia del conflicto armado, los conflictos socio-ambientales y las violencias cotidianas; las cuales se agudizan y entrecruzan con la movilidad humana por factores ambientales, presionando los mecanismos de gobernanza y las limitadas capacidades de los ecosistemas debidas a la menor disponibilidad de recursos naturales, de servicios públicos o de territorios aptos para la habitabilidad, la agricultura y la conservación de la biodiversidad. iii) En Colombia se presentan múltiples dinámicas de movilidad humana, especialmente forzada, que impactan gravemente los derechos humanos a la dignidad, la vida, la vivienda y la identidad cultural, entre otros. Estas dinámicas son principalmente: el desplazamiento forzado en contextos del conflicto armado, los flujos migratorios mixtos masivos de población venezolana y los flujos mixtos transcontinentales y transfronterizos tanto en sentido norte-sur como sur-norte, conocido este último como flujo inverso ante el reforzamiento de la securitización en la política migratoria de Estados Unidos.

Una problemática de base frente a este fenómeno es la carencia de sistemas de información y registro de las poblaciones en riesgo y afectadas derivadas de la movilidad humana por factores ambientales. Sin embargo, a nivel global, el Centro de Monitoreo del Desplazamiento Interno (IDMC, por sus siglas en inglés) ha identificado que durante los años 2012 a 2024 los desplazamientos internos debidos a desastres superaron los producidos por conflictos<sup>2</sup>; para el año 2023, en Colombia, el 45% de los desplazamientos forzados se atribuyeron a conflictos y violencia, mientras que el 55% fueron causados por desastres, concentrados en dos terceras partes en los departamentos de Bolívar, La Guajira y Arauca<sup>3</sup>.

Además, se estima que para el año 2050 el cambio climático podría obligar a alrededor de 216 millones de personas de seis regiones del mundo

---

2 OIM. “Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2024”. Disponible en: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2024>

3 IDMC. “Informe Global sobre Desplazamiento Interno”, 2024.

a desplazarse internamente, y, particularmente en América Latina, a 17 millones de personas<sup>4</sup>.

En Colombia, la Defensoría del Pueblo Delegada para los Derechos de la Población en Movilidad Humana inició un pilotaje de monitoreo e incidencia para la garantía de derechos de las personas desplazadas por factores ambientales, lo que permitió identificar, en términos cualitativos, que las principales causas de esto fueron las inundaciones, los deslizamientos de tierra y las avenidas torrenciales, que generaron diversos impactos, como pérdidas humanas, pérdidas de viviendas y pérdidas agropecuarias que afectaron los medios de vida de las comunidades, obligándolas a desplazarse.

Ahora bien, la principal barrera frente a este fenómeno es el déficit de protección para las personas en riesgo o afectadas por la movilidad humana por factores ambientales. Un marco de acción que requiere la articulación entre diferentes agendas y entidades competentes en la gestión de riesgo de desastres, el diseño e implementación de medidas de mitigación, adaptación y reparación frente al cambio climático, y el respeto, protección y garantía de los derechos humanos de la población en movilidad humana.

El déficit de protección ha sido reconocido por varias instancias internacionales, por ejemplo, la Plataforma de Desplazamientos por Desastres (2015), el Grupo de Trabajo sobre el Desplazamiento (2018), el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (A/HRC/RES/56/6 de 2023) y el Relator Especial de la ONU sobre el cambio climático (A/HRC/53/34 de 2023). A nivel nacional, la Defensoría del Pueblo identificó este déficit en cuanto en las políticas, planes y normativas de cambio climático y gestión de desastres no se encuentran planes o líneas de acción específicos para atender este fenómeno<sup>5</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la revisión de una sentencia de tutela, analizó la situación de desplazamiento forzado por factores ambientales de una pareja de adultos mayores campesinos que fueron obligados a desplazarse por las múltiples inundaciones del río Bojabá, en la zona

---

4 Banco Mundial. Informe Groundswell, 13 de septiembre de 2021.

5 Defensoría del Pueblo. “El cambio climático, fenómenos climatológicos extremos y movilidad humana”, 2024.

rural de Saravena, Arauca, por lo que demandaban atención humanitaria y protección similar a la que reciben las víctimas de desplazamiento forzado en el contexto del conflicto armado.

La revisión del fallo de tutela le permitió al alto tribunal, a través de la Sentencia T-123 de 2024, no sólo reconocer el déficit de protección de la población desplazada por factores ambientales, sino avanzar en la superación del mismo mediante el reconocimiento de los derechos y las correlativas obligaciones en materia de prevención, atención y estabilización de las personas en riesgo o afectadas por este fenómeno.

La Sentencia T-123 de 2024 es pionera a nivel mundial en el abordaje específico, integral y jurídicamente vinculante del desplazamiento por factores ambientales, que incluye la degradación ambiental, los efectos del cambio climático y los desastres. Dicha aproximación fue reconocida como una buena práctica estatal en la Declaración y Plan de Acción de Chile como un marco regional para la implementación de la Declaración de Cartagena durante los años 2024-2034.

A continuación se presentan los argumentos de las partes, una síntesis de esta decisión, y un análisis de la misma desde una perspectiva de derechos humanos de la población en movilidad humana en el contexto colombiano.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Los accionantes consideraban que varias autoridades nacionales y territoriales<sup>6</sup> habían vulnerado sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la vivienda, al trabajo, a la alimentación, a la seguridad alimentaria, al mínimo vital, la vida, la seguridad personal y a presentar peticiones. En particular, señalaban que se les había negado el acceso a programas dirigidos a personas en una situación equivalente como es el desplazamiento forzado por el conflicto armado, configurando una vulneración a su

---

6 La Gobernación de Arauca, la Alcaldía de Saravena, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS), el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, la Unidad de Atención y Reparación Integral de Víctimas (UARIV) y la Defensoría del Pueblo.

derecho a la igualdad, y que al respecto no habían recibido una respuesta de fondo por parte de la UARIV.

Ello en atención a la necesidad de protección especial constitucional, por su situación de vulnerabilidad derivada de ser adultos mayores, campesinos y víctimas de desplazamiento forzado por razones ambientales, en cuanto, a causa de las inundaciones producidas por el desbordamiento del río Bojabá, se vieron obligados a abandonar su casa en el predio rural donde además realizaban labores agropecuarias de las que dependía su sustento, y ello sin que las autoridades les brindaran atención humanitaria, protección y soluciones duraderas en razón a sus afectaciones.

En primera instancia, la Gobernación de Arauca solicitó su desvinculación y aportó un informe de la Secretaría de Desarrollo en el que se señalaba que el derecho a la atención humanitaria dependía de la inclusión en el Registro Único de Víctimas, y que, en tanto los accionantes no clasificaban en la categoría de víctimas del conflicto armado, no quedarían cobijados por la Ley 1448 de 2011 y no podrían acceder a dicha atención. A lo sumo, según la entidad, podrían ser consideradas víctimas de olas invernales y por ello eventualmente beneficiarios de ofertas institucionales relacionadas con la gestión de desastres. La Alcaldía de Saravena respondió en igual sentido, señalando además que no incurrió en conductas que amenazaran o violaran los derechos de los accionantes y que en todo caso no se cumplía con el requisito de inmediatez.

Por su parte, el Ministerio del Interior solicitó su desvinculación y la UARIV solicitó negar la acción de tutela por considerar que la entidad no había vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes, indicando que sí les había dado respuesta y reafirmando que su competencia se limitaba a incluir como víctimas a aquellas personas afectadas por el conflicto armado y no por desastres naturales. La Defensoría del Pueblo–Regional Arauca alegó que carecía de legitimación en la causa por pasiva y solicitó la desvinculación; sin embargo, manifestó la coadyuvancia a la acción de tutela.

Finalmente, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD) señaló que, aunque no se oponía a las pretensiones de los accionantes, solicitaba su desvinculación, en tanto en el año 2015 había brindado unos paquetes de ayuda humanitaria (mercados, menajes, hamacas, toldillos y kits de aseo) por solicitud de la Alcaldía de Saravena,

y en adelante no había recibido ningún otro reporte o presentación de proyecto de esta entidad.

En consecuencia, el juez de primera instancia declaró improcedente la acción de tutela por considerar que contaban con otros medios de defensa como la acción popular, de grupo o de reparación directa. Y respecto al derecho de petición, lo amparó solamente frente a la UARIV por falta de notificación a los accionantes. Estos impugnaron el fallo, y en segunda instancia el Tribunal de Bogotá revocó parcialmente la sentencia en lo atinente a la orden frente a la UARIV, puesto que sí se había presentado prueba de la notificación, confirmando todo lo demás.

Una vez ante la Corte Constitucional, se presentaron seis *amicus curiae* de diferentes instituciones académicas nacionales e internacionales que hicieron énfasis en que la condición de persona desplazada no solo deriva del conflicto armado, sino que también puede ocurrir por situaciones de violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, catástrofes naturales o provocadas por los seres humanos, en coherencia con los Principios Deng, del Consejo Económico y Social de la ONU, de 1998, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y contemplan el desplazamiento por desastres.

En este sentido, la Corte, en la revisión del fallo anterior que se traduciría en la Sentencia T-123 de 2024, debía determinar si los derechos fundamentales invocados por los accionantes habían sido vulnerados por las autoridades accionadas, al no acceder a brindarles medidas de atención y asistencia que reclamaban como víctimas de desplazamiento forzado a causa de un desastre, medidas similares a la asistencia que se les brinda a los desplazados internos a causa del conflicto armado.

### III. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA

La Sala de Revisión estructuró la sentencia en cinco componentes: 3.1. Un panorama de algunos instrumentos e iniciativas internacionales que buscan dar respuesta al desplazamiento forzado por factores ambientales; 3.2. Las características de este tipo de desplazamiento y los efectos en el ejercicio y goce de los derechos de las personas afectadas, y 3.3. La consideración de las obligaciones que tiene el Estado de enfrentar el desplazamiento por factores ambientales. Una vez abordadas estas cuestiones, procedió. 3.4. Al análisis del caso concreto, y 3.5. A la resolución del mismo.

I. EL DESPLAZAMIENTO FORZADO  
INTERNO POR FACTORES AMBIENTALES:  
CONTEXTO Y DEBATES RELEVANTES

En primer lugar, la Corte entiende el desplazamiento forzado interno como un fenómeno de movilidad humana que lesiona de manera intensa y multidimensional los derechos humanos de las personas que han sido obligadas a abandonar su residencia habitual sin cruzar la frontera de su propio país. Resalta que el desplazamiento forzado causa desarraigo, aleja a la persona de su entorno, de sus propiedades y, en general, de su forma de vida; y que no es producido solamente por el conflicto armado, sino que también puede serlo por los factores ambientales, como los asociados al cambio climático, la degradación ambiental y los desastres.

Según observa la Corte, este es un fenómeno que ha ocupado la atención de los organismos intergubernamentales de derechos humanos, y aunque no existen tratados internacionales que aborden directamente la cuestión, sí se han emitido una serie de principios e instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, proporcionando lineamientos para la interpretación de las obligaciones de los Estados frente a los derechos humanos de las personas desplazadas forzosamente por factores ambientales.

Al respecto, se destacan los ya recordados Principios Deng, de 1998, que incluyen en la definición de los desplazados internos los que “son resultado o medida para evitar las catástrofes naturales o provocadas por el ser humano” (núm. 2 de la Introducción), y los Principios Pinheiro sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas, de 2005, que son aplicables a las personas desplazadas “independientemente de la naturaleza del desplazamiento o de las circunstancias que lo originaron” (núm. 1) y que promueven la búsqueda de soluciones duraderas.

Además, la Corte identificó regímenes internacionales que son aplicables para responder al desplazamiento interno por causas ambientales, como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional del medio ambiente y la gestión de riesgos de desastres. Entre ellos, resaltó el Marco de Acción de Sendai, como una estrategia para apoyar a los Estados a mejorar su nivel de preparación y capacidad de

respuesta para abordar estas situaciones. A su vez, se reseñaron algunos informes de relatores especiales de la ONU e iniciativas de la sociedad civil como los Principios de Península sobre el Desplazamiento Climático, que llaman la atención y ofrecen marcos de acción para enfrentar el desplazamiento por causas asociadas a factores ambientales.

a. CARACTERÍSTICAS DEL DESPLAZAMIENTO INTERNO POR LOS DESASTRES, EFECTOS ADVERSOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA DEGRADACIÓN AMBIENTAL O DESPLAZAMIENTO POR FACTORES AMBIENTALES; Y SUS IMPACTOS EN LOS DERECHOS

Se habla de *la connotación multicausal y compleja de este desplazamiento*, puesto que el mismo puede ser impulsado por una combinación de factores sociales, políticos, económicos, demográficos y ambientales que se manifiesten tanto de forma repentina, como sismos o indicaciones, como por situaciones de lenta aparición, por ejemplo, la elevación del nivel del mar o la degradación ambiental progresiva. Así mismo, como lo sostuvo la Relatora Especial sobre las personas desplazadas, en este tipo de casos el movimiento no se produce totalmente de forma voluntaria o forzada, sino con diferentes grados de voluntariedad y obligatoriedad<sup>7</sup>.

También se alude a *la temporalidad y el carácter de interno*, en tanto pueden ser movimientos temporales o definitivos y dentro de las fronteras de un determinado país. *La mayor afectación a los más vulnerables* se refiere a que quienes tienen menores capacidades de adaptación y resiliencia son los más afectados por los impactos del cambio climático, y a que este tipo de desplazamiento impacta de manera agravada a las comunidades cuya identidad y subsistencia están estrechamente ligadas a la tierra y a los recursos naturales, como los pueblos indígenas, afrodescendientes y campesinos.

Por último, en este punto la Corte reconstruye la línea jurisprudencial frente al impacto del desplazamiento forzado en el contexto del conflicto armado en los derechos humanos, así como en los casos de personas forzadas

---

7 Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Cecilia Jiménez-Damary, A/75/207, 2020.

a movilizarse por desastres, en los que el alto tribunal ha reconocido a las víctimas de desastres como sujetos de especial protección constitucional por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta (sentencias T-530 de 2011, T-295 de 2013, T-355 de 2013, T-369 de 2021).

b. LAS OBLIGACIONES CORRELATIVAS EN CABEZA DEL ESTADO FRENTE AL DESPLAZAMIENTO POR FACTORES AMBIENTALES, Y LA RESPUESTA ACTUAL A ESTA SITUACIÓN

La Corte Constitucional identifica tres obligaciones particulares: primero, la de *prevención y adaptación* respecto de la causa y forma de mitigar el riesgo de desplazamiento, que implica atender a diagnósticos técnicos y participativos de los riesgos y tener en cuenta la multicausalidad con otras condiciones como la violencia y los conflictos armados, el diseño e implementación de medidas para la adaptación y el desarrollo de condiciones de resiliencia, y la implementación de sistemas de alteras tempranas, planes de contingencia y de preparación, realización de simulacros, disposición de terrenos para la reubicación y previsión de mecanismos de relocalización planificada con la participación de las comunidades.

Segundo, *durante los desplazamientos o frente a las personas que no pueden desplazarse*, la obligación relacionada con que se encuentre previsto un mecanismo de registro que permita el reconocimiento de su situación, la garantía de los derechos de las personas afectadas y las acciones humanitarias inmediatas integrales y desde un enfoque diferencial, orientadas a favorecer su recuperación; lo cual supone, como mínimo, la provisión de alimentos y agua potable, alojamiento básico, vestido adecuado, y servicios médicos y de saneamiento.

Y tercero, *posteriores a los desplazamientos*, se tienen obligaciones relativas al regreso, reasentamiento y reintegración, con especial atención a las soluciones duraderas a través de una intervención ambiciosa y comprensiva que garantice los medios suficientes para que la población víctima pueda en un futuro cercano superar la condición de vulnerabilidad generada por el desplazamiento y dejar de necesitar la asistencia estatal.

Sobre la respuesta actual al desplazamiento por factores ambientales en el marco del cambio climático, la Corte evidenció que no hay ninguna

medida relacionada con la población en riesgo o afectada por el desplazamiento por factores ambientales en el marco para la atención y reparación de víctimas del conflicto armado. Como tampoco en el marco sobre la gestión de riesgo de desastres, que si bien comprende algunos planes y actuaciones que podrían constituir medidas de atención y protección de las víctimas, presenta limitaciones, como la concentración en la atención inmediata o de emergencia –dejando de lado las medidas de restablecimiento y las de prevención–, la restricción de la actuación frente factores ambientales lentos y progresivos, y algunas debilidades en términos de eficacia.

Ante ello, la Corte concluye que actualmente existe un *déficit de protección de las personas desplazadas por factores ambientales* en tanto no se reconoce de manera expresa el fenómeno del desplazamiento forzado por razones ambientales, no existe un sistema de registro e información, y tampoco se cuenta con una regulación integral que comprenda la atención integral e inmediata y las soluciones duraderas para las personas y comunidades afectadas.

### C. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Al evaluar la procedencia de la acción de tutela, la Corte encuentra que no está demostrada la legitimación por pasiva de la Defensoría del Pueblo y de los ministerios del Interior y de Defensa Nacional. Respecto al requisito de inmediatez, se tiene en cuenta que persiste la situación de desamparo de los accionantes, pues no han podido retornar a su predio y dependen de la solidaridad de conocidos. Y sobre la subsidiariedad, elemento discutido por lo accionados, se evidencia que los mecanismos contenciosos-administrativos no podrían ofrecer una solución completa e integral a los accionantes, lo que comprometería la tutela judicial efectiva.

Luego, la Corte observa que los accionantes son desplazados forzados internos al cumplir con los tres requisitos de haber abandonado su hogar o lugar de residencia habitual, de que la movilidad fue forzada y de que sucedió dentro de las fronteras del país; sumado a ello concurren otros factores de vulnerabilidad por ser campesinos y adultos mayores. Entonces existe un deber reforzado del Estado de garantizar sus derechos, aunque no en el marco legal actual dirigido especialmente a las víctimas de violencia

y conflicto armado, sino amparados por las “garantías de protección y satisfacción de derechos y necesidades de quien se encuentra, con independencia de la causa, en una situación de desplazamiento forzado interno”.

Sobre la conducta de los accionados UARIV y DPS, la Corte considera que se ajustaron a las competencias derivadas del marco legal de la Ley 1448 de 2011 sobre víctimas en el marco del conflicto armado y no en otro contexto. En cambio, las entidades territoriales y la UNGRD omitieron su deber de actuar de manera coordinada para la protección de derechos de los accionados en atención al desplazamiento forzado sufrido. Esto, en el marco de la atención a las personas damnificadas por desastres con un enfoque de derechos humanos y de soluciones duraderas, más allá de la atención humanitaria que se brindó en una única oportunidad e implementando efectivamente medidas de mitigación del riesgo de inundación.

Por consiguiente, la Gobernación de Arauca, la Alcaldía de Saravena y la UNGRD vulneraron: el derecho a la vivienda digna de los accionantes, en tanto no implementaron medidas de corto plazo ni de largo plazo; el derecho al trabajo, pues su oficio es la actividad agropecuaria; los derechos al mínimo vital, alimentación y seguridad alimentaria, ante el impacto adverso en sus medios de subsistencia, y el derecho a la vida y a la seguridad personal, porque los accionantes no habían podido regresar a su predio ante la amenaza de la inundación sin una respuesta efectiva ni garante por parte de las autoridades.

#### d. RESOLUCIÓN DEL CASO

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sentencia T-123 de 2024 tuteló los derechos fundamentales de los accionados frente a la Alcaldía de Saravena, la Gobernación de Arauca y la UNGRD. En este sentido, la Corte ordenó a las entidades identificar las necesidades básicas de los accionados y en caso de alguna carencia ofrecer asistencia humanitaria en los dos meses siguientes a la notificación de esta sentencia; y, así mismo, determinar el nivel de riesgo y vulnerabilidad en que se encuentra el predio y las medidas de mitigación aplicables dentro del año siguiente.

También, ordenó a la Corporación Autónoma de la Orinoquia, al Departamento de Prosperidad Social y al Ministerio de Vivienda prestar el acompañamiento necesario a las entidades territoriales en la gestión del

riesgo de desastres, especialmente en las eventuales reubicaciones con la participación de los accionantes. Igualmente, instó a la Defensoría del Pueblo–Regional Arauca a efectuar el acompañamiento activo y continuo a los accionantes. Sumado a lo anterior, advirtió a las autoridades la necesidad de integrar en la gestión de riesgo de desastres un enfoque basado en derechos humanos, y el deber de implementar estrategias planeadas y dirigidas a la prevención del desplazamiento por razones ambientales.

Finalmente, exhortó al Congreso de la República para que desarrollara un marco normativo y una política pública dirigida a enfrentar el desplazamiento por factores ambientales, de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva de la sentencia; e instó a la Defensoría del Pueblo a presentar una iniciativa legislativa, en ambos casos considerando unas garantías mínimas. Por otra parte, amplió los efectos de la sentencia a todas las personas afectadas por el desbordamiento del río Bojabá (efectos *inter communis*).

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

La Corte Constitucional ha sido un faro para la respuesta ante el desplazamiento forzado en Colombia, y la Sentencia T-123 de 2024 es una muestra de ello. En el año 2004, el alto tribunal reconoció la necesidad de una respuesta coordinada e interinstitucional del Estado para superar las fallas estructurales que generan graves impactos en el ejercicio y goce de derechos como los producidos en el caso de las personas que fueron obligadas a abandonar sus hogares o lugares de residencia habitual para escapar del conflicto armado (Sentencia T-025 de 2004). Y realizó el seguimiento del cumplimiento de este fallo de manera dialógica y coordinada con las entidades del Estado para alcanzar soluciones de fondo y duraderas.

Después de 20 años, mediante la Sentencia T-123 de 2024, la Corte hizo visible la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado interno por razones ambientales, que ya es una realidad y se incrementará con la intensificación de los efectos del cambio climático. Ahora bien, de cara al marco normativo y de política pública, es fundamental considerar las siguientes cuestiones.

I. ABORDAJE INTEGRAL DE LAS DIVERSAS FORMAS DE MOVILIDAD HUMANA POR FACTORES AMBIENTALES

La movilidad humana por factores ambientales tiene diferentes formas conexas al estar relacionadas con los factores ambientales y requerir estrategias similares: el *desplazamiento forzado* –movimientos humanos forzados–, la *migración* –movimiento humano voluntario, que incluso podría expresarse como una medida de adaptación al cambio climático–, la *reubicación planificada* –el traslado bajo la autoridad del Estado para proteger a la población– y la *inmovilidad* –cuando se permanece en el lugar a pesar de la exposición a los riesgos y peligros, exposición que puede ser voluntaria, si es debida, por ejemplo, a un fuerte apego al lugar o la identidad cultural, o involuntaria, cuando se tiene el deseo de moverse pero se carece de los recursos económicos, sociales e institucionales para hacerlo–<sup>8</sup>.

Al respecto, como indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>9</sup>, este fenómeno se caracteriza por ser complejo, multicausal y heterogéneo, considerando la intersección de diversos factores como el cambio climático, la violencia, la inseguridad, la desigualdad o la persecución. Además, la movilidad humana puede tener lugar a partir de eventos súbitos evidentes, como inundaciones y tormentas, pero también graduales, como la desertificación de suelos y la salinización del agua; así mismo, puede ser intra o transfronteriza, y darse en un modo en que las diferentes formas se manifiesten de manera independiente, consecutiva o superpuesta.

En consecuencia, no es posible identificar un único factor que induzca o motive a una persona a abandonar su hogar o lugar de residencia por los factores ambientales en contexto de crisis climática, que en todo caso introduce un elemento de coerción en cualquier escenario y forma de movilidad humana, en la interacción y en la conjunción entre factores políticos,

---

8 Schewel, Kimberly. “Understanding immobility: Moving beyond the mobility bias in migration studies”, *International Migration Review*, 54(2), 2020, 328-355. DOI: <https://doi.org/10.1177/0197918319831952>.

9 CIDH. “Resolución sobre movilidad humana inducida por el cambio climático”, 2024.

socioeconómicos, ambientales y culturales<sup>10</sup>. Esto requiere ampliar las vías accesibles, seguras, regulares y ordenadas para todas las formas de movilidad humana por factores ambientales que son componentes de una misma situación, en un contexto y ante necesidades similares.

Cabe resaltar que las diferentes formas de movilidad humana en estos contextos (migración, desplazamiento y reubicación planificada) fueron reconocidas por la comunidad internacional desde el Marco de Cancún (2010), derivado de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC). Posteriormente, se fue ampliando el reconocimiento a las situaciones de inmovilidad en estos contextos, como una situación que afecta de manera desproporcionada a las mujeres, según lo señaló el Comité de la CEDAW en la Recomendación 37 de 2018<sup>[11]</sup>.

Lo anterior, porque en muchos contextos se impide a las mujeres abandonar regiones con un alto riesgo de desastre o hacerlo como una manera de reconstruir su vida después de eventos climáticos extremos, y ello debido a los estereotipos de género, las responsabilidades domésticas, las leyes discriminatorias, la falta de recursos económicos y el acceso limitado al capital social, factores que suelen restringir la capacidad de las mujeres para migrar.

Adicionalmente, sobre la movilidad humana transfronteriza cabe rescatar las cifras de Migración Colombia sobre los “motivos de la migración” de la población venezolana, de acuerdo con las cuales 9.921 personas migrantes se movilizaron por causa de desastres en el periodo del 5 de mayo de 2021 al 31 de enero de 2024<sup>[12]</sup>. A pesar de no ser una representación significativa, lo que puede relacionarse con la problemática más amplia de falta de comprensión y atención institucional a este fenómeno desde

10 Bustos, Camila y Neusner, Julia. “Displacing climate precarity”, *Albany Law Review*, vol. 87, n.º 3, 2024.

11 Comité de la CEDAW. Recomendación general número 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático, 2018.

12 Migración Colombia. “Migración climática y ambiental: apuntes sobre Colombia”, 2024. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/observatorio-433673/cifras-abiertas-migracion-abierta>

un enfoque de derechos humanos, si constata la inmigración por motivos ambientales al país.

#### a. INTERCONEXIÓN DE MOVILIDAD HUMANA POR EL CONFLICTO ARMADO Y POR FACTORES AMBIENTALES

Como se ha dicho, las diferentes formas de movilidad humana se superponen y se interrelacionan entre ellas con factores como el cambio climático, la degradación ambiental, los desastres, los conflictos armados y las violencias. Tradicionalmente, se tiende a escindir la comprensión y la acción, enfatizando en una sola forma de movilidad humana, esto es, el desplazamiento forzado, y observando, por un lado, el ocurrido por el conflicto armado, y del otro lado, por los factores ambientales.

Esta visión requiere transformarse a partir del reconocimiento de la profunda interrelación entre los diferentes tipos de movilidad y en especial la movilidad humana forzada por ambos contextos. Una relación clara y palpable se observa cuando los desastres, la degradación ambiental o los efectos del cambio climático agudizan la vulnerabilidad de las comunidades de acogida y las personas en situación de movilidad humana previa, migrantes, personas refugiadas o desplazadas, generando conflictos y violencias, que a su vez limitan la capacidad institucional y social de respuesta frente a la gestión de desastres.

También, se refleja en lo que se ha denominado la doble o triple afectación, es decir, las situaciones en las que una persona migrante, refugiada o en necesidad de protección internacional vuelve a ser sometida a la movilidad humana por el conflicto armado o factores ambientales, empeorando el ejercicio y goce de sus derechos humanos, especialmente el derecho a la dignidad humana, esto al minar su proyecto de vida que está enmarcado en un territorio.

Al respecto, la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos<sup>13</sup> examinó la manera como los efectos del cambio climático pueden conducir a situaciones de violencia generalizada y de

---

<sup>13</sup> Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Paula Gaviria Betancur, A/78/245, 2023.

conflictos; por ejemplo, en contextos en los que procesos de evolución lenta incrementan la competencia por los recursos, lo que acaba provocando desplazamientos inducidos por el conflicto, o cuando la llegada de las personas en movilidad humana crea un conflicto con las comunidades de acogida.

b. ARTICULACIÓN DE LOS ENFOQUES  
TERRITORIAL, DE SOLUCIONES DURADERAS Y  
DE INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS SISTEMAS  
HUMANOS Y LOS ECOLÓGICOS O LA NATURALEZA

Es clave, con el objeto de desplegar acciones en materia de prevención, atención y restablecimiento de derechos de las poblaciones en riesgo o afectadas por la movilidad humana asociada a factores ambientales, (i) evaluar las características particulares de los territorios en asuntos como los escenarios de riesgo y vulneración a los derechos humanos por factores políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, así como caracterizar a la población que los habita desde un enfoque diferencial. Esto con el fin de orientar las estrategias y planes de acción a priorizar en aquellos municipios o departamentos con mayor exposición a factores ambientales, mayor vulnerabilidad y menor capacidad institucional y social para la gestión de desastres, la adaptación al cambio climático y la promoción y garantía de derechos humanos; entre ellos acceso mecanismos de protección, atención humanitaria, reparación y acceso a servicios públicos, entre otros. Además, con el objetivo de impactar la planeación territorial para que parta desde el reconocimiento, gestión y protección de los derechos humanos en la movilidad humana por factores ambientales.

En esa misma línea, es preciso (ii) ampliar el enfoque de soluciones duraderas a la movilidad humana por factores ambientales, considerando dos cuestiones fundamentales: primero, la respuesta al interés de la mayoría de la población de integrarse localmente y no retornar al lugar del que fue desplazada, y segundo, la manera de prevenir y garantizar la no repetición de la movilidad humana forzada, con independencia del factor que la induzca.

Finalmente, resulta necesario (iii) integrar los derechos de la naturaleza derivados del reconocimiento de la interdependencia entre los seres

humanos y la naturaleza, pues todas las formas de vida que habitan el planeta están interconectadas y dependen unas de otras, por lo que el cuidado de la reproducción de la vida es un imperativo ético y político sobre los entes sociales y los entes ecológicos. En este sentido, cabe integrar nociones de justicia social y ecológica, así como considerar la conservación biológica, la restauración ecológica y la prevención de daños ambientales como medidas que previenen la movilidad humana por factores ambientales, y que deben respetarse en la atención a este fenómeno.

Por último, se resalta la siguiente cuestión de suma importancia desde un enfoque transversal de derechos humanos frente a la movilidad humana por factores ambientales.

C. LA PROTECCIÓN REFORZADA Y DIFERENCIAL A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE MOVILIDAD HUMANA PREVIA –DESPLAZADAS, MIGRANTES, REFUGIADAS, SOLICITANTES DE ASILO, EXILIADAS, ENTRE OTRAS– QUE ESTÁN EN RIESGO DE SUFRIR UNA DOBLE O INCLUSO TRIPLE AFECTACIÓN

Si bien todas las personas son susceptibles de enfrentar alguna forma de movilidad humana en el contexto actual del cambio climático, desastres y degradación ambiental, fundamentalmente porque ninguna región del país se encuentra exenta de riesgos por estos fenómenos<sup>14</sup>, “[l]as personas más vulnerables entre las vulnerables” son quienes se encuentran en situación de movilidad humana previa: por un lado, las personas desplazadas forzosamente por el conflicto armado, y por el otro, las personas migrantes y refugiadas, y entre ellas las mujeres.

En este sentido, recibirán los impactos en el ejercicio y goce de sus derechos humanos y tendrán menos capacidades para adaptarse a los efectos

---

14 El 100% de los municipios en Colombia tiene algún riesgo relacionado con el cambio climático; para el año 2040, el 59% del territorio nacional (489 municipios) tendrá un riesgo entre medio y alto, y el 25% (119 municipios) un riesgo entre alto y muy alto, según Gobierno de Colombia, PNUD y GEF. “Análisis de riesgo por el cambio climático en Colombia”. Disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/analisis\\_por\\_riesgo\\_al\\_cambio\\_climatico\\_en\\_colombia\\_-\\_javier\\_mendoza.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/presentations/analisis_por_riesgo_al_cambio_climatico_en_colombia_-_javier_mendoza.pdf)

de cambio climático, y contarán con menos opciones para movilizarse de manera segura y regular, estando expuestas a mayores riesgos de explotación y violencia, como la trata de personas, el tráfico de migrantes y la violencia sexual; además, verán mayores obstáculos al acceso a soluciones duraderas, viendo limitadas sus opciones de retorno en territorios inhabitables, de integración local, todo lo cual configura una doble o triple afectación.

La IV Encuesta Nacional de Verificación sobre las condiciones de vida y el goce efectivo de los derechos de la población desplazada en Colombia (2023)<sup>15</sup> arrojó datos certeros que dan cuenta de que la población desplazada se encuentra entre la población más vulnerable socio-económicamente y tiene menor acceso a derechos que la población en general.

De acuerdo con la encuesta, los hogares con personas desplazadas se encuentran en un nivel de pobreza del 76.1% (en los hogares de jefatura femenina del 80.6% y masculina de 68.1%), por encima del promedio calculado para la población en general, que llega al 33.8% en las cabeceras municipales y al 45.9% en centros poblados y rural disperso. Y respecto al acceso a la alimentación, el promedio nacional corresponde a un 69.1% de hogares que han consumido al menos 3 comidas diarias, mientras que para la población desplazada forzosamente es solamente del 50.1%.

Por otro lado, la CIDH ha observado que las personas en el contexto de movilidad humana suelen enfrentar formas interrelacionadas de discriminación en los países de origen, tránsito, destino y retorno<sup>16</sup>. Así, son discriminadas por su origen nacional, su situación migratoria y otros factores como el sexo, la identidad de género y la etnia. En consecuencia, las personas migrantes y refugiadas viven una situación de vulnerabilidad estructural, tanto *de jure*, por las desigualdades entre nacionales y

---

15 La Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento está conformada por la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), DeJusticia, Pastoral Social, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA), la Casa de la Mujer y Viva la Ciudadanía. Véase: <https://codhes.org/2024/03/20/persistencia-sentencia-t-025-de-2004-4ta-encuesta-nacional-de-verificacion-de-goce-efectivo-de-derechos-de-poblacion-desplazada/>

16 CIDH “Movilidad humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional”, 2023, párr. 52.

extranjeros a nivel legal, como *de facto*, por las desigualdades materiales en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado<sup>17</sup>.

En conclusión, la Sentencia T-123 de 2024 de la Corte Constitucional llama la atención a las autoridades, en especial al Congreso de la República y a las entidades territoriales, para que en el marco de sus competencias protejan y atiendan a las personas en riesgo o desplazadas por factores ambientales. Lo que abre la puerta para que Colombia avance en la superación del déficit de protección de derechos humanos frente a todas las formas de movilidad humana por factores ambientales, impulsando acciones efectivas, integrales y sostenibles a nivel nacional, regional e internacional.

#### REFERENCIAS

Banco Mundial. “Informe Groundswell”, 2021.

Bustos, Camila y Neusner, Julia. “Displacing climate precarity”, *Albany Law Review*, 2024.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES); DeJusticia; Pastoral Social; Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC); Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombiana (CNOA); Casa de la Mujer; Viva la Ciudadanía). “IV Encuesta Nacional de Verificación sobre las condiciones de vida y el goce efectivo de los derechos de la población desplazada en Colombia”, 2023.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “Movilidad humana y obligaciones de protección. Hacia una perspectiva subregional”, 2023.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “Resolución sobre movilidad humana inducida por el cambio climático”, 2024.

Comité de la CEDAW. Recomendación general núm. 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático, 2018.

---

17 Corte IDH. Condición jurídica y de derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 112.

Corte IDH. “Condición jurídica y de derechos de los migrantes indocumentados”. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

Defensoría del Pueblo. “El cambio climático, fenómenos climatológicos extremos y movilidad humana”, 2024.

Internal Displacement Monitoring Center (IDMC). “Informe Global sobre Desplazamiento Interno”, 2024.

Migración Colombia. “Migración climática y ambiental: apuntes sobre Colombia”, 2024.

Ministerio del Ambiente, DNP, Cancillería de Colombia, PNUD y GEF. “Análisis de Riesgo por el Cambio Climático en Colombia”, s. f.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). “Informe sobre las migraciones en el mundo 2024”, 2024.

Relator Especial para la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático de las Naciones Unidas. “Ofrecer opciones jurídicas para proteger los derechos humanos de las personas desplazadas debido al cambio climático a través de las fronteras internacionales”, A/HRC/53/34, 2023.

Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “Pobreza, Cambio Climático y DESCA en Centro América y México, en el contexto de la Movilidad Humana”, 2023.

Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Cecilia Jiménez-Damary, A/75/207, 2020.

Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Paula Gaviria Betancur, A/78/245, 2023.

Schewel, Kimberly. “Understanding immobility: Moving beyond the mobility bias in migration studies”, *International Migration Review*, 54(2), 2020, pp. 328-355. DOI: <https://doi.org/10.1177/0197918319831952>.

JAIRO ANDRÉS CASTAÑO-PEÑA\*

*Sentencia C-161 de 2024*

*(La racionalización económica de la ley, análisis  
de impacto fiscal de los proyectos de ley a propósito  
de la creación del Ministerio de Igualdad y Equidad)*



## I. CONTEXTO

La Sentencia C-161 de 2024 de la Corte Constitucional se ocupa de estudiar la constitucionalidad de la Ley 2281 de 2023, “Por medio de la cual se crea el Ministerio de la Igualdad y Equidad y se dictan otras disposiciones”, por vicios de procedimiento en su formación. Se erigieron tres cargos, el primero referente a las mayorías y el quórum, el segundo sobre el análisis de impacto fiscal y el tercero relativo al alcance de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente. Desde ya, vale la pena indicar que el único cargo que prosperó y por el que se la declaró inconstitucional es el referente al desconocimiento de los preceptos orgánicos contenidos en la Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones” que exige un análisis de impacto fiscal de los proyectos de ley que ordenen gasto o concedan beneficios tributarios. Por esta razón, esta reseña hará especial énfasis en dicho cargo y su desarrollo.

Lo primero que es preciso advertir es que la acción de constitucionalidad fue presentada por congresistas miembros de un partido político de oposición al Gobierno. No sobra recordar que en Colombia la acción de constitucionalidad es pública, de tal manera que cualquier ciudadano habría podido iniciar la acción correspondiente y por los mismos cargos. También es necesario destacar que la creación del Ministerio de Igualdad y Equidad puede ser entendida como uno de los programas bandera del Gobierno. La creación del Ministerio buscaba articular la actividad de diversas entidades que tienen por objeto la protección de sujetos de especial protección, de manera de instituir un liderazgo claro para alcanzar los fines propios del Estado social de derecho, con especial atención a las obligaciones que se desprenden del artículo 13 C.P., entre otros.

---

\* Docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado y magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Análisis Económico del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España); doctor en Derecho, Gobierno y Políticas de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Contacto: andres.castano@uexternado.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9717-1636>.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Los demandantes formularon tres cargos para cuestionar la constitucionalidad de la ley.

I. “REGLAS DE QUÓRUM, VOTACIÓN Y MAYORÍAS  
PARA LA APROBACIÓN DEL INFORME DE PONENCIA  
PARA PRIMER DEBATE”

Los demandantes sostuvieron que al momento de la votación del informe de ponencia no había quórum decisorio. Para el caso concreto, según los demandantes, se debía contar con la presencia de al menos 11 senadores de la Comisión Primera del Senado, y al momento de la votación había únicamente 9. Por tanto, consideraron los demandantes, se configuró un vicio de trámite.

En cuanto a la votación, los accionantes sostuvieron que el informe de ponencia debió haberse votado nominalmente (lo que implica un llamado a lista) y no a través de votación ordinaria. Aquí la cuestión es que una senadora había anunciado que se retiraría del recinto al momento de votar y, según los demandantes, este anuncio implicaba la obligación de la Mesa Directiva de la Comisión de hacer un llamado a lista para verificar el quórum correspondiente.

Otro aspecto que los demandantes consideraron irregular fue que la ley, en su artículo 12, concedía facultades extraordinarias al presidente de la República. Este tipo de normas deben ser aprobadas por mayoría absoluta, en este caso por la Comisión Primera, y sin embargo el informe de ponencia fue aprobado por “apenas 9 votos favorables, lo que no constituye mayoría absoluta”<sup>1</sup>.

2. FALTA DE ANÁLISIS DEL IMPACTO  
FISCAL DEL PROYECTO DE LEY

A juicio de los demandantes, la otra razón por la que la ley debía ser declarada inconstitucional era que durante el trámite legislativo no se observó lo

---

1 Corte Constitucional. Sentencia C-161 de 2024, párr. 11. En adelante, las referencias a esta sentencia se incluyen directamente en el texto, entre paréntesis.

dispuesto por el artículo 7.º de la Ley 819 de 2003. Es decir que no se presentó un análisis del impacto fiscal de la norma que recoge el proyecto de ley.

La sentencia presenta una tabla que da cuenta de los argumentos que se presentaron sobre este cargo. En síntesis, los demandantes argumentaron que las aproximaciones de costo del nuevo Ministerio de Igualdad y Equidad eran escuetas e imprecisas. También señalaron que el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solo se rindió en una etapa tardía de la aprobación, de tal manera que no hubo posibilidad de que el debate sobre la consistencia del informe del Ministerio donde se recogía el análisis de impacto fiscal fuera debatido en la Comisión Primera, sino que solo se debatió en la plenaria.

Adicionalmente, los demandantes afirmaron que el concepto presentado por el Ministerio de Hacienda no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 819 de 2003, toda vez que esta exige que el concepto del Ministerio presente una estimación del costo de la iniciativa, la fuente de financiación y la consistencia con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

### 3. LEY DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS IMPRECISA Y ABIERTA

El tercer cargo se refiere a la necesidad de que las leyes que otorgan facultades extraordinarias al presidente de la República sean precisas y detalladas, en el sentido de delimitar la actividad legislativa delegada. El cargo se erige, en concreto, contra el artículo 12 de Ley 2281 de 2023 que establece:

Artículo 12. Facultades extraordinarias. Revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley, para expedir normas con fuerza material de ley dirigidas a integrar al Sector de Igualdad y Equidad con las entidades que defina como adscritas o vinculadas. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política.

Los demandantes sugirieron que se trataba de una habilitación para “reformular sin ningún tipo del límite la estructura de la administración nacional” (párr. 16).

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Una vez la Corte constata su competencia para resolver la cuestión, inicia por estudiar la aptitud de los cargos esgrimidos por los demandantes. En este sentido, le corresponde a la Corte establecer si las cargas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia fueron cumplidas por aquellos en la formulación de los cargos. Dada la brevedad de esta reseña y que el interés de la sentencia radica en los aspectos sustanciales, nos limitaremos a advertir que la Corte encontró que los tres cargos que acabamos de reseñar eran aptos, y, en consecuencia, procedió a pronunciarse sobre todos ellos.

#### I. PRIMER CARGO

Sobre el cargo primero, que dice que la aprobación de la Ley 2281 de 2023 no cumplió con las “reglas de quórum, votación y mayorías para la aprobación del informe de ponencia para primer debate”, la Corte inicia su análisis distinguiendo entre el informe de ponencia<sup>2</sup> y el articulado propiamente dicho.

El trámite legislativo prevé que el informe de ponencia oriente el sentido general del proyecto, de tal manera que se puedan recoger allí las razones de conveniencia y oportunidad de adoptar o no el proyecto; pero, de otro lado, está el articulado propiamente dicho que se deberá votar por separado.

En este cargo los actores consideran que cuando el artículo 160 C.P. ordena que al informe de ponencia deberá “dársele el curso correspondiente”, se refiere a que debe ser votado y aprobado. Con todo, observa la Corte que el alcance de esa disposición es distinto, e implica que el informe sea publicado antes de los debates, ya sea en comisión o en plenaria, de tal manera que se asegure un “debate abierto y democrático del proyecto de

---

2 “El informe de ponencia es el documento que los ponentes deben presentar a las comisiones o las plenarias, según corresponda, en el que exponen las finalidades de la iniciativa, explican el contenido del articulado del proyecto de ley y justifican su constitucionalidad y conveniencia”. *Ibid.*, párr. 51.

ley fundando en el conocimiento que garantice una racionalidad mínima en las decisiones” (párr. 52). Ahora bien, sostiene la Corte que el informe de ponencia, y más concretamente la proposición final del proyecto, debe ser votado en las comisiones en ciertos casos, mientras que en las plenarios debe ser votado en todos los casos.

El cuarto inciso del artículo 157 de la Ley 5 de 1992, que regula los debates en las comisiones, muestra con la claridad la distinción, y dispone que “Si el ponente propone debatir el proyecto, se procederá en consecuencia sin necesidad de votación del informe. Si se propone archivar o negar el proyecto, se debatirá esta propuesta y se pondrá en votación al cierre del debate”.

La lectura de la norma evidencia que existe una clara distinción entre el informe de ponencia y el articulado, tanto así que tienen un trámite diferente. De la disposición anterior es posible colegir dos reglas que se aplican para el debate en las comisiones constitucionales:

a. Si el informe de ponencia es positivo, es decir, sugiere que se debe discutir el articulado, entonces se procede a continuar con el debate sin necesidad de votar el informe de ponencia.

b. Cuando el informe de ponencia es negativo, es decir, considera que el proyecto debe ser negado o archivado, el procedimiento es debatir la propuesta (de archivar o negar) y luego se somete votación para decidir, esto es, no se pasa a revisar o debatir el articulado (párr. 56).

Por otra parte, cuando se trata de debate en plenarios, el artículo 176 de la Ley 5 de 1992 prevé: “[...] Si la proposición con la que termina el informe fuere aprobada, el proyecto se discutirá globalmente, a menos que un Ministro o miembro de la respectiva Cámara pidiera su discusión separadamente a alguno o algunos artículos”.

En este caso, la Corte Constitucional ha interpretado que la “norma ordena que el informe de ponencia sea aprobado como requisito previo para discutir y votar el articulado” (párr. 148).

Este desarrollo de las reglas sobre el informe de ponencia, tanto en comisión como en plenaria, da cuenta de que no es necesario que el informe de ponencia sea votado en la comisión.

Enseguida, la Corte Constitucional retoma las reglas general de quórum, votación y mayorías, para dilucidar si el cargo formulado está llamado a prosperar o no.

En lo que atañe a la cuestión, el primer aspecto relevante es que la Corte recuerda que efectivamente las leyes que otorgan facultades extraordinarias al presidente de la República deben contar con mayoría absoluta para su aprobación, es decir, contar con la mitad más uno de los miembros de la corporación. Ahora bien, la Corte también recuerda que la votación es una cuestión distinta y que la votación puede ser ordinaria o nominal. De tal manera que en el caso concreto, la exigencia constitucional para votar la ley de facultades extraordinarias consistía en obtener la mitad más uno de los votos de la corporación, independientemente del mecanismo o forma de votación utilizado en la sesión. Lo anterior es posible siempre y cuando se configure alguna de las causales previstas en el artículo 129 de la Ley 5 de 1992<sup>[3]</sup>. En este caso, se tiene en cuenta la unanimidad a la hora de tomar la decisión, y aclara la Corte que la unanimidad se predica de los miembros presentes a la hora de tomar la decisión.

Finalmente, la Corte sostiene que la falta de quórum o de mayorías decisorias debe probarse, y el mero hecho de que la votación no hubiera sido nominal, sino ordinaria, no configura un vicio en el trámite legislativo. Concluye la Corte que el cargo no está llamado a prosperar y considera que se cumplieron los requisitos de votación, quórum y mayorías a la hora de votar el informe de ponencia en la comisión.

## 2. SEGUNDO CARGO

Sobre el cargo segundo, que trata del desconocimiento de la obligación de analizar el impacto fiscal del proyecto de ley de creación del Ministerio de Igualdad y Equidad, comienza la Corte su análisis recordando la naturaleza orgánica de la Ley 819 de 2003, que establece unos procedimientos obligatorios para la elaboración de la ley. Las normas orgánicas son nomas “de naturaleza ordenadora, autolimitante y de jerarquía superior” (párr. 120), y por esta razón su desconocimiento configura un vicio de trámite que implica su inconstitucionalidad.

El problema jurídico radica en determinar si se cumplió o no con las obligaciones previstas en el artículo 7.º de la Ley 819 de 2003 que

---

3 *Ibid.*, párrs. 71 y 72.

establece que durante el trámite legislativo de las normas que ordenen gastos y otorguen beneficios tributarios se debe analizar el impacto fiscal de dichas normas. Esta obligación general se vale de algunas reglas para fijar el alcance de las obligaciones que implica, de tal manera que el análisis de impacto fiscal debe contener “tres referentes básicos”:

1. el costo fiscal de la medida,
2. la fuente de ingresos sustitutiva y
3. la compatibilidad de la medida con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

De entrada, es indispensable comprender que el análisis de impacto fiscal es un instrumento para mejorar la deliberación, para asegurar la calidad de la información que se va a debatir; y, en ese sentido, el análisis de impacto fiscal tienen una naturaleza “procesal-deliberativa” y no sustantiva. En otras palabras, su función no es impedir la aprobación o expedición de las normas que tengan costo fiscal, sino que el Legislador “cuente con la información suficiente para poder deliberar de forma seria y responsable sobre las consecuencias presupuestales y financieras de las iniciativas” (párr. 123).

Continúa la Corte desarrollando el alcance de la obligación procesal-deliberativa y sostiene que esta obligación persigue cuatro finalidades específicas:

- salvaguardar la estabilidad económica,
- ordenar las finanzas públicas,
- fortalecer la transparencia y control ciudadano en el trámite legislativo y
- garantizar la aplicación efectiva de las leyes.

La obligatoriedad de presentar el análisis de impacto fiscal existe, según el artículo 7.º de la Ley 819 de 2003, cuando la norma “ordena gasto u otorga beneficios tributarios”, según el primer inciso de dicho artículo, y cuando “planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos”, al tenor del inciso cuarto. En estos casos, lo que se exige es que se haga explícita la fuente sustitutiva para los casos de disminución de ingresos o el aumento de los ingresos para atender la nueva obligación. Esta circunstancia debe ser analizada y aprobada por el Ministerio de Hacienda.

Para esta reseña lo realmente interesante es indagar sobre si la ley que creó el Ministerio de Igualdad y Equidad constituía una orden de gasto o no, de acuerdo con la ley orgánica y la interpretación jurisprudencial sobre

la materia; por esta razón se omite lo referente a los beneficios tributarios. Sostiene la Corte Constitucional:

128. (ii) Órdenes de gasto. Las normas que ordenan gasto, en los términos del artículo 7.º de la Ley 819 de 2003, son aquellas que “contienen un mandato imperativo de gasto y, por tanto, constituye[n] un título jurídico suficiente y obligatorio para la inclusión de una partida en la ley de presupuesto” . La Corte Constitucional ha aclarado que no son normas que ordenan gasto las que prevén una mera habilitación o autorización de gasto, que se puede o no incluir en el presupuesto, a discreción del Gobierno Nacional.

Entonces, es necesario establecer una distinción clara entre la noción de “órdenes de gasto” y las “meras autorizaciones”. Para este propósito, la Corte ha establecido dos criterios para diferenciarlas. El primero es el gramatical, que obedece al tipo de lenguaje que se utiliza en la formulación, es decir, si se habla de imperativo o facultativo; el otro es el criterio funcional, que atiende al nivel de concreción y ejecutabilidad de la orden.

El criterio funcional es el que merece una especial consideración. Se trata de un criterio que identifica que las normas, para tener esta categoría, “deben ser un título jurídico suficiente para la inclusión de una partida en la ley de presupuesto”. En ese sentido, la orden de gasto es concreta y ejecutable y, por lo tanto, no se requiere de desarrollo normativo adicional para que sea incluida en el presupuesto, ya que la norma es el título jurídico.

En atención a este criterio funcional, resulta que las “normas que implican, necesariamente, el incremento porcentual anual de una partida presupuestal, disponen el aumento de la remuneración de un grupo de servidores públicos o crean nuevas entidades públicas, cargos o dependencias” (párr. 130); son, pues, auténticas órdenes de gasto.

Otro aspecto fundamental en la evaluación del cargo consiste en revisar el alcance de las obligaciones teniendo en cuenta el origen de la iniciativa legislativa. Esto es importante, ya que el grado de exigencia de profundidad del análisis de impacto fiscal varía según si la iniciativa es del Gobierno (más exigente) o si es del Legislativo (más laxa). La profundidad se refleja en los “referentes básicos”, a saber:

a) el costo fiscal de la medida,

b) la fuente de ingresos sustitutiva y

c) compatibilidad de la medida con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

La Corte ha establecido que cuando la iniciativa es gubernamental, el análisis de impacto fiscal debe ser riguroso, y en ese sentido, el examen de constitucionalidad para identificar su cumplimiento será estricto. Entonces, le corresponde al Gobierno presentar de forma detallada y precisa la información que comprende los “referentes básicos” del análisis cuando la norma objeto de debate es de su iniciativa. En contraste, cuando la iniciativa es del Legislador, el grado de exigencia es leve; esta distinción obedece al nivel técnico que se espera del Ejecutivo y a la deferencia hacia el Legislador.

El nivel de exigencia estricto respecto del Ejecutivo responde, de acuerdo con las consideraciones de la Corte, a que:

I. El Gobierno cuenta con la información que permite apreciar el grado o nivel de impacto en las finanzas públicas, así como la compatibilidad del nuevo gasto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo; también dispone de los recursos técnicos y humanos para elaborar un análisis profundo.

II. Esta obligación del Gobierno es una condición indispensable para asegurar que el Congreso cumpla con su deber de debatir el proyecto con “suficiente ilustración” en cuanto a las implicaciones de la norma sobre las finanzas públicas.

III. Los poderes del Gobierno en materia de gasto público se verían aumentados con respecto a los del Congreso, si, teniendo en cuenta que el Gobierno cuenta con la información de los “referentes básicos”, se le eximiera de la obligación de entregarla a los congresistas.

Ahora bien, la Corte revisa el alcance de dos de los ítems de los referentes básicos y señala que, respecto de la estimación del costo, es necesario que se presente en la exposición de motivos y en los informes de ponencia una estimación “fundada” y “confiable” de dichos costos; además, debe ser clara. Y la claridad implica (i) explicar el fundamento técnico de la estimación y (ii) evitar presentar estimaciones “divergentes” o en exceso abstractas.

Estos factores se ven nutridos por otro criterio a la hora de entender la estimación del costo, a saber, el de la complejidad de la cuestión que se está tratando. Entonces son relevantes los criterios de la naturaleza de la regulación, la mayor o menor fiabilidad de los supuestos económicos

en que se funda la estimación y el nivel de incidencia de la norma en las finanzas públicas.

El otro aspecto que analiza la Corte es la identificación de la fuente sustitutiva. En otras palabras, le corresponde al Gobierno identificar, al menos someramente, el origen de los recursos con los que se atenderá el gasto. Teniendo en cuenta que toda esta información tiene una función deliberativa y no sustantiva, para la Corte este requisito se encuentra cumplido en los siguientes casos:

... cuando, entre otras, en la exposición de motivos, el informe de ponencia o el articulado del proyecto de ley (i) identifican las partidas específicas del presupuesto que se usarían para financiar la medida, (ii) especifican de forma concreta los fondos de los cuales provendrían los recursos [...] y (iii) precisan que el gasto se financiaría mediante arreglos presupuestales y “el ahorro que se generaría con la supresión o modificación de otras dependencias” (párr. 136.1).

Finalmente, la mera mención, ya sea en la exposición de motivos o durante el trámite, de que el gasto se financiará con los recursos del Presupuesto General de la Nación no satisface las exigencias de la norma orgánica, puesto que, como bien lo advierte la Corte, el Presupuesto General no es una fuente de ingreso.

Otra cuestión importante sobre el análisis de impacto fiscal tiene que ver con el alcance del concepto del ministro de Hacienda. De forma sintética la norma prevé que en cualquier momento del trámite legislativo el ministro de Hacienda rendirá concepto sobre el impacto fiscal de la norma y, en concreto, deberá señalar si la norma objeto de debate (y el gasto que implicaría) es compatible o no con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

La Corte estima que el alcance de la norma consiste en que el ministro de Hacienda debe “realizar un estudio serio, detallado, sustentando y concreto de los efectos económicos de la propuesta” (párr. 138). De tal manera que un informe insuficiente, que no dé cuenta del verdadero impacto fiscal de la iniciativa, no satisface las exigencias del artículo 7.º de la Ley 819 de 2003. Además, este informe debe ser publicado en la Gaceta del Congreso en atención a los principios de publicidad y transparencia.

Con todo, la Corte ha identificado cuatro alternativas para considerar cumplido el requisito de presentación del concepto:

1. Cuando el proyecto de ley cuenta con el análisis de impacto fiscal en la exposición de motivos.
2. Cuando se presente por escrito, durante el trámite legislativo (inc. 3.º del art. 7.º de la Ley 819 de 2003).
3. Cuando el ministro de Hacienda no radica el proyecto de ley ni presenta concepto por escrito, pero el Gobierno demuestra que previo a la presentación del proyecto el ministro “analizó y aprobó la correspondiente fuente sustitutiva por disminución del gasto o aumento de ingresos, prevista en el proyecto de ley”.
4. Cuando en la exposición oral durante el trámite, en alguno de los debates, se informe sobre los “tres referentes básicos” (párr. 139).

El incumplimiento de este deber, cuando los proyectos son de iniciativa gubernamental, constituye un vicio de trámite insubsanable.

Una vez expuestas las obligaciones del ministro de Hacienda, tanto en el rigor de la información como en cuanto a las formas de cumplir con el deber de presentación de la información, ahora corresponde mencionar las obligaciones del Congreso de la República de deliberar sobre el impacto fiscal.

El punto de partida para no conducir a equívocos es que el concepto del ministro de Hacienda no es vinculante para los congresistas; la obligación consiste en deliberar, discutir y debatir sobre lo referentes básicos<sup>4</sup> del impacto fiscal, de tal manera que, independientemente del dictamen rendido por el ministro, los legisladores son libres de aprobar o no la iniciativa de la que se trate.

Para mayor claridad, el concepto negativo por parte del Ministerio de Hacienda no implica una obligación de archivar o votar en contra de alguna medida, ni la obligación de “acatar estrictamente lo recomendado”; ahora bien, cuando el concepto es favorable, el Legislador también es libre de aprobar o no. Esto demuestra que la función del análisis de impacto fiscal de los proyectos de normas tiene una naturaleza deliberativa y no

---

4 Como se ha dicho, los referentes básicos son: el costo fiscal de la medida, la fuente de ingresos sustitutiva, y la compatibilidad de la medida con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

sustancial. La Corte ha interpretado que el análisis de impacto fiscal es una oportunidad para “convencer al Legislador sobre la conveniencia o inconveniencia fiscal de la iniciativa” (párr. 141).

Luego de enunciar la obligación de deliberar, discutir y debatir, ahora corresponde identificar y conocer su alcance material, puesto que esto determina la función de la Corte Constitucional a la hora de abordar el estudio de constitucionalidad del requisito que impone la ley orgánica.

La Corte sostiene que no le corresponde hacer un análisis de la “calidad” del debate, pero esto no se traduce, de ninguna manera, en que la carga de deliberación sea una mera formalidad, pues esto vaciaría por completo la función que busca la norma, a saber, debatir con información y sentido de la responsabilidad la aprobación de las normas. En ese sentido, la Corte ha dicho que se debe constatar que al menos haya habido “una deliberación mínima o por lo menos somera sobre el concepto del MHCP [Ministerio de Hacienda] y, en concreto, sobre los referentes básicos del impacto fiscal” (párr. 142).

Finalmente, en vista de que la función del análisis de impacto fiscal es deliberativa, no le corresponde a la Corte hacer un examen de conveniencia ni “realizar valoraciones de utilidad y oportunidad del gasto, ni comparar su cuantía con el marco fiscal de mediano plazo” (párr. 144).

Para resolver el caso, la Corte considera, en primer lugar, que la creación del nuevo ministerio efectivamente “constituye una orden de gasto, puesto que constituye un título jurídico obligatorio y suficiente para la inclusión de una partida en la ley de presupuesto” (párr. 161). Estas dos cuestiones son importantes para la decisión, pero por el alcance de este escrito no pueden ser abordadas en profundidad.

La Corte retoma las nociones desarrolladas y determina que la creación del nuevo ministerio efectivamente constituye una orden de gasto, ya que es evidente que el lenguaje usado es imperativo, por lo cual no es necesario ningún desarrollo adicional para generar las cargas al presupuesto. Ahora bien, respecto del argumento de que la obligación se concreta únicamente cuando el presidente de la República elabore el desarrollo reglamentario respectivo, advierte la Corte que esta visión es errada, puesto que la creación del ministerio la efectúa la ley, y lo que queda pendiente es la organización administrativa.

Por otra parte, para la Corte es evidente que la ley de creación de un ministerio es un título jurídico suficiente para que nazca la obligación de

incluir una partida presupuestal, de tal manera que no se trata de una mera autorización o habilitación. Prueba de ello es que el artículo 8.º de la Ley 2281 establece que el patrimonio del ministerio creado estará integrado por, entre otras, las “sumas que apropien del Presupuesto General de la Nación” (párr. 169). Además, es evidente que la entidad tendrá que apropiar recursos para asegurar su operación, esto es, gasto de funcionamiento.

Otro aspecto importante es que la iniciativa de la ley era de carácter gubernamental, y no podría ser de otra manera porque el artículo 154 C.P., en concordancia con el artículo 150 numeral 7 C.P., prevé que la iniciativa para crear nuevos ministerios corresponde exclusivamente al Gobierno. Esto comporta que el análisis de impacto fiscal esperado, de acuerdo con el artículo 7.º de la Ley 819 de 2003, es el estricto, en palabras de la Corte. En ese sentido, debe descartarse la posible interpretación de que el hecho de que la iniciativa fuera acompañada por congresistas mutaría la naturaleza de la iniciativa y esta pasaría a ser mixta<sup>5</sup>.

Entonces, la Corte valora si los referentes básicos del análisis de impacto fiscal y las oportunidades para cumplir la obligación satisficieron los requisitos para garantizar el cumplimiento de la ley.

Sobre este particular, la Corte evidencia que en la exposición de motivos no se incluyó el análisis correspondiente; si bien se presentó un acápite de impacto fiscal, lo cierto es que en dicho párrafo no estaban presentes los referentes básicos, de tal manera que esa manifestación escueta no cumple con los requisitos legales sobre la materia<sup>6</sup>.

Otra oportunidad para cumplir con el requisito es el informe de ponencia. En este caso, es evidente que en el debate sí se deliberó sobre un estimado de costos del nuevo ministerio, y sobre todo sobre una posible integración de recursos que estaban dispersos entre varias entidades; sin embargo, no se hizo explícita la fuente de ingresos adicional, como se pone en evidencia por remitirse directamente a los recursos del presupuesto<sup>7</sup>.

Respecto del debate en comisiones conjuntas, allí los congresistas hicieron explícita la insuficiencia de información para identificar el impacto

---

5 *Ibid.*, párrs. 181 a 187.

6 *Ibid.*, párrs. 191 a 196.

7 *Ibid.*, párr. 200.

fiscal de la nueva entidad. Se echó en falta información sobre costos fiscales, fuente de ingresos sustitutiva, planta de personal, infraestructura, estructura mínima del ministerio y las posibles unidades administrativas que se integrarían a la nueva entidad<sup>8</sup>. Las respuestas a estas inquietudes fueron generales, bajo la idea de que en el desarrollo reglamentario se procedería a la integración de las entidades y esto implicaría un bajo impacto fiscal. Esta respuesta no puede ser considerada como satisfactoria, la Corte considera que la estimación debe ser clara, con fundamento técnico, y evitar referencias demasiado abstractas<sup>9</sup>.

Finalmente, la Corte constata que la Ley 2281 de 2023 se aprobó sin cumplir con el debate sobre el análisis de impacto fiscal. Si bien en este caso se utilizó el escrutinio estricto por ser de iniciativa gubernamental, lo cierto es que en caso de que se hubiera aplicado el estándar para las iniciativas mixtas, que es más flexible y deferente, tampoco se habría superado. En concreto, la Corte echa en falta la identificación de los referentes básicos del análisis de impacto fiscal; es decir, el costo fiscal de la nueva entidad y la fuente de ingreso sustitutiva.

Las menciones al costo fiscal a lo largo de los debates fueron abstractas, imprecisas e inconsistentes. Si bien el análisis de impacto fiscal tiene una función procesal-deliberativa, la Corte, en su función de guarda de la Constitución, entiende que debe verificar que las estimaciones estén al menos mínimamente fundadas y que sean claras. Una interpretación más laxa desnaturalizaría el propósito del Legislador orgánico (asegurar la cantidad de información y su calidad); en ese sentido, el análisis de impacto fiscal debe responder a fundamentos técnicos y que no sean contradictorios. Y finaliza la Corte, frente a la posibilidad de interpretar que estas exigencias convierten en un requisito sustantivo el análisis de impacto fiscal, precisando que, “[p]or el contrario, únicamente la está dotando de contenido, de modo que efectivamente funcione como un instrumento de racionalización de la actividad del Legislador y contribuya a disciplinar las finanzas públicas, salvaguardar la estabilidad macroeconómica, fortalecer

---

8 *Ibid.*, párr. 201.

9 *Ibid.*, párr. 205 a 211.

la transparencia en el trámite legislativo y garantizar la aplicación efectiva de las leyes” (párr. 243).

### 3. TERCER CARGO

Debido a la extensión y pretensión de esta reseña, no es posible estudiar en profundidad el tercer cargo, sin embargo, procederemos a hacer una presentación general del mismo y de su solución. Vale la pena indicar que este es el cargo más breve de la sentencia, y, quizás el menos complejo.

Los demandantes alegaron que el artículo 12 de la Ley 2281 vulneraba el numeral 10 del artículo 150 C.P., al otorgar facultades extraordinarias imprecisas y demasiado amplias al presidente de la República para integrar el sector de igualdad y equidad. Según ellos, esto equivalía a una habilitación ilimitada para reformar la estructura administrativa nacional sin parámetros claros<sup>10</sup>.

La Corte, sin embargo, estimó que el cargo no prosperaba por tres razones principales: 1) La norma define clara y específicamente el objeto de la delegación: la integración del sector administrativo mediante entidades adscritas y vinculadas, con conceptos ya definidos en la Ley 489 de 1998 y delimitados por la jurisprudencia<sup>11</sup>; 2) El Congreso no estaba obligado a establecer las entidades específicas ni los criterios detallados para la integración del sector, pues el requisito de precisión no implica exhaustividad<sup>12</sup>; 3) Una interpretación sistemática del artículo 12 confirma que las facultades se limitaban a la integración del sector, sin permitir una modificación general de la administración pública, y esto se puede verificar a lo largo del trámite legislativo<sup>13</sup>.

En resumen, de los tres cargos únicamente prosperó el referente a la falta de análisis de impacto fiscal. El vicio que se configuró es insubsanable y por tal motivo la Corte Constitucional declaró inexecutable la ley que venimos comentando. Ahora bien, los efectos de la decisión fueron

---

10 *Ibid.*, párr. 246.

11 *Ibid.*, párr. 255 y 276.

12 *Ibid.*, párr. 256 y 281.

13 *Ibid.*, párrs. 284 ss.

diferidos por dos legislaturas, en aras de asegurar la función administrativa y con especial consideración por la actividad misional de la entidad creada por la ley. No sobra recordar que una inexequibilidad inmediata podría repercutir negativamente en los derechos de sujetos de especial protección y, en esa medida, se intenta no comprometer la política pública que busca su protección de dichos sujetos<sup>14</sup>. Es decir que el nuevo ministerio dejará de existir a partir de junio de 2026.

Finalmente, hay que destacar que uno de los magistrados salvó el voto por considerar que el primer cargo también debía prosperar ya que de un análisis fáctico era posible colegir la ruptura de las mayorías y el quórum necesarios para la aprobación de la ley.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO

La racionalización económica a la hora de aprobar normas es uno de los objetivos de la Ley orgánica 819 de 2003. Como es bien sabido, existió la costumbre de aprobar leyes sin posibilidades materiales de cumplimiento, y uno de los objetivos de la Ley 819 es justamente evitar estas anomalías. La fórmula para paliar esta situación se basa en fomentar un nivel de información adecuado para tomar la decisión, es decir, que el Legislador debe considerar la realidad económica del país, el costo de las medidas e iniciativas, así como las restricciones presupuestales e incluso la sostenibilidad fiscal<sup>15</sup>, a la hora de decidir.

Es fundamental recordar que la limitación a la actividad legislativa basada en las posibilidades económicas implicaría una restricción al ejercicio de la democracia. El Congreso de la República es el máximo órgano de representación y, por lo tanto, sus decisiones deben permitir tomar y adoptar las decisiones políticas con un amplio margen de discrecionalidad. En ese sentido, la interpretación que hace la Corte Constitucional de que

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 292.

<sup>15</sup> Para un estudio sobre el criterio de sostenibilidad fiscal véase Castaño Peña, Jairo Andrés. *Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado social de derecho. La sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

estos instrumentos no son sustanciales sino que tienen una función deliberativa constituye una garantía del proceso democrático.

El aspecto más problemático, desde mi punto de vista, tiene que ver con la flexibilidad que la Corte plantea para verificar si se cumplió o no con el debate y la propuesta de varios escenarios que darían por cumplido el requisito legal. En concreto, durante el trámite del proyecto puede cumplirse en la exposición de motivos, también durante el trámite legislativo por escrito, o bien cuando el Gobierno demuestra que el Ministro de Hacienda “analizó y aprobó la correspondiente fuente sustitutiva” (párr. 139), y, finalmente, mediante exposición oral durante los debates.

En el caso concreto hay una circunstancia que se debe tener en cuenta y que desde mi perspectiva habría que ahondar a la hora de hacer el análisis del cumplimiento del requisito de la deliberación. La creación del Ministerio de Igualdad y Equidad tenía previsto un cambio en la estructura administrativa del Estado; en particular, una variación de entidades que fueron adscritas y vinculadas al nuevo ministerio y en principio pertenecientes a otros ministerios o unidades administrativas. De donde se puede inferir que el impacto fiscal dependía, en buena medida, de las decisiones que tomaría el presidente de la República de acuerdo con las facultades extraordinarias que le permitirían organizar el sector central para conseguir los fines propuestos.

En ese sentido, la Corte, pese a que se enfrentaba a una orden de gasto, por tratarse de la creación de una entidad, debía sopesar la cantidad de información necesaria y posible para producir una deliberación informada con los requisitos que la jurisprudencia ha identificado como necesarios (referentes básicos); toda vez que esa información no existía, y dependía del desarrollo ulterior que decidiera el presidente de la República para articular el nuevo ministerio.

El estándar de los referentes básicos para una orden de gasto, cuyo alcance no podría ser cuantificable en estricto sentido, puede convertirse en un obstáculo para el ejercicio del Poder Legislativo. Si bien la norma orgánica exige que los proyectos gubernamentales tengan un análisis de impacto fiscal más sofisticado que los de iniciativa parlamentaria, para este caso concreto, por la naturaleza de la norma y la previsión de un desarrollo posterior que fijaría el verdadero alcance de la norma en términos fiscales, tendría que ser flexible. Además, no sobra advertir que

el artículo 13 de la Ley 2281 de 2023 contenía una disposición concreta respecto de la necesidad de que el impacto fiscal fuera mínimo<sup>16</sup>, y si bien es posible valorar como abstracta la disposición normativa, lo cierto es que da cuenta de que la voluntad del Legislador estaba informada sobre la posibilidad de que tuviera impactos fiscales, que como se advirtió antes, eran imposibles de prever.

La interpretación de la Corte Constitucional de que no hubo un debate efectivo sobre el impacto fiscal de la norma por la falta de los referentes básicos no parece del todo acertada si se tiene en cuenta que el Legislador orientó al Ejecutivo, en el artículo 12, sobre la necesidad de buscar un impacto fiscal mínimo, lo cual corrobora que sí hubo inquietudes, debates y reflexión (así fuera mínima) sobre la cuestión fiscal. De donde es posible inferir que el propósito de la norma orgánica se cumplió, y que la posición de la Corte sobre el cumplimiento de la ley orgánica debía ser flexible y deferente con la decisión del Legislador.

El criterio funcional, que establece que la norma que constituye un orden de gasto es una verdadera obligación de incluir la partida en el presupuesto, es una exigencia razonable, pero no para este caso. La creación del Ministerio de Igualdad y Equidad y la indeterminación de la integración administrativa que operaría por las decisiones del presidente, difícilmente podría considerarse que cumplía con el requisito funcional puesto que no hay unas partidas o rubros que pudieran preverse para su inclusión en el presupuesto de forma automática, con la mera expedición de la ley.

En otras palabras, el hecho de que la ley objeto de estudio no precise cuál será la estructura administrativa definitiva, con una planta de funcionarios específica y la enumeración precisa de entidades adscritas o vinculadas, impide comprender si el criterio funcional para identificar si se trata de un orden de gasto fue satisfecho. En este caso, parece que se trata de una norma mixta, es decir, que en alguna medida sí hay orden de gasto (una nómina mínima), pero lo cierto es que la mayoría del gasto

---

16 Ley 2281 de 2023: “Artículo 13. [...] De conformidad con los estudios que generen sobre el funcionamiento de la entidad por parte de la Función Pública y de acuerdo a la disponibilidad fiscal del país y la existencia de recursos para tal propósito, se deberá garantizar el mínimo impacto fiscal de esta iniciativa”.

que implica la creación del nuevo ministerio es imposible de calcular sin la regulación ulterior del presidente. De lo anterior parece razonable que la Corte haya adelantado una interpretación flexible respecto del alcance del artículo 7.º de la Ley 819 de 2003.

Finalmente, no huelga señalar que, en vista de que en la actualidad ya se conoce la estructura orgánica del nuevo ministerio<sup>17</sup>, la composición, así como las funciones y la nómina, es posible tramitar una nueva ley que cree, otra vez, el ministerio. Con la ventaja de que en esta ocasión sí será posible cumplir con los contenidos de los referentes básicos del análisis de impacto fiscal.

#### REFERENCIAS

Castaño Peña, Jairo Andrés. *Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado social de derecho. La sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Corte Constitucional. Sentencia C-161 de 2024.

---

17 Véanse el Decreto 1075 del 29 de junio de 2023, “Por el cual se adopta la estructura del Ministerio de Igualdad y Equidad y se dictan otras disposiciones”; el Decreto 1518 de 2024, “Por el cual se modifica la integración del Consejo Directivo del Instituto Nacional para Sordos – INSOR”, y el Decreto 1517 de 2024, “Por el cual se modifica la integración del Consejo Directivo del Instituto Nacional para Ciegos – INCI”, entre otros.



LUISA FERNANDA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ\*

*Sentencia SU-169 de 2024*

*(Requisito de convivencia en pensión de sobrevivientes)*



*Pedro y María* contrajeron matrimonio en 1957, sin que este fuera disuelto. Aunque se separaron en 1977, reanudaron su relación en 1996, manteniendo domicilios en Cali y Miami, y formalizaron su unión mediante una declaración en 2003. A pesar de la distancia, sostenían contacto regular y encuentros presenciales.

*Pedro*, pensionado desde 1994, designó a *María* como beneficiaria de sus derechos pensionales. Tras su fallecimiento en 2010, tanto *María* como *Lorena*, quien alegaba ser su compañera permanente, solicitaron la pensión de sobrevivientes, pero el ISS la negó a ambas. En 2013, el Juzgado 5.º Laboral de Descongestión del Circuito de Cali reconoció el derecho a *María*, pero el Tribunal Superior de Cali revocó esta decisión al no probarse convivencia continua en los últimos cinco años. En mayo de 2021, la Corte Suprema de Justicia ratificó la decisión del Tribunal, indicando que la exigencia de convivencia podía cumplirse en cualquier tiempo si el matrimonio seguía vigente, pero concluyendo que *María* no probó convivencia de al menos cinco años en ningún periodo.

*Andrés*, en calidad de apoderado de *María*, su progenitora, interpuso acción de tutela contra la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en el mes de noviembre de 2021, alegando vulneración de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la protección de adultos mayores, al debido proceso y al acceso a la justicia. Manifestó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un error fáctico, pues no se valoraron pruebas presentadas por *María* que acreditaban su convivencia con el causante, además de la falta de motivación de la decisión. Se allegaron una serie de documentos por parte del actor, como los registros civiles de matrimonio y de nacimiento de los hijos en común, el acto administrativo expedido por el ISS de reconocimiento del incremento de mesada pensional del señor *Pedro* por existencia de cónyuge en favor de su esposa *María*, una declaración extrajuicio de los cónyuges del año 2003, respecto de su convivencia por más de siete años, etc.

---

\* Docente investigadora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogada, especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales, así como en Seguridad Social, y doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [luisaf.rodriguez@uexternado.edu.co](mailto:luisaf.rodriguez@uexternado.edu.co)  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3869-8560>.

Por medio de esta tutela se pretendía que se dejara sin efectos la sentencia de mayo de 2021 y, por lo tanto, se ordenara a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia proferir una nueva decisión en donde se valoraran en debida forma las pruebas en el expediente respecto de la convivencia que se alegó.

La demanda de tutela fue admitida en febrero de 2022 y se vinculó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, al Juzgado Quinto de Descongestión Laboral del Circuito de la ciudad, a Colpensiones y a *Lorena*.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en febrero de 2022, aclaró que el accionante no actuó como apoderado de *María* sino como agente oficioso; actuación válida esta, pues es hijo de la accionante, quien es una persona de tercera edad que además reside en Miami. Señaló que la acción incumplió el requisito de inmediatez por cuanto se presentó 6 meses después de la notificación de la sentencia de casación. Con todo, precisó que el actor no demostró la configuración de una vía de hecho y que las divergencias por valoración probatoria no son violatorias de los derechos fundamentales.

El accionante impugnó la sentencia señalando actuar como agente oficioso de su madre e indicó que se cumplía con el requisito de inmediatez, pues la decisión de la Corte Suprema de Justicia se notificó por edicto en junio de 2021 y la acción de tutela se presentó en noviembre, antes de completar los 6 meses. Manifestó además que la sentencia incurrió en una vía de hecho, reiterando el defecto en el análisis de las pruebas que demostraban la convivencia entre las partes, además de un defecto sustantivo respecto al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que regula a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, y un desconocimiento del precedente constitucional<sup>1</sup> donde se ha dicho que la convivencia no se interrumpe aunque los cónyuges hayan vivido en diferentes lugares. En junio de 2022, la Sala de Casación Civil confirmó la sentencia impugnada, señalando que la tutela cumplió con el requisito de inmediatez debido a inconsistencias en el reparto. No obstante, concluyó que no existió arbitrariedad en la decisión cuestionada, ya que la falta de precisión en el recurso de casación impidió un pronunciamiento de fondo.

---

1 Corte Constitucional. Sentencias T-324 de 2014, T-245 de 2017 y T-076 de 2018.

Posteriormente, en octubre de 2022, *Andrés* solicitó la selección del caso, y el 28 de octubre la Sala de Selección de Tutelas lo escogió con base en criterios jurisprudenciales y de urgencia en la protección de derechos fundamentales.

El 16 de febrero de 2023, Colpensiones intervino, argumentando que la tutela no cumplía con el requisito de inmediatez y que la relación entre *María* y el causante no demostraba una convivencia estable. Posteriormente, el 22 de febrero, el apoderado de *Lorena* sostuvo que la autoridad accionada incurrió en defectos fáctico y sustantivo al resolver la casación y solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para su representada o, en su defecto, que se distribuyera entre ambas reclamantes.

El 28 de febrero de 2023 se presentó a la Sala Quinta de Revisión un proyecto de decisión que resultó en la Sentencia T-106 de 2023, declarando improcedente la tutela por falta de legitimación en la causa por activa. No obstante, tras una solicitud de nulidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional anuló la decisión mediante el Auto 2061 de 2023, al advertir omisiones en el análisis de asuntos de relevancia constitucional.

La Sala Plena de la Corte Constitucional avocó conocimiento y determinó los problemas jurídicos a abordar. El primero fue el consistente en determinar si hubo un *defecto fáctico* al omitir la valoración de las pruebas documentales que demostraban la convivencia de la *María* con el causante y que permitían establecer que esta se había extendido por más de 5 años. El segundo, sobre la posible existencia de un *desconocimiento del precedente constitucional* que indica que la convivencia no se interrumpe aunque los cónyuges hayan vivido en lugares diferentes si existe justa causa. El tercer problema es la posible *decisión sin motivación* por parte de la Corte Suprema de Justicia al incurrir en una argumentación contradictoria, pues reconoce el matrimonio entre *María* y el causante, entre 1957 y 1977, pero luego desestima la casación al considerar que no se probó que hubiesen convivido durante 5 años. Finalmente, el cuarto presenta un *defecto sustantivo* por interpretación errónea del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues el precepto implica la posibilidad de reconocer la pensión de sobrevivientes al cónyuge, sin que sea necesaria la convivencia de los 5 años anterior a la muerte del causante.

La Corte decide no examinar los defectos alegados por la tercera vinculada, *Lorena*, por cuanto no se pronunció en ningún momento de las

instancias y en sede de revisión su apoderado reprodujo la demanda de casación presentada ante la Corte Suprema de Justicia pero no presentó argumentos que pudieran analizarse. Así entonces, la Corte solo se pronunciará sobre los defectos alegados por *María*.

Ahora bien, la Corte estudia cada defecto presentado para adoptar su decisión. Respecto al defecto sustantivo, señala que este yerro se presenta cuando el juez, en desconocimiento de la Constitución y la ley, aplica una norma ajena al caso, ya sea por impertinente o por inexistente<sup>2</sup>; cuando utiliza una disposición sin realizar una interpretación integral y sistemática del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>; cuando deja de hacer uso de una norma aplicable al caso<sup>4</sup> o da valor a un precepto legal cuya interpretación contraría la *ratio decidendi* de una sentencia *erga omnes*, o cuando realiza una aproximación irrazonable de un mandato con un sentido o alcance erróneo<sup>5</sup>.

Respecto al *defecto fáctico*, señala que se puede presentar en una dimensión positiva o en una negativa en materia laboral: la positiva, cuando el juez valora las pruebas aportadas de forma irrazonable porque no respeta las reglas de la lógica, evalúa las pruebas de forma caprichosa o arbitraria, deja de examinar el material probatorio en su integridad o sustenta su decisión en pruebas impertinentes, inconducentes o ilícitas; o bien cuando el juez le atribuye a determinado elemento probatorio una consecuencia jurídica distinta de la prevista en la ley, sin justificación alguna<sup>6</sup>. Mientras que la dimensión negativa del defecto fáctico en materia laboral se presenta cuando el juez no valora un medio de prueba determinante para el caso o cuando no decreta de oficio la práctica de pruebas pertinentes para resolver de fondo el problema jurídico del caso concreto, bajo el argumento de que la parte que tenía la carga de la prueba no demostró el enunciado descriptivo correspondiente<sup>7</sup>.

---

2 Corte Constitucional. Sentencia SU-659 de 2015.

3 Corte Constitucional. Sentencias T-510 de 2011 y SU-072 de 2018.

4 Corte Constitucional. Sentencia SU-267 de 2019.

5 Corte Constitucional. Sentencias SU-416 de 2015 y SU-072 de 2018.

6 Corte Constitucional. Sentencias SU-129 de 2021 y SU-068 de 2022.

7 *Ibid.*

En cuanto al *desconocimiento del precedente*, señaló que es un mecanismo que permite a los jueces resolver casos con base en sentencias previas que abordan problemas jurídicos similares, garantizando la seguridad jurídica, la confianza legítima y la igualdad. Para que exista un precedente es necesario que la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores establezca una regla jurídica aplicable a casos futuros con similitud fáctica y jurídica. El desconocimiento del precedente por parte de los jueces ordinarios se considera un defecto sustantivo y, en recientes decisiones, ha sido equiparado con el desconocimiento del precedente constitucional. Este último se refiere a la eficacia interpretativa de la Corte Constitucional en la determinación del alcance de los derechos fundamentales<sup>8</sup>.

Existen dos tipos de precedente: horizontal, que involucra decisiones de la misma jerarquía, y vertical, que corresponde a fallos de un superior jerárquico. Para apartarse de un precedente, el juez debe cumplir con cargas estrictas, entre ellas, la carga de transparencia que exige identificar y analizar detalladamente el precedente del cual se aparta; y la carga de argumentación, que justifica por qué la nueva interpretación no afecta la seguridad jurídica ni la confianza legítima. En cuanto al precedente constitucional, los fallos de control abstracto tienen efectos *erga omnes* y deben ser acatados por todas las autoridades. En sede de tutela, aunque las decisiones tienen efectos *inter partes*, su *ratio decidendi* constituye un precedente obligatorio en ausencia de fallos contradictorios.

Los jueces pueden apartarse del precedente en sede de tutela solo si cumplen con tres requisitos: la carga de transparencia, reconociendo la existencia del precedente; la carga de suficiencia, justificando el cambio con base en modificaciones normativas, contextuales o interpretativas; y la carga de idoneidad, demostrando que su nueva interpretación es más sólida que la jurisprudencia vigente. Estos criterios buscan garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico y la protección efectiva de los derechos fundamentales<sup>9</sup>.

En relación con la *decisión sin motivación*, estableció que esta se configura cuando el juez se abstiene de presentar elementos jurídicos y fácticos

---

8 Corte Constitucional. Sentencias SU-061 de 2023 y SU-269 de 2023.

9 Corte Constitucional. Sentencias T-643 de 2013, T-661 de 2017 y SU-081 de 2021.

que motiven la decisión que está adoptando. La motivación evita decisiones arbitrarias y garantiza la posibilidad de controvertir los argumentos.

Posteriormente, la Corte aborda el *requisito de convivencia respecto de la pensión de sobrevivientes y la ausencia de cohabitación bajo el mismo techo*. Resalta que en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, se establece quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y las condiciones que deben acreditar en cada caso para acceder a dicha prestación. En relación con el (la) cónyuge y/o compañera(o) permanente supérstite, la citada norma fija varias exigencias, siendo una de ellas la convivencia con el causante durante cinco años. La Corte se ha pronunciado sobre el requisito de la convivencia en el caso de diferentes escenarios, resolviendo casos en los que el requisito de convivencia no implica la cohabitación de los cónyuges o compañeros permanentes bajo el mismo techo siempre que exista una causa justificada.

La ausencia de cohabitación bajo el mismo techo no implica la falta de convivencia entre la pareja. Se ha señalado que la convivencia debe ser examinada y determinada según las particularidades relevantes de cada caso en concreto, pues pueden presentarse circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares que impidan la convivencia bajo el mismo techo sin que ello conduzca a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja; lo anterior, si se mantienen los lazos sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, que son rasgos esenciales de la convivencia en pareja y que superan la concepción formal relativa a la cohabitación bajo el mismo techo<sup>10</sup>.

Ahora bien, en primer lugar, manifiesta el accionante que se incurrió en un defecto fáctico en la sentencia de 2021, pues se omitió valorar las pruebas documentales que demostraban los 5 años de convivencia de *María* con el causante, y que si se hubieran valorado en debida forma le habrían permitido concluir a la autoridad judicial que la convivencia superaba los 5 años, invocando la aplicación indebida de los artículos 13 de la Ley 797 de 2003, los artículos 48 y 53 C.P. en relación con los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 y el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

---

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. SL 6519 de 2017, del 10 de mayo, rad. 57055, y SL1399 de 2018, del 25 de abril, rad. 45779.

Refiriéndose a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia resolvió que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali no tuvo en cuenta la copia del obituario, los registros civiles de matrimonio y de nacimiento de sus hijos y el certificado de afiliación de *María* al sistema de salud. Por ende, no puede reclamarse en casación la *indebida valoración* de esas pruebas cuando lo que se presentó fue el fenómeno de la *falta de apreciación*, que son dos conceptos distintos. Igual ocurre con la solicitud de incremento pensional, el documento radicado por el causante ante el ISS y la declaración extrajuicio de los cónyuges, frente a los que, además de mencionar que no fueron apreciadas por el tribunal, también señaló la Corte que a nadie le es permitido fabricar su propia prueba. En cuanto a las fotografías familiares presentadas, manifestó que no son pruebas calificadas para ser objeto de estudio en casación.

En segundo lugar, el actor sostiene que en la sentencia de 2021 se incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente horizontal de la Corte Suprema de Justicia, al omitir el análisis de providencias previas de la Sala Laboral relacionadas con la acreditación del requisito de convivencia<sup>11</sup>.

En la demanda de casación se incluyó un apartado titulado “Precedente”, en el cual se desarrolló la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que establece que la convivencia conyugal no se ve afectada cuando existen causas justificadas para la interrupción de la cohabitación bajo el mismo techo. De igual modo, se reitera que la ausencia física de uno de los cónyuges no implica la desaparición de la convivencia si existen razones justificadas, como motivos de salud, laborales o económicos, siempre que se mantengan el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico y el acompañamiento espiritual. Sin embargo, en la sentencia de 2021 no se incluyó referencia alguna a estos argumentos ni se tuvo en cuenta el precedente de la Sala Laboral sobre la materia, lo que refuerza la alegación del actor sobre la existencia de un defecto por desconocimiento del precedente judicial.

Frente al tercer problema jurídico, manifiesta el actor que en la sentencia de 2021 se incurrió en un defecto por desconocimiento del

---

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencias del 13 de marzo de 2012, rad. 45038; del 5 de junio de 2012, rad. 42631, y del 15 de octubre de 2008, rad. 34466.

precedente constitucional, al omitir la aplicación de sentencias de la Corte Constitucional que establecen que la convivencia no se interrumpe cuando los cónyuges residen en diferentes lugares por una justa causa. En particular, señala que la Corte Suprema de Justicia desatendió las diferentes sentencias que han reiterado esta regla jurisprudencial.

En la demanda de casación, aunque no se hizo referencia expresa a providencias de la Corte Constitucional, sí se citó la sentencia de la Sala Laboral del 15 de octubre de 2008, con radicado n.º 34466, en la que se sostuvo que la convivencia no desaparece cuando los cónyuges no pueden vivir bajo el mismo techo debido a razones de trabajo, salud o fuerza mayor, entre otras circunstancias justificadas. Sobre esta base, la demandante argumentó que en su caso existía apoyo, ayuda mutua, socorro y dependencia económica, lo que demostraba el cumplimiento del requisito de convivencia.

Dado que el defecto alegado de desconocimiento del precedente constitucional se predica directamente de la sentencia de 2021, el actor considera que no era necesario plantearlo en sede de casación, por cuanto este recurso estaba dirigido a impugnar lo resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. También alega que en dicha sentencia no se hace ninguna referencia a lo señalado por la parte actora ni se reconoce la existencia del precedente constitucional sobre la materia.

Adicionalmente, el actor expresa que la sentencia SL 2100 de 2021 adolece de un defecto por decisión sin motivación debido a que la Corte Suprema de Justicia incurrió en una argumentación contradictoria. Por un lado, reconoció que *María* mantuvo vínculo matrimonial con el causante desde 1957 hasta su separación de cuerpos en 1977 y, además, estableció que el requisito de convivencia puede cumplirse en cualquier momento siempre que el vínculo matrimonial siga vigente. Sin embargo, acto seguido desestimó la demanda de casación, argumentando que la demandante no probó la convivencia por al menos 5 años. Respecto a la sentencia en cuestión, se dice que, aunque la Corte Suprema de Justicia admite que el Tribunal incurrió en un error al condicionar el derecho de la cónyuge separada de hecho a la convivencia dentro de los 5 años previos al fallecimiento, concluye que la decisión debe mantenerse porque en cualquier instancia se llegaría al mismo resultado.

Esta conclusión resulta contradictoria, ya que la propia Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el requisito de convivencia puede cumplirse

en cualquier tiempo mientras el vínculo matrimonial permanezca vigente. En este sentido, el defecto señalado radica en que la Sala Laboral, al reconocer el error del Tribunal y, al mismo tiempo, negar la pensión de sobrevivientes con base en el mismo argumento errado, incurre en una contradicción interna que compromete la motivación de su decisión<sup>12</sup>.

En lo que concierne al último problema jurídico, manifiesta el actor que se incurrió en un defecto sustantivo por una malinterpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Plantea que el Tribunal Superior de Cali admitió que el causante y *María* realizaron una declaración jurada en 2003, en la que afirmaron haber convivido durante 7 años previos y, por tanto, se debió considerar probado el requisito de convivencia por más de 5 años en cualquier momento. Se plantea esta acusación en la demanda de casación, manifestando que la Corte Suprema de Justicia debió aplicar este artículo para reconocer la pensión de sobrevivientes; pero el Tribunal omitió analizar la infracción directa de la ley, alegando que no era válido invocar simultáneamente una infracción directa y una interpretación errónea, y que el planteamiento no era claro.

El defecto sustantivo se fundamenta en que la Sala Laboral se limitó a reiterar su doctrina previa, según la cual el cónyuge separado de hecho puede cumplir con el requisito de convivencia en cualquier tiempo, siempre que el matrimonio siga vigente. No obstante, la Corte no examinó de fondo la interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 ni valoró adecuadamente la declaración jurada del causante.

Frente al primer problema, la Corte Constitucional coincide con la Corte Suprema de Justicia en la distinción entre la falta de valoración de las pruebas y su apreciación indebida, señalando que en la demanda de casación hubo cierta imprecisión. Sin embargo, a partir de su lectura se puede inferir que la recurrente alegó que, de haberse examinado las pruebas, el Tribunal Superior de Cali habría acreditado el requisito de convivencia conyugal.

En este sentido, el cargo podía interpretarse como un reproche por la falta de valoración probatoria, considerando la flexibilización de los requisitos

---

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión n.º 4, pp. 21 y 22.

formales en casación laboral reconocida por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. La omisión del Tribunal Superior de Cali en la valoración de la mayoría de las pruebas, salvo la declaración extrajuicio, refuerza la idea de que el recurso cuestionaba la ausencia de dicho análisis, más allá de los términos utilizados en la demanda.

Se puede evidenciar, entonces, que la Corte Suprema de Justicia incumplió su deber de flexibilización en casación laboral, dado que la parte recurrente cumplió con requisitos mínimos de argumentación y sus alegaciones permitían interpretar el reproche como falta de valoración probatoria. De haber procedido conforme a este criterio, la Sala Laboral podría haber efectuado el examen fáctico y eventualmente arribar a una conclusión diferente.

Adicionalmente, se resalta que la mayoría de las pruebas invocadas en la demanda de casación eran medios probatorios calificados en casación laboral, conforme al artículo 243 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. Esto incluye constancias de afiliación al sistema de salud, registros civiles y fotografías, que han sido reconocidos como prueba documental de carácter representativo. Si bien existen dudas sobre la declaración extrajuicio rendida por los cónyuges, debido a posturas contradictorias de la Corte Suprema de Justicia sobre su carácter calificado, esta pudo haber sido estudiada en caso de haberse identificado errores en la valoración de otras pruebas calificadas.

En conclusión, la Corte Suprema de Justicia incurrió en un defecto fáctico en su dimensión negativa al omitir el análisis de las pruebas aportadas por la recurrente, omisión que resultó significativa, pues pudo haber incidido en la decisión final del proceso y, en consecuencia, vulneró de manera desproporcionada los derechos de la demandante a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección especial de las personas de la tercera edad.

Respecto al segundo problema, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que la Corte Suprema de Justicia incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente horizontal, al no considerar la sentencia del 15 de octubre de 2008<sup>[13]</sup>, dictada por la misma Sala Laboral. Esta providencia constituía un precedente aplicable al caso, dado que resolvió un conflicto

---

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de octubre de 2008, rad. 34466.

con similitudes fácticas y jurídicas respecto al cumplimiento del requisito de convivencia para la pensión de sobrevivientes. En esta decisión, la Sala Laboral estudió un recurso de casación contra un fallo que reconoció la pensión de sobrevivientes a una cónyuge. La Corte Suprema de Justicia precisó que la parte recurrente no demostró errores evidentes de hecho en la decisión de segunda instancia y reiteró que la convivencia conyugal no desaparece por la sola ausencia física de uno de los cónyuges cuando existen motivos justificables, como razones de salud, laborales o económicas.

La Corte Constitucional consideró que esta decisión debía ser aplicada en el presente caso, ya que abordaba el mismo debate sobre la convivencia y establecía que la interrupción de la cohabitación bajo un mismo techo no afecta el derecho a la pensión si existen razones justificadas. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia omitió cualquier referencia a este precedente al evaluar la demanda de casación y excluyó los cuestionamientos de la parte actora con argumentos meramente formales.

Por tanto, además de haber debido valorar las pruebas señaladas en la demanda de casación, la Sala Laboral tenía la obligación de atender el precedente fijado en la sentencia del 15 de octubre de 2008 para analizar las implicaciones de la interrupción de la cohabitación en la acreditación del requisito de convivencia, lo que no hizo en su decisión.

En cuanto al tercer problema, relacionado con el desconocimiento del precedente constitucional, la Corte Constitucional concluyó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia omitió el análisis de diferentes sentencias, las cuales establecen que la convivencia no se ve afectada por la interrupción de la cohabitación bajo el mismo techo cuando existen razones justificadas. Estas decisiones eran aplicables al caso, ya que presentaban similitudes fácticas y jurídicas con la controversia resuelta dentro de la sentencia del año 2021.

La Corte Constitucional también examinó el trámite del recurso de casación presentado por *María*, determinando que, aunque en los cargos 1 y 3 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no realizó un estudio de fondo por deficiencias técnicas, en el cargo 2 sí abordó el requisito de convivencia. Sin embargo, en su análisis omitió toda referencia al precedente constitucional y se limitó a razones formales para descartar los cuestionamientos probatorios formulados contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Así, la Corte Constitucional concluyó que la Corte Suprema de Justicia debió valorar las pruebas controvertidas en casación, aplicar el precedente constitucional fijado y el precedente ordinario establecido en la sentencia del 15 de octubre de 2008 con radicado número 34466, lo que era fundamental para evaluar las implicaciones de la interrupción de la cohabitación en relación con el cumplimiento del requisito de convivencia, algo que la Sala Laboral no hizo al resolver el recurso de casación.

Respecto al cuarto problema jurídico, la Corte Constitucional concluyó que la Corte Suprema de Justicia incurrió en una decisión sin motivación en la sentencia de 2021, ya que omitió exponer razones fácticas o jurídicas que respaldaran su afirmación de que *María* no demostró la convivencia con el causante durante al menos 5 años. En particular, se dice que la Sala Laboral ignoró que el Juzgado 5.º Laboral de Descongestión de Cali sí reconoció la convivencia en su decisión de primera instancia, basada en pruebas testimoniales y documentales que acreditaban la reanudación de la vida en común desde 1996 y su formalización en 2003.

Asimismo, la Corte Constitucional enfatizó que, aunque la Corte Suprema de Justicia tiene autonomía para decidir sobre la admisibilidad de los recursos de casación, en este caso asumió una postura sustancial sobre el fondo del derecho reclamado, sin proporcionar una base razonada para su conclusión. En consecuencia, su decisión careció de la motivación mínima exigida para evitar la arbitrariedad judicial.

Respecto al último problema jurídico, la Corte Constitucional concluyó que la Sala Laboral no incurrió en el defecto sustantivo alegado en la tutela. Esto se debe a que, al analizar los cargos presentados por *María*, la Corte Suprema de Justicia no hizo un pronunciamiento específico sobre la supuesta interpretación errónea del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Además, en su decisión sobre la violación indirecta de la ley, no exigió que la convivencia de 5 años se diera exclusivamente antes del fallecimiento del causante. Por el contrario, reiteró que el cónyuge separado de hecho puede cumplir este requisito en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial siga vigente. Por lo tanto, la Corte Constitucional descartó la existencia del defecto sustantivo, al considerar que el argumento del accionante no se sustentaba en lo realmente decidido.

Por todo ello, la Corte Constitucional determinó que la Corte Suprema de Justicia incurrió en defecto fáctico al no valorar las pruebas que

acreditaban la convivencia entre *María* y el causante, y adicionalmente señaló que esta fue una decisión sin motivación suficiente. La Corte, por lo tanto, revocó las sentencias de tutela que negaron la protección de los derechos de la accionante y dejó sin efecto la sentencia del año 2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con el recurso de casación interpuesto por *María*.

Así entonces, para restablecer sus derechos, se dejó en firme la providencia del año 2013 proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, que ya había reconocido la pensión de sobrevivientes en favor de la accionante. Para ello, se tuvo en cuenta que *María* cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en tanto contaba con más de treinta años de edad al momento del fallecimiento del causante, quien era pensionado del ISS.

La Corte también justificó la necesidad de adoptar una sentencia de reemplazo, argumentando que esta medida garantizaba una solución definitiva a la controversia y evitaba un perjuicio mayor a la accionante, quien, debido a su avanzada edad y estado de salud, requería una respuesta pronta y efectiva. Asimismo, subrayó que la adopción de una decisión de fondo en este caso se ajustaba a los precedentes en los que se ha considerado procedente este tipo de medidas cuando es necesario asegurar el cumplimiento del fallo, garantizar la protección efectiva de los derechos vulnerados y evitar dilaciones innecesarias en el acceso a la justicia.

Se pueden destacar dos asuntos relevantes de la decisión en estudio: en primer lugar, la flexibilización del requisito de inmediatez para el conocimiento de la tutela, y en segundo lugar, el análisis del requisito de convivencia de los cónyuges y la forma en que este debe valorarse cuando no hay cohabitación.

En relación con el primer punto, el requisito de inmediatez en la acción de tutela exige que esta se interponga en un plazo razonable desde la vulneración o amenaza del derecho fundamental. Ahora bien, en lo que concierne a la tutelas contra sentencias judiciales, la Corte Constitucional se ha pronunciado en providencias como la T-1028 de 2010<sup>[14]</sup>, en donde

---

14 Corte Constitucional. Sentencia T-1028 de 2010.

se dice que, aunque la Constitución permite presentar la tutela en cualquier momento, su propósito es la protección inmediata de derechos, por lo que no puede ser utilizada tras un lapso irrazonable. Sin embargo, la tutela no caduca, y su admisión no puede rechazarse únicamente por el tiempo transcurrido, por lo cual debe realizarse un estudio en cada caso concreto.

La Corte ha identificado excepciones en las que la tutela sigue siendo procedente pese al paso del tiempo, como la existencia de razones válidas para la demora, la persistencia de la vulneración del derecho o la situación de debilidad manifiesta del accionante. Diferentes sentencias han flexibilizado este requisito en casos de personas en condiciones de vulnerabilidad, como adultos mayores, personas con discapacidad o víctimas de desplazamiento forzado.

Cuando la tutela se interpone contra providencias judiciales, el análisis es más estricto debido a la seguridad jurídica y la firmeza de las decisiones judiciales. No obstante, la Corte mantiene su postura evaluando cada caso bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad. En el caso que nos ocupa, en particular, se estableció un elemento adicional que permitió flexibilizar su valoración, esto es, los propios trámites administrativos de la tutela que ralentizaron el reparto, lo cual se le estaba endilgando a la accionante y ameritó un estudio particular para flexibilizar este requisito.

De otra parte, tenemos el análisis del requisito de convivencia. Este requisito ha sido objeto de diversos pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, en los cuales se han puesto en evidencia las diferentes posturas de las cortes en relación con el requisito.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 establece quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Cuando se refiere a los cónyuges o compañeros permanentes, los divide entre quienes recibirán la pensión en forma vitalicia y quienes lo harán en forma temporal. Señala que tienen vocación de beneficiario en forma vitalicia el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga treinta o más años de edad. También indica que cuando la pensión de sobrevivientes deriva de la muerte de un pensionado se deberá acreditar que el cónyuge o compañero estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Esta norma ha tenido varias interpretaciones que se han expresado en las siguientes sentencias:

- Sentencia C-1094 de 2003. En esta, la Corte Constitucional analiza la constitucionalidad del requisito de la convivencia. El fallo señala que el requisito es exigible y que se pueden tener condiciones diferente respecto de los afiliados activos y los pensionados.

- Sentencia SL 32393 de 2008. Aquí la Corte Suprema de Justicia empieza a manifestar que no hay razones para dar un trato diferente a los afiliados activos y los pensionados, por lo que, desde el año 2008 y hasta el 2020, exige los mismos requisitos tanto para afiliados como para pensionados, esto es, acreditar la convivencia dentro de los 5 años anteriores a la muerte del causante.

- Sentencia SL 1730 de 2020. En este fallo se modifica el criterio que había utilizado la Corte Suprema de Justicia y se establece que se debe atender a la interpretación literal de la norma. En ese sentido, señala que el requerimiento de 5 años de convivencia solo se establece para la pensión de sobreviviente que deviene de pensionado y no de afiliado activo, por lo que considera que esa interpretación vulnera los derechos exigiendo requisitos que no prevé la ley.

- Sentencia SU-149 de 2021. Luego del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Colpensiones interpuso una acción de tutela contra esta sentencia. Los argumentos endilgados fueron la sostenibilidad financiera y la necesidad de dar una interpretación armónica donde se busca un verdadero ánimo y vocación de permanencia dentro de la unión. La Corte Constitucional ordenó a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia volver a la anterior postura por cuanto el requisito de 5 años de convivencia debe aplicarse tanto a pensionados como a afiliados activos.

- Sentencia SL 973 de 2022. Finalmente, esta es la sentencia de reemplazo, proferida por la Corte Suprema de Justicia, que hace caso a la orden de la Corte Constitucional. La Corte Suprema de Justicia reitera que no está de acuerdo con la postura de la Corte Constitucional, pero que en acatamiento de la orden procede a expedir la sentencia de reemplazo.

Este recorrido sobre el requisito de convivencia permite observar cómo su interpretación por las cortes no ha sido unánime. Ahora bien, también ha sido objeto de debate la existencia de la cohabitación y/o la separación de cuerpos de los cónyuges para acreditar este requisito.

La Corte Constitucional expande la definición del concepto de convivencia afirmando que la separación en términos físicos no necesariamente indica la desintegración del enlace conyugal, siempre que otros factores contribuyan a la continuación de la relación. Un antecedente relevante sería la Sentencia SU-108 de 2020<sup>[15]</sup>, en donde la Corte Constitucional manifestó que la convivencia no se interrumpe aunque los cónyuges mantengan domicilio en lugares diferentes si existe una justa causa para ello.

Finalmente, la Corte Constitucional señaló que la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció que “los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua constituyen rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y superan su concepción meramente formal relativa a la cohabitación en el mismo techo”. Además, reiteró lo dicho por ella misma en el sentido de “que el requisito de convivencia no implica la cohabitación de los cónyuges o compañeros permanentes bajo el mismo techo, siempre y cuando exista una causa justificada para la separación de cuerpos, postura que coincide con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”.

También es importante destacar que ambas corporaciones han indicado que el cónyuge puede acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, siempre que se mantenga vigente el vínculo conyugal. Así las cosas, la decisión acá estudiada reitera los precedentes tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia en materia del requisito de convivencia para la pensión de sobrevivientes.

Se destaca la decisión como un llamado de la Corte Constitucional a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para que sus sentencias no incurran en este tipo de defectos fácticos en la valoración de las pruebas y en la deficiencia argumentativa que terminan afectando ostensiblemente los derechos fundamentales de personas con especial protección constitucional como las personas de la tercera edad.

---

15 Corte Constitucional. Sentencia SU-108 de 2020.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C-1094 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia T-1028 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencias T-510 de 2011.

Corte Constitucional. Sentencias T-643 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia T-324 de 2014.

Corte Constitucional. Sentencias SU-416 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia SU-659 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia T-245 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-661 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia T-076 de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia SU-267 de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia SU-108 de 2020.

Corte Constitucional. Sentencia SU-081 de 2021.

Corte Constitucional. Sentencias SU-129 de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia SU-149 de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia SU-068 de 2022.

Corte Constitucional. Sentencias SU-061 de 2023.

Corte Constitucional. Sentencia SU-269 de 2023.

Corte Constitucional. Sentencia SU-169 de 2024.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. SL 32393 de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de octubre de 2008, rad. 34466.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 13 de marzo de 2012, rad. 45038.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de junio de 2012, rad. 42631.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. SL 6519 de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. SL 1399 de 2018.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. SL 1730 de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. SL 973 de 2022.

KATHERINE BERMÚDEZ ALARCÓN\*

*Sentencia C-288 de 2024*  
*(Constitucionalidad de los pactos colectivos)*



## I. CONTEXTO

El artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) establece la posibilidad de que los trabajadores no sindicalizados, obrando de manera colectiva, realicen acuerdos con el empleador para “fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo”, los cuales se denominan *pactos colectivos*. Estos acuerdos se realizan en los mismos términos que lo hacen los sindicatos en representación de sus trabajadores afiliados cuando suscriben convenciones colectivas. Es decir, sin necesidad de asociarse en una organización sindical, los trabajadores no sindicalizados pueden hacer lo mismo que hacen los sindicatos, en cuanto a presentar pliegos de peticiones, negociarlos y llegar al acuerdo con el empleador, lo cual está regido por los títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del CST.

Por ello, como un mecanismo para proteger la asociación sindical, el artículo 70 de la Ley 50 de 1990 previó que esos pactos colectivos no se pueden suscribir en empresas en las que más de la tercera parte de los trabajadores estén afiliados a un sindicato.

En resumen, según los artículos 481 CST y 70 de la Ley 50 de 1990, los trabajadores no sindicalizados podrán suscribir pactos colectivos con el empleador, a fin de fijar las condiciones de sus contratos de trabajo, siempre y cuando no haya un sindicato que agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa.

Esta figura de los pactos colectivos ha sido cuestionada, particularmente por el sector sindical, debido a que puede desincentivar la afiliación sindical, ya que a través de ella se cumple uno de los principales fines de la asociación sindical: la negociación colectiva para obtener mejoras o, incluso, la creación de beneficios extralegales para los trabajadores. Así, lograr que los trabajadores constituyan sindicatos o se afilien a los existentes será menos probable, por cuanto para negociar con el empleador no es necesario pertenecer a este tipo de organizaciones. De igual forma, se denuncia que,

---

\* Directora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogada, especialista en Derecho del Trabajo y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [katerine.bermudez@uexternado.edu.co](mailto:katerine.bermudez@uexternado.edu.co) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4202-0774>.

en otros casos, se acude a los pactos colectivos para promover mejores beneficios que los previstos en las convenciones colectivas, con lo cual se busca que los trabajadores sindicalizados se desafilien de los sindicatos como condición para beneficiarse del pacto colectivo<sup>1</sup>.

Por ello, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-342 de 1995, consideró que cuando coexistan en una empresa pactos colectivos y convenciones colectivas, la libertad de los patronos queda limitada por las normas constitucionales que les imponen el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender tanto por el logro como por el mantenimiento de la paz. Además, esa libertad no puede usarse por el patrono “para afectar los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical”, luego, dado que los pactos y las convenciones existen para regular objetivamente las relaciones laborales, las condiciones de unos y otras deben ser iguales<sup>2</sup>.

En un sentido similar, en la Sentencia SU-569 de 2005, además de reiterar lo dicho en la SU-342 de 1995, la Corte dejó claramente establecido que no le está permitido al empleador otorgar a los trabajadores no sindicalizados, vía pacto colectivo, “mejores condiciones de trabajo, beneficios o garantías que las que se reconocen a los sindicalizados, sin un fundamento serio, objetivo, racional y razonable que justifique un tratamiento diferente, y con la finalidad de lesionar los derechos de los trabajadores sindicalizados y de la organización sindical”<sup>3</sup>.

A nivel de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) le ha pedido a Colombia, en distintos momentos, que tome medidas para que los pactos colectivos solo sean posibles en las empresas cuando no haya organizaciones sindicales, respecto de lo cual el Gobierno de Iván Duque le manifestó a la OIT:

---

1 CAJAR. “Seis casos que muestran cómo pactos colectivos atentan contra los derechos de asociación y libertad sindical”, 29 de mayo de 2014. Disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/seis-casos-que-muestran-como-pactos-colectivos-atentan-contra-los-derechos-de-asociacion-y-libertad-sindical/>

2 Corte Constitucional. Sentencia SU-342 de 1995.

3 Corte Constitucional. Sentencia SU-569 de 1995.

[S]egún la legislación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional: i) tanto los pactos colectivos (firmados con trabajadores no sindicalizados) como las convenciones colectivas (firmadas con organizaciones sindicales) son instrumentos de negociación colectiva, en el entendido de que el reconocimiento del derecho de negociación colectiva no debería excluir a los trabajadores no sindicalizados; ii) el patrono goza de libertad para celebrar pactos colectivos con los trabajadores no sindicalizados excepto cuando existe un sindicato que represente a por lo menos la tercera parte del personal (artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo–CST), y iii) las condiciones negociadas en los pactos y en las convenciones colectivas deben ser iguales para evitar una discriminación antisindical y la ruptura del principio de igualdad<sup>4</sup>.

En ese sentido, la CEARC ha considerado que no se han considerado sus comentarios, toda vez que el Convenio 98 de la OIT, en su artículo 4, reconoce como sujetos de la negociación colectiva a los empleadores o sus organizaciones, por una parte, y a las organizaciones de trabajadores, por otra. En atención a esto, ha manifestado:

[L]a negociación directa entre la empresa y grupos de trabajadores sin organizar por encima de organizaciones de trabajadores cuando las mismas existen no es acorde al fomento de la negociación colectiva previsto en el artículo 4 del Convenio. Adicionalmente, con base en la situación de varios países, la Comisión ha constatado que, en la práctica, la negociación de las condiciones de trabajo y empleo por medio de grupos que no reúnen las garantías para ser considerados organizaciones de trabajadores puede ser utilizada para desalentar el ejercicio de la libertad sindical y debilitar la existencia de organizaciones de trabajadores en capacidad de defender de forma autónoma los intereses de los trabajadores durante la negociación colectiva. *A la luz de lo anterior, la Comisión pide nuevamente al Gobierno que tome las medidas necesarias para que la conclusión de acuerdos colectivos con trabajadores no sindicalizados (pactos colectivos) solo sea posible en ausencia de organizaciones sindicales. La Comisión pide al Gobierno que informe de todo avance al respecto*<sup>5</sup>. (Resaltado original).

---

4 OIT. Observación (CEARC). Adopción: 2020, Publicación: 109.<sup>a</sup> Reunión CIT, 2021. Disponible en: [https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx\\_es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100\\_COMMENT\\_ID:4058028](https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:4058028)

5 *Ibid.*

Por ello, en el Proyecto de Ley 166 de 2023 C, acumulado con el Proyecto de Ley 192 de 2023 C y el Proyecto de Ley 256 de 2023 C, por medio del cual se modifican parcialmente normas laborales y se adopta una reforma laboral para el trabajo decente y digno en Colombia, el Gobierno de Gustavo Petro propuso que se modificara el artículo 481 CST en los términos propuestos por la CEARC. El artículo del proyecto de ley disponía:

Artículo 80. Regulación de pactos colectivos. Modifíquese el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 481. Prohibición de pactos colectivos. Se prohíbe la celebración de acuerdos plurales o grupales, independientemente de su denominación, dirigidos a fijar las condiciones de trabajo y empleo, entre empleadores y sus asociaciones y trabajadores no sindicalizados, donde haya presencia de organizaciones sindicales en cualquier nivel. Los derechos y prerrogativas individuales que estuvieren contenidos en los pactos colectivos y cualquier tipo de acuerdo que tenga un efecto similar, conservarán su vigencia y una vez culminado su plazo no podrán ser prorrogados y sus beneficios se entienden incorporados a los contratos individuales de trabajo<sup>6</sup>.

Al respecto, en la memoria que el Gobierno colombiano envió a la CEARC para informar sobre este proyecto de ley, esta manifestó su interés en la propuesta de reforma porque recogía lo que venía solicitando hace años al país<sup>7</sup>. En esa oportunidad, el Gobierno reportó a la OIT que

... entre el 1.º de julio de 2014 y el 30 de abril de 2023 se adoptaron 1.626 convenciones colectivas (firmadas con organizaciones sindicales) y 4.149 pactos colectivos (firmados con trabajadores no sindicalizados), incluidos 73 convenciones colectivas y 469 pactos colectivos adoptados en 2021, 470 pactos colectivos y 232 convenciones colectivas adoptados en 2022 y 106 pactos y 56 convenciones colectivas adoptados de enero a abril de 2023<sup>[8]</sup>.

6 Gaceta del Congreso 1662 del 28 de noviembre de 2023, p. 85.

7 OIT. Observación (CEARC). Adopción: 2023, Publicación: 112.ª Reunión CIT, 2024. Disponible en: [https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx\\_es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:PI3100\\_COMMENT\\_ID,PI3100\\_COUNTRY\\_ID:4378452,102595](https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:PI3100_COMMENT_ID,PI3100_COUNTRY_ID:4378452,102595)

8 *Ibid.*

Si bien estas cifras que reportó el Gobierno no coinciden con las que envió la ANDI —“según las cuales, entre 2015 y 2022, se concluyeron como media anual 415 convenciones colectivas y 99 pactos colectivos, el año 2022 habiéndose caracterizado por un número más elevado de convenciones firmadas (476)”<sup>9</sup>—, permiten concluir que los pactos colectivos sí son utilizados por los trabajadores como mecanismo para mejorar sus condiciones laborales, que es uno de los puntos considerados por la Corte Constitucional al momento de proferir la Sentencia C-288 de 2024, en la que se pronuncia sobre la exequibilidad de aquellos.

Cabe mencionar que, el 18 de marzo de 2025, el proyecto de ley mencionado no logró los votos necesarios en la Comisión Séptima del Senado para continuar el trámite legislativo, y por ello está en curso un recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 166 de la Ley 5 de 1992. Esto implica que, a la fecha, las normas demandadas no han sido modificadas y continúan vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

## II. ARGUMENTOS DE LOS DEMANDANTES

Los accionantes demandaron la inconstitucionalidad de los artículos 481 CST y 70 de la Ley 50 de 1990, que establecen lo siguiente:

Artículo 481. Celebración y efectos. <Artículo modificado por el artículo 69 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos.

Artículo 70. Adiciónase al Capítulo II del Título II Parte Tercera del Código Sustantivo del Trabajo, el siguiente artículo:

Cuando el sindicato o sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, ésta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes.

---

9 *Ibid.*

El cargo que formularon los accionantes es que las normas demandadas vulneran lo previsto en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949, y los artículos 2 y 3 del Convenio 154 de la OIT, sobre negociación colectiva, de 1981, convenios ratificados por Colombia. Dichos artículos rezan, respectivamente:

Artículo 4. Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Artículo 2. A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: / (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o / (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o / (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Artículo 3. 1. Cuando la ley o la práctica nacionales reconozcan la existencia de representantes de trabajadores que respondan a la definición del apartado b) del artículo 3 del Convenio sobre los representantes de los trabajadores, [de] 1971, la ley o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto la expresión negociación colectiva se extiende igualmente, a los fines del presente Convenio, a las negociaciones con dichos representantes. / 2. Cuando en virtud del párrafo 1 de este artículo la expresión negociación colectiva incluya igualmente las negociaciones con los representantes de los trabajadores a que se refiere dicho párrafo, deberán adoptarse, si fuese necesario, medidas apropiadas para garantizar que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas.

Para los accionantes, las normas demandadas desconocen que los titulares del derecho de negociación colectiva son las organizaciones de trabajadores, por lo cual tienen preeminencia en la materia y, por tanto, solo podrán

negociarse pactos colectivos en aquellas empresas en las cuales no haya trabajadores sindicalizados.

Los accionantes precisan que, a la luz del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, cuando se hace referencia a las “organizaciones de trabajadores”, se está haciendo referencia a los sindicatos y no a grupos desestructurados, inorgánicos o no organizados de trabajadores. Aunque reconocen que los convenios de la OIT permiten una negociación colectiva con los representantes electos por los trabajadores, consideran que esto debe condicionarse a que no existan sindicatos, porque, en caso contrario, son estos los llamados a ejercer el derecho de representación y negociación de los trabajadores.

En respaldo de su argumento, los accionantes invocan las observaciones que ha hecho la CEARC desde principios del año 2000 en cuanto a que la titularidad del derecho de negociación colectiva es de las organizaciones de trabajadores y que la negociación directa con los trabajadores solo debe darse en ausencia de aquellas.

Como segundo argumento, explican que el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT prevé como obligación del Estado “estimular y fomentar” la negociación colectiva entre empleadores y sus organizaciones, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por la otra. Por tanto, no debe importar si la organización es mayoritaria o minoritaria para prohibir los pactos colectivos donde estos existan y, en todo caso, no puede darse un trato igual a los trabajadores no sindicalizados; por el contrario, se les debe dar prevalencia respecto a estos.

A la luz de lo anterior, los accionantes consideran que los pactos colectivos no promueven la negociación colectiva, al contrario, la desestimulan, porque permiten a los empleadores ofrecer a los trabajadores no sindicalizados condiciones de trabajo mejores que las previstas en los convenios colectivos. Incluso, alegan que si estos recibieran beneficios iguales o similares a los de los convenios colectivos, seguirían vulnerando el derecho de negociación colectiva, porque los trabajadores preferirán el pacto colectivo, toda vez que allí no deben pagar cuota sindical y tampoco pueden ser estigmatizados o discriminados. Además, los pactos colectivos terminan convirtiéndose en el techo de las negociaciones con los sindicatos, pues allí se da por sentado que a estos no les pueden hacer concesiones superiores a las concedidas en los pactos.

Así, concluyen que lo generado con el pacto colectivo es independiente de las malas prácticas o abusos que puedan presentarse en la práctica, pues aquel por sí solo no fomenta la negociación con las organizaciones de trabajadores. Por tanto, la única forma de hacer compatible la norma con los convenios de la OIT es que solo puedan usarse cuando no exista sindicato en la empresa.

En el expediente de la Sentencia C-288 de 2024 se registraron 135 intervenciones, por lo que la Corte las agrupó en las que apoyaban los argumentos de la demanda y las que defendían la exequibilidad de las normas, sin detallar quiénes fueron los intervinientes ni en qué sentido intervinieron.

Con respecto a quienes apoyaron los argumentos de la demanda, la Corte menciona que los intervinientes, en general, consideraron que los pactos colectivos atentan contra la libertad y la asociación sindical, por la presión a los trabajadores para adherirse a ellos y porque desestimulan la afiliación a los sindicatos, ya que los trabajadores no tienen que pagar cuota sindical ni son acosados laboralmente.

A su vez, las intervenciones que defendían la exequibilidad justificaron que la negociación colectiva no es exclusiva del ámbito sindical, pues también permite que los trabajadores no sindicalizados lleguen a acuerdos colectivos. Destacaron que la Corte Constitucional, en distintas sentencias, ha afirmado que los derechos colectivos no deben afectarse por los pactos colectivos y ha defendido que ambas formas de negociación colectiva son complementarias pues tienen el fin de mejorar las condiciones laborales y los derechos de los trabajadores.

El concepto de la Procuraduría General de la Nación fue declarar la exequibilidad de ambas normas, por cuanto persiguen una finalidad legítima, ya que aseguran el derecho a la negociación colectiva en los términos de los artículos 39 y 55 C.P. Asimismo, la entidad indicó que los pactos son mecanismos idóneos de negociación para solucionar conflictos laborales entre los trabajadores no sindicalizados y la empresa, bajo condiciones similares a las de los trabajadores sindicalizados. Además, explicó que la libertad de asociación tiene una faceta negativa y, por tanto, debe haber una modalidad de negociación colectiva que permita a los trabajadores no sindicalizados gestionar sus intereses ante el empleador. Por último, explicó que son proporcionales porque tienen límites para no afectar las libertades de asociación sindical y de negociación colectiva.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad tanto del artículo 481 CST, “bajo el entendido de que los pactos colectivos no pueden menoscabar el derecho de negociación colectiva ni de asociación sindical”, como del artículo 70 de la Ley 50 de 1990.

En el estudio de la demanda, la Corte consideró que se cumplían los requisitos necesarios para la admisión de la acción de constitucionalidad. De igual forma, hizo referencia a la configuración de la cosa juzgada relativa, respecto a la Sentencia C-1491 de 2000, en la cual se resolvió la demanda en contra del artículo 70 de la Ley 50 de 1990 por cargos distintos a los formulados en esta acción, hecho que permitió un pronunciamiento en la demanda en cuestión. La Corte expuso que, en esa oportunidad, se sostuvo que el artículo 70 desconocía el derecho a la igualdad porque establecía la prohibición de que coexistieran las convenciones y los pactos colectivos en una empresa únicamente cuando la organización sindical agrupara más de la tercera parte de los trabajadores, lo cual discriminaba a los sindicatos minoritarios. En esa demanda, el accionante aludía que la norma demandada era una medida

... arbitraria, injustificada, discriminatoria y desproporcionada frente a los sindicatos minoritarios, a los que se les desconoce la legitimidad de sus Convenciones colectivas, y se les condicionan sus derechos a la igualdad de trato y de oportunidades a la proporción del número de afiliados que señala la norma; medida que, además, resulta siendo una forma de intervención estatal y coloca en posición de riesgo a los sindicatos minoritarios, en tanto la disposición acusada permite “la injerencia manipuladora de los empleadores”<sup>10</sup>.

En esa ocasión, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma debido a que, además de garantizar la asociación sindical, establece un límite para que los empleadores no desestimulen “la creación, estabilidad y fomento de los sindicatos, pues no permite un paralelismo

---

10 Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2024.

entre los trabajadores no sindicalizados y los pertenecientes a las organizaciones sindicales”<sup>11</sup>.

En la sentencia de 2024, la Corte explicó que, en la demanda revisada, la violación se presenta en función de los artículos “4 del Convenio 98 de la OIT y 2 y 3 del Convenio 154 de la OIT, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política”, porque los demandantes “consideran que permitir la coexistencia de estas dos figuras [convención colectiva y pacto colectivo] desconoce las obligaciones del Estado contenidas en los Convenios 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949), artículo 4, y 154 (sobre la negociación colectiva, 1981), artículos 2 y 3, de la OIT”; esto, sin perjuicio de que la Sentencia C-1491 de 2000 sea un antecedente que analizó principios y normas necesarias para la presente demanda.

Para resolver de fondo, la Corte planteó dos problemas jurídicos:

a. Si el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo, que permite la realización de pactos colectivos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados, desconoce los derechos de asociación sindical y negociación colectiva y contradice la obligación estatal de estimular y fomentar la negociación colectiva, de cara a lo dispuesto en los artículos 4 del Convenio 98 y 2 y 3 del Convenio 154 de la OIT, ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución Política.

b. Si el artículo 70 de la Ley 50 de 1990, al permitir la coexistencia de convenciones colectivas y pactos colectivos en empresas en las que las organizaciones sindicales no agrupen más de la tercera parte de los trabajadores, desconoce o vulnera los derechos a la asociación sindical y la negociación colectiva y la obligación de fomentar y estimular la negociación colectiva de la manera contemplada en los artículos 4 del Convenio 98 y 2 y 3 del Convenio 154 de la OIT.

En la Sentencia C-288 de 2024 se hace referencia a los aspectos generales del derecho de asociación y libertad sindical, al deber del Estado de estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y trabajadores,

---

11 Corte Constitucional. Sentencia C-1491 de 2000.

la coexistencia de los pactos y convenciones colectivas, así como de los informes y recomendaciones de la CEARC.

Respecto al artículo 481 CST, la Corte explica que la negociación colectiva no es un derecho exclusivo de las organizaciones sindicales. De hecho, el Convenio 135 de la OIT, que no está ratificado por Colombia, establece que es posible negociar con representantes elegidos libremente por los trabajadores, sin que sean los del sindicato y la negociación no se realice con el fin de menoscabar derechos de las organizaciones sindicales. Por tanto, la negociación entre el empleador y los trabajadores no sindicalizados se hace a través de una delegación que nombran los trabajadores para que presente al empleador el respectivo pliego de peticiones y que, en lo posible, termine en un pacto colectivo; es decir, se está en presencia de la figura de los representantes de los trabajadores referida por el convenio.

Por eso, la Corte reiteró que desde sus inicios ella misma estableció que los pactos y las convenciones colectivas son instrumentos para la negociación colectiva, cuyo fin es solucionar los conflictos colectivos, mediante la fijación de las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia; por tanto, estos tienen un carácter normativo y obligacional. En todo caso, insistió en que, de coexistir pactos con convenciones colectivas en una empresa, existen unos límites dado que los primeros no pueden usarse para afectar derechos de los trabajadores y de la organización sindical. En ese sentido, cuando en el pacto se reconocen mejores condiciones a los no sindicalizados, sin que haya una justificación razonable o una razón válida de un tratamiento diferencial, se vulnera el derecho a la igualdad.

En la medida en que los pactos no vayan en detrimento de los derechos de las organizaciones sindicales o de sus afiliados ni contengan beneficios mayores que los de las convenciones colectivas, la Corte ha considerado que es ajustado a la Constitución Política que coexistan pactos y convenciones colectivas.

En cuanto a los informes, observaciones o recomendaciones de la CEARC, la Corte precisa que no los considera vinculantes porque no refieren a violaciones concretas o individuales de algún derecho, aunque tanto la propia Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia los han tenido como criterios hermenéuticos en sus pronunciamientos.

Con fundamento en esto, la Corte Constitucional resuelve el primer problema argumentando que si bien los sindicatos tienen una posición

importante en la negociación colectiva, esta no es exclusiva de aquellos, por cuanto los representantes elegidos por los trabajadores no sindicalizados también pueden hacerlo. Esto porque los convenios de la OIT ratificados por Colombia permiten que la legislación interna contemple la negociación con representantes de los trabajadores distintos a los del sindicato, siempre y cuando ello no tenga por objeto menoscabar los derechos de los sindicatos. Además, dichos convenios consagran el deber de fomentar la negociación colectiva en la legislación interna mediante diferentes métodos, uno de los cuales son los pactos colectivos.

Para la Corte no se desconocen las normas constitucionales al permitir los pactos colectivos, siempre y cuando se cumpla la finalidad de la figura y no haya abuso del derecho en detrimento de los sindicatos y sus afiliados. No obstante, toma nota de la inconformidad en las organizaciones sindicales e indica que hay un contexto en el que se cree que permitir la existencia del pacto colectivo en las empresas donde no hay sindicatos mayoritarios es un atentado contra la asociación sindical. Esto obedece al mal uso de la figura por algunos empleadores, en respuesta a lo cual el Legislador ha previsto medidas administrativas de inspección y vigilancia, así como sanciones penales y acciones judiciales.

En consideración a las intervenciones y los llamados de atención de la CEARC y el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT, la Corte decidió que debía condicionar la exequibilidad de la norma demandada, bajo el entendido de que los pactos colectivos no pueden menoscabar los derechos de negociación colectiva y de asociación sindical.

En cuanto al segundo problema, puesto que los accionantes consideran que el artículo 70 de la Ley 50 de 1990 desconoce el deber de fomentar la negociación colectiva con organizaciones sindicales, conforme a los convenios 98 y 154 de la OIT y las recomendaciones del CLS y la CEARC, la Corte precisa que algunas recomendaciones del CLS, debidamente aprobadas por el Consejo de Administración de la OIT, son vinculantes, mientras que los informes son un criterio hermenéutico y, por tanto, no pueden considerarse como una aplicación de control de convencionalidad, pues no existen normas supraconstitucionales.

La Corte no encuentra que las recomendaciones de la CEARC o del CLS se sustenten en una incompatibilidad de los pactos colectivos con el artículo 4 del Convenio 98 o los artículos 2 y 3 del Convenio 154 porque

permiten la negociación con los representantes de los trabajadores. Sin embargo, advierte que, en la mayoría de los informes de estos órganos, la conclusión es que hay un mal uso de los pactos colectivos, pero esto no es una determinante para afirmar que son contrarios a lo dispuesto en esos dos convenios.

Lo anterior lleva a la Corte a afirmar que el ejercicio abusivo de la libertad patronal para celebrar pactos colectivos no puede afectar el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores que han decidido no afiliarse a un sindicato. En consecuencia, la coexistencia dentro de una empresa de pacto y convención colectiva desarrolla los instrumentos internacionales sobre libertad sindical y no viola la contratación colectiva. Además, a la luz del artículo 5 del Convenio 154<sup>[12]</sup>, los Estados tienen la libertad de tomar medidas que fomenten la negociación colectiva, acudiendo a diferentes métodos dirigidos a universalizarla progresivamente con respecto a otras materias no previstas en el convenio, así como a fomentar la negociación colectiva, lo cual claramente se presenta cuando se acuerdan pactos colectivos.

Al final, la Corte Constitucional concluye que la coexistencia de los pactos y las convenciones colectivas, con los límites que los convenios, la Constitución y la ley imponen para acudir a estos, no contraviene los artículos 4 del Convenio 98 y 2 y 3 del Convenio 154 de la OIT, por lo cual declara constitucional el artículo 70 de la Ley 50 de 1990.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

El sentido de la decisión de la Corte Constitucional es coherente con la jurisprudencia proferida en materia de asociación y libertad sindical; por eso, era de esperarse que declarara la exequibilidad de las normas demandadas, salvo que decidiera cambiar la línea jurisprudencial sostenida hasta la fecha.

No es sencillo lograr la afiliación a los sindicatos, y muchos de los que existen en Colombia son minoritarios; sin embargo, esto no es una consecuencia directa de la existencia de los pactos colectivos. Hay un

---

12 “Artículo 5.1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva”.

fenómeno que no mencionan la sentencia, ni los accionantes, ni la Corte Constitucional, esto es, el de la multiplicidad de sindicatos minoritarios que hoy existen en las empresas. Este es un hecho que se presenta desde que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las reglas de representación sindical del artículo 357 CST<sup>13</sup>, con lo cual no importa el número de afiliados a un sindicato para adelantar la negociación colectiva con el empleador; en efecto,

... para la efectividad del ejercicio del derecho de asociación sindical, [aquel] tiene la representación de tales trabajadores; y siendo así, resulta violatorio del artículo 39 de la Carta imponerle por la ley que esa representación deba necesariamente ejercerla ‘conjuntamente’ con otro u otros sindicatos si ninguno agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, pues eso menoscaba de manera grave la autonomía sindical, razones por las cuales se declaró la inexecutable del numeral 3 del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965<sup>[14]</sup>.

De ahí que en las empresas sea posible encontrar sindicatos que afilian solo a uno o a dos de sus trabajadores y adelantan negociaciones por ellos, lo que contribuye a la fragmentación del movimiento sindical y lleva a que muchas veces no se logre la concertación ni la unificación de intereses o necesidades ante el empleador; y a que, como consecuencia, ninguno de los sindicatos logre agrupar a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa. En ese sentido, impedir que se suscriban pactos colectivos cuando haya sindicatos en la empresa llevaría a que los trabajadores no sindicalizados no contaran con mecanismos legales para adelantar negociaciones colectivas que les permitan resolver los conflictos económicos con sus empleadores, lo que sí se permite a cualquier sindicato sin importar que este no sea representativo al interior de la empresa.

Como lo refiere la sentencia, aunque ha habido malos usos de los pactos colectivos, existen medidas administrativas sancionatorias e incluso judiciales para remediarlos. En ello ha sido fundamental el papel de la Corte Constitucional, que ha protegido el derecho de asociación sindical e

---

13 Corte Constitucional. Sentencia C-567 de 2000.

14 Corte Constitucional. Sentencia C-567 de 2000.

igualdad, al decidir por vía de tutela que no se promuevan mejores derechos para los trabajadores a través del pacto colectivo o de convenios extralegales como planes de beneficios<sup>15</sup>, e incluso ha previsto que se igualen los beneficios de las convenciones colectivas cuando sean menores que los reconocidos mediante pactos colectivos<sup>16</sup>.

Un punto que quedó claro con la sentencia fue la incorrecta interpretación hecha por parte de los accionantes de los artículos 2 y 3 del Convenio 154 de la OIT, pues allí nunca se dice que el derecho de negociación colectiva sea exclusivo de las organizaciones sindicales, ni mucho menos que este solo se puede ejercer en las empresas donde aquellas existen. Por el contrario, la misma OIT, en el Convenio 135, reconoce que las prácticas nacionales y la legislación de cada Estado miembro pueden permitir que tanto las personas que pertenezcan a los sindicatos como quienes sean elegidos de manera libre por los trabajadores no sindicalizados sean representantes de los trabajadores.

Es de destacar que el número de afiliados previsto en la ley colombiana para determinar si un sindicato es mayoritario o no es a todas luces proporcional, por cuanto no exige una mayoría absoluta sino simplemente la tercera parte de los trabajadores de la empresa. Si la cultura actual y la práctica de los sindicatos cambiara y estos decidieran unirse, seguramente lograrían esas mayorías que establece el artículo 481 CST, y con ello no sería posible negociar o prorrogar pactos colectivos en esas empresas.

Por último, no debe olvidarse que el derecho a la asociación sindical tiene un sentido positivo y otro negativo. Por tanto, así como se deben garantizar ciertos derechos a quienes quieren ejercerlo, se reconocer otros derechos a quienes deciden no hacerlo<sup>17</sup>, lo que ha sido reiterado por la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional<sup>18</sup>. Lo anterior no significa que quienes deciden no ejercer ese derecho no tengan la necesidad de mejorar sus condiciones de trabajo o de lograr el reconocimiento

---

15 Corte Constitucional. Sentencia T-069 de 2015.

16 Corte Constitucional. Sentencia SU-342 de 1995.

17 Guerrero Figueroa, Guillermo. *Manual de derecho del trabajo*, Bogotá, Leyer, 2018.

18 Cfr., por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencias C-063 de 2008, T-952 de 2003, T-084 de 2012 y C-471 de 2020.

de nuevos derechos; por tanto, es necesario que existan mecanismos de negociación para ellos, tal como lo prevé el Código Sustantivo del Trabajo con los pactos colectivos.

#### REFERENCIAS

CAJAR. “Seis casos que muestra cómo pactos colectivos atentan contra los derechos de asociación y libertad sindical”, 29 de mayo de 2014. Disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/seis-casos-que-muestran-como-pactos-colectivos-atentan-contra-los-derechos-de-asociacion-y-libertad-sindical/>

Corte Constitucional. Sentencia SU-342 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia SU-569 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-567 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-1491 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia T-952 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-063 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia T-084 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia T-069 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C-471 de 2020.

Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2024.

Gaceta del Congreso 1662 del 28 de noviembre de 2023.

Guerrero Figueroa, Guillermo. *Manual de derecho del trabajo*, Bogotá, Leyer, 2018.

OIT. Observación (CEARC). Adopción: 2020. Publicación: 109.<sup>a</sup> Reunión CIT, 2021. Disponible en: [https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx\\_es/f?p=NORMLEX\\_PUB:13100:0::NO::P13100\\_COMMENT\\_ID:4058028](https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEX_PUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:4058028)

OIT. Observación (CEARC). Adopción: 2023. Publicación: 112.ª Reunión CIT, 2024.  
Disponible en: [https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx\\_es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID,P13100\\_COUNTRY\\_ID:4378452,102595](https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4378452,102595)



DEMOCRACIA, IGUALDAD POLÍTICA  
Y DERECHOS POLÍTICOS



PAULA ROBLEDO SILVA\*

DANIEL RIVAS-RAMÍREZ\*\*

*Sentencia C-136 de 2024*  
*(Ley estatutaria sobre equidad de género*  
*en altos cargos del Estado)*



## I. CONTEXTO

El machismo está tan arraigado en nuestra cultura que todavía vivimos en una sociedad hegemónica y patriarcal que discrimina a quienes somos diferentes. Las mujeres incluidas. De hecho, durante siglos estas han sido excluidas de la vida pública, relegadas a las labores del cuidado y descalificadas por sus características biológicas. El sistema las ha hecho ver como seres frágiles, e inferiores que los hombres. Sin embargo, lo que antes se veía como debilidades, hoy ha sido reconocido como fortalezas, y por ello, día tras día, las mujeres logran nuevas conquistas para recuperar su lugar y transformar nuestras realidades.

El camino es aún largo. Transformar un sistema que está viciado desde la raíz no se logra de la noche a la mañana. Según las Naciones Unidas, un estudio de 145 países en el mundo mostró que a enero de 2025 solo había 28 jefas de Estado o de Gobierno, y que la participación femenina en los gabinetes ministeriales a duras penas llegaba al 22.9%. De hecho, solo 9 países han logrado la paridad ministerial<sup>1</sup>. Las cifras en el Poder Legislativo son por el estilo: solo el 27,2% de los integrantes son parlamentarias (ya sea en congresos unicamerales o en las cámaras bajas de los congresos bicamerales), y apenas 6 países tienen poderes legislativos

---

\* Docente investigadora de los departamentos de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogada y 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) y doctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid (España). Contacto: paula.robledo@uexternado.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7950-5233>.

\*\* Investigador afiliado al Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con diploma de profundización en Protección Supranacional de los Derechos Humanos de la Università degli Studi di Perugia (Italia) y el Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (Argentina). Contacto: danielrivasram@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8191-9996>.

1 UN Women. *Women in Politics: 2025, 2025*. Disponible en: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2025/03/women-in-politics-map-2025>

que están conformados por al menos un 50% de mujeres<sup>2</sup>. Y qué decir de las altas cortes: en América Latina, el Caribe y la Península Ibérica el promedio de mujeres es del 36,9%<sup>3</sup>.

En un país como Colombia, solo desde hace poco tiempo el panorama ha comenzado a cambiar, y la mujer ha empezado a lograr una mayor participación en las diferentes esferas y niveles de la vida económica, social y política. En la década de 1950, Colombia tuvo varias primeras mujeres: alcaldesa (Juana de Jesús Sarmiento en Sabanalarga, en 1951)<sup>4</sup>, constituyente (1954) y senadora (1958) (en estos dos últimos casos, Esmeralda Arboleda)<sup>5</sup>, gobernadora (en el departamento del Cauca, en 1955) y ministra (de Educación, en 1956) (en estos dos últimos casos, Josefina Valencia)<sup>6</sup>. Solo a finales de los años setenta llegaron las primeras mujeres a las altas cortes: en 1978, Aydée Anzola Linares al Consejo de Estado<sup>7</sup>, y en 1984, Fanny González Franco a la Corte Suprema<sup>8</sup>. A la Corte Constitucional

- 
- 2 IPU Praline. *Monthly Ranking of Women in National Parliaments*, 2025. Disponible en: [https://data.ipu.org/women-ranking/?date\\_month=1&date\\_year=2025](https://data.ipu.org/women-ranking/?date_month=1&date_year=2025)
  - 3 CEPAL. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. *Poder judicial: porcentaje de mujeres ministras en el máximo tribunal de justicia o corte suprema*, 2025. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-judicial-porcentaje-mujeres-ministras-maximo-tribunal-justicia-o-corte-suprema>
  - 4 Garzón, María Catalina. “Juana de Jesús Sarmiento Ariza”, *La Enciclopedia*, Bogotá, Banrepcultural, 2019. Disponible en: [https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Juana\\_de\\_Jes%C3%BAs\\_Sarmiento\\_Ariza](https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Juana_de_Jes%C3%BAs_Sarmiento_Ariza); otras fuentes indican que la primera alcaldesa en el país no fue designada sino hasta 1955 en Riosucio, Caldas; se refieren a Helena Benítez Trejos. Cfr. Hurtado, Alba Lucía. “Helena Benítez Trejos de Zapata”, *La Enciclopedia*, Bogotá, Banrepcultural, 2024. Disponible en: [https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Helena\\_Ben%C3%ADtez\\_Trejos\\_de\\_Zapata](https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Helena_Ben%C3%ADtez_Trejos_de_Zapata)
  - 5 Laverde Toscano, María Cristina. “Esmeralda Arboleda: una mujer, nuevos caminos”, *Nómadas*, 6, 1997.
  - 6 Sotomayor Valarezo, Patricia y Huertas-Hernández, Sergio. “El camino hacia los gabinetes ministeriales: un estudio de los factores que influyen en la designación de mujeres ministras en Ecuador y Colombia, 1978-2018”, *Colombia Internacional*, 105, 2021, pp. 29-55.
  - 7 Anzola Linares, Aydée. *Providencias judiciales expedidas como consejera de Estado*, Bogotá, Ediciones Quijósán y Consejo de Estado, 2019.
  - 8 Corporación Excelencia en la Justicia. *Paridad de género en las Altas Cortes de Colombia*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, s. f. Disponible en: <https://>

solo llegaría la primera mujer ocho años después de que fuese creada: así, en el año 2000, Clara Inés Vargas Hernández. Por último, es de destacar que la primera vicepresidenta fue Martha Lucía Ramírez, en el año 2018; y en 2022, Francia Márquez fue la primera mujer afrocolombiana en ocupar ese mismo cargo.

Como se puede ver, muchas de las primeras fueron en la década de 1950; sin embargo, el acceso de las mujeres a los cargos decisorios del Estado ha sido restringido. Fue por eso por lo que el Congreso promulgó la Ley 581 de 2000, mejor conocida como la Ley de Cuotas, con la cual estableció unos mínimos de representación que las mujeres debían tener en diferentes esferas del poder público. La ley fijó un mínimo del 30% de mujeres en los cargos de nivel decisorio y de máximo nivel decisorio del Estado (art. 4). También impuso la obligación de incluir mujeres en los comités y delegaciones internacionales del Congreso y el Ejecutivo (art. 13). Más adelante, la Ley 1475 de 2011 definió una nueva medida para fomentar una mayor representación femenina en las corporaciones de elección popular: que las listas en donde se eligieran más de 5 curules tuvieran un mínimo del 30% de uno de los géneros. En ambos casos la Corte declaró la constitucionalidad de las normas, mediante las sentencias C-371 de 2000 y C-490 de 2011, respectivamente.

Sin embargo, en agosto de 2022 un grupo de senadoras y senadores presentaron un proyecto de reforma a estas leyes estatutarias. En particular, para buscar transitar de un sistema de cuotas mínimas a uno que promoviera la paridad. En términos generales, propusieron: pasar del 30% al 50% de mujeres en los cargos de nivel decisorio y máximo nivel decisorio; establecer la conformación paritaria de los comités y delegaciones internacionales, y crear una nueva regla para la conformación de listas para proveer menos de 5 curules: que siempre hubiese al menos una mujer. Adicionalmente, propusieron que se fijara un plazo para la reglamentación de los cargos de nivel decisorio por parte del presidente de la República, y que la entrada en vigor de la medida sobre las listas para corporaciones públicas solo entrara en vigor en el año 2026. Como se

verá a continuación, este proyecto fue declarado exequible y se convirtió en la Ley Estatutaria 2424 de 2024.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Por tratarse del análisis de un proyecto de ley estatutaria, el control que hace la Corte Constitucional es automático<sup>9</sup>. Esto implica que en estricto sentido no hay “partes”, ni tampoco una demanda que plantee argumentos a favor o en contra de la constitucionalidad de la norma. Sin embargo, sí se contemplan intervenciones a través de las cuales diferentes entidades, instituciones y personas presentan sus conceptos sobre la exequibilidad de la norma.

En el caso de la Sentencia C-136 de 2024 ocurrió algo poco frecuente, a saber, que todas las intervenciones que tuvieron lugar ante la Corte respaldaron la constitucionalidad de las normas analizadas. Esto muestra que cada día hay mayor conciencia en la sociedad y en el país sobre la importancia de que las mujeres participen, en condiciones de igualdad, en las diferentes esferas de la vida pública.

En concreto, participaron del proceso las siguientes entidades e instituciones: la Secretaría General del Senado, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Defensoría del Pueblo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Comisión Colombiana de Juristas, la Escuela de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre (Bogotá) y la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. También intervino la senadora Angélica Lozano, una de las ponentes del proyecto de ley estatutaria.

Como hemos señalado, todas las intervenciones coincidieron en que el proyecto de ley estatutaria era constitucional, tanto por razones de forma

---

9 Sobre las particularidades de este tipo de control, véase Julio Estrada, Alexei y Salazar Rivera, Valentina del Sol. “El control automático de constitucionalidad de proyectos de ley estatutaria”, en *Garantías judiciales de la Constitución*, vol. III, *Control automático de constitucionalidad*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

como de fondo. En esa medida, aseguraron que el trámite legislativo había cumplido con todos los requisitos legales y constitucionales; y que se trataba de una norma que hacía eficaz el principio de igualdad, del que a su vez se derivaba el de participación política en la vida pública. Así mismo, resaltaron algunas cuestiones que la Corte recoge en el análisis realizado.

En primer lugar, destacaron la discriminación histórica de las mujeres y la persistencia de brechas y barreras de acceso para una participación paritaria. En ese sentido, algunas entidades, entre ellas el Ministerio de Justicia, destacaron que el modelo instaurado originalmente por la Ley de Cuotas continuaba generando brechas y, pese a los avances, no había logrado alcanzar la meta del 30%. En todo caso, se reconoció que se trataba de un mecanismo que había tenido impactos prácticos, materiales y simbólicos.

Por su parte, Angélica Lozano presentó algunas estadísticas sobre la participación de mujeres en los cargos del máximo nivel decisorio dentro de las diferentes ramas del poder público. Con ello reveló que en donde menor participación femenina hay es en las corporaciones de elección popular: tanto en el Congreso como en los niveles territoriales.

Por otra parte, la Secretaría General del Senado advirtió un potencial problema de constitucionalidad, toda vez que la norma permitiría la participación mayoritaria de mujeres en cargos directivos. Sin embargo, también señaló que se trataba de una ventaja marginal que no resultaba desproporcionada, pues, tal y como lo señaló la Corte en la Sentencia C-371 de 2000, este tipo de acciones afirmativas no vulneran la igualdad para los hombres.

Un tercer elemento que merece una mención es el que tiene que ver con la aplicación progresiva de la medida. El Ministerio de Justicia puso de presente que, así como se había establecido en su momento con la Ley de Cuotas, estas medidas debían aplicarse de manera paulatina, conforme se fuesen generando las vacantes. Así mismo, señaló que mientras que el presidente de la República ejercía su facultad reglamentaria frente a los cargos de niveles decisorios, la norma debía aplicarse en los términos establecidos en la ley. La falta de reglamentación no podría convertirse en una excusa para no implementar la ley.

Finalmente, los diferentes intervinientes hicieron referencia a las normas y recomendaciones internacionales que avalan la paridad de género como el nivel óptimo de participación equitativa en el poder público.

Por último, la procuradora general de la Nación también respaldó la constitucionalidad de las medidas por considerar que eran compatibles con la Constitución y superaban el *test* de proporcionalidad que exigen este tipo de acciones afirmativas. Así mismo, recalcó que no requería de un análisis de impacto fiscal.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

El análisis de la Corte se puede dividir en cuatro partes: la delimitación del objeto de control, la revisión del trámite legislativo, las consideraciones generales para el control de la constitucionalidad material, y el examen de cada una de las disposiciones del proyecto de ley.

- *El objeto de control.* Para empezar, la Corte precisó que se limitaría a analizar la constitucionalidad de los cambios específicos que este proyecto de ley introducía a la legislación estatutaria previa. Para tal efecto, identificó cuáles eran estos cambios y, en concreto, determinó que las novedades eran las siguientes:

1. Frente al artículo 4.º de la Ley 581 de 2000:
  - a. Se cambió el mínimo de participación del 30% al 50% en cargos de nivel decisorio y del máximo nivel decisorio del Estado.
  - b. Se incluyó un parágrafo que establece que el presidente de la República deberá reglamentar a qué cargos aplica esta disposición, en un término de 6 meses.
2. Frente al artículo 13 de la Ley 581 de 2000:
  - a. Se estableció que la participación de las mujeres en los comités o delegaciones que representan internacionalmente al Congreso o al Ejecutivo debe ser paritaria.
3. Frente al artículo 28 de la Ley 1475 de 2011:
  - a. Se añadió un parágrafo que establece una nueva regla para las listas para proveer menos de 5 curules, de acuerdo con la cual en ellas siempre debe haber al menos una mujer.

- *El trámite legislativo.* La Corte empezó por recalcar que el proyecto analizado tiene reserva de ley estatutaria por: versar sobre los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 13 y 40 de la Constitución, desarrollar el régimen aplicable y regular aspectos inherentes a ellos.

También por reformar otras leyes estatutarias; y por incidir en la organización y el régimen de los partidos y movimientos políticos.

Sobre esa base, la Corte centró su atención en hacer una revisión cuidadosa del trámite que se surtió ante el Congreso. Revisó de quién había proveniendo la iniciativa, si se había publicado en la Gaceta del Congreso junto a la exposición de motivos, al igual que los informes antes de cada debate. También, si se habían respetado los plazos legales entre debates, si se había hecho el anuncio previo de las votaciones y si se había cumplido con el quórum y las mayorías exigidas. En todos los casos, la Corte concluyó que se reunieron los requisitos legales y constitucionales, inclusive en el caso de las modificaciones que había sufrido el proyecto de ley durante los debates.

Por otra parte, la Corte descartó que se tratara de un proyecto que requiriera del análisis de impacto fiscal, como lo advirtió la procuradora general de la Nación en su intervención. Concluyó que no era necesario someterlo a consulta previa, pues las disposiciones sobre paridad no afectaban asuntos propios de las comunidades indígenas, y la norma sobre las listas para proveer menos de 5 curules exceptuaba expresamente a las circunscripciones especiales electorales.

Con todo, la Corte no encontró ningún reparo constitucional al trámite legislativo y lo avaló.

- *Las consideraciones generales para el control material de constitucionalidad.* La Corte parte de la base de que la participación de las mujeres es necesaria en la democracia constitucional. En tal sentido, recuerda que en Colombia tenemos una democracia participativa y pluralista, en donde además todas las personas tienen el derecho de participar en las decisiones que les afectan, así como en la vida económica, política, administrativa y cultural. Por eso, la participación es un elemento estructural y una condición definitoria de nuestro modelo de Estado.

En esa misma línea, la participación tiene que articularse con el pluralismo y la igualdad. Esto supone entender que los sujetos no somos homogéneos y tenemos diferentes perspectivas; lo que a su vez implica la necesidad de garantizar un acceso equitativo, así tenga que garantizarse a través de acciones afirmativas. Además, la Corte enfatiza en que el Estado tiene, a partir de los artículos 40, 43 y 107 de la Constitución, un deber constitucional de promover la participación de las mujeres e implementar

la equidad de género como un principio rector de nuestra organización democrática.

Al volver sobre el principio de igualdad, la Corte reconoce que este tiene dos dimensiones: la formal y la material. Esta última requiere mecanismos que tengan en cuenta los estereotipos sociales, los prejuicios y la inequidad que generan las cargas asociadas a las labores del cuidado para las mujeres. En esa medida, reconoce al menos dos barreras para el acceso a la participación política: el estereotipo de que los hombres están mejor calificados para cargos directivos, y la asignación de labores de cuidado a ellas.

Al respecto, la Corte reconoce que se han creado mecanismos orientados a promover la igualdad material para las mujeres. En concreto, se refiere a las medidas de cuotas, con las que se ha buscado garantizar una participación mínima en diferentes esferas. En tal sentido, vuelve sobre las disposiciones originales previstas en las leyes 581 de 2000 y 1475 de 2011. El juez constitucional reconoce que existe ya un consenso sobre el impacto que este tipo de medidas tienen para reducir brechas, optimizar el pluralismo y enriquecer el debate público y democrático. Pero también para intensificar los procesos de inserción de demandas sociales en la agenda pública y con ello incentivar la creación de nuevos mecanismos de inclusión para las mujeres.

Posteriormente, la sentencia hace una revisión de las diferentes normas de derecho internacional que sirven como fundamento para medidas como las cuotas y la paridad. Dentro de ellas destaca el artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 4, 5 y 7 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y los artículos 4 y 6 de la Convención de Belém do Pará. Adicionalmente, retoma las consideraciones del Comité CEDAW, al citar la Recomendación General 23 sobre vida política y pública, en donde se reafirma el deber que tienen los Estados de adoptar estrategias efectivas de carácter temporal para asegurar la participación de las mujeres en condiciones de igualdad, incluyendo el nombramiento de mujeres en cargos superiores del Estado, así como su participación en las diferentes instancias internacionales, y en las listas partidistas.

Al completar el análisis del derecho internacional, la Corte vuelve sobre el artículo 13 de la Constitución y recuerda que el principio de igualdad

es de carácter relacional, por lo que admite la existencia de tratos diferenciados, siempre y cuando sean razonables y proporcionales. Sobre esa base reitera la importancia de adoptar acciones afirmativas, aun cuando estén fundadas en los criterios sospechosos fijados por la Constitución. Al respecto señala tres condiciones que deben cumplir este tipo de medidas para que sea válidas: que existan circunstancias discriminatorias, que las acciones sean razonables y proporcionales, y que tengan una vocación de temporalidad.

Así pues, la Corte continúa el análisis para mostrar cómo las mujeres han sido víctimas de una discriminación histórica en un contexto patriarcal en donde el poder decisorio ha sido monopolizado por los hombres. Y enfatiza en el fuerte arraigo social del machismo y la discriminación hacia la mujer, que se refleja en la segregación laboral por la función reproductiva, el desconocimiento del valor de las labores domésticas y la existencia de techos de cristal en las diferentes ramas del poder público.

La Corte continúa con un balance general de la Ley de Cuotas, el cual incluye varios elementos como las brechas salariales en el mercado laboral y la baja ubicación en altos cargos, lo que contrasta con los mayores niveles de formación que tienen las mujeres respecto de los hombres. Así mismo, muestra cómo persiste una desigualdad estructural arraigada a las labores de cuidado, lo que se ve reflejado en la participación en el poder público. Sobre este punto, la sentencia presenta algunas estadísticas que muestran el aumento progresivo de la participación. Sin embargo, también destaca que, a pesar de la evolución estadística, sigue habiendo estereotipos de género que llevan, por ejemplo, a que las mujeres sean nombradas en ministerios asociados a temas que históricamente han sido del resorte de las mujeres. Igualmente, reitera que en la rama judicial existe una segregación vertical en el poder judicial, en donde a mayor jerarquía, menor participación de mujeres.

En relación con la Ley de Cuotas, la Corte reconoce que, si bien este tipo de medidas deben ser de carácter temporal, en virtud de la autorrestricción y la deferencia que debe tener con el Congreso, no le corresponde a la propia Corte determinar cuándo deben cesar. Sin embargo, aclara que las cuotas son mecanismos catalizadores de la participación, que están sujetas al desmonte eventual; en cambio, la paridad es una obligación constitucional y, por tanto, no puede ser temporal.

Por otra parte, la sentencia identifica al menos cinco límites que tienen las medidas de cuotas:

- I. No pueden convertirse en máximos de participación;
- II. No pueden convertirse en un desincentivo para ampliar la participación de las mujeres (lo que se conoce como el efecto meseta);
- III. No deben invisibilizar las causas estructurales de la discriminación, por lo que pueden y deben ir acompañadas de otras medidas;
- IV. Requieren de enfoques interseccionales que reconozcan, entre otras cosas, las identidades sexuales diversas;
- V. Deben reconocer que las mujeres tienen las aptitudes y capacidades para acceder a los cargos.

Por último, la Corte concluye esta parte de la sentencia destacando que más de dos décadas después de la entrada en vigor la Ley de Cuotas aún existen escenarios deficitarios de participación, por lo que resulta oportuno implementar otras medidas aceleratorias para que las mujeres tengan una participación igualitaria en las diferentes esferas de la vida pública.

- *La constitucionalidad de las medidas.* Para empezar con el análisis concreto de las medidas, la Corte precisa que en este caso no hay cosa juzgada constitucional frente a las sentencias C-371 de 2000 y C-489 de 2011 que analizaron la exequibilidad de la Ley de Cuotas y la Ley 1475 de 2011. El proyecto de ley estatutaria introduce cambios específicos y sustanciales que no fueron analizados en dichas sentencias. Por lo anterior, continúa con el análisis de fondo.

En relación con el artículo 1.º, que aumenta la cuota del 30% al 50% en el caso de los cargos de nivel decisorio y máximo nivel decisorio del Estado, y con el artículo 2.º, que establece la participación paritaria de las mujeres en los comités y delegaciones internacionales, la Corte considera que son compatibles con la Constitución pues perfeccionan el mandato de equidad e instauran la regla de la paridad. Además, en cada caso aplica un *test* intermedio de proporcionalidad en donde concluye que son medidas que atienden un fin constitucional importante (paridad), son razonables y proporcionales (pues subsiste la discriminación y no resultan desproporcionadas al no limitar los derechos de los hombres) y tienen vocación de temporalidad.

Vale anotar que, en el caso de la primera medida, la Corte se detiene a analizar el impacto que puede tener frente a las personas no binarias. Al respecto precisa que este tipo de mecanismos no niegan la participación de

las personas no binarias y que, en todo caso, es una situación no asimilable a la de las mujeres. En su criterio se trata de una omisión legislativa absoluta que no le corresponde a la Corte resolver, pues carece de competencia. En consecuencia, la sentencia señala que, “de manera correlativa, hace parte de la competencia del Legislador estatutario optar por regular ese asunto si así lo considera conveniente y fundado en el análisis de las condiciones específicas de la población no binaria” (pár. 205).

En relación con el artículo 1.º, la Corte analiza de manera separada el párrafo adicionado que se refiere a la facultad reglamentaria del presidente de la República. Al respecto señala que el proyecto de ley no puede limitar temporalmente esta facultad constitucional, por lo que condiciona la exequibilidad de la disposición, para que el plazo de 6 meses allí establecido no pueda ser entendido como un límite a dicha competencia. La Corte precisa que decide condicionar la constitucionalidad, en lugar de declarar la inexecutable, en virtud de los principios democrático y de conservación del derecho.

Adicionalmente, la Corte precisa que, a pesar de la constitucionalidad de este proyecto de ley estatutaria, los condicionamientos señalados en la Sentencia C-371 de 2000 sobre la aplicación paulatina y la participación de las mujeres en los comités o comisiones que postulan a cargos se mantienen vigentes.

En relación con el artículo 3.º del proyecto de ley, que establece la cuota mínima de una mujer en listas para proveer menos de cinco curules, concluye que es compatible con la Constitución y también proporcional. Además, enfatiza en que el plazo establecido allí para la aplicación de la norma resulta razonable y suficiente para que los partidos y movimientos políticos puedan hacer los ajustes que sean necesarios, de cara a las próximas elecciones parlamentarias. Por último, la Corte concluye que el artículo 4.º, sobre la vigencia de la norma, es también compatible con la Constitución.

Con todo, la Corte declaró unánimemente la exequibilidad del proyecto de ley, si bien los magistrados Antonio José Lizarazo y Jorge Enrique Ibáñez aclararon su voto. El primero, por considerar que la sentencia omitió analizar adecuadamente el principio de progresividad para materializar la paridad, alternancia y universalidad en el caso de las listas para proveer menos de cinco curules. En su opinión, una sola mujer no es suficiente para lograr la paridad ni la universalidad. Así mismo, aclaró que, para él,

la Constitución solo consagra medidas afirmativas a favor de las mujeres, y no de las personas no binarias. Por su parte, Ibáñez consideró que debió hacerse un análisis más detallado sobre la facultad reglamentaria del presidente de la República y la posibilidad de que las leyes estatutarias regulen totalmente una materia, caso en el cual, presidente no podría ejercer sus facultades reglamentarias.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

Es difícil ser críticos de una sentencia que avala una decisión histórica del Congreso de la República para promover la paridad entre hombres y mujeres. También porque la Corte Constitucional hace un esfuerzo significativo en ella por mostrar cómo, a pesar de los avances que se han logrado, el machismo y la discriminación de las mujeres siguen siendo estructurales en nuestro país. Es por eso por lo que debemos empezar por precisar que compartimos el sentido general de la decisión, de declarar constitucional este proyecto de ley que pasa de un sistema de cuotas a uno paritario, al menos en el caso de los cargos de nivel decisorio y de máximo nivel decisorio; así como en los comités y delegaciones internacionales del Estado.

Sin embargo, no por ello compartimos la forma en la que se estructuró el análisis que llevó a la conclusión. En particular, creemos que hay cuatro cuestiones en las que la Corte podría haber sido más cuidadosa: el orden y la cadena argumentativa, la doble narrativa de las cuotas y la paridad, la aproximación que se dio al tema de las personas no binarias, y la exigibilidad del requisito de la consulta previa.

En relación con lo primero, creemos que la sentencia podría haber sido más ordenada y, en esa medida, más corta; en particular, en la parte de las consideraciones generales de la constitucionalidad material del proyecto de ley estatutaria. En la síntesis que presentamos en el apartado 3 de esta reseña procuramos mantener el orden de las consideraciones de la Corte, precisamente para mostrar cómo la sentencia “va y viene” sobre los mismos temas varias veces; por ejemplo, al referirse al alcance del principio de igualdad, a la necesidad de las acciones afirmativas e, incluso, al analizar la Ley de Cuotas y sus resultados.

Esto nos lleva a lo segundo, y es que, pese a que la misma Corte reconoce que este proyecto de ley establece medidas para la paridad, se enfoca

en analizar, nuevamente, la razón de ser de las cuotas. Lo que resulta extraño es que la sentencia reconoce explícitamente que estas últimas son mecanismos temporales que buscan catalizar la participación de la mujer, mientras que la paridad es un deber constitucional definitivo. Sin embargo, el subtexto del argumento de la Corte parece ser que, si las medidas de cuotas son compatibles con la Constitución, no hay duda frente a las que pretenden la paridad. En consecuencia, tratándose de figuras diferentes, para qué era necesario retomar un análisis que la Corte ya había hecho en el pasado, en especial cuando descartó la cosa juzgada constitucional por tratarse en este caso de mecanismos paritarios. En otras palabras, en algunos momentos del argumento parecen confundirse “peras con manzanas”.

Por último, creemos que el análisis que hizo la Corte frente a los efectos que tienen estas medidas en las personas no binarias fue desacertado. Compartimos la conclusión en cuanto a que el nombramiento mínimo del 50% de mujeres en cargos de nivel decisorio y de nivel máximo decisorio no afecta directamente los derechos de estas personas, y sin embargo, disintimos de la forma en la que llegó a tal consideración, así como también de algunas afirmaciones que se hicieron.

En la sentencia, la Corte empieza por diferenciar a las personas no binarias de las personas trans, para detenerse en aquellas decisiones en las que ella misma ha reconocido el derecho fundamental a la identidad de género, para después referirse a los escenarios específicos en los que ha protegido los derechos de las personas no binarias. Con ello, muestra que la Corte ha ampliado el piso de protección en temas relacionados con salud, seguridad social y registro civil, mas no necesariamente en lo que se refiere al ejercicio de los derechos políticos de esta población<sup>10</sup>. La forma en la que se presenta este recorrido por la jurisprudencia deja en evidencia ese vacío. Esto, por supuesto, no es atribuible, necesariamente, a la Corte, pues ella depende en buena medida de los casos que lleguen ante ella.

---

10 Para un análisis sobre la escasa protección que han recibido las personas no binarias en la jurisprudencia constitucional colombiana e interamericana, véase Lozano Villegas, Germán y Julio Estrada, Alexei. “Los derechos políticos de las personas trans y las personas no binarias en la jurisprudencia: de la Corte Constitucional colombiana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, 2024, pp. 315-330. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.130.10>

Sin embargo, lo cierto es que, en los últimos años, la Corte ha pasado “de agache” frente a muchos casos en los que podría haberse pronunciado y adoptado una posición más progresista frente a los derechos de las personas no binarias, así como también de las personas trans<sup>11</sup>. A decir verdad, la sentencia en examen parece reforzar esa idea: la del desinterés por comprometerse con los derechos de las personas no binarias. Hay al menos dos indicios al respecto. En primer lugar, la Corte afirma que “la problemática propia de las barreras de acceso de las mujeres a los cargos directivos del Estado no es asimilable a la condición de las personas no binarias” (pár. 205). Es cierto que las restricciones específicas que afrontan las mujeres y las personas no binarias son diferentes, sin embargo, dichos grupos tienen dos cosas en común: se trata de grupos que han sido históricamente discriminados, y las causas de que así haya sido son estructurales en un sistema patriarcal y heteronormativo. Además, en muchos casos, las barreras de las personas no binarias son aún mayores.

De hecho, esta aseveración por parte de la Corte resulta incluso contradictoria con lo que ella misma señala unos párrafos antes, cuando dice que es necesario adoptar un enfoque interseccional en la implementación de medidas como las que se analizan en la sentencia. Tanto es así que dentro de los ejemplos que trae para reconocer barreras adicionales incluye a las mujeres con “identidades sexuales diversas” (párrs. 161 y 162).

Al respecto es importante señalar que la doctrina especializada ha reconocido que la identidad sexual es diferente a la de género. Y, si bien no hay consenso al respecto, lo que muestra la psicología es que la primera hace referencia a la forma en la que una persona se percibe a sí misma en relación con el sexo biológico. Así pues, se refiere a la forma en la que se relaciona lo interno con lo externo. En cambio, la identidad de género responde a la autopercepción de la persona en relación con las expectativas sociales que se generan a partir del reconocimiento de un género<sup>12</sup>. En consecuencia, la identidad sexual termina siendo un concepto más amplio

---

11 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-179 de 2025.

12 Diamond, Milton. “Sex and gender are different: Sexual identity and gender identity are different”, *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 7(3), 2002.

que involucra por lo general cuatro elementos: el sexo biológico, la identidad de género, los roles sociales y la orientación sexual<sup>13</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte no ha sido unívoca en cuanto a la distinción entre identidades sexuales e identidades de género. Si bien en la Sentencia SU-337 de 1999 reconoció que las primeras hacen referencia a las características biológicas de la persona, mientras que las segundas se refieren a los componentes psicosociales con el sentido personal o la autopercepción, en los años siguientes sus decisiones han dado a entender algo diferente. En tal sentido, las decisiones posteriores han tomado uno de dos caminos: tratar de manera indistinta los conceptos de identidad sexual e identidad de género<sup>14</sup>, o incluir la identidad de género dentro de la categoría de identidad sexual<sup>15</sup>. Prueba de ello es que ha reconocido el derecho fundamental a la identidad sexual y de género; y más concretamente, la protección reforzada de este derecho cuando se trata de personas no binarias<sup>16</sup>. Además, en sentencias recientes, incluso posteriores a la C-136 de 2024, la Corte ha incluido dentro de la categoría de identidades sexuales diversas a las personas no binarias<sup>17</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando la Corte señala que las barreras de las personas no binarias son diferentes a las de las mujeres y que no le corresponde pronunciarse al respecto, desconoce que se pueden presentar situaciones en las que personas que nacieron biológicamente mujeres y se identifican ahora como no binarias tengan que afrontar barreras adicionales. En Colombia, solo hasta diciembre de 2022 se modificó el registro civil para incluir la categoría de no binario dentro del componente “sexo”<sup>18</sup>, y, en

---

13 Shively, Michael G. y de Cecco, John P. “Components of sexual identity”, *Journal of Homosexuality*, 3, 1997; Gómez Balaguer, M. *et al.* “Identidad de género e identidad sexual: a veces coincidentes, pero no siempre lo mismo”, *Revista de Sexología*, 9(2), 2020, pp. 5-7.

14 Por ejemplo, las sentencias T-476 de 2014 y T-565 de 2013.

15 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2015.

16 Véase, en particular, la Sentencia C-408 de 2023, en la que la Corte definió el concepto de personas no binarias y señaló las diferentes personas que abraza esta categoría.

17 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-527 de 2024.

18 Registraduría Nacional del Estado Civil. Circular Única de Registro Civil e Identificación (Versión 7). 29 de diciembre de 2022.

cualquier caso, su implementación no ha sido del todo exitosa. De hecho, la Sentencia T-527 de 2024 resolvió un caso en el que, aún en febrero de 2024, una persona no binaria no había logrado obtener su cédula digital en la que se le reconociera como tal.

Sumado a lo anterior, también resulta preocupante el tono en el que la Corte deja la regulación de los derechos de las personas no binarias en manos del Legislador. La sentencia señala que “hace parte de la competencia del Legislador estatutario optar por regular ese asunto si así lo considera conveniente y fundado en el análisis de las condiciones específicas de la población no binaria” (pár. 205). Es claro que la Corte debe ser deferente con el margen de configuración legislativa del Congreso; sin embargo, tras haber reconocido que hay una omisión legislativa absoluta en la materia, resulta incoherente que la Corte se limite a señalar que el parlamentario puede optar por regular, si lo estima conveniente. Esto es una clara señal de la falta de interés que tiene la Corte por comprometerse de lleno con la protección de las personas no binarias. Pero además, esta doble omisión, por parte del Legislativo y la Corte, abre la puerta a que la indeterminación de los derechos de las personas con identidades diversas sea aprovechada para reducir los espacios de representación femenina que han sido conquistados. De hecho, este año sucedió cuando, en contravía de esta ley estatutaria, el presidente de la República nombró como ministro de Igualdad a un hombre que aseguró autoperibirse como una persona de género fluido. Al respecto es importante señalar que, por lo general, cuando encuentra este tipo de omisiones, la Corte no teme realizar exhortos en los que reclama una regulación específica, como ha hecho, por ejemplo, con la regulación de la maternidad subrogada<sup>19</sup> o de las entidades territoriales indígenas<sup>20</sup>.

---

19 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-274 de 2022 y T-232 de 2024. En este mismo volumen se encuentra una crónica sobre esta última sentencia: Castro Franco, Alexandra. “Sentencia T-232 de 2024 (Maternidad subrogada internacional y riesgo de apatridia)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 5, *Crónicas jurisprudenciales del año 2024*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2025.

20 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-489 de 2012, C-047 de 2022 y C-054 de 2023. Sobre las últimas dos se puede ver las crónicas publicadas en los volúmenes

Lo anterior nos lleva a referirnos a un último punto. La Corte estimó que no le era exigible el trámite de la consulta previa de este proyecto de ley, toda vez que no afectaba directamente los intereses de los pueblos indígenas; y además se exceptuaban del artículo 3.º las circunscripciones especiales. En abstracto, esto podría ser cierto. Sin embargo, la Corte omitió hacer una valoración más cuidadosa frente a la potencial afectación de los pueblos indígenas y pasó por alto varias circunstancias.

La Ley de Cuotas define en sus artículos 2.º y 3.º el concepto de cargos de máximo nivel decisorio y cargos de nivel decisorio. En ambos casos los circunscribe a los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal. Esto quiere decir que, aun cuando estuvieran en funcionamiento las entidades territoriales indígenas que se crearon con el artículo 286 de la Constitución, estarían excluidas del ámbito de aplicación del artículo 1.º del proyecto de ley estatutaria analizado por la Corte. Sin embargo, la Corte pasó por alto que, de acuerdo con el artículo 321 de la Constitución, el nivel provincial puede estar conformado por territorios indígenas<sup>21</sup>. Y, así mismo, que en Colombia existen aún 18 áreas no municipalizadas en las que residen pueblos indígenas, cuya administración

---

anteriores de esta colección: Robledo Silva, Paula y Rivas-Ramírez, Daniel. “C-047 de 2022 (Áreas no municipalizadas, consulta previa y autonomía territorial indígena)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 2, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023; y Robledo Silva, Paula y Rivas-Ramírez, Daniel. “Sentencia C-054 de 2023 (Consulta previa, autonomía territorial indígena y áreas no municipalizadas: Vol. 2.0)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 4, *Crónicas jurisprudenciales del año 2023*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2025. En todo caso, es importante señalar que a pesar de esos exhortos, la promesa de las entidades territoriales indígenas sigue incumplida. Cfr. Robledo Silva, Paula y Rivas-Ramírez, Daniel. “Las entidades territoriales indígenas: ¿una falsa promesa o una promesa rota?”, en *Lecturas sobre derecho de tierras*, t. VI, García Pachón, María del Pilar (ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

21 Sobre este punto es importante señalar que las provincias son el único esquema asociativo territorial que no es excluyente respecto de los pueblos indígenas, gracias al mandato expreso de la Constitución. De resto, los demás esquemas desarrollados por el Legislador orgánico tienen sesgos discriminatorios que mantienen apartados a los pueblos indígenas. Cfr. Robledo Silva, Paula. “Esquemas asociativos territoriales:

está a cargo del nivel departamental. De hecho, la Provincia de Amazonas está conformada por dos municipios<sup>22</sup> y diez áreas no municipalizadas, en donde la mayoría del territorio corresponde a resguardos indígenas legalmente titulados<sup>23</sup>.

Tampoco se puede pasar por alto que la definición de cargos de niveles decisorios en el Poder Ejecutivo nacional también afecta directamente los intereses de los pueblos indígenas. En particular cuando hay entidades, como el Ministerio del Interior, Parques Nacionales Naturales, la Unidad para las Víctimas, la Agencia Nacional de Tierras y la Unidad de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, entre otras, que en virtud de las competencias que ejercen inciden diariamente en los intereses de estas comunidades.

Por otra parte, en relación con el artículo 3.º, que establece que mínimo una de las candidatas de las listas que se conformen para proveer menos de cinco curules debe ser mujer, la Corte consideró que no se requería la consulta previa dado que exceptuaba de su cumplimiento a las circunscripciones especiales. Sin embargo, esta lectura implica un sesgo excluyente respecto a los pueblos indígenas, que si bien ha sido propio de la legislación, es raro en la jurisprudencia de la Corte. Esta interpretación cierra la puerta a considerar que los partidos políticos indígenas puedan llegar a obtener escaños más allá de los de la circunscripción especial. En otras palabras, se presta para que la circunscripción especial no sea una cuota, sino un tope; todo lo contrario a lo que la Corte ha señalado sobre las medidas de cuota, como ocurre con la Ley de Cuotas que promueve la participación de la mujer.

En suma, la decisión es realmente importante y reivindica la paridad entre hombres y mujeres, lo que es ideal. Pero, al analizarla más de cerca surgen interrogantes y preocupaciones frente al razonamiento de la Corte, en particular respecto de otros grupos que también han sido históricamente discriminados. Esto nos lleva a preguntarnos, una vez más, por qué

---

otra manifestación del sesgo excluyente del Legislador hacia los pueblos indígenas colombianos”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 29, 2023, pp. 9-33.

22 Leticia y Puerto Nariño.

23 El Encanto, La Chorrera, La Pedrera, La Victoria, Mirití-Paraná, Puerto Alegría, Puerto Arica, Puerto Santander y Tarapacá.

en algunas ocasiones la Corte defiende un enfoque interseccional, pero cuando debe aplicarlo a veces lo olvida.

Por otra parte, la Sentencia C-136 de 2024 nos lleva a preguntarnos, una vez más, por la efectividad de las decisiones de la Corte. No son pocos los casos en los que las autoridades han perdido el respeto por la autoridad de la Corte y han hecho caso omiso a lo ordenado en sus sentencias. De hecho, se trata de una cuestión que los mismos magistrados y magistradas de la Corte se vienen planteando desde hace unos años. Y es que esta sentencia es prueba de ello. Ni siquiera la suma de una ley estatutaria y una sentencia de la Corte Constitucional ha sido suficiente para promover los cambios que conduzcan a la paridad.

Más de un año después de la sentencia y aun después de sancionada la Ley 2424 de 2024, sigue sin haber paridad. De hecho, pese a los esfuerzos de algunas autoridades por lograrla, siguen presentándose violaciones continuas a la Ley de Cuotas. Las más recientes de ellas: el nombramiento de Eduardo Montealegre Lynett como ministro de Justicia, en reemplazo de Ángela María Robledo; y el nombramiento de Juan Carlos Florián Silva, como ministro de Igualdad. Sin embargo, no es algo nuevo. A principios de año, la Procuraduría General de la Nación advirtió que las entidades públicas no estaban presentando la información sobre los nombramientos en los cargos de niveles decisorios y la existencia de un fuerte retroceso en la participación femenina en cargos públicos (en comparación con el año anterior)<sup>24</sup>.

Lo cierto es que cuando no hay voluntad, los cambios legislativos y la jurisprudencia pueden no ser suficientes. Por eso es que creemos que también es importante referirnos a algo que no tiene que ver directamente con la sentencia de la Corte. Si bien el fallo reitera lo dicho en la Sentencia C-134 de 2023<sup>[25]</sup> y reconoce que hay un problema estructural

---

24 Procuraduría General de la Nación. *Boletín 214-2025. Procuraduría alerta sobre saldo en rojo en el cumplimiento de la política de Ley de Cuotas*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2025. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/Pages/alerta-sobre-saldo-rojo-cumplimiento-politica-ley-de-cuotas.aspx>

25 En el volumen anterior de la colección se incluye una reseña sobre esta decisión: Cancino González, Iván Alfonso. “Sentencia C-134 de 2023 (Reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 4, *Crónicas jurisprudenciales del año 2023*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva,

de segregación vertical en el poder judicial, no deja de ser paradójico que sea precisamente esta rama del poder público la que reafirme el deber constitucional de la paridad en las otras ramas. Si bien es cierto que la Corte Constitucional es la alta corte que mayor representación femenina ha tenido (en términos proporcionales) durante la última década, la participación de la mujer en las altas cortes es mínima; y no parece haber vientos de cambio, ni siquiera cuando, de acuerdo con la Ley 2430 de 2024 y con la Corte Constitucional, la equidad de género debe ser un criterio para la conformación de ternas y la elección de magistrados y magistradas de la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

Durante lo que va corrido del año 2025 ha habido ocho elecciones para las altas cortes: tres para la Corte Constitucional, tres para el Consejo de Estado y dos para la Corte Suprema de Justicia. Para la Corte Constitucional, los cuatro procesos de elección fueron para reemplazar a dos magistrados y dos magistradas. Para ello el Consejo de Estado, el presidente de la República y la Corte Suprema enviaron ternas al Senado: la primera con solo una mujer, la segunda con dos, la tercera de solo mujeres, y la última con dos mujeres. Solo en el caso de la terna integrada exclusivamente por mujeres resultó elegida una mujer. Esto deja la conformación actual de la Corte con solo tres magistradas (de nueve). En el caso del Consejo de Estado, salieron cinco magistrados y en reemplazo de ellos ingresaron tres hombres y dos mujeres. Adicionalmente, hay dos despachos vacantes que están a la espera de ser provistos. Esto deja a esta corporación con una representación de apenas nueve mujeres (de 31). Por último, la Corte Suprema eligió recientemente dos nuevos magistrados y una nueva magistrada, con lo que quedó conformada por 13 mujeres y 28 hombres.

Como se puede ver, en ninguno de los casos hay paridad en la conformación de los altos tribunales. La Corte Suprema apenas supera el 40%, la Corte Constitucional el 33% y el Consejo de Estado llega sólo al 22% de representación de mujeres. En el caso de la Corte Constitucional se trata de una cuestión que escapa a sus posibilidades, toda vez que la elección de magistrados la hace directamente el Senado. Sin embargo, en el caso

de las otras dos corporaciones sí que son responsables de la baja participación de las mujeres en dichos espacios, pues son ellas mismas quienes eligen a sus integrantes a partir de las listas conformadas por el Consejo Superior de la Judicatura, de perfiles que cumplen con los requisitos de aptitud y capacidad requeridos para el cargo. La Ley 2430 de 2024 y la Sentencia C-134 de 2023 son claras en cuanto a que la conformación de las listas, pero también la elección de los magistrados, debe atender a un criterio de equidad de género, lo que implica elegir más mujeres y reparar la subrepresentación histórica que ha habido en estos tribunales. Ya es hora de que la justicia vuelva a tener rostro de mujer. Es hora de que nos tomemos en serio la paridad, en todas las ramas del poder público y en todos los niveles.

#### REFERENCIAS

- Anzola Linares, Aydée. *Providencias judiciales expedidas como consejera de Estado*, Bogotá, Ediciones Quijósán y Consejo de Estado, 2019.
- Cancino González, Iván Alfonso. “Sentencia C-134 de 2023 (Reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 4, *Crónicas jurisprudenciales del año 2023*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2025.
- Castro Franco, Alexandra. “Sentencia T-232 de 2024 (Maternidad subrogada internacional y riesgo de apatridia)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 5, *Crónicas jurisprudenciales del año 2024*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2025.
- CEPAL. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. *Poder judicial: porcentaje de mujeres ministras en el máximo tribunal de justicia o corte suprema*, 2025. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/poder-judicial-porcentaje-mujeres-ministras-maximo-tribunal-justicia-o-corte-suprema>
- Corporación Excelencia a la Justicia. *Paridad de género en las altas cortes de Colombia*, Bogotá, Corporación Excelencia a la Justicia, s. f. Disponible en: <https://cej.org>.

co/wp-content/uploads/2024/09/Informe-paridad-de-genero-en-las-altas-cortes-de-Colombia-2.pdf

Diamond, Milton. “Sex and gender are different: Sexual identity and gender identity are different”, *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 7(3), 2002.

Garzón, María Catalina. “Juana de Jesús Sarmiento Ariza”, *La Enciclopedia*, Bogotá, Banrepcultural, 2019. Disponible: [https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Juana\\_de\\_Jes%C3%BAs\\_Sarmiento\\_Ariza](https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Juana_de_Jes%C3%BAs_Sarmiento_Ariza)

Gómez Balaguer, M. *et al.* “Identidad de género e identidad sexual: a veces coincidentes, pero no siempre lo mismo”, *Revista de Sexología*, 9(2), 2020, pp. 5-7.

Hurtado, Alba Lucía. “Helena Benítez Trejos de Zapata”, *La Enciclopedia*, Bogotá, Banrepcultural, 2024. Disponible en: [https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Helena\\_Ben%C3%ADtez\\_Trejos\\_de\\_Zapata](https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Helena_Ben%C3%ADtez_Trejos_de_Zapata)

IPU Praline. Monthly Ranking of Women in National Parliaments, 2025. Disponible en: [https://data.ipu.org/women-ranking/?date\\_month=1&date\\_year=2025](https://data.ipu.org/women-ranking/?date_month=1&date_year=2025)

Julio Estrada, Alexei y Salazar Rivera, Valentina del Sol. “El control automático de constitucionalidad de proyectos de ley estatutaria”, en *Garantías judiciales de la Constitución*, vol. III, *Control automático de constitucionalidad*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Laverde Toscano, María Cristina. “Esmeralda Arboleda: una mujer, nuevos caminos”, *Nómadas*, 6, 1997.

Lozano Villegas, Germán y Julio Estrada, Alexei. “Los derechos políticos de las personas trans y las personas no binarias en la jurisprudencia: de la Corte Constitucional colombiana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, 2024, pp. 315-330.

Procuraduría General de la Nación. *Boletín 214-2025. Procuraduría alerta sobre saldo en rojo en el cumplimiento de la política de Ley de Cuotas*, Bogotá, 2025. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/Pages/alerta-sobre-saldo-rojo-cumplimiento-politica-ley-de-cuotas.aspx>

Robledo Silva, Paula. “Esquemas asociativos territoriales: otra manifestación del sesgo excluyente del Legislador hacia los pueblos indígenas colombianos”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 29, 2023, pp. 9-33.

Robledo Silva, Paula y Rivas-Ramírez, Daniel. “C-047 de 2022 (Áreas no municipalizadas, consulta previa y autonomía territorial indígena)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 2, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023.

Robledo Silva, Paula y Rivas-Ramírez, Daniel. “Las entidades territoriales indígenas: ¿una falsa promesa o una promesa rota?”, en *Lecturas sobre derecho de tierras*, t. VI, García Pachón, María del Pilar (ed.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.

Robledo Silva, Paula y Rivas-Ramírez, Daniel. “Sentencia C-054 de 2023 (Consulta previa, autonomía territorial indígena y áreas no municipalizadas: Vol. 2.0)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 4, *Crónicas jurisprudenciales del año 2023*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2025.

Shively, Michael G. y de Cecco, John P. “Components of sexual identity”, *Journal of Homosexuality*, 3, 1977.

Sotomayor Valarezo, Patricia y Huertas-Hernández, Sergio. “El camino hacia los gabinetes ministeriales: un estudio de los factores que influyen en la designación de mujeres ministras en Ecuador y Colombia, 1978-2018”, *Colombia Internacional*, 105, 2021, pp. 29-55.

UN Women. *Women in Politics: 2025*, 2025. Disponible en: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2025/03/women-in-politics-map-2025>



GERMÁN LOZANO VILLEGAS\*  
SANTIAGO VILLEGAS MOLINA\*\*

*Sentencia SU-138 de 2024*  
*(Unificación jurisprudencial en torno a las reglas*  
*de elección del contralor general de la República*  
*y los efectos de la nulidad electoral por irregularidades*  
*en el proceso de elección)*



## I. CONTEXTO

La configuración institucional incorporada en nuestra Carta Política de 1991 asignó al órgano legislativo, además de su función natural de expedir leyes, la posibilidad de elegir algunas dignidades, dentro de las que se encuentran el contralor general de la República, el procurador general de la Nación y los magistrados de la Corte Constitucional<sup>1</sup>. La asignación de esta competencia busca que el Congreso de la República participe en la conformación de otros órganos del Estado, en un ejercicio de colaboración armónica y control del poder entre las distintas ramas del poder público, pero así mismo cumple con una función de otorgar legitimidad democrática a otras instancias del poder<sup>2</sup>, cuando no existen sistemas de elección directa para aquellos cargos.

Como lo ha reconocido la Corte Constitucional, “la función electoral se convierte entonces en una manifestación concreta del principio democrático”, que se materializa en la decisión que adopten las cámaras de manera individual o en conjunto, dependiendo del proceso electoral del que se trate, precedido de un procedimiento que ha sido establecido por el Reglamento del Congreso y otras normas especiales, como ocurre,

---

\* Docente investigador del Departamento en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado, especialista en Derecho Administrativo y doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: german.lozano@uexternado.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8010-8713>.

\*\* Abogado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) (Bogotá, Colombia). Abogado de la Universidad Santo Tomás (Bogotá, Colombia), especialista en Derecho Público y magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia).

1 “Artículo 6.º Clases de funciones del Congreso. El Congreso de la República cumple: / [...] / 5. Función electoral, para elegir Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Magistrados de la Corte Constitucional y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Defensor del Pueblo, Vicepresidente de la República, cuando hay falta absoluta, y Designado a la Presidencia en el período 1992-1994”.

2 Corte Constitucional. Sentencias C-1017 de 2012 y C-497 de 1995.

para el caso de la elección del contralor general de la República, con la Ley 1904 de 2018.

El procedimiento de elección adquiere aquí una importante connotación, en atención a que no se trata ya de una simple fórmula sacramental que resulta en la designación de un funcionario, sino que se trata de una nueva visión sustancial de las “formas” que permite entender que el órgano electoral, colegiado y organizado, requiere de unas reglas de juego que aseguren, por un lado, la legalidad de la decisión adoptada, y por otro, la conformidad con la voluntad expresada en su conjunto. Dicho en otras palabras, el procedimiento se convierte en una herramienta de racionalización de la decisión final, evitando que esta se adopte en contravía de los principios que regulan la función electoral<sup>3</sup>.

En el último proceso de elección del contralor general de la República (para el periodo 2022-2026) se presentaron múltiples circunstancias que lo convirtieron en un trámite *sui generis*; en primer lugar, se formuló una acción de tutela con el objetivo de que se conformara una nueva lista de elegibles, que respetara la Ley de Cuotas; en segundo lugar, se interpuso una acción popular por la presunta vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa al momento de conformar la lista de elegibles; para, finalmente, desarrollar un proceso de nulidad electoral, que culminó con la declaratoria de nulidad del acto de elección de quien fue designado por el Congreso<sup>4</sup>, luego de haber elaborado tres listas de elegibles y

---

3 Frente a la importancia de los procedimientos, en el contexto administrativo la doctrina ha explicado: “En efecto, las disposiciones procedimentales tienen la virtualidad de condicionar y determinar decisivamente lo que la Administración en cada caso pueda resolver. Esta opción no constituye solo un modo de satisfacer las exigencias de las reservas legales allí donde existan, sino también de dar cumplimiento al principio de vinculación de la Administración a la ley y al derecho y, más ampliamente, al principio de legalidad”. Barnes, Javier. “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, 2019, pp. 77-123. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.06>.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 25 de mayo de 2023, rad. 11001032800020220029700, acumulado 11001032800020220031100. *Jennifer Pedraza Sandoval vs. Acto de elección de Carlos Hernán Rodríguez como contralor general de la República*.

haberse presentado una modificación a la convocatoria, con posterioridad a la realización de las pruebas eliminatorias y clasificatorias.

Esta última circunstancia motivó a la interposición de una acción de tutela contra la providencia judicial que declaró la nulidad de la elección, acción que fue negada en primera instancia pero que, luego de ser admitida para el trámite de revisión, dio lugar a la expedición de la sentencia de unificación por la Corte Constitucional que es objeto de análisis, la cual, con independencia de la decisión adoptada, abordó importantes discusiones en torno al procedimiento de elección del contralor general de la República y las consecuencias de la declaratoria de nulidad de un acto de elección ante la ocurrencia de irregularidades que no afectan todo el procedimiento.

Aunque se trata de un caso de relevancia, en atención a la calidad del funcionario cuya elección fue anulada, lo cierto es que esta sentencia (SU-138 de 2024) aborda un caso “paradigmático”, por las particularidades que rodearon este proceso electoral, abriendo paso a que la Corte, a través del ejercicio de revisión, realizara una interpretación de las normas que determinan el procedimiento de elección del contralor general; y, además, pudo con esta decisión iniciar una línea jurisprudencial<sup>5</sup>, con apoyo de las líneas decisionales de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en donde esclarece algunos aspectos asociados al proceso de elección del contralor general, los cuales resultan fundamentales para que en procesos futuros se garantice la plena aplicación del principio de igualdad y la vigencia de los derechos fundamentales en curso de estas actuaciones.

---

5 “Así, ha sostenido el juez constitucional que el propósito de la revisión eventual de los fallos de tutela consiste en asegurar que se unifiquen criterios de interpretación de la Carta, especialmente en materia de derechos fundamentales, y así mismo en dar lugar a que se elabore la doctrina constitucional y se tracen las líneas jurisprudenciales, con ocasión a casos paradigmáticos, sobre el alcance de los principios, preceptos y reglas de la Constitución”. Julio Estrada, Alexei. “La jurisdicción constitucional en Colombia” en *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Correa, Magdalena *et al.* (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 487-580. En igual sentido, véase Julio Estrada, Alexei y Lozano Villegas, Germán. “Una aproximación general a la jurisdicción constitucional en Colombia”, en *Garantías judiciales de la Constitución*, Sierra Porto, Humberto *et al.* (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 100-158.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

El señor Carlos Hernán Rodríguez Becerra presentó acción de tutela en contra de la Sentencia del 25 de mayo de 2023 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por considerar que con esta decisión, mediante la cual se declaró la nulidad de su elección como contralor general de la República, se habían vulnerado sus derechos a elegir y ser elegido, de acceso a cargos públicos, al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

En la sentencia de nulidad electoral, el Consejo de Estado consideró que se vulneraron los artículos 126 C.P., 21 de la Ley 5 de 1992, 6.º y 9.º de la Ley 1904 de 2018. Para arribar a dichas conclusiones, la Sala de Decisión encontró que: i) no se citó con la antelación suficiente, conforme al Reglamento del Congreso, a la sesión plenaria para realizar la elección; ii) se elaboró una tercera lista de elegibles, que no estaba justificada, y iii) se modificaron las reglas de la convocatoria pública después de haberse conocido los resultados de la prueba de conocimientos y la valoración de la hoja de vida.

En la acción de tutela, la parte demandante propuso las siguientes causales específicas de procedencia:

(i) Defecto sustantivo por aplicación errónea del artículo 21 de la Ley 5 de 1992, ya que en su concepto esta norma había sido derogada con la Ley 1904 de 2018 y por tanto la Mesa Directiva del Congreso podía decidir de manera libre la fecha de elección del contralor general, siempre que ella cumpliera el límite constitucional del 20 de agosto y se fijara la fecha dentro de los 8 días siguientes a la elaboración de la lista de elegibles.

(ii) Defecto fáctico por no existir prueba de que se publicó el 13 de agosto de 2022 la citación para la plenaria en la cual se elegiría al contralor general.

(iii) Defecto sustantivo por no haberse aplicado el artículo 21 de la Ley 5 de 1992 en conjunto con el artículo 82 *ibidem*, para efectos de contabilizar todos los días de la semana como hábiles en el cómputo del término previo para la citación a la sesión plenaria para la elección del contralor general.

(iv) Defecto sustantivo por desconocimiento del precedente de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en virtud del cual solo las irregularidades en el procedimiento de elección que son trascendentes e inciden

en el resultado de la elección tienen la vocación de provocar la nulidad del acto acusado. En este cargo se enfatizó que en la eventualidad de ser la citación contraria a lo indicado en el artículo 21 de la Ley 5 de 1992, en todo caso no existe evidencia de que los congresistas no hubieran tenido la posibilidad de “estudiar su voto de manera reposada”<sup>6</sup>, como se hubiera planteado en un precedente anterior. En igual sentido, aclaró que las irregularidades que fueron fundamento de la decisión de nulidad no tuvieron la suficiente incidencia para modificar los resultados de la elección y, por tanto, no conducían a que se anulara la designación del contralor general.

(v) Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, al considerar que las modificaciones a la convocatoria y una eventual citación por fuera del término reglado para la sesión plenaria, en todo caso, no desconocieron los principios sustantivos que soportan el proceso de elección.

(vi) Defecto sustantivo por interpretación errónea de las normas que definen la competencia del juez popular, en la medida en que, si bien el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no tenía competencia para disponer la nulidad del acto de elección, sí podía adoptar medidas frente a actos de trámite propios de la convocatoria.

(vii) Defecto fáctico por no tener en cuenta los pronunciamientos que adoptó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el curso de la acción popular en donde consideró que las modificaciones que adoptó el Congreso frente al proceso de elección del contralor general garantizaron el principio del mérito y, particularmente, no tuvo en cuenta la sentencia dentro de la citada acción constitucional en donde esa corporación “ratificó que las actuaciones del Congreso de la República tuvieron como propósito garantizar el derecho colectivo a la moralidad administrativa”<sup>7</sup>.

Para concluir con sus argumentos, la petición constitucional planteó una violación directa de la Constitución y defecto orgánico. Para motivar este cargo, la parte actora señaló que la Sala de la Sección se conformó de manera indebida, ya que durante la deliberación y adopción de la sentencia cuestionada participó una magistrada que se encontraba en su criterio

---

6 Consideración n.º 86 de la sentencia.

7 Consideración n.º 96 de la sentencia.

impedida y que debió apartarse para efectos de garantizar la imparcialidad y el debido proceso.

En el curso de la acción constitucional se vinculó a la Sección Quinta del Consejo de Estado, en su calidad de corporación que expidió la sentencia cuestionada, a la parte actora dentro del medio de control de nulidad electoral que dio origen a la providencia, y a quienes tuvieran interés en el proceso, particularmente quienes conformaron las listas de elegibles en curso del trámite ante el Congreso. Para el efecto, tanto la Sección como la demandante original solicitaron que se negara el amparo, mientras que dos integrantes de las listas apoyaron las pretensiones de la acción constitucional.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Previo a exponer el problema jurídico y su desarrollo, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia en torno a los requisitos generales y las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia, concluyendo en primer lugar que se cumplió con las condiciones generales y así dio paso al estudio de los argumentos de fondo propuestos por el demandante.

Para efectos de analizar el caso bajo examen, la Corte dispuso organizar el estudio de los cargos propuestos en dos bloques: aquellos fundamentados en la existencia de defecto sustantivo y otros ligados al defecto fáctico. Frente a los argumentos relacionados con la existencia de exceso ritual manifiesto, el alto tribunal planteó agrupar la discusión con el defecto sustantivo, ya que el fondo del asunto se relacionaba con la interpretación de las normas aplicables a la convocatoria pública para la elección del contralor general.

#### I. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MÉRITO COMO PILAR FUNDAMENTAL EN EL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

En un ejercicio de reiteración jurisprudencial, el alto tribunal recordó la importancia que para la Constitución tiene el criterio del mérito, como elemento necesario para el acceso a cargos públicos y que no solo es

aplicable para los sistemas de carrera (concurso de mérito), sino que se configura en un aspecto relevante en los procesos de elección de ciertas dignidades (convocatoria pública). A propósito de estas dos formas de acceso a cargos públicos, la Corte recordó la distinción que ha realizado la Sección Quinta del Consejo de Estado entre las expresiones “convocatoria pública” y “concurso de mérito”, en donde, aunque existe un componente de mérito, frente al primer caso “las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados”; es decir, la elección ya no se da por estricto mérito, sino que la corporación electora tiene la posibilidad de elegir a cualquiera de los integrantes de la lista, regla que es aplicable al proceso de elección del contralor general de la República<sup>8</sup>.

## 2. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA CONVOCATORIA Y LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE IRREGULARIDADES

Para valorar este punto, la Corte realizó un recuento de la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y de su propio precedente, para efectos de determinar el alcance de las convocatorias y la posibilidad que tienen los órganos de elección de corregir irregularidades. Frente al particular, el alto tribunal señaló como regla jurisprudencial que (i) la convocatoria es de obligatorio cumplimiento para las partes intervinientes en los procesos de selección, y (ii) en principio sus reglas son inmodificables, lo anterior para garantizar la transparencia de los procesos, pero que (iii) ante determinadas circunstancias excepcionales es posible realizar cambios a este instrumento, siempre y cuando no se afecte el derecho a la igualdad y las modificaciones no beneficien ni favorezcan en particular a alguno(s) de los participantes. En todo caso, las modificaciones deben realizarse antes de llevarse una prueba determinada<sup>9</sup> para garantizar el principio de transparencia en el proceso electoral.

---

8 Consideración n.º 227-228 de la sentencia.

9 Consideración n.º 239-242 de la sentencia.

### 3. REGLAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

Finalmente, dentro de las consideraciones de la sentencia el máximo tribunal constitucional recordó que con ocasión de la modificación realizada por el Acto Legislativo 2 de 2015, el proceso de elección del contralor general se realizaría conforme a una convocatoria pública, que definiría una lista de elegibles, frente a la cual el Congreso de la República debería designar a uno de sus integrantes, dando aplicación a las reglas procedimentales contenidas en la Ley 1904 de 2018. A partir de lo anterior, se realizó un recuento normativo, que determinó los principales aspectos asociados a la elección, conforme a la regulación contenida en esta ley especial<sup>10</sup>.

### 4. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para efectos de dar solución a los problemas jurídicos que fueron planteados, nuevamente la Corte Constitucional realizó una determinación metodológica, en la que agrupó dos temáticas a abordar en la sentencia: i) por un lado, lo concerniente a la causal de nulidad asociada al presunto incumplimiento del plazo previsto en el artículo 21 de la Ley 5 de 1992, y ii) por otro lado, los defectos asociados a la causal de nulidad por la modificación irregular de la convocatoria.

#### a. INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PREVISTO PARA LA CITACIÓN A LA PLENARIA DEL CONGRESO PARA LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR GENERAL

Frente a este aspecto, el accionante consideró que la sentencia incurrió en defecto sustantivo al afirmar que el artículo 21 del Reglamento del Congreso no era aplicable, en tanto el artículo 9.º de la Ley 1904 de 2018

---

<sup>10</sup> Consideración n.º 244-254 de la sentencia.

regula de manera específica la citación a plenaria del Congreso para la elección del contralor general. Con ocasión de esta discusión, el alto tribunal desestimó los argumentos de la acción por considerar que, aunque en efecto la ley en cuestión es norma especial para el ejercicio de esta facultad electoral, lo cierto es que las disposiciones en comento regulan plazos diferentes. Así, mientras la Ley 5 regula la antelación necesaria que debe existir entre la citación y la plenaria, la Ley 1904 reglamenta el término para realizar la convocatoria. De esta manera, encontró la Corte que la interpretación realizada por el Consejo de Estado en la sentencia impugnada era razonable y, por tanto, quedó desvirtuado el cargo invocado ante la inexistencia de un defecto sustantivo.

Respecto al defecto fáctico propuesto por no existir presuntamente prueba de que la citación para la sesión plenaria se publicó el 13 de agosto de 2022, la Corte desestimó los argumentos formulados por el demandante por los siguientes motivos: i) una de las demandas de nulidad demostró la fecha de publicación de la citación; ii) el demandante no controvertió en el proceso de nulidad electoral ese hecho y la prueba que fue aportada; iii) no existe prueba ni evidencia de que la citación fue enviada el 10 de agosto de 2022; y, iv) en todo caso, se reconoció que no se había cumplido el artículo 21 de la Ley 5.

Dentro de sus argumentos, el accionante también consideró que la sentencia no había aplicado el artículo 83 de la Ley 5, para efectos de determinar que todos los días que transcurrieron entre la citación y la elección eran hábiles; sin embargo, este cargo fue despachado desfavorablemente en atención a que, al haberse comprobado que la citación se publicó el 13 de agosto, en todo caso solo transcurrieron cinco días hasta el momento de efectuarse la sesión de elección.

A partir de lo expuesto, para la corporación las causales que fueron argumentadas hasta este punto no tuvieron vocación de prosperidad, dado que en su sentencia el Consejo de Estado no realizó interpretaciones arbitrarias y tampoco dejó de aplicar normas y valorar las pruebas que fueron legalmente recaudadas. En tal sentido, la Corte Consideró que, para efectos de la elección del contralor general, existen dos términos que deben cumplirse procedimentalmente, como se muestra en el siguiente cuadro.

Término por cumplir	Norma que lo respalda
Dentro de los ocho días previos a la conformación de la lista de elegibles, la Mesa Directiva debe realizar la convocatoria a la sesión plenaria de elección.	Artículo 9.º de la Ley 1904 de 2018.
La citación para la plenaria debe ser con 8 días de anticipación para realizar la elección.	Artículo 21 de la Ley 5 de 1992.

Fuente: elaboración propia.

Por tanto, al haberse incumplido con estos términos, fue adecuada la determinación que adoptó el Consejo de Estado al declarar la nulidad de la elección. Sin embargo, pese a estar conforme la aplicación de las normas en el caso en cuestión, la Corte Constitucional sí determinó que la Sección Quinta del Consejo de Estado había incurrido en defecto sustantivo al desconocer su propio precedente, puntualmente el contenido en la Sentencia del 5 de junio de 2012<sup>[11]</sup>. Además, encontró probado el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, ya que declaró la nulidad de la elección, con fundamento en la violación del artículo 21 del Reglamento del Congreso, sin analizarlo de conformidad con el principio de instrumentalidad de las formas y el criterio de incidencia.

Acorde con la posición jurisprudencial de la Sección Quinta, para que la irregularidad analizada dé lugar a la nulidad de la elección, la misma debe ser trascendente y relevante, es decir, debe afectar la transparencia del proceso y el resultado de la elección. Para llegar a esta conclusión, la Corte encontró que (i) con la demanda no se argumentaron los motivos por los cuales el término entre la citación y la elección fue insuficiente para que los electores conocieran a las personas incluidas en la lista y pudieran formar su voto, y (ii) tampoco existe prueba de que algún congresista, bancada, partido o movimiento político haya manifestado el día de la elección que no tuvo la posibilidad de conocer a los integrantes de la lista, para efectos de decidir su voto. Por ello, aunque existió la violación de una

---

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 5 de junio de 2012, rad. 11001032800020100011500. *Diego Armando Carvajal Briñez vs. Acto de elección de Sandra Morelli Rico como Contralora General de la República.*

norma procedimental, sus efectos no tuvieron la capacidad de afectar la legalidad del acto de elección.

#### b. MODIFICACIÓN IRREGULAR DEL ACTO DE CONVOCATORIA

El primer cargo asociado a este asunto se relaciona con la decisión del Consejo de Estado de declarar la nulidad de la elección, con ocasión de la conformación de la tercera lista de elegibles y la expedición de la resolución por medio de la cual se modificó el acto de convocatoria. Para el accionante, la sentencia cuestionada nunca explicó la incidencia de estas irregularidades y, sobre todo, los efectos que habían tenido estas decisiones, respecto de la decisión de elegirlo en el cargo. Para el efecto, fundamentó la causal en la aplicación del *criterio de incidencia*, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Al realizar una valoración de las sentencias que fueron usadas por el accionante para fundamentar la causal específica, el Tribunal Constitucional encontró que las mismas no cumplen con las condiciones para ser tratadas como precedente<sup>12</sup> en el caso bajo examen. Así, las providencias analizaron procesos electorales distintos (para personeros municipales, miembros de consejo superior de universidad pública), y tuvieron en cuenta circunstancias fácticas diferentes a las que fueron objeto de discusión. De esta manera, el alto tribunal encontró que los argumentos propuestos constituyen desacuerdos por los motivos en los que se fundó la sentencia, pero que no configuran el defecto alegado.

---

12 Al respecto, la Corte Constitucional ha formulado una definición de precedente que es relevante para efectos de determinar si existe desconocimiento de decisiones previas. En efecto, en la Sentencia SU-380 de 2021 dijo: “El precedente judicial es concebido como una sentencia previa relevante para la solución de un nuevo caso bajo examen judicial, debido a que contiene un pronunciamiento sobre un problema jurídico basado en hechos similares, desde un punto de vista jurídicamente relevante, al que debe resolver el juez. Como los supuestos de hecho similares deben recibir un tratamiento jurídico similar, la sentencia precedente debería determinar el sentido de la decisión posterior”.

*Contrario sensu*, la sentencia de la Sección Quinta cuestionada aplicó su propio precedente en torno a la obligatoriedad de la convocatoria, la regla general relacionada con su inmodificabilidad y los casos y requisitos en virtud de los cuales es posible realizar cambios a la convocatoria, sin afectar el debido proceso de los participantes y la transparencia del concurso público. A partir de estas reglas jurisprudenciales, la Corte confirmó la tesis que fue desarrollada por la sentencia cuestionada, en torno a las irregularidades al momento de realizar cambios a la convocatoria. Al analizar este hecho, se encontró que las modificaciones realizadas a la convocatoria sí llevaron a una alteración de los puntajes y, aunque el Congreso podía elegir a cualquiera de los integrantes de la lista, lo cierto es que el puntaje asignado puede ser un criterio de mérito relevante para la adopción de la decisión por parte de los congresistas electores. Por lo anterior, la Corte reafirmó las conclusiones de la sentencia impugnada y aclaró que la actuación adoptada en su momento por el Congreso no fue una simple corrección de la actuación y no encuadra dentro de los supuestos viables para modificar las reglas de juego de la convocatoria.

Para concluir, respecto de los yerros en los que presuntamente incurrió la sentencia, asociados a la indebida interpretación de normas frente a la competencia del juez popular respecto de asuntos electorales y la no valoración de los pronunciamientos realizados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Corte aclaró que (i) no existía suficiente carga argumentativa de la parte actora para fundamentar el defecto sustantivo y (ii) en todo caso el Consejo de Estado sí valoró las actuaciones que llevó a cabo el Tribunal. De hecho, a pesar de que el Consejo de Estado no incorporó como prueba sobreviniente la sentencia dictada por esta corporación, en todo caso sí realizó valoraciones de la decisión adoptada en curso del incidente de desacato abierto en contra del Congreso. Con ello, consideró que la sentencia no incurrió en los yerros que fueron alegados por el accionante.

#### C. VIOLACIÓN DEL PRECEDENTE EN TORNO A LOS EFECTOS DE LA NULIDAD FRENTE A ACTUACIONES QUE GOZABAN DE VALIDEZ

Un último aspecto fue abordado por la sentencia de la Corte Constitucional, al reconocer *ex officio* un defecto sustantivo por desconocimiento del

precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de unificación del 26 de mayo de 2016<sup>[13]</sup>, sentencia que planteó una regla jurisprudencial en virtud de la cual la nulidad de la elección retrotrae la actuación hasta el punto en el cual el procedimiento de elección puede reiniciarse, es decir, “a partir de lo no afectado por la irregularidad en el trámite”<sup>14</sup>. En la sentencia cuestionada, la Sección Quinta del Consejo de Estado ordenó rehacer todo el proceso de elección del contralor general, sin tomar en cuenta que una parte del procedimiento no había sido afectada por las irregularidades que dieron lugar a la nulidad.

En tal sentido, a pesar de que, en Auto del 8 de junio de 2023<sup>[15]</sup>, la Sección Quinta resolvió desfavorablemente una solicitud de aclaración del fallo, que fue presentada justamente buscando que se modulara la nulidad ordenada, en ella el Consejo de Estado no cumplió con la carga argumentativa necesaria para apartarse del precedente, circunstancia que obligó a la Corte a considerar que había un desconocimiento del precedente y por ende era pertinente modular los efectos de la nulidad electoral que fue inicialmente decretada. A partir de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-138 de 2024, adoptó las siguientes decisiones:

(i) Revocó la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, para en su lugar amparar parcialmente el derecho invocado por el accionante.

(ii) Como consecuencia de lo anterior, confirmó la declaratoria de nulidad del acto de elección del contralor general de la República, pero, para efectos de dar cumplimiento a las reglas jurisprudenciales mencionadas anteriormente, ordenó al Congreso rehacer el proceso de elección a partir de la elaboración de la lista de elegibles.

---

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 26 de mayo de 2015, rad. 11001032800020150002900. *G.A.A.M. vs. Secretario de la Comisión Sexta del Senado*.

14 Consideración n.º 400 de la sentencia.

15 Auto proferido dentro del proceso de nulidad electoral adelantado contra la elección del señor Carlos Hernán Rodríguez como contralor general de la República, rad. 11001-03-28-000-2022-00297-00, acumulado 11001-03-28-000-2022-00311-00.

De esta manera, la Corte acogió parcialmente los argumentos del accionante, quien a partir de esta decisión pudo participar nuevamente en el proceso restante de elección y resultó nuevamente designado por el Congreso de la República.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

El papel de los jueces en el curso de los procesos electorales es fundamental para efectos de garantizar la plena aplicación de los principios de transparencia, imparcialidad y autenticidad<sup>16</sup>, no solo dentro de los procedimientos democráticos directos, sino también en los trámites electorales por representación, como es el caso de la designación del contralor general de la República. Esta afirmación resulta relevante ya que el propósito de la Constitución Política al asignar al Consejo de Estado y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento del medio de control de nulidad electoral fue garantizar “la subordinación del poder al derecho”<sup>17</sup>.

Aunque, en principio, la jurisdicción constitucional debe ser ajena al proceso contencioso electoral, en determinados eventos su participación excepcional resulta fundamental para efectos de plantear reglas de unificación necesarias que no solo sean aplicables en la interpretación que realice el juez ordinario, sino que sirvan como parámetros a la hora de iniciar y desarrollar procesos electorales especialmente por parte de organismos colegiados como el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales.

Al margen de la decisión que adoptó el máximo tribunal constitucional y de la situación fáctica que rodeó el proceso electoral, la sentencia analizada deja importantes reflexiones en torno al proceso de elección del contralor general, que pueden ser relevantes para futuros trámites. En primer lugar, quedó claro el procedimiento luego de que se conforme la lista de elegibles: la Mesa Directiva, dentro de los 8 días siguientes, debe realizar la convocatoria a la Sesión Plenaria de elección, la cual debe tener

---

16 Vanegas, Pedro Pablo. *Estudios de derecho electoral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 177.

17 *Ibid.*

una antelación no menor a 8 días respecto de la fecha escogida, que en todo caso no podrá exceder al 20 de agosto respectivo.

Esta claridad resulta fundamental para que en los próximos procesos de elección no se presente esta irregularidad que, aunque en el caso bajo examen no comprometió la legalidad de la elección, sí puede llegar a afectarla cuando no se garantice un plazo razonable para que los electores conozcan a los integrantes de la lista y puedan confeccionar adecuadamente su voto. En segundo lugar, la sentencia analizada reiteró una posición jurisprudencial que ya había sido desarrollada por las altas cortes, en virtud de la cual el acto de convocatoria es, en principio, inmodificable, y excepcionalmente puede haber cambios, que en todo caso no pueden darse luego de haber iniciado con las pruebas eliminatorias o clasificatorias, en el curso del trámite electoral.

La providencia dictada por la Corte dejó en claro que, aunque el proceso de elección se desarrolla bajo la modalidad de “convocatoria pública”, es decir, aquella que está precedida por el factor de mérito, pero que permite un margen de discrecionalidad respecto de la designación de uno de los integrantes de la lista, la determinación de procedimientos de este tipo no otorga facultades amplias al Congreso para modificar su convocatoria y las reglas del proceso; por el contrario, en virtud de los principios de transparencia, legalidad e igualdad, se debe garantizar la integridad de la convocatoria, la cual solo puede ser objeto de cambios cuando se presenten circunstancias de naturaleza excepcional.

Alrededor de esta idea, un aspecto relevante de la sentencia es que esa discrecionalidad que se predica de la voluntad del Legislador elector, en todo caso, debe estar precedida de aspectos objetivos, que pueden ayudar a confeccionar un voto en determinado sentido. De esta manera, aunque el puntaje que puedan obtener los integrantes de la lista, al final de la convocatoria no determina su designación en el cargo de contralor general, sí constituye una expresión de mérito, que puede ayudar a determinar el voto en el proceso de elección. Así, se resalta la importancia del principio y criterio del mérito que, sin ser el factor final determinante de la decisión, sí es un parámetro de racionalización de la elección.

La decisión de unificación claramente estuvo encaminada a garantizar la función de nomofilaquia que es propia del tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, y si bien aún hay puntos que pueden generar duda

dentro del proceso de elección del contralor general, por la aplicación de las leyes 5 de 1992 y 1904 de 2018, lo cierto es que existen unos parámetros mínimos y generales que pueden determinar el proceso electoral, para efectos de evitar que se repliquen irregularidades que puedan afectar el trámite. Así, la participación, el mérito, la publicidad, la igualdad, la participación y el debido proceso son elementos que en todo caso deben ser fundamentales dentro de las convocatorias futuras que realice el Congreso de la República.

Hay algunos aspectos que, en todo caso, deben ser analizados desde una perspectiva crítica a raíz de cuanto se señala en lo decidido por la Corte Constitucional. En primer lugar, debe destacarse que la providencia dejó de lado un aspecto fundamental, que determinaba el futuro de la nueva elección que se realizaría. Acorde con la parte resolutive de la sentencia, se ordenó al Congreso rehacer el proceso, a partir de la elaboración de la lista de diez elegibles, conservando en todo caso una parte del proceso que no se había visto afectada por la irregularidad advertida y que dio lugar a la anulación de la elección. En este caso, pudiendo realizar una precisión, la Corte no aclaró si la nueva elección a realizar sería por el periodo restante contado desde la primera elección<sup>18</sup>, o si se realizaría por el periodo de cuatro años<sup>19</sup>, equivalente al periodo descrito en la Constitución Política, que parecería ser la consecuencia natural de los efectos típicos de la nulidad, en el sentido de que esa elección no existió, y la nueva designación debería corresponder al periodo de cuatro años salvo que expresamente se determine lo contrario. En este caso, un pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto hubiera zanjado algunas dudas frente a esta temática, sin embargo, ante el silencio, el papel del Consejo de Estado es resolver este asunto, en las discusiones actuales sobre el particular.

Un segundo aspecto que es importante abordar desde la perspectiva crítica refiere a la configuración de oficio de un defecto que explícitamente no fue abordado por el accionante respecto de la sentencia cuestionada. Tal como se advirtió del análisis realizado, antes de concluir con la providencia

---

18 Bajo una interpretación en virtud de la cual el periodo del contralor general de la República es institucional.

19 En el entendido de que el periodo del contralor general fuese personal.

la Corte Constitucional consideró que la sentencia cuestionada había desconocido el precedente de la Sección Quinta, respecto a los efectos de la nulidad cuando las irregularidades en el proceso no afectaban todas las etapas del trámite electoral. Frente a este punto surge una pregunta particular: ¿es viable que en el ejercicio de la acción de tutela contra providencia los jueces puedan amparar el derecho invocado, con fundamento en cargos o causales específicas que no fueron previamente propuestos?

Al margen de la discusión particular, en donde se advirtió el desconocimiento de un precedente, resulta fundamental que la Corte Constitucional en futuras providencias aclare el alcance de la facultad del juez constitucional respecto de las decisiones que son analizadas en el marco de una acción de tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta que, en virtud del pacífico y uniforme precedente constitucional, uno de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias corresponde a la “identificación razonable de los hechos vulneradores del derecho”<sup>20</sup>, requisito que exige que los accionantes identifiquen los defectos en los que incurrió la providencia judicial atacada. En este punto, aunque se debe destacar el carácter “informal” de la acción constitucional y la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial (arts. 3.º y 14 del Decreto 2591 de 1991), es pertinente que se valore en términos de proporcionalidad si el juez constitucional puede de oficio determinar la protección de un derecho, respecto de aspectos no debatidos en la acción constitucional.

Para concluir, debe resaltarse que si bien la sentencia revocó el fallo de primera instancia dentro de la acción constitucional, la adopción de esta decisión se dio en función de la protección del precedente mismo del Consejo de Estado, confirmando el papel que tiene la Corte Constitucional como supremo intérprete de la Carta Política, e igualmente como garante de la institucionalidad judicial del país.

---

20 Consideración n.º 149 de la sentencia. “6. El accionante debe identificar tanto los hechos que generaron la afectación como los derechos vulnerados. Además, tal afectación se debe haber alegado en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible. Igualmente, debe precisar los defectos en que incurrió la providencia judicial atacada”.

REFERENCIAS

- Barnes, Javier. “Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, 2018, pp. 77-123. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.06>.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 5 de junio de 2012, rad. 11001032800020100011500. *Diego Armando Carvajal Briñez vs. Acto de elección de Sandra Morelli Rico como Contralora General de la República*.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 26 de mayo de 2015, rad. 11001032800020150002900. *G.A.A.M. vs. Secretario de la Comisión Sexta del Senado*.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 25 de mayo de 2023, rad. 11001032800020220029700, acumulado 11001032800020220031100. *Jennifer Pedraza Sandoval vs. Acto de Elección de Carlos Hernán Rodríguez como contralor general de la República*.
- Corte Constitucional. Sentencia C-497 de 1995.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1017 de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-380 de 2021.
- Julio Estrada, Alexei. “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Correa, Magdalena *et al.* (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 487-580.
- Julio Estrada, Alexei y Lozano Villegas, Germán. “Una aproximación general a la jurisdicción constitucional en Colombia”, en *Garantías judiciales de la Constitución*, Sierra Porto, Humberto *et al.* (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 100-158.
- Vanegas, Pedro Pablo. *Estudios de derecho electoral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

DIEGO GONZÁLEZ MEDINA\*  
LUIS CARLOS PINZÓN CAPOTE\*\*

*Sentencia C-340 de 2024*  
*(Ley estatutaria que expedía el nuevo Código Electoral)*



## I. CONTEXTO

El Código Electoral vigente está contenido en el Decreto Ley 2241 de 1986. Esta norma ha regido los procesos electorales de Colombia durante más de cuatro décadas, pero en los últimos años se ha consolidado un significativo consenso político sobre la necesidad de que el país cuente con un nuevo Código Electoral. Este consenso se explica, principalmente, por tres razones.

Primera, múltiples contenidos normativos del Código Electoral vigente son obsoletos y ajenos a las necesidades de modernización de la participación democrática. A título ilustrativo, el Código Electoral vigente regula una sola manera de depositar el voto, dispone formas electorales obsoletas como las papeletas de votación y prevé regulaciones vetustas sobre la custodia y el mantenimiento de los documentos electorales. Estas instituciones y regulaciones electorales son rezagos de los viejos modelos de votación del siglo XIX, que no solo impiden la actualización electoral, sino que frustran la indispensable renovación de la participación democrática en los contextos de las nuevas tecnologías.

Segunda, el Código Electoral vigente fue expedido por el presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias y en el marco de la Constitución Política de 1886. Por consiguiente, muchas de sus normas no responden al proyecto de profundización democrática diseñado por la Constitución Política de 1991. Entre otras, esta nueva Constitución reconoció un amplio catálogo de derechos fundamentales, renovó la organización constitucional de los partidos políticos, previó la creación de la organización electoral, reguló sus principales instituciones y configuró un

---

\* Docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado y magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Derecho de la Universidad de California (Estados Unidos). Contacto: [diego.gonzalez@uexternado.edu.co](mailto:diego.gonzalez@uexternado.edu.co)

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia); magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (España) y de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (España); estudiante de la maestría en Periodismo en *El País* (España).

sistema democrático participativo, para lo cual incluyó mecanismos como la iniciativa popular, el referendo, la consulta popular, el plebiscito y la revocatoria del mandato. Lejos de desarrollar estas instituciones, el Código Electoral vigente no responde a este fin constitucional de activación de la participación política de los ciudadanos.

Tercera, numerosos contenidos del Código Electoral vigente han sido derogados, modificados o declarados inexecutable por la Corte Constitucional. En la actualidad existen más de 30 leyes y numerosos actos administrativos que regulan las elecciones y los procesos electorales, lo que genera alta dispersión normativa en esta materia. A su vez, solo en relación con la Ley 28 de 1979, la Corte Constitucional ha proferido más de 20 sentencias de inexecutable total o parcial de contenidos normativos, lo que compromete de manera considerable la sistematicidad y la legitimidad democrática de la regulación electoral.

Pese al consenso político sobre la necesidad de contar con esta nueva normativa, múltiples factores han dificultado la expedición del nuevo Código Electoral.

Primero, la dificultad de alcanzar consensos legislativos sobre los dispositivos y los ajustes normativos en materia electoral, habida cuenta de la resistencia de varios sectores políticos de alterar las reglas de juego de las elecciones. La modificación de las normativas electorales suele ser dificultosa, dado que, por definición, afecta la representación política y, por tanto, altera el *statu quo* del acceso y la distribución de las posiciones para el ejercicio del poder público por parte de los partidos y los actores políticos. Las reservas a estas modificaciones suelen ser más intensas cuando los cambios normativos se implementan mediante códigos o leyes que buscan regular de manera sistemática o integral la materia electoral.

Segundo, la exigencia constitucional de que el Código Electoral se adopte mediante ley estatutaria. El artículo 152 C.P. dispone que, mediante ley estatutaria, el Congreso de la República regulará “las funciones electorales”. Este tipo de ley está sometida, por mandato constitucional, a un procedimiento cualificado para su expedición. En particular, debe ser tramitada en una sola legislatura y debe ser aprobada por mayoría absoluta de los integrantes de una y otra cámara, lo que demanda acuerdos y consensos políticos más sólidos y expeditos entre los distintos partidos. Este trámite

es, sin duda, mucho más exigente que el de las leyes ordinarias, mediante las cuales se expiden los códigos en otras materias.

Tercero, conforme al artículo 153 C.P. y la jurisprudencia constitucional, el control de constitucionalidad de los proyectos de ley estatutaria que lleva a cabo la Corte es previo, automático e integral. Esto significa que la Corte examina que el trámite legislativo y el contenido del proyecto de ley en su integridad sean compatibles con la Constitución Política. En ejercicio de este control, la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales los dos proyectos de ley estatutaria mediante los cuales el Congreso de la República ha expedido el Código Electoral. Ambas declaratorias de inconstitucionalidad se han fundado, en criterio de la Sala Plena, en vicios de procedimiento insubsanables.

Tras varios proyectos archivados<sup>1</sup>, el Congreso aprobó el proyecto de ley número 234 de 2020 (Senado) y 409 de 2020 (Cámara), “por la cual se expide el Código Electoral Colombiano y se dictan otras disposiciones”. Este proyecto de ley fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-133 de 2022, la cual se fundó en que, según la Corte, el trámite de este proyecto de ley violó la Constitución porque el Congreso (i) incurrió en elusión de debate, (ii) tramitó esta iniciativa en sesiones extraordinarias, (iii) deliberó sobre este proyecto en sesiones virtuales o mixtas, (iv) omitió la consulta previa y (v) desconoció el deber de evaluar el impacto fiscal. Los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Paola Andrea Meneses Mosquera y Gloria Stella Ortiz Delgado suscribieron salvamentos de voto frente a esta decisión.

Por lo anterior, el Congreso volvió a tramitar el proyecto de ley estatutaria para expedir el Código Electoral, a saber, el proyecto de Ley Estatutaria 111 de 2022 (Senado), acumulado con el proyecto de Ley 141 de 2022 (Senado) y 418 de 2023 (Cámara). Mediante la Sentencia C-340 de 2024, la Corte declaró inexecutable esta nueva iniciativa. Los magistrados Natalia Ángel Cabo, Juan Carlos Cortés González, Diana Fajardo Rivera,

---

1 Por ejemplo, el proyecto de Ley n.º 93 de 2004 (Senado) acumulado con el proyecto de Ley n.º 127 de 2004 (Senado), “por la cual se expide el Código Electoral y se dictan otras disposiciones”. Véase, también, el proyecto de Ley Estatutaria n.º 142 de 2011 (Senado).

Vladimir Fernández Andrade y Paola Andrea Meneses Mosquera aclararon su voto. Ningún magistrado suscribió salvamento de voto.

Esta crónica tiene por objeto examinar esta última decisión.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Como se explicó, la competencia de la Corte para examinar la constitucionalidad de este proyecto se activó de manera automática. Por tanto, en este expediente no existió demanda de acción pública de inconstitucionalidad. Sin embargo, la Corte recibió múltiples intervenciones a favor y en contra de la exequibilidad, total o parcial, así como múltiples escritos mediante los que se solicitó su exequibilidad condicionada<sup>2</sup>.

De un lado, los intervinientes que defendieron la exequibilidad de la norma insistieron en la importancia de contar con un Código Electoral que, expedido a la luz de la Constitución de 1991, respondiera a los cambios tecnológicos y políticos. Así, por ejemplo, el Registrador Nacional del Estado Civil “destacó la significación y la importancia de este proyecto de ley para la materialización de valores y principios que sobre la materia se incorporaron en la Constitución”<sup>3</sup>, sobre todo, por cuanto el Código Electoral vigente “fue expedido por el Presidente sin un debate parlamentario”<sup>4</sup>. Asimismo, resaltó que el proyecto buscaba “materializar el punto 2 del Acuerdo de Paz para alcanzar el pluralismo y la inclusión de los diversos grupos poblacionales y subrepresentados”<sup>5</sup>, respecto de lo cual algunas intervenciones ciudadanas agregaron que el proyecto proponía “acciones afirmativas que buscan el respeto de las garantías electorales de las mujeres”<sup>6</sup>.

Estos escritos sostenían que el proyecto de ley había cumplido a cabalidad con los requisitos formales exigidos por la Constitución y la Ley 5

---

2 Además, recibió una solicitud de exequibilidad condicionada de tres artículos, así como peticiones particulares en lo relativo a artículos específicos.

3 Sentencia C-340 de 2024.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Ibid.* Intervención de la ciudadana María Alejandra Salazar Rojas.

de 1992. Esta posición fue defendida también por el Consejo Nacional Electoral (CNE), junto con el Ministerio del Interior, la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC) y varios congresistas de diferentes partidos políticos. En criterio del CNE, el proyecto de ley “cumplió con la regla de impacto fiscal”<sup>7</sup>, a lo que la Registraduría adicionó que “remitió una serie de informes ante el Ministerio de Hacienda, los cuales remitió como copia al Congreso de la República”<sup>8</sup>. Por su parte, la Registraduría aseguró que la discusión y aprobación del proyecto “en ambas Cámaras se desarrolló de manera amplia y detallada”<sup>9</sup>.

De otro lado, las solicitudes de inexecutable argumentaron, en lo referente a los vicios de procedimiento, (i) el incumplimiento del requisito de análisis de impacto fiscal, en tanto “la Plenaria de la Cámara de Representantes no tenía el concepto fiscal final del Ministerio de Hacienda”<sup>10</sup>; (ii) la ausencia de consulta previa, dado que “los artículos 22 y 119 podrían afectar la cosmovisión étnica”<sup>11</sup> de algunas comunidades, y (iii) la elusión del debate, que se habría configurado en la plenaria de la Cámara de Representantes producto de la votación en bloque del articulado, que habría evitado que se diera un “debate amplio, trascendente y participativo”<sup>12</sup>. Otros reproches también fueron planteados acerca del incumplimiento del principio de unidad de materia y la “inobservancia” del principio de consecutividad e identidad flexible<sup>13</sup>.

Dentro de las intervenciones en contra de la norma, Fabiola Márquez Grisales, magistrada del Consejo Nacional Electoral, planteó en audiencia pública su “preocupación frente al debate del Código Electoral”<sup>14</sup>. En criterio de la magistrada, el Congreso de la República “no contó con el concepto técnico de impacto fiscal ni con el concepto del marco fiscal a

---

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 *Ibid.* Intervención de la ciudadana Ingrid Johana Aguirre Juvinao. Y véase, asimismo, la intervención del ciudadano Harold Sua Montaña.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

13 *Ibid.* Intervención de Harold Sua Montaña.

14 *Ibid.*

mediano plazo del Ministerio de Hacienda”, algo que estimaba “indispensable para el debate y eventual aprobación y/o implementación de este código”. Márquez Grisales insistió, además, en que el debate del proyecto de ley se dio de “manera acelerada”, con lo que se habrían vulnerado los artículos 157 y 160 C.P. En concreto, estimó que el Legislador “contaba con la posibilidad de dar el suficiente debate a temas que impactan de manera directa a los ciudadanos”.

En lo relativo al trámite legislativo del proyecto de ley estatutaria, la procuradora general de la Nación solicitó a la Corte declarar la exequibilidad del nuevo Código Electoral. En particular, subrayó que, “en los términos del artículo 160 de la Constitución, el proyecto fue discutido y votado en las sesiones previamente anunciadas”<sup>15</sup>, así como que, “en virtud de los artículos 334 de la Constitución y 7 de la Ley 819 de 2003, en el transcurso del debate del proyecto se analizó el impacto fiscal”<sup>16</sup>. A su vez, resaltó que no era necesario “adelantar procesos de consulta previa para la adopción del PLE [proyecto de ley estatutaria], en los términos del artículo 7 superior y del Convenio 169 de la OIT, porque la iniciativa no afecta de forma directa ni específica la identidad de los grupos étnicos”<sup>17</sup>.

Por último, múltiples intervinientes, entre ellos la Fundación Karisma y el Colegio de Abogados y Observatorio Electoral, solicitaron una serie de declaratorias de inexecutable parcial y de exequibilidad condicionada.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Por unanimidad, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del proyecto de ley estatutaria mediante el cual se expedía el Código Electoral, al concluir que existieron vicios de procedimiento en su formación. Esto, por cuanto estimó que el Legislador: 1. No agotó el requisito de consulta previa, pese a que el proyecto de ley regula componentes relacionados con la participación electoral de los pueblos indígenas; 2. No satisfizo el requisito de análisis de impacto fiscal, a pesar de que el

---

15 *Ibid.* Intervención de la procuradora general de la Nación.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

proyecto de ley contiene órdenes de gasto y beneficios tributarios, y, por último, 3. Eludió el debate legislativo del proyecto de ley.

### I. VIOLACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

La Sala Plena advirtió que, pese a que había declarado la inexecutable de cuatro artículos del anterior proyecto de Código Electoral porque no fueron consultados, el Congreso los reprodujo en el nuevo proyecto de ley estatutaria sin agotar esa exigencia. Al respecto, la Corte reiteró su precedente y, por tanto, declaró la inexecutable de los artículos que, “según la Sentencia C-133 de 2022, tenían que ser sometidos a consulta previa y que no fueron consultados en esta oportunidad”. Además, se pronunció acerca de apartes nuevos de algunos de dichos artículos, respecto de los cuales insistió en que, “en materia de regulación de las funciones electorales”, el deber de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural implica garantizar la consulta previa.

La Corte también cuestionó la gestión del Ministerio del Interior en el trámite legislativo. Señaló que dicha entidad ignoró “el precedente relevante” de la Sentencia C-133 de 2022, al concluir que la iniciativa no estaba sometida a la consulta previa por ser una reglamentación del sistema electoral de carácter general. Esto, sin “verificar cómo algunas disposiciones específicas tenían un impacto diferencial sobre las costumbres y el autogobierno de las comunidades étnicas”. Para la Sala, la facultad de la Registraduría para reglamentar “la autorización para la inscripción del nacimiento expedida por las respectivas autoridades tradicionales étnicas” (art. 27), la competencia de este órgano para adelantar campañas pedagógicas para la actualización del domicilio electoral con “enfoques territoriales y étnicos” (art. 48) y el deber de instalar puestos electorales permanentes en resguardos indígenas (art. 120) “impactan las dinámicas y costumbres colectivas de los grupos étnicos en el marco del sistema electoral”. Por tanto, debían ser consultadas a los pueblos étnicos.

Al finalizar este análisis, la Sala Plena se cuestionó acerca de “si la falta de agotamiento del requisito de consulta previa debe recaer solo sobre los artículos ya mencionados o, por el contrario, sobre la totalidad del PLE”. Al respecto, la Sala optó por esta última alternativa, porque (i) “la exclusión del ordenamiento de las normas no consultadas generaría un déficit

de protección jurídica de las comunidades étnicas, las cuales carecerían de regulación legal en las materias desarrolladas por aquellas”, y, además, (ii) “la declaratoria de inexequibilidad parcial desarticularía un sistema normativo con pretensión de integralidad, unidad y sistematicidad”.

## 2. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE ANÁLISIS DE IMPACTO FISCAL

La Corte concluyó que el Legislador incumplió el requisito de análisis de impacto fiscal previsto por el artículo 7.º de la Ley 819 de 2003, por cinco razones:

23.1. A pesar de que el proyecto de ley contenía “órdenes de gasto y beneficios tributarios”, la exposición de motivos y el informe de ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes “no precisaron los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo”.

23.2. El análisis de impacto fiscal que fue incorporado en los otros tres informes de ponencia del trámite legislativo “hizo una evaluación parcial de los costos fiscales del PLE”, en tanto “únicamente se refirió a las medidas relacionadas con el incremento de los gastos de personal al interior de la RNEC” y “no estableció la fuente de ingreso adicional para cubrir esos nuevos costos”. Esto, pese a ser una iniciativa del Gobierno nacional.

23.3. La RNEC y algunos congresistas solicitaron al Ministerio de Hacienda, al menos en tres oportunidades, que rindiera el concepto respectivo al interior del trámite legislativo. Esta circunstancia “no puede ser irrelevante” ya que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, es esa entidad “quien cuenta, en principio, con los instrumentos para valorar de mejor manera los efectos fiscales de una disposición”.

23.4. El Ministerio de Hacienda remitió el concepto “de forma tardía”, razón por la cual “no cumplió su fin sustancial”. Asimismo, el informe “de ninguna manera fue claro e ilustrativo”, dado que “no indica de forma explícita y sin vacilaciones o titubeos” si los costos fiscales del proyecto de ley estatutaria son o no consistentes con el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP).

23.5. El concepto del Ministerio de Hacienda “no fue estudiado por el Congreso, de conformidad con las reglas jurisprudenciales que gobiernan la materia”. En criterio de la Sala, aunque el concepto fue “mencionado” en

la Cámara de Representantes, esta corporación “no llevó a cabo una deliberación ‘pública, particular y explícita’ sobre el impacto fiscal de la totalidad de la reforma propuesta, su compatibilidad con el MFMP, el contenido del concepto y las posibles fuentes de financiación”. Tampoco lo hicieron los conciliadores del proyecto, ni la plenaria del Senado de la República, “incluso después de que una senadora mencionó dicho concepto”.

La Corte concluyó que este vicio de procedimiento “no es subsanable”, en la medida en que se presentó en la “etapa inicial del trámite”. Además, en criterio de la Sala Plena, el Legislador omitió “analizar el impacto fiscal de disposiciones centrales” del proyecto de ley, así como “la adopción de nuevas medidas tecnológicas para el desarrollo de los procesos electorales y el reconocimiento de estímulos, entre ellos, tributarios, a favor de los electores”. A su vez, los informes de ponencia “no establecieron la fuente del ingreso adicional para cubrir esos nuevos costos”, pese a que, al ser un proyecto de iniciativa mixta, el Gobierno nacional está en “la obligación de presentar de manera detallada y precisa el análisis del impacto fiscal en todas las etapas del proceso legislativo”.

En consecuencia, la Corte decidió que la declaratoria de inconstitucionalidad debe recaer sobre la totalidad del proyecto de ley estatutaria. Esto, en atención a que este vicio de trámite es “particularmente grave”, en tanto “denota una suerte de improvisación”, así como “la falta de una valoración seria” por parte del Gobierno nacional y, en particular, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre el impacto fiscal del proyecto. Por tanto, la Corte declaró la inconstitucionalidad del mismo, en la medida en que “los artículos que prevén órdenes de gasto y beneficios tributarios son de la esencia del PLE” y “la declaratoria de inexequibilidad parcial desarticularía un sistema normativo con pretensión de integralidad, unidad y sistematicidad”.

### 3. CONFIGURACIÓN DE ELUSIÓN DEL DEBATE

La Sala Plena concluyó que “la aprobación del PLE tampoco fue precedida por un debate amplio, deliberativo y participativo”, lo que condujo a la configuración de un vicio de procedimiento por elusión del debate “desde las etapas más tempranas del trámite legislativo”. En particular, la Sala Plena identificó los siguientes cinco “vicios”:

26.1. La votación de artículos en bloque, pese a que (a) los bloques no tenían ninguna unidad temática, (b) mediaban solicitudes de los congresistas para que los artículos fueran votados de manera separada y (c) los congresistas advirtieron sobre las contradicciones lógicas que generaba esta metodología.

26.2. La confusión que se generó durante la votación del proyecto de ley en primer debate ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes por la doble numeración del articulado. Al respecto, la Corte concluyó que “el informe de ponencia debe encontrarse elaborado de tal forma que permita iniciar adecuadamente el debate”, por lo que, si no “confiere claridad y genera confusión e induce a errores, no puede entenderse satisfecha esta exigencia”.

26.3. La aprobación de textos implícitos, indeterminados o indebidamente armonizados en primer debate ante la Comisión Primera de la Cámara. En particular, “varios artículos del PLE tenían más de una proposición avalada sobre el mismo inciso”. Durante el debate “no se hizo ninguna labor de armonización de estas proposiciones y, por el contrario, se procedió a su votación y aprobación”.

26.4. La falta de publicidad de las proposiciones presentadas durante el segundo debate —“la ausencia de la lectura completa y precisa” de las mismas— ante la plenaria de la Cámara de Representantes. Asimismo, del informe de la subcomisión designada para analizarlas, que “fue publicado durante el debate” y no con anterioridad al mismo. Esta decisión, en criterio de la Corte, “afectó la conformación de la voluntad democrática”.

26.5. El desconocimiento del principio de publicidad de la fe de erratas al informe de conciliación en la Plenaria del Senado de la República. En particular el hecho de que, pese a no haber sido publicado un día antes, como exige la jurisprudencia constitucional, el secretario general del Senado “se limitó a leer el informe de la proposición, pero no explicó en qué consistieron las correcciones y omitió la lectura de los artículos”.

Tales vicios fueron examinados a la luz del estándar sobre debate fijado en la Sentencia C-133 de 2022. Entre otras cosas, este estándar exige al juez constitucional analizar si, “incluso cuando, formalmente, se hayan atendido la mayoría de las exigencias del procedimiento, y el debate y aprobación de la iniciativa haya tenido lugar bajo las figuras que la Constitución y la Ley 5 de 1992” exigen, existe un “déficit de deliberación” que haya

impedido que “el debate fuese amplio, deliberativo y participativo”. En este contexto, aun cuando “el juez constitucional no está llamado a ‘medir la calidad o la intensidad de la deliberación’”, puede valorar “la inexistencia de las condiciones que permitieran presumir la posibilidad real de deliberación y, por lo tanto, de conformación de la voluntad democrática”.

La Sala Plena indicó, además, que la “ocurrencia” de estas circunstancias “dependerá del asunto específico bajo revisión y de los estándares que rodean la aprobación de cada iniciativa”. Por esta razón, las “hipótesis generales” que reitera la sentencia –como son, por ejemplo, cuando “la mesa directiva de la célula respectiva o los ponentes imponen la aprobación de la iniciativa” o que “de manera voluntaria y consciente, se aceleran las votaciones”– son “ilustrativas de este fenómeno, por lo que no constituyen una enumeración taxativa o cerrada de los supuestos en los que se presenta”. Otros ejemplos de este fenómeno serían, en criterio de la Sala Plena, la “lectura plana, superficial, inadecuada o insuficiente” de informes o proposiciones –en contraste con “una insinuación del contenido normativo objeto de votación”– o la votación en bloque “sin ninguna consideración ni presentación de su contenido antes de la votación”.

La Corte fundó la decisión de inexecutable del proyecto de ley en las consideraciones precedentes. Con todo, expuso tres consideraciones que justifican “la inconstitucionalidad de la totalidad del PLE”. Primero, que la eliminación de las disposiciones que afectan directamente a las comunidades étnicas y las medidas que prevén órdenes de gasto y beneficios tributarios “implicaría la eliminación de disposiciones medulares del PLE”, que equivalen además a “casi la quinta parte de la iniciativa”. Segundo, que “las 49 disposiciones [inconstitucionales] tantas veces mencionadas no pueden ser vistas de manera aislada”, sino que su “interpretación debe ser sistemática de cara al objeto del PLE”. Tercero, que la exclusión del ordenamiento de las normas no sometidas a consulta previa “generaría un déficit de protección jurídica de las comunidades étnicas, las cuales carecerían de regulación legal en las materias desarrolladas por aquella”.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO

Además de ser una providencia fundamental en materia electoral, la Sentencia C-340 de 2024 fija importantes reglas –y también genera dudas

relevantes— sobre la forma en que la Corte debe llevar a cabo el control de constitucionalidad por vicios de procedimiento.

Como se explicó en la anterior sección, esta sentencia reitera las reglas fijadas por la Corte en relación con (i) el alcance de los principios de publicidad y debate, (ii) el informe de impacto fiscal y, por último, (iii) el alcance de la consulta previa frente a normativas aprobadas por el Legislador. En este fallo, la Sala Plena reiteró las reglas desarrolladas, principalmente, en las sentencias C-481 de 2019 —inexequibilidad de la Ley de Financiamiento—, C-133 de 2022 —inexequibilidad del proyecto de Código Electoral— y C-134 de 2023 —exequibilidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia—.

Los autores de esta crónica disentimos de los argumentos centrales de esta sentencia. Esto, porque consideramos que, con las reglas fijadas y reiteradas en esta decisión, la Corte Constitucional (i) impuso cargas irrazonables y desproporcionadas al procedimiento legislativo, (ii) inviabilizó la producción de la necesaria normativa electoral y, por esta vía, (iii) invadió la autonomía del Legislador y vulneró el principio democrático.

En concreto, nuestro disenso con la Sentencia C-340 de 2024 se funda en las siguientes tres razones: 1. El estándar definido por la Corte para examinar los principios de publicidad y debate carece de fundamento normativo y compromete el principio democrático; 2. El alcance de la consulta previa definido en esta decisión impone cargas irrazonables para la expedición del Código Electoral; y, por último, 3. El estándar de análisis del informe de impacto fiscal no se funda en requisitos previstos por la Constitución y la legislación orgánica, a la vez que amenaza con imponer cargas desproporcionadas al trámite legislativo.

#### I. EL ESTÁNDAR DEFINIDO POR LA CORTE PARA EXAMINAR LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y DEBATE CARECE DE FUNDAMENTO NORMATIVO Y COMPROMETE EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

La Constitución Política de 1991 no define qué significa debate; la Ley 5 de 1992, sí. En efecto, el artículo 96 de esta normativa dispone que “el sometimiento a discusión de cualquier proposición o proyecto sobre cuya adopción deba resolver la respectiva Corporación, es lo que constituye

el debate”. En estos términos, para garantizar el debate, el Legislador orgánico no exigió *cantidades* ni *calidades* mínimas de deliberación, sino simplemente que las proposiciones o proyectos se sometan a discusión.

Con base en dicha definición, la Corte Constitucional reiteró de manera uniforme, hasta el año 2019, que “el control constitucional sobre las características del debate de ninguna manera comprende la calidad ni la suficiencia del mismo ni mucho menos de los argumentos esgrimidos por los miembros del Congreso”<sup>18</sup>. Por tanto, de verificarse que “se le[s] dio la oportunidad a los congresistas para debatir el proyecto [...], no se ha presentado una ausencia de debate”<sup>19</sup>.

Dicho estándar se fundaba en que, según la Corte, “el respeto al principio del pluralismo así como el principio de autonomía del Congreso de la República impiden que el juez constitucional juzgue [la cantidad o la calidad] del debate”<sup>20</sup>. A su vez, señaló que “el control de constitucionalidad de los debates parlamentarios se orienta a verificar el cumplimiento de las exigencias procedimentales establecidas en la Constitución y en la ley, cuyo respeto posibilita la existencia de un debate democrático, sin que corresponda al juez constitucional pronunciarse sobre la calidad o suficiencia del debate mismo”<sup>21</sup>.

Pese a la uniformidad de este precedente, a partir de la Sentencia C-481 de 2019, la Corte Constitucional introdujo en su jurisprudencia un nuevo estándar para determinar cuándo se configuraba elusión o ausencia de debate. Según la Corte, este fenómeno se configura siempre que se apruebe una norma sin “un debate público, amplio, participativo y pluralista”. Este estándar –que exige el conocimiento *pleno y real* de la iniciativa por parte de los congresistas– ha sido reiterado en las sentencias C-133 de 2022, C-134 de 2023 y C-340 de 2024.

A nuestro juicio, este estándar es incorrecto e inconveniente al menos por las siguientes razones:

---

18 Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 2024.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-337 de 2006.

20 Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 2024.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-044 de 2015.

(a) *Carece de fundamento normativo.* Ninguna norma constitucional o legal prevé dichas exigencias o cualifica el debate en los términos en que la Corte lo ha exigido en estas últimas sentencias. Por el contrario, la Ley 5 de 1992 se limita a exigir, para garantizar el debate, que se sometan las proposiciones o proyectos a votación. En este sentido, la lluvia de adjetivos planteados en la sentencia, que exigen al Legislador —*a medida que avanza la línea jurisprudencial descrita*— lecturas “completas” o “precisas”, al tiempo que se reprochan las que se estiman como “planas”, “superficiales”, “inadecuadas” o “insuficientes”, solo por referir un ejemplo, carecen de fundamento legal. La Ley 5 de 1992 únicamente exige que el Legislador garantice las condiciones para debatir, pero no cantidades o calidades específicas de deliberación. Este es, según la Constitución y la ley, el estándar a la luz del cual el juez —*en atención al principio de autorrestricción judicial y a la deferencia con las ramas políticas*— debe ejercer el control constitucional del trámite legislativo.

(b) *No existe forma de medirlo y, por tanto, de aplicarlo de manera objetiva.* No existe parámetro objetivo alguno para determinar si el Congreso cumple o incumple los estándares de “debate público, amplio, participativo y pluralista” y de “conocimiento pleno y real”. ¿Qué significa debate público? ¿Cuándo el debate es “amplio” y no “reducido”? ¿A partir de cuándo o de qué se considera que el debate es verdaderamente “participativo”? ¿Qué factores deben cumplirse para que el debate sea considerado “pluralista”? ¿Qué significa conocimiento pleno de los congresistas y cómo se puede medir? La inexistencia de parámetros objetivos para aplicar estos estándares da cuenta de que son inapropiados para controlar el procedimiento legislativo, en tanto su indefinición e incertidumbre no le permiten al Congreso determinar qué está permitido, prohibido u ordenado, para garantizar el debate conforme a la Constitución.

(c) *Deslegitima e interpreta de manera contraevidente el ejercicio legítimo de facultades constitucionales y legales del Congreso.* La Corte ha identificado una serie de “hipótesis” a la luz de las cuales el ejercicio de facultades constitucionales y legales por parte de los congresistas permite dar por acreditada la elusión del debate. A título ilustrativo, la conformación de comisiones accidentales, la votación en bloque o la decisión de retirar proposiciones para dejarlas como constancias son interpretadas —*y cualificadas*— de manera injustificada, como indicios de elusión de debate;

esto, pese a que objetivamente son ejercicios legítimos de las atribuciones congresionales. Dichos indicios de elusión del debate dan lugar a que la Corte arribe a una conclusión inaceptable, esto es, que un proyecto de ley puede ser inconstitucional incluso cuando, formalmente, se hubieren observado “las exigencias del procedimiento y el debate y aprobación de la iniciativa haya tenido lugar bajo las figuras que la Constitución y la Ley 5 de 1992”.

(d) *Propicia usos estratégicos o abusivos del control de constitucionalidad por vicios de procedimiento por parte de grupos políticos en el Congreso.* Buena parte de la argumentación de la sentencia se funda en las intervenciones de los congresistas que, desde la minoría, se opusieron en su momento a la aprobación de una iniciativa en las cámaras legislativas. Así, la mera manifestación de uno o varios congresistas para solicitar, por ejemplo, que no se produzca una votación en bloque —la sentencia incluso utiliza frases como “los congresistas advirtieron sobre las contradicciones lógicas” o “algunos representantes alertaron a la Mesa Directiva sobre la necesidad de enumerar de forma debida el texto sometido a votación” para fundar su decisión— resulta ser suficiente para que la Corte invalide la decisión de la mayoría, en desmedro del principio democrático. Esta regla podría generar incentivos perversos en el Congreso, a saber: que los congresistas obstaculicen la expresión de la voluntad mayoritaria y, luego, tras la decisión, aleguen sus propias prácticas y aseveraciones en contra de la validez del procedimiento legislativo.

(e) *Parte de un estándar diabólico de publicidad: pleno y real conocimiento de la iniciativa.* La elusión de debate se configura, según la Corte, porque se violó el principio de publicidad, en tanto los congresistas no pudieron conocer de manera plena e integral el contenido de la iniciativa. Este estándar es a todas luces *diabólico*, en tanto no solo es imposible garantizarlo, sino también examinarlo. En efecto, ¿cómo pueden los magistrados de la Corte saber si los congresistas tuvieron “pleno y real”<sup>22</sup> conocimiento de

---

22 Afirma la Sentencia C-340 de 2024 que “la jurisprudencia constitucional ha señalado que, de forma excepcional, ‘es posible recurrir a medios alternativos de publicidad (regla de excepción), por la cual, de todos modos, resulta indispensable que se pruebe el conocimiento real de los congresistas’”.

la iniciativa bajo su consideración? ¿O que no lo tuvieron, y con ello fundar una declaratoria de inconstitucionalidad? Este estándar plantea un obstáculo epistémico insuperable para la Corte: determinar el conocimiento pleno y real de los congresistas. En esta materia, el control de la Corte debe orientarse a verificar si los congresistas tuvieron la posibilidad de contar con la información necesaria para deliberar y, por tanto, aplicar un estándar de *disponibilidad de la información*. De esta manera se garantiza, de manera efectiva y a la luz del principio democrático, la autonomía del Congreso de la República.

En nuestra opinión, la forma adecuada de controlar la constitucionalidad del debate en el Congreso no es mediante la imposición de estándares indeterminados que no tienen fundamento normativo, que carecen de parámetros objetivos para su aplicación, que parten de reprochar el ejercicio de facultades que la Constitución y la ley confieren al Congreso de la República, que permiten la instrumentalización del control por vicios de procedimiento por grupos políticos que son vencidos en el Congreso y que parten de reglas *diabólicas* en materia de publicidad. Por el contrario, la mejor manera en que, conforme a la Constitución y la Ley 5 de 1992, la Corte garantiza el principio democrático al examinar el debate en el Congreso consiste en examinar si los congresistas (i) tuvieron información disponible para deliberar y (ii) tuvieron la posibilidad de hacerlo.

2. EL ALCANCE DE LA CONSULTA PREVIA  
DEFINIDO EN LA SENTENCIA C-340 DE 2024  
IMPONE CARGAS IRRAZONABLES PARA LA  
EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO ELECTORAL

El Convenio 169 de la OIT exige que toda medida que implique afectación directa debe ser consultada a los pueblos étnicos. Esto incluye, según la Corte Constitucional, “las medidas legislativas o administrativas que tengan la susceptibilidad de impactarlos directamente”<sup>23</sup>. En este sentido, el “presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencias SU-123 de 2018 y SU-121 de 2022.

entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico”.

Sin embargo, la Corte también ha precisado que las leyes, “por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa”<sup>24</sup>. Por esta razón, el proceso de consulta previa de las leyes debe ser excepcional, habida cuenta de las dificultades para colegir, de forma razonable, afectaciones directas a partir de normas generales, impersonales y abstractas. Por tanto, la consulta previa no es ni puede llegar ser una exigencia aplicable a todo proyecto de ley.

La lectura integral del proyecto de ley estatutaria que fue declarado inexecutable en la sentencia en examen es un ejemplo de una de estas normas que no tiene la finalidad de incidir de forma directa, actual y diferenciada en ninguna comunidad étnica. Al contrario, de su lectura integral se advierte que el Legislador busca regular los derechos políticos de todos los ciudadanos, así como facultar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para proferir, de manera eventual, reglamentaciones que podrían ser objeto de consulta previa.

Pese a esto, en las sentencias C-133 de 2022 y C-340 de 2024, la Corte concluyó lo contrario. Según la Corte, la mera “posibilidad” de que la aplicación de normas abstractas pueda generar afectaciones a las comunidades étnicamente diferenciadas deriva en su inexecutableidad, en caso de no haber sido precedidas de consulta previa. Así, normas tan generales como las que reconocen en cabeza de la Registraduría la posibilidad de reglamentar “la autorización para la inscripción del nacimiento expedida por las respectivas autoridades tradicionales étnicas” (art. 27) o de adelantar campañas orientadas a actualizar el cambio de domicilio con “enfoques territoriales y étnicos” (art. 48) fueron declaradas inconstitucionales por una afectación que, aun en gracia de discusión, es eventual e indirecta sobre las comunidades. Por el contrario, el déficit de protección que existe en relación con dichas acciones —que ejercen todos los ciudadanos— se perpetúa, peor aún, supeditado a una consulta previa de todos los pueblos indígenas.

---

24 Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2011.

Lo mismo sucede con la posibilidad de ubicar puestos de votación permanentes en los resguardos indígenas (art. 120), declarada inconstitucional porque supuestamente implicaban afectaciones directas de los pueblos étnicos. Esto, incluso antes de que se hubieran reglamentado y, por tanto, definido las condiciones para su aplicación. Por consiguiente, hasta el agotamiento de la consulta previa con las comunidades étnicas de todo el país, la Corte ha decidido que en la práctica los ciudadanos indígenas deban desplazarse fuera de sus resguardos para poder votar en las elecciones, lo cual incide negativamente en su participación política e inclusión democrática.

A nuestro juicio, esta interpretación es incorrecta e inconveniente. Lo primero, porque las referidas normas no implican afectación directa, actual y diferenciada, sino que, en su mayoría, disponen facultades reglamentarias de múltiples autoridades. Difícilmente puede concluirse que la habilitación para que una autoridad expida una reglamentación implica *per se* una afectación directa. Lo segundo, porque puede dar lugar a que el Legislador opte por excluir de la regulación electoral aquellas normas destinadas a garantizar los derechos de los ciudadanos que pertenecen a esas comunidades, lo cual podría redundar en un déficit en su participación democrática. O, por el contrario, podría dar lugar a que, con el objetivo de garantizar la consulta previa de estas normas, se ralentice –e incluso se *inviabilice*– el trámite de todo el Código Electoral.

Exigir consulta previa para la aprobación del Código Electoral implica un grave riesgo de petrificación del ordenamiento jurídico en esta materia. Esto es así porque, además del complejo proceso de aprobación de una ley estatutaria, el deber de construir, por la vía de la consulta previa, un consenso de todas las comunidades étnicas del país resulta ser una carga desproporcionada que desincentiva al Legislador en sus esfuerzos por modernizar el régimen electoral. Lo anterior, máxime cuando el remedio adoptado en la sentencia aquí analizada, al igual que sucedió en la Sentencia C-133 de 2022, puede traducirse en el riesgo de declaratoria de inexecutable de todo el proyecto de ley en el evento en que la Sala estime que la exclusión de unos artículos inconstitucionales “generaría un déficit de protección jurídica de las comunidades étnicas” o “desarticularía el sistema normativo”.

3. EL ESTÁNDAR DE ANÁLISIS DEL INFORME DE  
IMPACTO FISCAL NO SE FUNDA EN REQUISITOS  
PREVISTOS POR LA CONSTITUCIÓN Y LA LEGISLACIÓN  
ORGÁNICA, Y AMENAZA CON IMPONER CARGAS  
DESPROPORCIONADAS AL TRÁMITE LEGISLATIVO

El artículo 7.º de la Ley 819 de 2003 prevé el requisito de informe de impacto fiscal. En particular, dispone (i) que el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el MFMP; (ii) que deberán incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. A su vez, prevé que (iii) el Ministerio de Hacienda, “en cualquier tiempo” durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior.

Dicha norma cualifica el informe de impacto fiscal de los proyectos de ley de iniciativa gubernamental que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos. Estos proyectos, según dicho artículo, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El proyecto de ley estatutaria examinado en la sentencia analizada contó con un informe que, remitido al Congreso de la República por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, explicó el potencial impacto fiscal que podría tener el nuevo Código Electoral. Sin embargo, la Sala Plena concluyó que dicho concepto era “parcial” y “tardío” *—de nuevo, un análisis de suficiencia y oportunidad—*, tras lo cual exigió la satisfacción de las cargas propias de un proyecto de iniciativa netamente gubernamental: (i) hacer explícito el costo fiscal, (ii) contener la fuente sustitutiva por disminución de gastos o aumento de ingresos y (iii) verificar que el proyecto fuera compatible con el MFMP. Con fundamento en lo anterior, declaró la inexecutable del proyecto de ley estatutaria.

En criterio de los autores, esta decisión es equivocada. Esto es así por tres razones. La primera, porque la Corte Constitucional, al unificar su jurisprudencia, incorporó al análisis de impacto fiscal requisitos contrarios

a los que están previstos por el artículo 7.º de la Ley 819 de 2003. En concreto, exige al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la presentación del informe con anterioridad a la presentación del trámite legislativo, so pena de ser calificado como “tardío”. Esto, pese a que, de forma expresa, la normativa orgánica lo autoriza para hacerlo “en cualquier tiempo”.

Segundo, aplicó sin justificación el estándar de los proyectos de iniciativa gubernamental a los proyectos de iniciativa mixta. En el caso concreto, el proyecto de ley estatutaria *sub examine* se tramitó por iniciativas del Gobierno nacional, los órganos autónomos y los congresistas. Aplicar dicho estándar a este tipo de proyectos es altamente inconveniente y potencialmente inconstitucional, en tanto podría dar lugar a un poder de veto *de facto* del Gobierno nacional frente a estas iniciativas. Esto, dado que, si el Gobierno no presenta el informe de impacto fiscal frente a este tipo de proyectos, quedaría viciada la constitucionalidad de este tipo de iniciativas mixtas. En nuestra opinión, este efecto comprometería de manera irrazonable la competencia constitucional y legal de los órganos autónomos que tienen iniciativa legislativa.

Tercero, la providencia examinada no contribuye a mejorar la deliberación democrática de las leyes estatutarias. Esto, no solo porque exige dar un debate detallado del posible impacto fiscal que puede tener una iniciativa determinada —*en un escenario en el cual el proyecto debe ser aprobado en una sola legislatura*— sino porque desconoce que el análisis detallado de un documento de carácter técnico es de la órbita del Legislador, quien debe valorar la necesidad de darle un debate más o menos detallado de acuerdo con la naturaleza del proyecto o con sus inquietudes políticas. En ningún caso podría concluirse, como lo hace el proyecto, que es una obligación del Congreso de la República dar un debate minucioso del concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, so pena de viciar el proyecto de ley.

El control de constitucionalidad por vicios de procedimiento persigue, en últimas, la garantía del principio democrático en la producción normativa a cargo del Congreso de la República. Sin embargo, las decisiones recientes de la Corte, entre las que se destaca la Sentencia C-340 de 2024, plantean importantes interrogantes sobre si el ejercicio de este control está cumpliendo, en la práctica, una labor de fortalecimiento y profundización del principio democrático en el Congreso o, por el contrario, de ralentización y obstaculización de la voluntad del Legislador.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA\*

*Sentencia SU-342 de 2024*  
*(Asunto electoral. Derecho de acceso*  
*al desempeño de funciones y cargos públicos)*



## I. CONTEXTO

La Sentencia SU-342 de 2024 decide una acción de tutela emprendida en contra de dos providencias judiciales dictadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el curso de un proceso electoral. Las providencias que en esta oportunidad merecieron fallo adverso de la Corte Constitucional fueron un auto de suspensión provisional y la sentencia que posteriormente declaró la nulidad de la elección de Altus Alejandro Baquero Rueda como magistrado del Consejo Nacional Electoral.

Dicha elección fue demandada ante el Consejo de Estado, entre otras razones, porque en la fecha de cierre de las inscripciones fijada en la convocatoria, realizada con fundamento en los artículos 21 y 60 de la Ley 5 de 1992, el aspirante no alcanzó a completar el tiempo de quince años de experiencia profesional requerido en el artículo 232 C.P. por remisión del artículo 264.

Desde un principio el caso se concentró en la apreciación del extremo temporal final para verificar el cumplimiento del requisito de experiencia exigido en el artículo 232, numeral 4 C.P. Este tema se convirtió en el aspecto central de las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado e, igualmente, en el punto principal de análisis por parte de la Corte Constitucional al resolver la acción de tutela sometida a su consideración.

Inicialmente la Sección Quinta, al admitir la demanda y pronunciarse sobre la petición de suspensión provisional de la elección, mediante auto del 16 de febrero de 2023 declaró que “no existe norma especial aplicable a los magistrados del Consejo Nacional Electoral que contemple una regla clara” en relación con el cumplimiento del requisito de quince años de experiencia profesional. Y admitió la posibilidad de dos tesis divergentes: una consistiría en que el cálculo de la experiencia debe tener como límite temporal la fecha de cierre de inscripciones de la respectiva convocatoria,

---

\* Docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado, especialista en Derecho Público y doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Fue magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Contacto: [augusto.hernandez@uexternado.edu.co](mailto:augusto.hernandez@uexternado.edu.co) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0863-1264>.

y la otra en que los requisitos exigidos deben cumplirse el día en que se efectúe la elección.

En opinión de la Sección Quinta, esta disyuntiva dificultaba advertir con claridad, en etapa tan temprana del proceso, la infracción normativa alegada por la parte actora, y negó la medida cautelar de suspensión provisional al encontrar preferible dejar la decisión de esta cuestión de fondo para el momento de la sentencia, una vez recaudadas y analizadas las pruebas respectivas.

Ocurrió, sin embargo, que la parte demandante presentó recurso de reposición contra esta providencia, e insistió en que para la fecha de la postulación el demandado no cumplía con el requisito de 15 años de experiencia profesional. La Sala, mediante Auto del 25 de mayo de 2023, decidió reexaminar el asunto y modificó su posición anterior. Decretó entonces la suspensión provisional, en consideración a que los requisitos para aspirar a ser magistrado del CNE “deben cumplirse al momento de la postulación o inscripción efectuada por el partido o movimiento político ante el Congreso de la República”, fecha en la cual el señor Altus Alejandro Baquero Rueda no satisfacía el requisito de experiencia que exige la norma constitucional.

En cuanto al punto de partida para la contabilización del tiempo de experiencia exigido en el artículo 232 numeral 4 C.P., sostuvo la Sala que debe ser la fecha de obtención del título de abogado, de acuerdo con lo que dispone el parágrafo 1.º del artículo 128 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia–, en relación con los requisitos adicionales para el desempeño de cargos de funcionarios en la rama judicial.

Ante esta situación, Baquero Rueda decidió demandar a través de una acción de tutela el Auto del 25 de mayo de 2023. La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al decidir la tutela, la declaró improcedente por considerar que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, pues no se surtieron todos los “medios de defensa judicial” al alcance del accionante, y remitió el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La Sala de Selección de Tutelas Número Once de 2023 de la Corte Constitucional escogió el expediente para revisión con fundamento en el criterio objetivo de asunto novedoso y en el criterio complementario de tutela contra providencia judicial.

El accionante alegó defectos por violación directa de la Constitución, sustantivo y procedimental, así como desconocimiento de sus derechos al debido proceso y de acceso a cargos públicos, y solicitó que se decretara la medida provisional de levantamiento de la medida cautelar de suspensión provisional del acto de elección. En atención a esta solicitud, la Sala Plena de la Corte Constitucional, por Auto 846 del 10 de mayo de 2024, resolvió suspender los efectos del numeral primero del Auto del 25 de mayo de 2023, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en cuanto a la suspensión provisional de los efectos del acto de elección.

De otra parte, mientras se desarrollaba el proceso de revisión en la Corte Constitucional, la Sección Quinta del Consejo de Estado profirió, el 6 de junio de 2024, fallo definitivo en el que decidió anular el acto de elección de Altus Alejandro Baquero Rueda porque no cumplió con la experiencia profesional de 15 años para ser magistrado del CNE. La sentencia sostuvo que, de acuerdo con una interpretación de los artículos 232 y 264 C.P. y 21, 60 y 61 de la Ley 5 de 1992, la experiencia profesional se cuenta desde la obtención del título de abogado y hasta la fecha de postulación. Dado que en la fecha de postulación el accionante solo acreditó 14 años, 11 meses y 25 días, el acto de elección estaba viciado de nulidad.

Debe destacarse que el magistrado de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Ómar Joaquín Barreto Suárez, al salvar su voto, expresó que el artículo 232 C.P. admite dos interpretaciones válidas, y por tanto es posible entender que la experiencia debe acreditarse en la fecha de la postulación, o bien en la fecha de la elección. Y agregó que, ante la duda razonable que surge de esta disyuntiva, debía darse prevalencia al principio democrático y aplicar la interpretación más favorable para el elegido, esto es, la de contabilizar la experiencia a la fecha de la elección.

El 20 de agosto de 2024, la Corte Constitucional recibió el texto de la demanda de tutela que el afectado interpuso el 16 de agosto de 2024 contra la sentencia del 6 de junio anterior, que declaró la nulidad de su elección<sup>1</sup>. La nueva tutela pretendía que se revocara la decisión del Consejo de Estado y se la dejara sin efectos. Adicionalmente, solicitaba el decreto de una

---

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 6 de junio de 2024, rad. 11001-03-28-000-2022-00320-00 (Principal).

medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del fallo que declaró la nulidad de la elección, mientras se resolvía en definitiva la tutela.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-342 de 2024<sup>[2]</sup>, concluyó, en coincidencia con la postura expuesta en salvamento de voto por el magistrado Barreto Suárez, que el requisito que exige la Carta Política en su artículo 232, esto es, los quince años de experiencia profesional, debe cumplirse el día de la elección. En consecuencia, revocó la sentencia de tutela proferida el 14 de agosto de 2023 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la declaró improcedente. Adicionalmente suspendió los efectos de la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 6 de junio de 2024, que declaró la nulidad de la elección de Baquero Rueda, hasta cuando se agotara el trámite de la tutela impetrada por el accionante contra dicha sentencia, y dejó sin efectos el Auto del 25 de mayo de 2023, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que había suspendido provisionalmente el acto de elección.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

### I. ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE

El accionante sostuvo que el Auto del 25 de mayo de 2023, mediante el cual se decretó la suspensión provisional, incurrió en los defectos de violación directa de la Constitución, sustantivo y procedimental. En consecuencia, solicitó que se suspendieran los efectos de dicho auto.

Argumentó el actor que el auto de la Sección Quinta interpretó de manera restrictiva los requisitos constitucionales del artículo 232 para ser elegido magistrado del CNE. Sostuvo que la Sección Quinta adicionó un requisito no previsto en la norma constitucional respecto del extremo temporal inicial en relación con la experiencia profesional. Según lo resuelto en esa instancia, la experiencia se debe contabilizar desde la obtención del título profesional. Por el contrario, el actor sostuvo que, de acuerdo con el artículo 229 del Decreto Ley 019 de 2012, la experiencia se podía contabilizar desde la fecha de terminación del programa académico,

---

2 Corte Constitucional. Sentencia SU-342 de 2024.

disposición esta que acoge de manera más precisa los principios *pro persona* y *pro libertatis*.

De otra parte, sostuvo que la Sección Quinta estableció un requisito adicional a lo dispuesto en el artículo 232 C.P. frente al extremo temporal final, al afirmar que el requisito de haber ejercido durante quince años la profesión de abogado es exigible “para postularse” al cargo de magistrado del Consejo Nacional Electoral, pese a que la disposición constitucional establece que el requisito debe cumplirse no para “ser postulado” sino “para ser magistrado”.

Según la acción de tutela, se configuró un defecto sustantivo porque se aplicó la medida de suspensión provisional sin que concurrieran los requisitos establecidos en los numerales 1 y 3 del artículo 231 CPACA, y porque la interpretación de los artículos 21 y 60 de la Ley 5 de 1992 fue irrazonable y contraria a la Constitución.

El accionante subrayó que los artículos 21 y 60 de la Ley 5 de 1992 no pueden modificar el artículo 232 C.P., conforme al cual los quince años de experiencia son un requisito “para ser” magistrado del Consejo Nacional Electoral, no “para postularse” a dicho cargo. La inaplicación de la norma constitucional implica, por lo demás, una violación del derecho fundamental de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

En atención a estas razones, y en amparo de los derechos al debido proceso y al acceso y desempeño de cargos públicos, el actor solicitó suspender los efectos del auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto de elección de Altus Alejandro Baquero Rueda.

## 2. ARGUMENTOS DE LA SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO

De acuerdo con la Sección Quinta del Consejo de Estado, la experiencia profesional para ser elegido magistrado del Consejo Nacional Electoral debe acreditarse al momento de la postulación, de acuerdo con los artículos 232 y 264 C.P., en consideración a que “la norma superior tan solo tuvo como propósito señalar los requisitos para ser magistrado de alta corte, sin que haya aludido al momento en que los mismos se deban cumplir”.

Y fue la Ley 5 de 1992 la que hizo la necesaria precisión en sus artículos 21, 60 y 61, normas estas de las que se deriva que el requisito de

experiencia debe acreditarse al momento de la postulación, según está detalladamente regulado en dichas disposiciones.

El artículo 21 de la Ley 5 de 1992, alusivo a la fase de convocatoria para las elecciones de dignatarios en el Congreso de la República, establece que los candidatos propuestos a la consideración del Congreso pleno serán presentados oficialmente por las corporaciones o instituciones postulantes o por los miembros del Congreso, en el término que señalen las disposiciones vigentes, y que para tal efecto “se adjuntarán copias auténticas de los documentos que acrediten las calidades exigidas para desempeñar el cargo, las que serán calificadas por la respectiva comisión”.

Esta norma, señaló la Sección Quinta, “constituye el límite para acreditar las calidades y condiciones personales que habilitan al postulado a participar de este proceso de elección”. Es con la “presentación oficial” de los soportes documentales, esto es, la postulación, como “el candidato debe cumplir la totalidad de los requisitos personales y profesionales que den cuenta de su idoneidad”. A esta afirmación se agrega la siguiente consideración: “cualquier circunstancia posterior que se acredite y que mejore las condiciones del participante, no podría ser de recibo, habida cuenta [de] que resultaría lesivo de los derechos de los demás participantes que sí acreditaron la totalidad de los requisitos en dicho plazo”<sup>3</sup>.

Para la Sección Quinta también tiene relevancia el artículo 60 de la Ley 5 de 1992, conforme al cual “[l]os documentos que acrediten las calidades exigidas” serán revisados por la Comisión dentro de los cinco días siguientes a su presentación. La norma parece refrendar que la documentación allegada con el acto de postulación por el movimiento o partido político debe dar fe de que, para ese momento del proceso de elección –la postulación–, los postulados cumplen con las exigencias constitucionales necesarias para ser elegidos como magistrados del CNE. Esta instancia de revisión, que es posterior a la postulación, parecería indicar que, en efecto, la acreditación de las calidades adquiere firmeza con la

---

3 La verdad es que no se entiende cómo, quienes acreditaron las condiciones exigidas al postularse, pudieran sufrir lesión en sus derechos si otro las acreditara en fecha posterior, inclusive en la fecha de la elección. Pues los derechos de los primeros permanecerían incólumes.

“presentación oficial” de los soportes documentales, y que, en virtud del principio de preclusión, no es posible revivir esa etapa del procedimiento en fecha posterior.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La sentencia aborda el estudio de la acción de tutela interpuesta contra la Sección Quinta y fallada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, por la presunta violación directa de la Constitución y del derecho de acceso a cargos y funciones públicas. El problema jurídico central consiste en determinar si la acreditación de los requisitos de experiencia profesional para ser magistrado del CNE debía efectuarse en la instancia de “postulación” o presentación de candidatos, previa a la elección, o si se podían verificar válidamente el día de la elección. Puesto que la Sección Quinta se inclinó por la exigibilidad de los requisitos en la fecha de postulación de candidatos, el accionante impugnó, porque en su sentir tal interpretación era contraria a la Constitución.

El accionante sostuvo que la Sección Quinta, al definir los extremos temporales inicial y final para acreditar la experiencia, contrarió el artículo 232 C.P. y vulneró los principios *pro persona* y *pro libertatis*. En relación con el defecto sustantivo, el accionante manifestó que la interpretación de los artículos 21 y 60 de la Ley 5 de 1992 es irrazonable y contraria a la Constitución.

A partir de estos elementos, la Corte Constitucional planteó el problema jurídico por resolver en los siguientes términos:

¿Incurrió la Sección Quinta del Consejo de Estado en una violación directa a la Constitución por desconocimiento de la interpretación *pro persona* y *pro libertatis*, y, en consecuencia, del derecho de acceso a cargos y funciones públicas, al adoptar la decisión según la cual el requisito de experiencia profesional para ser magistrado del Consejo Nacional Electoral debe acreditarse hasta el momento de la postulación –extremo final– y con posterioridad a la fecha de grado –extremo inicial–, en aplicación de los artículos 232 y 264 de la Constitución y 21, 60 y 61 de la Ley 5 de 1992, de acuerdo con las reglas de la elección establecidas en la Resolución 04 de agosto 11 de 2022?

Para resolver la cuestión planteada, la Corte analizó los siguientes aspectos: (i) la caracterización del defecto por violación directa de la Constitución; (ii) el contenido del derecho a acceder a cargos y funciones públicas y la interpretación *pro persona* y *pro libertatis* para su restricción; (iii) la naturaleza e integración del CNE y el régimen aplicable a la elección de sus miembros, y (iv) la resolución del caso concreto.

En relación con el principio *pro libertate* recuerda la Corte que, ante la existencia de dos interpretaciones posibles sobre una norma que establece una restricción o inhabilidad, se debe elegir aquella que menos limite la garantía del derecho de acceso a los cargos públicos. Por su parte, el principio *pro persona* también exige preferir la interpretación que permita aplicar de manera más amplia el derecho fundamental. Estos principios se relacionan estrechamente con el principio de efectividad y ejercicio pleno de los derechos consagrado en el artículo 5.º C.P., y son afines a la cláusula de favorabilidad en materia de derechos humanos establecida en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Prosiguiendo en su análisis, la Corte precisa que ni la Constitución ni la ley han fijado un término para la postulación de las listas de candidatos a integrar el CNE. Y observa que la Resolución 4 de 2022, mediante la cual la Mesa Directiva del Congreso fijó el cronograma del proceso de convocatoria y elección en este caso, no hizo referencia a la postulación de listas de candidatos, sino a la inscripción de sus hojas de vida, a su traslado a la Comisión de Acreditación Documental, a la reunión de dicha Comisión y a la entrega al presidente del Congreso del dictamen de revisión sobre las hojas de vida.

Observa la Corte que, mientras la Constitución o la ley no establezcan de manera expresa un plazo o un término para que el candidato acredite requisitos, “la interpretación deberá ser la que garantice el ejercicio del derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos”. Por consiguiente, ante la ausencia de disposición constitucional o legal que disponga otra cosa, la verificación o acreditación de requisitos en este caso sigue la regla general, conforme a la cual solo es exigible en la fecha de la elección.

En conclusión, señala la Corte que en el auto por el cual se suspendió la elección del actor la Sección Quinta de Consejo de Estado incurrió en

violación directa de la Constitución, al interpretar los artículos 232 y 264 C.P. y los artículos 21, 60 y 61 de la Ley 5 de 1992 no “en forma sistemática y conforme a la Constitución”, sino en contravía de los principios *pro persona*, *pro libertatis* y de favorabilidad. En consecuencia, la violación del derecho de acceder a cargos y funciones públicas del accionante se produjo porque el auto de suspensión provisional: (i) exigió un requisito no previsto en la Constitución ni en la Ley 5 de 1992 y (ii) privó al accionante del ejercicio del cargo para el cual fue elegido no obstante haber cumplido el requisito de experiencia profesional.

En suma, la Corte Constitucional revocó el fallo proferido el 14 de agosto de 2023 por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, decidió amparar el derecho de acceder a cargos y funciones públicas de Altus Alejandro Baquero Rueda y dejar sin efectos el Auto del 25 de mayo de 2023, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado (exp. 11001-03-28-000-2022-00322-00 acumulados), que suspendió provisionalmente el acto de elección de Baquero Rueda como magistrado del CNE.

Ahora bien, mientras se desarrollaba en la Corte Constitucional el proceso de tutela contra el auto de suspensión provisional, la Sección Quinta del Consejo de Estado profirió sentencia definitiva en el respectivo proceso, con fundamento en los criterios censurados por la Corte Constitucional, lo cual motivó que dicha sentencia fuera a su vez objeto de acción de tutela. Dado que la sentencia produciría un perjuicio irremediable para el accionante, la Corte decidió aplicar el remedio del amparo transitorio, medida que justificó por tres razones: la inminencia del perjuicio, la gravedad del perjuicio y la necesidad de una medida urgente para evitar la consumación de dicho perjuicio.

El instituto del amparo transitorio es excepcional porque no se refiere al ejercicio de un medio ordinario de defensa judicial, sino a una acción de tutela en curso. Al hilo de estas consideraciones, la Corte decidió suspender los efectos de la sentencia proferida el 6 de junio de 2024, hasta cuando se agotara el trámite de la tutela impetrada por el accionante contra dicha sentencia, incluido el posible trámite de revisión por parte de la Corte Constitucional. Adicionalmente, la Corte ordenó que, mientras se adelantaba el trámite de la tutela contra la sentencia, tanto en instancias

como en su eventual revisión, el Congreso de la República se abstuviera de adelantar la elección para suplir la vacante del accionante y que este se mantuviera en el ejercicio del cargo.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

La discrepancia entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional radicó en determinar cuándo se debía satisfacer el requisito constitucional de los quince años de experiencia profesional. En relación con esta materia se esgrimieron dos posturas. Una sostenía que dicho requisito se debía cumplir al momento de la postulación o presentación de los candidatos. La otra consistió en afirmar que el requisito solo era exigible en la fecha de la elección.

Estas alternativas fueron, precisamente, aspecto central del debate que, al estudiar la solicitud de suspensión provisional del acto de elección, dio lugar a dos autos sucesivos y contradictorios de la Sección Quinta. En el primero (Auto del 16 de febrero de 2023) la Sala, con acompañamiento de conjuez, reconoció que pueden existir dos tesis como límite final para contabilizar dicha experiencia: el día de cierre de las inscripciones y el día de la elección. La Sala estimó que la disyuntiva daba lugar a una duda razonable y negó la suspensión provisional.

Los consejeros Pedro Pablo Vanegas Gil y Carlos Enrique Moreno Rubio, en disidencia con lo resuelto por sus colegas, salvaron su voto y expresaron que el momento para acreditar las calidades constitucionales, inequívocamente, “era el de inscripción o postulación, no aquel en que la comisión empezó el procedimiento de verificación o en la evaluación que correspondía a la plenaria, o al momento de la elección”.

Habiendo sido recurrida la providencia, la Sala reexaminó la cuestión y, luego de analizar detenidamente todos los aspectos de trámite en el proceso de elección del magistrado del CNE, decidió suspender provisionalmente la elección (Auto del 25 de mayo de 2023). Expresó ahora la Sala que, de acuerdo con el artículo 264 C.P., el requisito de experiencia profesional debía acreditarse en “la fecha en que el movimiento o partido político postule a sus candidatos ante el Congreso de la República”, y que, de acuerdo con las pruebas, en esa oportunidad el señor Altus Alejandro

Baquero Rueda no había completado los quince años de experiencia que exige la norma constitucional.

La Sección Quinta, al analizar los argumentos en favor de una u otra opción, se esforzó por responder adecuadamente a la siguiente pregunta: ¿el requisito de quince años de experiencia profesional debe estar satisfecho al momento de la postulación o el día de la elección? Puesto que las normas constitucionales, legales y reglamentarias aplicables al caso, todas analizadas por el Consejo de Estado, no hacían precisión sobre este punto, resultó imposible ofrecer una respuesta concluyente desde el punto de vista normativo.

Y por tanto entró en escena todo el instrumental interpretativo a disposición de los jueces, quienes consideraron varias soluciones. Al admitir la demanda y pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional del acto de elección, la Sección Quinta sopesó tres posibilidades: i) no suspender por ser un caso dudoso que demandaba mayor análisis; ii) suspender en atención a que la experiencia debe acreditarse en la fecha de postulación del aspirante; iii) no suspender porque el requisito de experiencia bien puede cumplirse el día de la elección. Inicialmente la Sección prefirió la opción i) y, por tanto, negó la medida cautelar. En disidencia, dos consejeros salvaron su voto al estimar que la suspensión era procedente con fundamento en la tesis ii).

Al desatar el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio, la Sección Quinta, en coincidencia con los dos salvamentos de voto, decidió acoger la opción ii) y decretó, mediante Auto del 25 de mayo de 2023, la medida cautelar de suspensión provisional por no haberse cumplido aún el requisito de los quince años de experiencia. En este punto el afectado decidió proceder en acción de tutela, pues en su opinión debió aplicarse la opción iii), que le resultaba favorable, porque el día en que fue elegido claramente cumplía el tiempo de ejercicio profesional exigido por la Constitución.

Al fallar la tutela interpuesta contra este último auto, la Corte Constitucional, en oposición a lo afirmado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, concluyó que, ante la ausencia de disposición constitucional o legal que dispusiera otra cosa, la verificación o acreditación de requisitos debía seguir la regla general, conforme a la cual dicha condición solo es exigible en la fecha de la elección.

Con todo, la Sección Quinta del Consejo de Estado anuló la elección de Baquero Rueda mediante Sentencia del 6 de junio de 2024, en evidente desacuerdo con la Corte Constitucional, pues insistió en que “debe tenerse como extremo final para efectos del cómputo de la experiencia profesional de que trata el artículo 232 numeral 4 de la Constitución política, la fecha en que el partido o movimiento político postula la lista de candidatos ante el Congreso de la República”.

Es evidente que la Sección Quinta prefirió fundamentar su decisión en la relativa seguridad interpretativa que ofrecían las numerosas normas reglamentarias de la elección, esto es, los artículos 21 y 60 de la Ley 5 de 1992 (“Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes”) y las resoluciones 4 y 5 del 11 de agosto de 2022, expedidas por la Mesa Directiva del Congreso de la República.

Sobre la importancia de este aspecto para la Sección Quinta debe señalarse que el derecho electoral es eminentemente procedimental y que, desde la perspectiva del contencioso electoral, misión fundamental del juez es velar por el cumplimiento estricto de las “reglas del juego”, de las cuales depende la garantía de una multitud de principios y derechos constitucionales (democracia, convivencia pacífica, sufragio, igualdad, participación, acceso a funciones y cargos públicos, etc.). De dichas reglas forma parte, evidentemente, la reglamentación contenida en las resoluciones 4 y 5 que orientan íntegramente el proceso de convocatoria, inscripción, acreditación, dictamen y, finalmente, la elección de los magistrados del CNE.

A pesar de la densidad de los razonamientos expuestos en la sentencia, la Sección Quinta no logró despejar satisfactoriamente la duda razonable que pesaba sobre el problema jurídico que debía resolver. Y, siendo un asunto que nunca dejó de ser debatible, pues las normas no eran claras y admitían varias interpretaciones válidas, ante la disyuntiva la Sección Quinta se inclinó, según determinó la Corte Constitucional, por la interpretación más restrictiva de los derechos políticos, desconociendo así la aplicación de los principios *pro libertatis*, *pro persona* y de favorabilidad frente al accionante.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO



DANIELA CORCHUELO URIBE\*

*Sentencia SU-016 de 2024*

*(Flexibilización del estándar de valoración probatoria  
en casos de graves violaciones a los derechos humanos)*



En la Sentencia SU-16 de 2024, con ponencia del magistrado Jorge Enrique Ibáñez, la Corte Constitucional reiteró la necesidad de flexibilizar el estándar de valoración probatoria en casos de graves violaciones a los derechos humanos. A continuación, se expone: el contexto del caso (I), los argumentos de las partes (II) y un resumen la decisión (III). Finalmente, se presentan algunas consideraciones sobre el contexto en el cual la Corte Constitución invocó la flexibilización probatoria y su sustento en términos procesales.

## I. CONTEXTO

Este fallo resolvió la acción de tutela presentada por Mabellys Belén Montero Moscote y Mabel Lorena Cáceres Montero (las “accionantes”) contra la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo del Cesar y el Juzgado Sexto Administrativo de Valledupar. Para entender mejor el contexto del caso, este apartado se divide en tres partes: 1. Los antecedentes sobre los falsos positivos, 2. Los hechos específicos del caso, y 3. La historia procesal.

### I. ANTECEDENTES DE LOS FALSOS POSITIVOS

En primer lugar, este caso está estrechamente relacionado con la historia de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia, conocidas como los “falsos positivos”. Según el ‘Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias’, elaborado por Philip Alston, citado por la Corte Constitucional en este fallo, los falsos positivos consisten en la ejecución ilegal de civiles, manipulada por las fuerzas de seguridad para hacerla pasar como bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes durante un combate<sup>1</sup>.

---

\* Docente investigadora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogada de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Resolución Internacional de Controversias del Centro Internacional de Resolución de Controversias de Ginebra (Suiza). Socia de la firma de abogados Posse Herrera Ruiz. Contacto: [daniela.corchuelo@huexternado.edu.co](mailto:daniela.corchuelo@huexternado.edu.co)

Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa ha definido la conducta antijurídica de ejecución extrajudicial como “la acción consciente y voluntaria desplegada por un agente del Estado, o realizada por una particular con anuencia de aquel, por medio de la cual, en forma sumaria y arbitraria, ‘se le quita la vida a una persona que por su condición de indefensión está protegida por el derecho internacional’”<sup>1</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido que en el Estado colombiano se han perpetrado conductas antijurídicas que obedecen a ejecuciones extrajudiciales y que, además, constituyen prácticas sistemáticas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

## 2. HECHOS DEL CASO

En este contexto, surge la historia de Eduar Cáceres Prado. El señor Cáceres prestó el servicio militar obligatorio en 1993 y 1994, y desde entonces estuvo vinculado como soldado voluntario en el Comando Operativo n.º 7 del Cesar, adscrito al Batallón de Contraguerrillas n.º 41. A raíz de las situaciones traumáticas que vivió en su condición de uniformado, el señor Cáceres sufrió afectaciones en su salud mental, lo que lo llevó a recibir atención médica especializada en el dispensario médico del Batallón de Artillería n.º 2 “La Popa” en Valledupar (Cesar) (“Batallón de Artillería”). Debido a su estado de salud, fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional en 1998.

El 22 de junio de 2002, durante una de sus crisis emocionales, en las que creía que estaba siendo perseguido, el señor Cáceres se dirigió al Batallón de Artillería. Mientras ingresaba, un centinela accionó su fusil de dotación contra él, propinándole siete disparos que le ocasionaron la muerte.

En varios procesos asociados a este evento se discutieron, de manera disímil, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la muerte del señor Cáceres:

---

1 Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Citado en Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

2 Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

1. Primero, en la acción de reparación directa presentada el 22 de junio de 2004 (“acción de reparación directa”) la demandante argumentó que el señor Cáceres ingresó por un costado, frente a un puesto de vigilancia de la guardia, lo que llevó al centinela de turno a accionar su fusil.

2. Segundo, en la decisión dictada el 14 de abril de 2004 por el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar (“proceso penal militar”) se indicó que el 22 de junio de 2002, el primer pelotón del Batallón de Artillería realizaba patrullajes dentro y fuera de las instalaciones, debido a la información de que un grupo de “bandidos” intentaba ingresar al batallón para asesinar y robar municiones. Durante esta actividad se señaló que los uniformados “vieron a dos personas saltarse la malla de seguridad, cayendo estos dentro de las instalaciones del batallón, les hicieron la alarma y fueron dados de baja los dos sujetos”<sup>3</sup>.

3. Finalmente, el 4 de octubre de 2010, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Dirección Nacional de Fiscalías presentó un informe en el que se resolvió la acusación contra varios militares (“resolución de acusación”). La resolución de acusación señala que el señor Cáceres habría sido aprehendido y retenido horas antes de su muerte, y luego ejecutado para presentarlo como miembro de grupos armados ilegales. Esta hipótesis fue confirmada en un proceso ante la Jurisdicción Especial para la Paz, con la emisión del Auto 128 del 7 de julio de 2021.

### 3. HISTORIA PROCESAL

Mabellys Belén Montero, en nombre propio y en representación de su hija Mabel Lorena Cáceres, presentó la acción de reparación directa contra la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional, buscando que se declarara patrimonialmente responsable al Estado por la muerte del señor Cáceres.

En este proceso, el 22 de febrero de 2007, el Juzgado Sexto Administrativo de Valledupar negó las pretensiones de la demanda, por considerar que se había configurado la causal eximente de responsabilidad

---

3 Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

de culpa exclusiva y determinante de la víctima. Esta decisión fue apelada, con el argumento de que no se hizo una valoración objetiva de las pruebas.

El 6 de noviembre de 2008, el Tribunal Administrativo del Cesar confirmó la sentencia de primera instancia. En respuesta, la señora Mabellys Montero presentó un recurso extraordinario de revisión, en el cual invocó la configuración de las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 188 del entonces vigente Código Contencioso Administrativo (CCA, Decreto 1 de 1984).

El 15 de diciembre de 2021, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró infundado el recurso extraordinario. Contra esta decisión, las accionantes presentaron una acción de tutela el 28 de septiembre de 2022.

En el marco de la acción de tutela, el 27 de enero de 2023, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de las accionantes, dejó sin efectos la providencia del 15 de diciembre de 2021 y ordenó la emisión de una nueva decisión.

Inconforme con esta decisión, el consejero ponente de la decisión cuestionada impugnó la providencia de tutela. Así, en segunda instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado revocó el fallo de primer grado y confirmó la Sentencia del 15 de diciembre de 2021.

Finalmente, la Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

En la acción de tutela bajo revisión, las accionantes argumentaron que la decisión del Consejo de Estado de declarar infundado el recurso extraordinario de revisión vulneró sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. A continuación se resumen los argumentos planteados por las partes desde la presentación del recurso extraordinario de revisión.

En el recurso extraordinario de revisión, la señora Mabellys Montero invocó las causales 1 y 2 del artículo 188 CCA: “1. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados” y “2. Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el

recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”.

En relación con el artículo 188-1 CCA, el recurso de revisión cuestionó que el Tribunal Administrativo del Cesar le hubiera dado credibilidad a la declaración rendida por el soldado Nelson Mora Quiñónez. A juicio de la señora Montero, la declaración era manifiestamente falsa, ya que tanto la resolución de acusación del 4 de octubre de 2010 contra el comandante del batallón y otras personas involucradas en el hecho, como la investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación, demostraron que las víctimas fueron dadas de baja de manera ilegal. Sumado a lo anterior, se cuestionó el hecho de que el fallo se hubiere fundado en elementos probatorios falsos que reposaban en el expediente del proceso penal militar.

En relación con el artículo 188-2 CCA, la señora Montero argumentó que tanto la resolución de acusación como las investigaciones penales adelantadas en contra de los funcionarios objeto de la resolución de acusación cumplían con los requisitos de una prueba recobrada, por ser documentos que (i) fueron requeridos oportunamente en el curso del proceso de reparación directa, (ii) no fueron aportados por situaciones de fuerza mayor, y (iii) podían haber influido en la decisión final del litigio.

En la sentencia que resolvió el recurso de revisión, el 15 de diciembre de 2021, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró infundado el recurso. Primero, en relación con el artículo 188-1 CCA, el alto tribunal estimó que la declaración juramentada que se presentó como falsa no cumplía con uno de los requisitos esenciales para que procediera la causal, ya que no tenía la calidad de prueba documental. En consecuencia, concluyó que no era posible determinar si la declaración contenía falsedad, dado que la causal en cuestión solo se refiere a la falsedad de pruebas documentales.

Respecto de la causal contenida en el artículo 188-2 CCA, la corporación consideró que los medios probatorios que se catalogaron como recobrados, esto es, la investigación penal de la Fiscalía y la resolución de acusación del 4 de octubre de 2010, no existían en el momento en que se tramitó la acción de reparación directa ni cuando el Tribunal Administrativo del Cesar dictó la sentencia de segunda instancia, razón por la cual no podían considerarse como pruebas recobradas.

En la acción de tutela presentada contra este fallo, las accionantes alegaron que la providencia cuestionada adolecía de (i) un defecto fáctico, dado que no se valoraron adecuadamente las pruebas, pues la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado les dio más peso a las declaraciones de la parte demandada que a otros documentos, y (ii) un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, ya que se dio prevalencia al derecho formal sobre el sustancial, al omitir la valoración de pruebas que podían ser determinantes para demostrar la ejecución extrajudicial de la que el señor Cáceres habría sido víctima.

La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre ambos argumentos.

En primer lugar, el consejero ponente señaló que no era posible predicar un defecto fáctico por indebida valoración probatoria, en la medida en que no le correspondía al Consejo de Estado hacer una valoración probatoria para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado.

Respecto del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, el consejero ponente reiteró que, dado que en el recurso se alegaba la falsedad de una “declaración jurada”, y la causal exige que la sentencia se haya dictado con base en documentos falsos o adulterados, la subsección, con base en la jurisprudencia reiterada de la corporación, determinó que no se configuraba dicha causal, pues el medio de convicción que las recurrentes consideraban falso no era un documento, tal como lo exige la ley.

Por lo tanto, al analizar la causal segunda del artículo 188 CCA en el marco del argumento del exceso ritual manifiesto, el consejero ponente de la decisión impugnada señaló que para que un documento pudiera ser considerado como recobrado debía existir antes de la expedición de la sentencia. En su opinión, aceptar la posición planteada por las accionantes “no solo desconocería la finalidad del recurso extraordinario de revisión sino que atentaría gravemente contra la seguridad jurídica, pues las decisiones judiciales podrían ser modificadas y controvertidas a partir de sucesos posteriores a su adopción”<sup>4</sup>.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional se propuso determinar si la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al dictar la

---

4 Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

Sentencia del 15 de diciembre de 2021, incurrió en: (i) un defecto fáctico, al no analizar la totalidad de los cuestionamientos planteados en el recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar; (ii) un defecto procedimental absoluto, al restringir el análisis de la causal de revisión a la declaración juramentada de un miembro del Ejército Nacional, y (iii) un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, al considerar que no era procedente la causal de revisión del artículo 188-2 CCA.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Corte Constitucional revocó la sentencia de segunda instancia, para, en su lugar, confirmar la sentencia de primera instancia, que amparó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia invocados por las accionantes. En consecuencia, dejó sin efectos la Providencia del 15 de diciembre de 2021 y ordenó a la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferir una sentencia de fondo, fundamentada en las razones expuestas en el fallo.

A continuación se resumen las consideraciones de la Corte.

#### I. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

La Corte resaltó que, cuando la vulneración de derechos fundamentales proviene de una decisión judicial, la acción de tutela solo procede de forma excepcional. Así, las providencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela, siempre que se acrediten todos los requisitos generales de procedencia. Si estos requisitos se acreditan, el juez de tutela puede analizar si la providencia cuestionada viola derechos fundamentales.

Como requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la Corte identificó los siguientes: (i) legitimidad por activa y por pasiva, (ii) relevancia constitucional, (iii) subsidiariedad, (iv) inmediatez, (v) irregularidad procesal decisiva, (vi) identificación razonable de los hechos vulneradores del derecho, (vii) que, en principio, no se ataquen sentencias de tutela, y (viii) que no se trate de decisiones de control abstracto de constitucionalidad o de decisiones del Consejo de Estado que resuelvan acciones de nulidad por inconstitucionalidad.

En este caso, la Corte no encontró reparos sobre el cumplimiento de los requisitos. Por lo tanto, concluyó que la acción de tutela era procedente.

2. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DEFECTO FÁCTICO, EL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO Y EL DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO COMO CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela se refieren a los yerros judiciales que afectan la decisión y exigen la intervención del juez de tutela. En este caso, la Corte analizó: (i) el defecto fáctico, (ii) el defecto procedimental absoluto y (iii) el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto.

En primer lugar, el defecto fáctico “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”<sup>5</sup>. Este defecto puede manifestarse en el decreto de pruebas, en su práctica o en su valoración. Se puede entender en dos dimensiones: una positiva y otra negativa. La dimensión positiva ocurre cuando el juez toma decisiones basadas en argumentos irrazonables, lo que lleva a una valoración probatoria deficiente. La dimensión negativa se refiere a las omisiones del juez durante la etapa probatoria. Valga aclarar que, por respeto a la independencia judicial, la intervención del juez de tutela en asuntos relacionados con la valoración probatoria es excepcional.

En segundo lugar, el defecto procedimental absoluto se fundamenta en los artículos 29 y 228 C.P., y se presenta cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando se aparta abierta e injustificadamente de las normas procesales aplicables al caso concreto.

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales bajo esta causal depende del cumplimiento simultáneo de las siguientes condiciones:

---

5 Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2015, citada en Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela, salvo que se advierta la ocurrencia de un perjuicio irremediable; ii) que el defecto procesal sea manifiesto y tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de vulnerar los derechos fundamentales; iii) que la irregularidad haya sido alegada en el proceso ordinario, salvo que ello hubiese sido imposible, de acuerdo con las especificidades del caso concreto; (iv) que la situación irregular no sea atribuible al afectado; y finalmente, v) que como consecuencia de lo anterior, se presente una vulneración a los derechos fundamentales<sup>6</sup>.

Por último, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se relaciona con los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, y ocurre cuando se “desconoce el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, porque convierte los procedimientos judiciales en obstáculos para la eficacia del derecho sustancial”<sup>7</sup>.

Este defecto se presenta cuando las normas procesales, que deben ser un medio para lograr la efectiva realización del derecho material, se desnaturalizan. Esto sucede cuando un juez da prioridad a las formalidades procesales en lugar de privilegiar el derecho sustancial, lo que termina anulando el derecho que tiene quien acude a la administración de justicia.

### 3. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

El artículo 188 CCA consagraba las causales para la revisión extraordinaria de una sentencia<sup>8</sup>. Debido a su relevancia en el caso concreto, la Corte analizó el sentido y alcance de las causales primera y segunda.

En relación con el numeral 1 del referido artículo, que hacía referencia a la procedencia de la revisión en caso de “haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados”, la Corte reconoció que el Consejo de Estado ha defendido una línea jurisprudencial consolidada

---

6 Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

7 *Ibid.*

8 Hoy, las causales del recurso extraordinario de revisión están contenidas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

sobre lo que se debe entender por “documentos”. Para dicha corporación, los medios de convicción distintos a la prueba documental (testimonios, declaración de terceros, etc.) no encajaban dentro del supuesto de la causal.

Por su lado, el numeral 2 del artículo 188 CCA se refería al supuesto de “[h]aberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.”

Esta causal ha sido denominada jurisprudencialmente como “prueba recobrada”. Para que proceda, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (i) los documentos deben haber existido antes del proceso, pero haber sido recuperados después de la sentencia, (ii) tales documentos deben ser decisivos, y (iii) el recurrente no debe haberlos podido presentar durante el proceso debido a circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

#### 4. LA FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA EN MATERIA DE VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La Corte destacó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara y consistente en señalar que, “en aquellos eventos que dan cuenta de graves violaciones de derechos humanos, el análisis probatorio debe flexibilizarse considerablemente, de tal manera que, dicha labor se haga más elástica y favorable para la víctima”<sup>9</sup>. Este enfoque se alinea con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que también ha reconocido que el juez debe adoptar una apreciación flexible de la prueba cuando se trata de casos que implican una grave violación de los derechos humanos.

Asimismo, la Corte destacó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “ha señalado que los criterios de valoración probatoria deben ser menos formales en atención a la naturaleza de las conductas que se analizan y, principalmente, para lograr el

---

9 Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

esclarecimiento de las circunstancias en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la grave violación de los derechos humanos”<sup>10</sup>.

## 5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La Corte concluyó que la providencia demandada incurrió en los tres defectos ya descritos. A continuación se resume el análisis de la Corte respecto de cada uno de ellos.

### a. DEFECTO PROCEDIMENTAL FÁCTICO

La Sala encontró que la providencia acusada no analizó el argumento relacionado con la supuesta falsedad de las declaraciones e informes contenidos en el expediente del proceso penal militar, lo que configuró el defecto fáctico señalado.

En el escrito de tutela, las accionantes cuestionaron que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al analizar la causal primera del artículo 188 CCA, se centró únicamente en determinar si la declaración juramentada del soldado Nelson Mora Quiñónez tenía el carácter de prueba documental, sin abordar la posible falsedad de las declaraciones, informes y demás documentos del expediente del proceso penal militar. Dado que la causal primera fue invocada no solo respecto de la declaración de Mora Quiñónez, sino también en relación con otros documentos del expediente penal, la omisión de este análisis resulta en la necesidad de completar el estudio sobre la falsedad señalada.

### b. DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO

Según la Corte, la autoridad judicial accionada, al resolver el recurso extraordinario de revisión, realizó una interpretación irrazonable e injustificada de la demanda, sin analizar adecuadamente sus argumentos.

Como se mencionó, en el recurso de revisión, las accionantes señalaron que las pruebas documentales del proceso penal militar eran falsas, como

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

lo demostraban la resolución de acusación y el proceso penal adelantado por la Fiscalía contra los uniformados responsables de los delitos. Sin embargo, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado centró su análisis en la naturaleza documental de la declaración jurada de Javier Mora, sin abordar la falsedad de las pruebas documentales del proceso penal.

Al omitir este análisis, la autoridad judicial aplicó de manera irreflexiva e injustificada el artículo 188-1 CCA, lo que constituyó un defecto procedimental absoluto, dado que, de haberse analizado la falsedad del expediente, probablemente se habría llegado a una conclusión distinta.

#### C. DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Por último, la Corte consideró que el Consejo de Estado aplicó de manera desproporcionada el artículo 188-2 CCA, ya que no tuvo en cuenta las condiciones particulares del caso. En este sentido, el Consejo de Estado debió haber observado que las accionantes:

- (i) sí solicitaron la incorporación de la investigación penal al expediente, pero ni la Fiscalía General de la Nación remitió copia de esas diligencias al juez de la reparación directa, ni mucho menos el Tribunal Administrativo del Cesar mostró interés alguno en recaudar la mentada prueba, mediante la expedición de un nuevo requerimiento judicial; (ii) son personas en situación de vulnerabilidad por su condición de víctimas de graves violaciones de derechos humanos y (iii) esperaron más de 10 años para que el Consejo de Estado resolviera el recurso extraordinario de revisión<sup>11</sup>.

Por otro lado, la Corte destacó que, aunque la resolución de acusación del 4 de octubre de 2010 no cumple con los requisitos de una prueba recobrada, se trató de un elemento probatorio que fue decretado de oficio y practicado por el consejero sustanciador. No obstante, la Subsección C de la Sección Tercera, con ponencia de un nuevo consejero, adoptó una

---

11 Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

decisión estrictamente conforme a las reglas procedimentales, sin considerar que el caso podría implicar una grave violación de derechos humanos.

Por último, la Sala destacó que, aun cuando la autoridad judicial actuó con apego a la legalidad, es decir, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 188-1 y 188-2 CCA, lo cierto es que desconoció mandatos constitucionales: “[E]n el expediente reposan elementos de prueba que dan cuenta de que en el presente caso se podría estar ante una grave violación a los derechos humanos, por consiguiente, *ha debido privilegiarse lo sustancial, frente a un análisis restrictivo a partir de elementos puramente formales*”<sup>12</sup> (cursiva fuera de texto).

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional confirmó la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que amparó los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los accionantes, y dejó sin efectos la sentencia del 15 de diciembre de 2021.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

A propósito de la referencia que hizo la Corte Constitucional sobre el criterio de la flexibilización de la valoración probatoria en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, a continuación se presentan algunas consideraciones sobre: 1. La pertinencia de dicha referencia en el caso concreto y 2. La relación de la flexibilización probatoria con la sana crítica.

##### I. SOBRE LA PERTINENCIA DE LA REFERENCIA AL CRITERIO DE LA FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA

La Corte Constitucional invocó la flexibilización probatoria al analizar la procedibilidad de las causales de revisión establecidas en el artículo 188 CCA. Según el despacho, la Sección Tercera del Consejo de Estado obró con estricta observancia de lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 188 CCA. Sin embargo, esta aproximación desconoció mandatos constitucionales por cuanto se “debió flexibilizar la interpretación de las

---

<sup>12</sup> *Ibid.*

causales invocadas en el recurso extraordinario aludido”, para privilegiar lo sustancial sobre lo procedimental.

A pesar de que el cuestionamiento que le hizo la Corte a la Sección Tercera se refiere a una interpretación rígida de las referidas causales de revisión, la Corte invocó la jurisprudencia relativa a la flexibilización probatoria.

La Corte justificó la necesidad de flexibilizar el estándar probatorio, citando al respecto diversas sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto al Consejo de Estado, la Corte hizo referencia a la Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, en la cual la Sala Plena de la Sección Tercera señaló que, ante graves violaciones de derechos humanos cometidos en el marco del conflicto armado, “el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, *deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia*, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas”<sup>13</sup> (cursiva fuera de texto).

En relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte se refirió al caso *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, en el cual se recalcó la necesidad “de una amplia flexibilidad en la valoración de una prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia”<sup>14</sup>.

Por su parte, la Corte presentó un breve recuento jurisprudencial de distintos fallos en donde se desarrolló la figura de la flexibilización probatoria, para concluir que, “[f]rente a tal panorama, la jurisprudencia constitucional, de manera uniforme y consolidada, ha reiterado el deber que tiene el juez ordinario de ser flexible en la apreciación probatoria que se haga en el marco de un asunto que involucre una grave vulneración de los derechos humanos”.

---

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 26251, M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, citado en Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

14 Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras*. Sentencia del 7 de junio de 2003.

En este sentido, es claro que la flexibilización probatoria es relevante en el contexto de la valoración del acervo probatorio; busca que no se actúe con rigidez al apreciar pruebas en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

No obstante, en el caso concreto, la flexibilización probatoria fue invocada para reprochar la interpretación que hizo el Consejo de Estado de las causales de procedibilidad del recurso extraordinario de revisión. En particular, la conclusión del Consejo de Estado en el sentido de que no se configuraban estas causales en la medida en que no se cumplían los requisitos formales previstos en la disposición. Es decir, la Corte reprochó la rigidez del Consejo de Estado al interpretar el artículo 188 CCA.

En otras palabras, el cuestionamiento no se refiere a la manera en la que el Consejo de Estado pudo valorar las pruebas, por una razón elemental y es que el Consejo de Estado, con fundamento en su interpretación de las causales de revisión, no llegó a realizar una valoración probatoria.

El magistrado Vladimir Fernández reconoció esta situación en su aclaración de voto, al señalar:

En este sentido, las reglas jurisprudenciales en materia de flexibilización del ‘estándar probatorio’ sobre graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, no tienen el alcance de fundamentar –en el presente caso–, la configuración de un defecto por exceso ritual manifiesto, pues tales reglas están referidas a los criterios o parámetros [flexibles] para dar por probado un hecho, pero no al entendimiento de una causal legal de procedencia de un recurso extraordinario.

De ahí que la carga que la Sentencia de Unificación impuso al juez natural, dirigida a “*flexibilizar la interpretación de las causales invocadas en el recurso extraordinario aludido*”, como consecuencia del defecto por exceso ritual manifiesto, no corresponda, a mi juicio, a un caso de reiteración de jurisprudencia con sustento en la denominada ‘flexibilización probatoria en materia de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario’.

En definitiva, la referencia a la flexibilización probatoria, aunque valiosa, fue impertinente. En realidad, lo que justifica que el Consejo de Estado y, en general, los jueces deban, en ciertos supuestos, apartarse del rigor

de las normas procesales está en los artículos 4.º y 228 C.P., que señalan que “la Constitución es norma de normas” y que en la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”.

Solo por mencionar un ejemplo, a propósito de la interpretación del término de caducidad del medio de control de reparación directa cuando los presuntos daños tienen origen en delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra por parte de los agentes del Estado, la Corte Constitucional ha señalado:

[S]i bien la caducidad debe entenderse como una sanción en los eventos en que determinadas acciones no se ejercen en un término específico, o como la carga procesal para que el ciudadano reclame del Estado determinado derecho dentro del plazo fijado por la Ley, tal figura no puede interpretarse de forma irrazonable por cuanto podría suponer un obstáculo al acceso a la administración de justicia. Entendiendo ello, en algunos casos ha flexibilizado el estándar de aplicación del término, a partir, esencialmente, de las circunstancias concretas del asunto objeto de análisis<sup>15</sup>.

En conclusión, existen suficientes antecedentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se refieren a la necesidad de interpretar las normas procesales de manera flexible. De ahí que, en línea con lo expresado por el magistrado Fernández en su aclaración de voto, la referencia a la flexibilización del estándar probatorio sea equívoca, pues, como ya se señaló, en realidad, de lo que se ocupó la Corte fue de la interpretación flexible de las causales de revisión, para privilegiar el derecho sustancial.

## 2. LA FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA EN EL RÉGIMEN PROBATORIO EN COLOMBIA

El desarrollo del concepto de la flexibilización probatoria en el contexto de graves violaciones a los derechos humanos sugiere que se trata de una excepción a la regla aplicable a la valoración probatoria y al estándar de prueba. En realidad, como se pasa a explicar brevemente, las normas

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-167 de 2023.

colombianas que regulan la materia no requieren de flexibilización para lograr el objetivo que persigue la Corte Constitucional.

En Colombia, rige el principio de la libertad probatoria. En efecto, por regla general, los hechos pueden ser demostrados con cualquier medio de prueba.

El artículo 165 del Código General del Proceso, como también lo hacía el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, señala que “son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, *los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez*” (cursiva fuera de texto).

Este mismo principio se aplica en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por remisión del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que también hacía, en sentido similar, el artículo 168 CCA.

En adición a la referida libertad, los medios de prueba, por mandato legal, deben ser valorados de acuerdo con la sana crítica. En efecto, el artículo 176 del Código General del Proceso dispone:

Las pruebas serán apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

De acuerdo con esta disposición, “la apreciación probatoria es una operación de carácter crítico y racional que no puede cumplirse de manera fragmentada o aislada, sino en conjunto, con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia”<sup>16</sup>. Así, la sana crítica otorga al juez la facultad de valorar el acervo probatorio de manera libre y razonada, sin estar sujeto a reglas abstractas preestablecidas<sup>17</sup>.

16 Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC3249-2020 del 7 de septiembre de 2020, rad. 11001-31-10-019-2011-00622-02, M.P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-041 de 2018.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, “[e]n ese orden de ideas, la sana crítica en la apreciación de las pruebas presupone una abdicación de la soberanía del Legislador en la materia, para confiársela a la actividad discrecional del juez, no reglada, obviamente, por la ley”<sup>18</sup>.

Lejos de ser una regla inflexible, en el sistema de la sana crítica, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de la tarifa legal o prueba tasada, el juez “debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia”<sup>19</sup>.

En este contexto, no es claro que exista la necesidad de flexibilizar la valoración probatoria. En particular, no es clara la diferencia entre la sana crítica y la figura de la flexibilización probatoria. Esta duda se agudiza al observar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no hace una distinción clara entre la sana crítica y la referida flexibilización probatoria. En efecto, a propósito de esta última, ha señalado que “[l]a Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales *tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica*, ha evitado adoptar una rígida determinación del cuántum de la prueba necesaria para sustentar un fallo”<sup>20</sup> (cursiva fuera de texto).

Así, la Corte Interamericana ha destacado que, en el marco de casos de violaciones a derechos humanos, se “permite al Tribunal una mayor amplitud en la valoración de la prueba testimonial rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con *las reglas de la lógica y con base en la experiencia*”<sup>21</sup> (cursiva fuera de texto).

Esta postura ha sido reiterada de manera consistente en la jurisprudencia de esta Corte de tiempo atrás. Un ejemplo de ello es el caso *Blake c. Guatemala*, en el cual se recordó que los tribunales internacionales disponen de amplias facultades en la valoración de la prueba, de manera que “[l]as pruebas circunstanciales, los indicios y presunciones pueden

---

18 Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC7617-2021 del 24 de junio de 2021, rad. 050011221300002021-00062-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-202 de 2005.

20 Corte IDH. *Caso Caesar c. Trinidad y Tobago*. Sentencia del 11 de marzo de 2005.

21 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004.

igualmente utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”<sup>22</sup>.

De lo anterior se puede concluir que, a partir de las normas procesales y sin necesidad de flexibilización alguna, los jueces están autorizados para fundar sus decisiones en la prueba indiciaria o en medios de prueba distintos a los regulados por la ley procesal. Además, debe valorar las pruebas de acuerdo con la sana crítica.

Por tanto, la flexibilización probatoria invocada por la Corte Constitucional debe entenderse como un recordatorio de que, en casos de graves violaciones a derechos humanos y, en general, en todos los casos, los jueces deben valorar las pruebas con base en la lógica y la experiencia. Por el contrario, a partir de la definición que presenta la misma Corte de la flexibilización probatoria, no parecen existir elementos para considerar que dicho criterio constituye una excepción a las reglas aplicables a la valoración de las pruebas.

#### REFERENCIAS

Corte Constitucional. Sentencia C-202 de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia T-041 de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia SU-167 de 2023.

Corte Constitucional. Sentencia SU-016 de 2024.

Corte IDH. *Caso Blake c. Guatemala*. Sentencia del 24 de enero de 1998.

Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras*. Sentencia del 7 de junio de 2003.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004.

---

<sup>22</sup> Corte IDH. *Blake c. Guatemala*. Sentencia del 24 de enero de 1998.

Corte IDH. *Caso Caesar c. Trinidad y Tobago*. Sentencia del 11 de marzo de 2005.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC3249-2020 del 7 de septiembre de 2020, rad. 11001-31-10-019-2011-00622-02, M.P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC7617-2021 del 24 de junio de 2021, rad. 050011221300002021-00062-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ\*

*Sentencia SU-029 de 2024*  
*(Responsabilidad civil por el acto terrorista*  
*perpetrado por un tercero. Alcance de la obligación*  
*de los particulares en relación con el derecho a la paz)\*\**



## I. CONTEXTO

El 7 de febrero de 2003, las extintas FARC-EP detonaron un carro cargado con dinamita en el Club El Nogal en Bogotá. El hecho dejó treinta y seis personas fallecidas y alrededor de ciento noventa heridas, a más de graves daños materiales.

Varias decisiones judiciales han juzgado la responsabilidad derivada de este hecho, considerado un atentado terrorista:

- En lo tocante a la responsabilidad penal, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2008, el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá declaró responsables a algunos integrantes de las FARC-EP por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, rebelión y tentativa de homicidio.

- En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, la Sección Tercera del Consejo de Estado negó las pretensiones declarativas de responsabilidad de la Nación por estos hechos. En sus decisiones, verificó que no se presentó omisión de las autoridades en el cumplimiento de su deber de protección y consideró probado que el daño fue causado por el hecho exclusivo de un tercero –las FARC-EP–, imprevisible e irresistible para la demandada<sup>1</sup>.

---

\* Docente investigadora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogada de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Instituciones Jurídico-Políticas y Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Colombia) y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: maria.mcausland@uexternado.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6894-0272>.

\*\* Agradezco al doctor Fabricio Mantilla Espinosa sus valiosos comentarios sobre este texto.

1 Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2022, rad. 25000-23-26-000-2005-00440-01(65853). *Julio Martín Otálora Cano y otros vs. Nación – Ministerio de Defensa y otros*. Véase, también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2023, rad. 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719) (acumulado). *Rodrigo Márquez Tejada y otros vs. Nación – Ministerio de Defensa Nacional y otros*. Esta última decisión se expidió en cumplimiento de lo resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia

- Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 29 de julio de 2015<sup>[2]</sup>, resolvió no casar el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por el cual se negaron las pretensiones de la demanda de responsabilidad civil formulada contra la Corporación Club El Nogal. En contra de lo afirmado por el recurrente en casación, consideró la Corte, como el Tribunal, que el régimen aplicable exigía la demostración de la culpa, la cual no se aportó; por el contrario, se probó que el sistema de seguridad del Club El Nogal era “completo y adecuado para la época”, lo cual justificaba negar las pretensiones.

Adicionalmente, el 10 de febrero de 2018, en el acto público “de verdad, perdón, reconciliación y reparación con las víctimas del atentado al Club El Nogal”, miembros de las extintas FARC-EP aceptaron su responsabilidad frente a las víctimas con motivo de la planeación y ejecución de dicho atentado. Lo mismo hizo Rodrigo Londoño Echeverri, excomandante del grupo guerrillero, el 7 de febrero de 2023, en el acto de conmemoración de los veinte años del atentado.

- Ahora bien, otra demanda de responsabilidad civil se formuló contra la Corporación Club El Nogal. La señora María Clemencia Hernández de Forero, así como Gustavo Adolfo, Juan Camilo y María Fernanda Forero Hernández solicitaron que se declarara la responsabilidad de dicha corporación por los daños sufridos por ellos como consecuencia de la muerte del señor Gustavo Adolfo Forero Rubio, cónyuge de la primera y padre de los segundos. Sus pretensiones fueron negadas en primera instancia y acogidas, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 29 de agosto de 2014. Recurrída esta en casación por la demandada, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2020<sup>[3]</sup>, decidió no casarla.

SU-353 de 2020, por la cual se dejó sin efectos el fallo del 16 de agosto de 2018 –que había declarado patrimonialmente responsables a las entidades demandadas–, por considerarse violatorio del precedente horizontal, y se ordenó a la Subsección B expedir el fallo de reemplazo de segunda instancia.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC 9788 del 29 de julio de 2015, rad. 11001-31-03-042-2005-00364-01.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC 4427 del 23 de noviembre de 2020, rad. 11001-31-03-006-2005-00291-02.

- La Corporación Club El Nogal presentó acción de tutela en contra las dos últimas decisiones mencionadas, las cuales solicitó dejar sin efecto. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente la acción, por incumplir el requisito de inmediatez<sup>4</sup>, y su decisión fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la misma Corte<sup>5</sup>.

- El caso fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional, y esta resolvió, mediante la Sentencia SU-029 de 2024 –objeto de esta crónica–, revocar las sentencias de instancia en el trámite de la tutela y conceder el amparo solicitado.

Puede apreciarse que la sentencia de la Corte Constitucional se refiere a uno de los eventos más trágicos ocurridos en el desarrollo del conflicto armado interno colombiano. El gran número de vidas perdidas y civiles heridos da cuenta de la sensibilidad del caso. Adicionalmente, por tratarse de una acción de tutela formulada contra la sentencia adoptada por una alta corte, no cabe duda de que la decisión reviste la mayor relevancia.

## II. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

En la demanda formulada ante la jurisdicción civil por la señora Hernández y sus hijos, se alegó falta de diligencia y cuidado de la Corporación Club El Nogal en lo relativo a: (i) la verificación de las calidades de la sociedad Invernar Invernaderos Ltda., la cual adquirió una acción del Club, y de su beneficiario John Fredy Arellán, dado que aquella se había constituido recientemente y tenía un capital bajo y un pasivo significativo; y (ii) la adopción de las medidas de seguridad pertinentes para proteger a quienes se encontraban en el Club, a pesar de que se conocía la situación de inseguridad del país. Se afirmó que la Corporación Club El Nogal violó una obligación de seguridad, calificada como de resultado.

La demandada alegó que había tomado todas las medidas “normales” de precaución para evitar la ocurrencia de siniestros, y que el atentado,

---

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 16 de junio de 2021, rad. T-8.548.079.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 2021, rad. T-8.548.079.

del que también fue víctima, constituyó una fuerza mayor, imprevisible e irresistible para ella. Agregó que la selección de sus socios correspondía a una persona jurídica distinta.

El juzgado de primera instancia negó las pretensiones de la demanda. Encontró probado que el atentado no tuvo por causa la negligencia de la demandada—pues su estructura de seguridad permitía aminorar los riesgos previsibles—, sino el hecho exclusivo de las FARC-EP.

Al resolver la apelación de la parte demandante contra este fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó y declaró responsable a la Corporación Club El Nogal. Calificó como obligación de resultado su compromiso de atender las condiciones de seguridad de sus socios, sus parientes e invitados, cuyo incumplimiento solo podría justificarse por una causa extraña. Entendió, además, que esta no se configuró, pues el hecho era previsible, ante la zozobra que vivía el país, y se habría podido resistir, si la corporación no hubiera obrado con “falta de cuidado en la escogencia de sus accionistas y beneficiarios de las acciones empresariales”, y si hubiera estado presente el perro entrenado para detectar explosivos en la portería de acceso vehicular. Así, el hecho del tercero no fue la causa exclusiva del daño; el incumplimiento de la obligación de seguridad del Club contribuyó a su producción, lo que, según el artículo 2344 del Código Civil, genera responsabilidad solidaria.

La demandada recurrió en casación. Formuló dos cargos por vicios *in iudicando* y uno por vicio *in procedendo* contra el fallo del Tribunal. Los primeros, por ser este incongruente con las pretensiones de la demanda, puesto que, si bien se pidió la declaración de la responsabilidad extracontractual, dicho fallo se fundó en la existencia de una responsabilidad contractual, y por aplicación indebida de normas del Código Civil relativas a esta forma de responsabilidad, pues la decisión se sustentó en el incumplimiento de una obligación de seguridad contenida en los estatutos del Club, la cual, además, erradamente, se consideró de resultado. El segundo, por haberse incurrido en errores de hecho consistentes en dar por probado, sin estarlo, que la demandada incumplió una obligación de seguridad y que esta era de resultado, y en no dar por probado, estándolo, que el atentado fue un hecho imprevisible y que las medidas adoptadas por la demandada eran adecuadas.

Al resolver el recurso, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2020, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró

imprósperos los cargos. Concluyó que el Tribunal se fundó en normas que regulan la responsabilidad extracontractual, alegada en la demanda, y afirmó que el concepto de obligación de seguridad no es “completamente extraño a la generación de detrimentos de estirpe extracontractual [...], por las implicaciones que su resquebrajamiento puede conllevar a terceros”. Agregó que los errores de hecho alegados no lograron socavar la “cohesionada valoración probatoria” del Tribunal para establecer que el proceder culposo de la demandada contribuyó a causar el daño, dada la insuficiencia de las medidas de seguridad adoptadas. Calificó de inane la discusión sobre la calificación de la obligación del Club como de resultado, pues no tuvo trascendencia en la imposición de las condenas. Consideró “irrelevante” la inexistencia de amenazas contra el Club y de antecedentes sobre sucesos de la misma índole en instituciones similares, dado que los atentados terroristas buscan “tomar por sorpresa al objetivo y allí radica que la sensación de inseguridad al respecto para la época del acontecimiento fuera generalizada, sin que pudiera decirse que estaba circunscrita a alguna entidad en concreto”. En fin, afirmó que la sentencia judicial previa de la misma Corte sobre el mismo caso, en la que no se casó un fallo absolutorio, se fundó en deficiencias probatorias que pretendieron superarse sobre la base de que el Club desarrollaba una actividad peligrosa, lo que muestra la diferencia sustancial entre ambos pleitos.

Salvó su voto el magistrado Luis Armando Tolosa, quien consideró que debió respetarse el precedente judicial; agregó que la obligación de seguridad era de medios y se cumplió debidamente, y que el atentado constituyó una fuerza mayor.

Al sustentar la solicitud de tutela de sus derechos al debido proceso y a la igualdad de trato jurídico, la Corporación Club El Nogal alegó que las decisiones del Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en los siguientes defectos:

- Defecto sustantivo: (i) por incongruencia entre la pretensión declarativa de responsabilidad civil extracontractual y lo resuelto por el Tribunal con fundamentos asociados al deber contractual de seguridad; (ii) por interpretación no razonable, asistemática, errada y parcialmente inmotivada del artículo 55 v. de los estatutos del Club El Nogal y de los artículos 2341, 2344 y 2356 del Código Civil, en relación con la consideración del deber de seguridad del Club como obligación de resultado.

- Defecto fáctico: por valoración indebida y omisión en la valoración de pruebas relacionadas con la imprevisibilidad e irresistibilidad del atentado, con la diligencia del Club al velar por la seguridad en sus instalaciones.

- Desconocimiento del precedente judicial horizontal: tanto por el Tribunal como por la Corte, al resolver en contra de las decisiones por ellos adoptadas en el proceso 11001-31-03-042-2005-00364-01.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Mediante la Sentencia SU-029 del 8 de febrero de 2024, la Sala Plena de la Corte Constitucional concedió la tutela solicitada. Dejó sin efectos el fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 23 de noviembre de 2020 y ordenó a esta autoridad expedir la respectiva providencia de reemplazo, en la que, por una parte, se tuviera en cuenta que la obligación de seguridad de la Corporación Club El Nogal no podía ser catalogada como de resultado, considerando las pruebas analizadas en el fallo de tutela, y, por otra parte, se aplicara el precedente judicial de la Sentencia del 29 de julio de 2015.

Encontró la Corte Constitucional erradas las decisiones de instancia que declararon improcedente la solicitud de tutela, pues se cumplió el requisito de la inmediatez, y reunidas las demás condiciones para avocar su conocimiento, entre ellas la referida a la relevancia constitucional, pues consideró que el asunto planteaba una discusión sobre la comprensión del derecho fundamental al debido proceso, dado que la demanda de tutela cuestionó la interpretación realizada respecto de la naturaleza –de medios o de resultado– de la obligación de seguridad, lo que tiene implicaciones sobre la carga probatoria de las partes. Afirmó que el análisis exigía determinar “el alcance de la obligación que tienen los particulares en relación con el derecho a la paz”, esto es, “el alcance constitucional de las obligaciones de las empresas privadas en la protección de los derechos fundamentales de sus clientes o asociados en el marco del conflicto armado”. Adicionalmente, consideró que el caso no era “ajeno a la perspectiva de la justicia transicional vigente en Colombia”, dada la implicación que podría tener la decisión en la garantía efectiva de los derechos de las víctimas y en las actuaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Precisó la Corte Constitucional, fundada en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que un atentado terrorista no constituye siempre un evento de fuerza mayor o caso fortuito, pues deben valorarse las circunstancias en que se produjo, para establecer su imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad. Observó que, al resolver sobre casos relacionados con hechos ocurridos en el marco del conflicto armado, conforme al artículo transitorio adicionado a la Constitución Política por el Acto Legislativo 02 de 2017—que exige al Estado cumplir de buena fe lo acordado en el Acuerdo Final—, las autoridades judiciales deben tener en cuenta las decisiones en las que se atribuye responsabilidad por violaciones a derechos humanos, al igual que los reconocimientos de responsabilidad.

Así, observó que, según se demostró ante la justicia penal y como lo reconocieron las extintas FARC-EP, el atentado contra el Club El Nogal constituyó un acto terrorista atribuible a esta organización. Su investigación se incluyó en el macrocaso n.º 10 a cargo de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, titulado “Crímenes no amniables cometidos por miembros de las extintas FARC-EP por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano”. Adicionalmente, se expidieron sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 30 de marzo de 2022 y del 5 de diciembre de 2023, por las cuales se negó la declaración de la responsabilidad del Estado colombiano por el atentado, sobre la base de que este no incurrió en omisión de prevención alguna y el hecho, atribuible a las FARC-EP, era imprevisible e irresistible para el Estado.

Al abordar el caso concreto, advirtió la Corte Constitucional que, dada su conexión, analizaría los defectos sustantivo y fáctico en conjunto.

En primer lugar, consideró que no hubo incongruencia en el fallo del Tribunal, dado que este no se fundó en el incumplimiento de obligaciones contenidas en un negocio jurídico celebrado entre las partes, sino en el marco del análisis de la responsabilidad extracontractual, como se planteó en la demanda. Cosa distinta es que entendió que “las obligaciones de seguridad, comúnmente enmarcadas en el ámbito contractual, podían extenderse a dicho análisis”. Preciso que, si bien este razonamiento es discutible, no da lugar a configurar el defecto alegado, y consideró innecesario abordar esa

discusión, por tratarse de “una dogmática en desarrollo que se empieza a gestar a partir de la sentencia del 20 de junio de 2019 (SC2202-2019), y que, en todo caso, le corresponde depurar a la Sala de Casación Civil como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria”.

En segundo lugar, consideró que el Tribunal y la Corte Suprema de Justicia no interpretaron sistemáticamente el artículo 55 v. de los estatutos del Club, lo que los llevó a considerar que este tenía una obligación de seguridad de resultado. Dicho artículo –indicó– debía interpretarse en conjunto con el artículo 14 de los mismos estatutos, que prevé la obligación del Club de tomar “las medidas que estén a su alcance para hacer segura la estadía de cuantos los visiten”, de lo cual se deduce que ella era de medios y no exigía deberes excepcionales, “[m]ucho menos cuando las autoridades judiciales competentes han considerado que ni siquiera para el Estado se configuró algún tipo de responsabilidad por la imprevisibilidad, irresistibilidad y exclusividad del acto terrorista cuyos únicos responsables son las FARC-EP”.

Dada la naturaleza jurídica del Club, concluyó que las medidas de diligencia que le eran exigibles no podían ser las mismas reclamadas a un organismo público; aquel no es un órgano encargado del cumplimiento de funciones de seguridad y defensa nacional del Estado o de los ciudadanos, sino un establecimiento cultural, social y deportivo, el cual, además, no es un objetivo legítimo a la luz del derecho internacional humanitario. No hubo, adicionalmente, amenazas previas contra él, ni razón fundada para pensar que podría sufrir un atentado terrorista. La Corporación Club El Nogal contaba con uno de los esquemas de seguridad más completos para este tipo de instituciones en ese momento y, según lo probado, aun si hubiera habido en la puerta vehicular perros entrenados para detectar explosivos, el carro habría podido ingresar sin ser detectado. El hecho de las FARC-EP constituyó, entonces, un hecho imprevisible e irresistible para la Corporación Club El Nogal.

Así, se concluyó que los fallos cuestionados en tutela incurrieron en defecto fáctico respecto de la apreciación de las pruebas referidas al alcance de la obligación de seguridad de la Corporación Club El Nogal y a la idoneidad de las medidas adoptadas para cumplirla.

El defecto sustantivo se consideró configurado, porque “no podría entenderse que el Club y las FARC-EP estén en alguno de los dos ámbitos de aplicación” del artículo 2344 del Código Civil, pues “no se podrían

considerar equiparables las actuaciones de estas dos partes como coautores del crimen de guerra y [*sic*] grave violación de los derechos humanos”; tampoco podría hablarse “de una agregación de culpas que contribuyen a su producción, cuando el grupo armado ha sido entendido como el único responsable de este acto”. Concluyó que hubo una “indebida extensión de la corresponsabilidad” prevista en la norma, con lo cual, además, eventualmente, se desconocieron los derechos del Club como víctima del atentado.

También se consideró configurado el defecto sustantivo por la indebida interpretación del mencionado artículo 2344, en cuanto se desconoció el marco constitucional y legal derivado del Acuerdo de Paz, en el que, según la Corte, se dispuso que los miembros de los grupos armados al margen de la ley quedarían exentos de indemnizar a sus víctimas (citó la Corte los artículos 150.17 C.P. y 18 y 26 del Acto Legislativo 01 de 2017), lo cual excluye la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria. En efecto, la indemnización corresponderá al Estado por vía de la reparación administrativa regulada en la Ley 1448 de 2011, sin perjuicio de que la JEP ordene otro tipo de reparaciones.

Finalmente, encontró la Corte configurado el desconocimiento del precedente judicial, en la decisión de la Corte Suprema de Justicia, puesto que esta había resuelto previamente, el 29 de julio de 2015, otro proceso de responsabilidad civil relativo al mismo atentado en el que concluyó que la Corporación Club El Nogal dispuso de todos los medios a su alcance para cumplir su deber de protección y que no pudo asegurarlo porque dicho atentado constituyó una causa extraña. Si bien el Tribunal había proferido, igualmente, una decisión fundada en este argumento, observó que ella no estaba en firme.

Aclaró su voto la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera, por considerar justificada la decisión, exclusivamente, en la violación del precedente judicial horizontal.

#### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

Si bien se considera acertada la decisión adoptada en la Sentencia SU-049 de 2024, varios reparos pueden formularse respecto de sus fundamentos. Por razones de espacio, el análisis se limitará a dos aspectos: (i) la configuración del defecto sustantivo por la consideración del incumplimiento de

una obligación de seguridad contractual como fuente de la responsabilidad extracontractual, y (ii) la configuración del defecto fáctico por la falta de consideración de pruebas relativas a la imputación del daño al hecho exclusivo de un tercero.

Sobre el primer aspecto, no resulta convincente el planteamiento en el sentido de que no se configuró el defecto sustantivo, dado que la Corte Constitucional pasa por alto las implicaciones de la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, que ha dado lugar a la denominada *summa divisio*<sup>6</sup>. En efecto, como lo explica la propia Corte, la responsabilidad civil contractual “supone la reparación del daño sufrido por uno de los contratantes –no por un tercero– como consecuencia de la inejecución de las obligaciones derivadas de un contrato o negocio jurídico válidamente celebrado, es decir, conlleva la obligación de resarcir los perjuicios causados por el incumplimiento de obligaciones exclusivamente contractuales”, mientras que la responsabilidad civil extracontractual “apunta a la reparación del daño nacido fuera de la ejecución de un contrato, es decir, las partes no están unidas por algún tipo de vínculo, sino que es precisamente el hecho dañoso el que genera el vínculo entre ellas dando origen a la obligación de reparar los daños y perjuicios causados” (pars. 178–179). Y la dualidad, si bien ha sido cuestionada por la doctrina de distintas épocas y moderada en algunos ordenamientos<sup>7</sup>, fue adoptada en el Código Civil colombiano, como también lo acepta la Corte (pars. 181–182).

---

6 Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*, 3.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, 1981, p. 53.

7 Véanse, entre otros, en Europa, Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 106; Viney, Geneviève. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, Fernando Montoya (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 493–496; Larroumet, Christian. “La evolución reciente de la responsabilidad civil en el derecho francés”, *Estudios Sociojurídicos*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 35–37. Y, en América Latina, Picasso, Sebastián. “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación” [en línea]. Disponible en <https://www.sajj.gob.ar/sebastian-picasso-unificacion-responsabilidad-civil-proyecto-codigo-civil-comercial-unificado-dacfi30013/123456789-0abc-defg3100-31fcanirtcod?&o=12&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%20C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/ley%20>

Las particularidades de una y otra formas de responsabilidad se manifiestan en sus regímenes distintos en relación con las formas de la culpa, la carga de la prueba del factor de atribución, la extensión del daño reparable, la naturaleza de la obligación de reparar cuando son varios los deudores, entre otros aspectos, algunos referidos, igualmente, en la sentencia analizada (pars. 184-186). Pues bien, estas particularidades tienen injerencia directa en la posibilidad de exigencia y de atribución de la responsabilidad civil y en su régimen probatorio, por lo cual su consideración puede incidir en la garantía del derecho al debido proceso.

La Corte Constitucional cita una sentencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup> en la que se afirma que, no obstante la aceptación de la distinción aludida, existen “zonas grises” en las que las dos modalidades de responsabilidad se revelan insuficientes, como ocurre en el campo de las obligaciones de seguridad, en materia negocial (par. 189). Al respecto, es importante observar que la denominada obligación de seguridad, cuya existencia afirmó la Corte de Casación francesa en 1911, sirvió para proteger, en el ámbito de la responsabilidad contractual, a las víctimas de daños a la integridad física, considerados, en ese entonces, exclusivos de la responsabilidad extracontractual, en cuanto derivados de la lesión de derechos personalísimos. Así, “se incorporaron al contrato deberes de protección de la persona del contratante”, con lo cual “se amplió el ámbito de los intereses protegidos contractualmente”, en principio limitados a la “prestación (patrimonial) del acreedor”<sup>9</sup>.

---

civil/c%F3digo%20civil%20y%20comercial/proyecto%20de%20c%F3digo%20civil%20y%20comercial%20de%20la%20Naci%F3n%7COrganismo%5B%20C1%5D%7CAutor%5B250%20C1%5D%7CJurisdicci%F3n%7CTribunales%5B%20C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%20C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B%20C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=10 [consultado el 9 de octubre de 2024]; Kemelmajer de Carlucci, Aída. “El sistema unificado de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial argentino”, *Saber y Justicia*, vol. 1, n.º 13, 2018, p. 45.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC1819-2019 del 28 de mayo de 2019, rad. 08001-31-03-003-2010-00324-01.

9 Picasso, Sebastián. “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, cit.

En Colombia, la obligación de seguridad se ha consagrado expresamente en algunos casos, en particular en disposiciones referidas al contrato de transporte (arts. 2072 y 2073 del Código Civil<sup>10</sup>, y 982, 1003 y 1880 del Código de Comercio<sup>11</sup>) y al depósito mercantil (art. 1171 Código de Comercio<sup>12</sup>), pero también se ha entendido implícita en otros contratos, como el de prestación de servicios médicos<sup>13</sup>.

La incorporación –expresa o tácita– de la obligación de seguridad en algunos contratos ha permitido ampliar el ámbito de la responsabilidad del deudor contractual frente a su acreedor. Pero el incumplimiento de dicha obligación no puede ser la fuente de la imputación de responsabilidad civil al acreedor frente a una persona extraña al pacto, pues ello supondría desconocer el principio del efecto relativo de los contratos, en virtud del cual estos solo producen efectos entre los contratantes, en el sentido de que de ellos no nacen créditos o deudas en el patrimonio de terceros, quienes, por esa razón –en cuanto aquí interesa–, no podrían exigir su cumplimiento<sup>14</sup>.

En ese sentido, es precisa y contundente la crítica formulada en su momento por Mantilla Espinosa respecto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de noviembre de 2020<sup>[15]</sup>, la cual, como se ha visto, en este aspecto concreto, no fue descalificada por la Corte

10 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de noviembre de 1938, G.J. t. XLVII n.º 1940, pp. 409-415.

11 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968, G.J. t. CXXIV, n.º 2297-2299, pp. 58-65.

12 Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de octubre de 2005, rad. 14.491.

13 *Idem*. Véase, también, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC2202-2019 del 20 de junio de 2019, rad. 05001-31-03-004-2006-00280-01.

14 Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 485-488. El autor se refiere a la distinción doctrinal entre el efecto relativo del contrato y su oponibilidad, y a algunas situaciones excepcionales respecto del primero, que –de cualquier modo– no tienen relación alguna con el caso analizado.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC 4427 del 23 de noviembre de 2020, rad. 11001-31-03-006-2005-00291-02.

Constitucional<sup>16</sup>. Sorprende al autor que la Sala de Casación Civil haya considerado que la “pretendida” obligación de seguridad de la Corporación Club El Nogal trasciende “los límites del contrato mismo”, y “su efecto relativo”, para predicarse “también respecto de terceros”, esto es: “*todos los invitados al club*”, y, más aún, que ello le hubiera permitido “crear una obligación contractual respecto de terceros para utilizarla como fundamento. . . ¡de una condena en materia de responsabilidad civil extracontractual!”<sup>17</sup>.

Conforme a lo anterior, es evidente que la atribución, al deudor de un contrato, de responsabilidad civil por daños sufridos por una persona extraña a este, sobre la base de que esa responsabilidad surge del incumplimiento de una obligación asumida por el mismo deudor en virtud de dicho contrato, implica otorgar a un tercero respecto de la relación negocial el derecho a demandar su cumplimiento, en contra del principio del efecto relativo que lo rige. Es patente, en ese sentido, la violación del derecho constitucional al debido proceso del deudor, calidad que tenía, en este caso —frente a sus socios— la Corporación Club El Nogal, que resultó afectada por la extensión indebida del ámbito de su responsabilidad civil.

Por la misma razón, puede afirmarse que se configuró el defecto sustantivo, caracterizado por la Corte Constitucional en la sentencia analizada (pars. 151-152)<sup>18</sup>. Dicho defecto se derivó, como se alegó en la demanda de tutela, de la falta de consonancia entre la decisión del Tribunal de declarar la responsabilidad extracontractual de la demandada y sus fundamentos asociados al incumplimiento de un deber contractual de seguridad de aquella, deducido de sus estatutos. En efecto, aquella decisión tuvo su base, necesariamente, en disposiciones que rigen la responsabilidad contractual

---

16 Valga anotar que el planteamiento respecto de la posibilidad de extender el efecto vinculante de las obligaciones contractuales de seguridad al ámbito de la responsabilidad extracontractual fue reiterado en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC1758-2024 del 16 de julio de 2024, rad. 11001-31-03-006-2005-00291-02.

17 Mantilla Espinosa, Fabricio. “La causa muy extraña”, en *Instituciones de responsabilidad civil. Homenaje al maestro Jorge Santos Ballesteros*, t. I, Gaviria Cardona, Alejandro y Uribe García, Saúl (eds.), Bogotá, Ibáñez – Unaula, 2022, pp. 604-605.

18 Entre otras hipótesis, menciona la Corte Constitucional aquella en la que la autoridad judicial “deja de aplicar la norma adecuada” al caso concreto o se funda “en una norma que no es aplicable al caso concreto por impertinente”.

—aunque no hubieran sido expresamente mencionadas por el Tribunal—, impertinentes para resolver el caso concreto, dado que la víctima y los demandantes no eran socios del club.

La Corte Suprema de Justicia juzgó válido el planteamiento del Tribunal, al entender que las obligaciones de seguridad, vinculadas al campo contractual, no son completamente extrañas “a la generación de detrimentos de estirpe extracontractual”. Esto la llevó a considerar, por una parte, como “un mero tecnicismo” el sustento del cargo formulado en casación por violación directa de varias normas, entre ellas los artículos 641 y 1603 del Código Civil —relativos, en su orden, a la fuerza obligatoria de los estatutos de una corporación respecto de ella y sus miembros, y a los efectos de los contratos—, y, por otra parte, que la responsabilidad civil podía derivarse de la “insatisfacción a [*sic*] los compromisos estatutarios extensivos a personas que, aunque ajenas al Club, estuvieran disfrutando de sus servicios”. Así, se insiste, reconoció a los demandantes, indebidamente, el derecho a exigirle a la corporación demanda el cumplimiento de una obligación que esta no contrajo respecto de ellos.

Las importantes implicaciones que tuvo la configuración de este defecto sustantivo en la violación del derecho fundamental al debido proceso de la demandada en el juicio civil hacen lucir inapropiado el argumento de la Corte Constitucional —agregado al estudiar el alcance (de medio o de resultado) de la mencionada obligación de seguridad—, en el sentido de que resultaba innecesario abordar la discusión sobre el ámbito de las obligaciones de seguridad, por tratarse de “una dogmática en desarrollo que se empieza a gestar a partir de la sentencia del 20 de junio de 2019”, y que, “en todo caso, le corresponde depurar a la Sala de Casación Civil como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria” (par. 266).

Debe observarse, adicionalmente, que la conclusión —que aquí se defiende— en el sentido de que la obligación estatutaria “de seguridad” no era exigible por terceras personas ajenas a la relación existente entre el Club y sus socios habría llevado a la Corte Constitucional a considerar impertinente la discusión sobre su naturaleza (de medios o de resultado). Así, por sustracción de materia, no debería haber estudiado el alegato sobre la configuración de un defecto fáctico respecto de la apreciación de las pruebas referidas al alcance de dicha obligación y a la idoneidad de las medidas adoptadas para cumplirla. Por lo demás, la Corte Constitucional

no advirtió que, según el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 23 de noviembre de 2020, “ninguna trascendencia se le dio en la imposición de condenas” a la calificación de la obligación de seguridad como de resultado, puesto que se “encontró suficientemente probado un comportamiento negligente de la demandada con incidencia en el resultado lesivo”.

En lo tocante al segundo aspecto objeto del análisis, esto es, el defecto fáctico por la falta de consideración de pruebas relativas a la imputación del daño al hecho exclusivo de un tercero, por una parte, se advierte que la Corte Constitucional no efectuó un estudio preciso del alegato de demanda de tutela, sino que se refirió a la configuración de la causa extraña al analizar el cumplimiento, por la Corporación Club El Nogal, de la obligación de seguridad a su cargo, que consideró de medios, y no de resultado. La Corte encontró probado que el atentado resultaba imprevisible e irresistible para dicha corporación, y cuestionó que se hubiera condenado en el proceso civil a la demandada con el argumento según el cual, si bien el atentado fue perpetrado por las FARC-EP, la conducta culposa de aquella habría contribuido a su realización, por no haberlo impedido.

La argumentación resulta oscura, no solo porque ausencia de culpa y causa extraña son conceptos distintos<sup>19</sup>, sino porque la ruptura de la causalidad por el hecho de un tercero solo se presenta cuando el demandado ha causado materialmente el daño, pero ello ha sido consecuencia de la conducta de otra persona, imprevisible e irresistible para aquel. Cuando la conducta del demandado no causó materialmente el daño, ni hay razón

---

19 Ello explica que puedan existir responsabilidades objetivas, en las que la culpa no entra en juego, puesto que el demandante no tiene que probarla respecto de la conducta del demandado ni a este le sirve acreditar su ausencia, por cuanto solo se exonera con prueba de causa extraña. Véase, entre otros, Hinestrosa, Fernando. *Derecho civil. Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964, p. 405; Hinestrosa, Fernando. “La responsabilidad civil”, en Hinestrosa, Fernando. *Escritos varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 703. Véase, también, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009, rad. 11001-3103-038-2001-01054-01. Al respecto, sin embargo, la doctrina da cuenta de la existencia de una amplia discusión. Véase, entre otros, Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Legis, 2007, pp. 36, 42-54; Cortés, Édgar. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 135-136.

para imputar este a su omisión –como ocurre, precisamente, cuando no estaba obligado a evitarlo–, no puede decirse que la causalidad está rota, sino, simplemente, que ella no existe<sup>20</sup>.

Por otra parte, consideró la Corte que no podía aplicarse el artículo 2344 del Código Civil, como lo hicieron el Tribunal y la Corte, porque “no se podrían considerar equiparables las actuaciones de estas dos partes como coautores [...], cuando el grupo armado ha sido entendido como el único responsable del acto”; y, además, que se desconoció el marco constitucional y legal derivado del Acuerdo de Paz, en el que se dispuso que los miembros de los grupos armados al margen de la ley quedarían exentos de indemnizar a sus víctimas, lo cual excluye la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria, pues la indemnización corresponderá al Estado por vía de la reparación administrativa regulada en la Ley 1448 de 2011, sin perjuicio de que la JEP ordene otro tipo de reparaciones. Así, no se pronunció, expresamente, sobre el defecto fáctico alegado en la demanda de tutela respecto de la demostración del hecho exclusivo de un tercero, y entendió, en cambio, que se configuró un defecto sustantivo (no alegado) por interpretación inadecuada del artículo 2344 del Código Civil en torno al alcance de la responsabilidad solidaria entre el grupo armado y la demandada<sup>21</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer algunos comentarios sobre el entendimiento de esta última disposición por la Corte Constitucional. El inciso primero del artículo 2344 del Código Civil prevé: “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa [...]”. Como se observa en la sentencia analizada (par. 283), esta disposición se ha interpretado con amplitud por la Corte Suprema de Justicia, entendiendo que ella se aplica no solo cuando la conducta causante del daño ha sido realizada por varias personas, sino, también, cuando son varias las conductas causantes del daño y ellas se atribuyen a personas

---

20 Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, cit., p. 130.

21 Según el resumen de la Corte Constitucional, en la demanda de tutela se cuestionó la interpretación de esta y otras normas en relación con el “deber de seguridad del club como obligación de resultado” (par. 32).

distintas<sup>22</sup>. Esto permite al juez condenar por la totalidad del daño sufrido por la víctima a cualquiera de los varios autores de las conductas que contribuyeron a su producción, que bien podría ser demandado en solitario, puesto que el litisconsorcio que existe, en tales casos, es facultativo<sup>23</sup>. Y ello, en virtud de la solidaridad, con independencia de la mayor o menor participación que haya tenido ese demandado en la producción del daño.

Así las cosas, resulta desafortunada la afirmación de la Corte Constitucional en el sentido de que la decisión del Tribunal, no casada por la Corte Suprema de Justicia, en cuanto aplicó el artículo 2344 del Código Civil, “supuso una inadecuada equivalencia de la responsabilidad que se le atribuye a un club social de carácter privado que [...] no está habilitado para resistir un ataque terrorista” y una “indebida extensión de la corresponsabilidad” a la que se refiere dicha norma (par. 282). Si, según lo concluido en los fallos civiles cuestionados, la conducta de la corporación demandada contribuyó a la producción del daño, esta podía, válidamente, resultar condenada a su reparación integral, en virtud de lo dispuesto en la norma citada, que no habría sido, entonces, interpretada (o aplicada) indebidamente.

Por supuesto, cosa distinta es que la declaración de la responsabilidad de la Corporación Club El Nogal careciera totalmente de fundamento, porque, como se ha explicado, ella no tenía una obligación de seguridad frente a los visitantes –no socios– de sus instalaciones, o porque –dejando a salvo lo dicho antes al respecto–, como lo entendió la Corte Constitucional, el atentado solo podía imputarse al hecho de las FARC-EP, imprevisible e irresistible para dicha corporación.

---

22 Véanse, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias del 13 de diciembre de 1968, G.J. t. CXXIV, n.º 2297-2299, p. 411; del 2 de noviembre de 1982, G.J. t. CLXV, n.º 2406, pp. 279-282; del 6 de agosto de 1985, G.J. t. CLXXX n.º 2419, pp. 279-282; del 10 de septiembre de 1998, rad. 5023; del 19 de diciembre de 2018, rad. 05736-31-89-001-2004-00042-01, y del 22 de septiembre de 2021, rad. 05001-31-03-003-2004-00273-02.

23 López Blanco, Hernán Fabio. *Derecho procesal civil colombiano. Parte general*, t. I, 7.ª ed., Bogotá, Dupré, 1997, pp. 286-287; Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. II., cit., pp. 136-137.

Adicionalmente, respecto de la configuración del defecto sustantivo porque la interpretación efectuada del artículo 2344 del Código Civil en los fallos cuestionados habría desconocido el marco constitucional y legal derivado del Acuerdo de Paz, debe advertirse que los artículos 150.17 C.P. y 18 y 26 transitorios del Acto Legislativo 01 de 2017, citados por la Corte (pars. 286-287), no dispusieron que los grupos armados al margen de la ley quedarían exentos de su obligación de reparar a sus víctimas.

El artículo 26 solo se aplica a los miembros de la fuerza pública y las demás normas se refieren, por una parte, a la posibilidad de conceder amnistías o indultos por delitos políticos y de eximir a sus autores de responsabilidad civil respecto de particulares, lo que no ha ocurrido respecto del atentado al Club El Nogal, como lo reconoció la misma Corte al expresar que la JEP tramita el macrocaso n.º 10, referido a “Crímenes no amniables cometidos por miembros de las FARC-EP por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano”, dentro del cual se incluyó el atentado al Club El Nogal (par. 230).

Por otra parte, se refieren estas normas a que el Estado garantizará el derecho a la reparación de las víctimas en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, lo cual no supone que los autores de los daños –entre ellos las extintas FARC-EP– hayan sido eximidos de responsabilidad civil. Distinto es que la reparación pueda cumplirse de varias maneras, por ejemplo, mediante indemnizaciones administrativas y judiciales –entre otras medidas– a cargo del Estado ordenadas conforme a la Ley 1448 de 2011 (con sustento en el principio de solidaridad, y no de responsabilidad<sup>24</sup>) –a las cuales contribuyen los grupos armados ilegales, según lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 177 de la misma Ley 1448 de 2011–, o mediante medidas de justicia restaurativa (no indemnizatorias) ordenadas por la JEP, en cumplimiento de uno de sus paradigmas (artículo 1.º transitorio, inciso cuarto, del Acto Legislativo 01 de 2017) y de lo dispuesto en la Ley estatutaria 1957 de 2019<sup>[25]</sup>. Así, la consideración del

---

24 Véase M’Causland Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extra-contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 366-368.

25 Véase Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

marco normativo del Acuerdo de Paz no impedía la aplicación del citado artículo 2344.

En fin, se observa que, también al descalificar la interpretación de este último artículo en los fallos civiles cuestionados, la Corte Constitucional consideró “contrario a la lógica jurídica” entender que un club privado tiene “a su cargo cumplir un grado de seguridad tal que de ella se derive la obligación de prevenir, repeler o resistir un ataque terrorista y que por lo tanto sea responsable de todos los perjuicios generados por el mismo” (par. 284). Esta afirmación parece tener relación con lo expresado por la misma Corte en la parte inicial de la sentencia, al evaluar la relevancia constitucional del caso, en el sentido de que el estudio del defecto sustantivo alegado exigía determinar “el alcance de la obligación de los particulares en relación con el derecho a la paz”, considerando lo dispuesto en los artículos 6.º, 22, 95.6 y 33 C.P. (par. 130). Era esperable, entonces, que la Corte Constitucional analizara con detalle lo dispuesto en estas normas para determinar el alcance de las obligaciones de la Corporación Club El Nogal, lo cual, sin embargo, no se realizó en la sentencia analizada. En cualquier caso, la pertinencia del argumento respecto de la interpretación del artículo 2344 C.C. no resulta clara.

## REFERENCIAS

### DOCTRINA

Cortés, Édgar. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Hinestrosa, Fernando. *Derecho civil. Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964.

Hinestrosa, Fernando. “La responsabilidad civil”, en Hinestrosa, Fernando. *Escritos varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 673-711.

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. “El sistema unificado de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial argentino”, *Saber y Justicia*, vol. 1, n.º 13, 2018, pp. 28-46.

Larroumet, Christian. “La evolución reciente de la responsabilidad civil en el derecho francés”, *Estudios Sociojurídicos*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 33-42.

López Blanco, Hernán Fabio. *Derecho procesal civil colombiano. Parte general*, t. I, 7.ª ed., Bogotá, Dupré, 1997.

Mantilla Espinosa, Fabricio. “La causa muy extraña”, en *Instituciones de responsabilidad civil. Homenaje al maestro Jorge Santos Ballesteros*, t. I, Gaviria Cardona, Alejandro y Uribe García, Saúl (eds.), Bogotá, Ibáñez – Unaula, 2022, pp. 591-631.

M’Causland Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 1981.

Picasso, Sebastián. “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Disponible en: <https://www.saij.gov.ar/sebastian-picasso-unificacion-responsabilidad-civil-proyecto-codigo-civil-comercial-unificado-dacfi30013/123456789-0abc-defg3100-3ifcanirtcod?&o=12&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/ley%20civil/c%F3digo%20civil%20oy%20comercial/proyecto%20de%20c%F3digo%20civil%20oy%20comercial%20de%20la%20Naci%F3n%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B250%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20em%Etica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=10> [consultado el 9 de octubre de 2024].

Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 2007.

Viney, Geneviève. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, Fernando Montoya (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

## NORMAS

Consejo Nacional Legislativo de Colombia. Ley 57 de 1887, por la cual se adoptó, entre otros, el Código Civil colombiano. Artículos 641, 1603, 2072, 2073 y 2344.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 410 de 1971, por el cual se expidió el Código de Comercio colombiano. Artículos 982, 1003, 1171 y 1880.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991. Artículos 6, 22, 33, 95.6 y 150.17.

Congreso de la República. Ley 975 de 2005. Artículo 54.

Congreso de la República. Ley 1448 de 2011. Artículo 177.

Congreso de la República. Acto Legislativo 01 de 2017. Artículos transitorios 1.º, 18 y 26.

Congreso de la República. Acto Legislativo 02 de 2017. Artículo 1.º, que agregó el artículo transitorio XX de la Constitución Política.

Congreso de la República. Ley Estatutaria 1957 de 2019.

## JURISPRUDENCIA

### *Corte Suprema de Justicia*

(sentencias disponibles en: <https://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>)

Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de noviembre de 1938, G.J. t. XLVII n.º 1940, pp. 409-415.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 1968, G.J. t. CXXIV, n.º 2297-2299, pp. 58-65.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 1968, G.J. t. CXXIV, n.º 2297-2299, pp. 404-413.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 1982, G.J. t. CLXV, n.º 2406, pp. 263-269.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de agosto de 1985, G.J. t. CLXXX n.º 2419, pp. 266-290.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de septiembre de 1998, rad. 5023.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de octubre de 2005, rad. 14.491.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 2009, rad. 11001-3103-038-2001-01054-01.

Sala de Casación Civil. SC 9788 del 29 de julio de 2015, rad. 11001-31-03-042-2005-00364-01.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2018, rad. 05736-31-89-001-2004-00042-01.

Sala de Casación Civil. SC1819-2019 del 28 de mayo de 2019, rad. 08001-31-03-003-2010-00324-01.

Sala de Casación Civil. SC2202-2019 del 20 de junio de 2019, rad. 05001-31-03-004-2006-00280-01.

Sala de Casación Civil. SC 4427 del 23 de noviembre de 2020, rad. 11001-31-03-006-2005-00291-02.

Sala de Casación Laboral. Sentencia del 16 de junio de 2021, rad. T-8.548.079.

Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 2021, rad. T-8.548.079.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de septiembre de 2021, rad. 05001-31-03-003-2004-00273-02.

Sala de Casación Civil. SC1758-2024 del 16 de julio de 2024, rad. 11001-31-03-006-2005-00291-02.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA

Subsección C. Sentencia del 30 de marzo de 2022, rad. 25000-23-26-000-2005-00440-01(65853). *Julio Martín Otálora Cano y otros vs. Nación – Ministerio de Defensa y otros.*

Subsección B. Sentencia del 5 de diciembre de 2023, rad. 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719) (acumulado). *Rodrigo Márquez Tejada y otros vs. Nación – Ministerio de Defensa Nacional y otros.*

CORTE CONSTITUCIONAL

(sentencias disponibles en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>)

Sentencia C-080 de 2018.

Sentencia SU-353 de 2020.



ÓSCAR RODRÍGUEZ ESCOBAR\*  
JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA\*\*

*Sentencia T-323 de 2024*  
*(Inteligencia artificial generativa y función judicial)*



LA SENTENCIA T-323 DE 2024  
COMO UNA DECISIÓN DE POLÍTICA JUDICIAL

I. OBJETO

En la Sentencia T-323 de 2024, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció *in extenso* y *obiter dicta* sobre las condiciones de uso de herramientas de inteligencia artificial (IA) generativa en el ejercicio de funciones judiciales.

En el caso, la Corte confirmó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la seguridad social de un niño diagnosticado con trastorno del espectro autista (TEA). Ordenó a la EPS demandada levantar las barreras sobre copagos y cuotas moderadoras y cubrir el servicio de transporte hasta las instalaciones donde recibía las terapias y se le efectuaban los controles médicos y la toma de imágenes diagnósticas. Y, de paso, exhortó a todos los jueces del país que utilicen herramientas de IA generativa a seguir una serie de principios ético-jurídicos, entre los que destacan la responsabilidad, la transparencia y la privacidad, a la vez que le ordenó al Consejo Superior de la Judicatura adoptar lineamientos sobre el uso de estas herramientas en la rama judicial y capacitar a los jueces al respecto.

La Corte determinó que el juez de segunda instancia, al incorporar, en la fundamentación de su providencia, información proveniente de una aplicación de IA generativa, no vulneró el derecho al debido proceso de las partes. Para la Corte, a pesar de que el juzgador desconoció los principios de transparencia y de responsabilidad por el uso indebido de *ChatGPT*<sup>1</sup>,

---

\* Monitor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: oscar.rodriguez5@est.uexternado.edu.co

\*\* Docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado y magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia; LL.M. en Derecho Internacional de la Temple University (Estados Unidos) y doctor en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (México). Contacto: juan.uegui@uexternado.edu.co

1 Corte Constitucional. Sentencia T-323 de 2024, cons. 106: “*ChatGPT* es un modelo de IA que produce texto conversacional. Los usuarios interactúan con la herramienta

esto no afectó la validez del fallo, pues el uso de la herramienta de IA no implicó una sustitución del razonamiento humano sobre los hechos, las pruebas y la motivación de la decisión.

## II. CASO Y CONTEXTO

*Blanca*, en representación de su hijo *Emilio* de cinco años y quien padece TEA, solicitó a su EPS ser relevada del pago de cuotas moderadoras y copagos. En respuesta, la EPS le indicó los documentos requeridos para acceder a la exoneración. *Blanca* envió los documentos junto con una petición adicional para que la EPS asumiera los gastos de transporte, argumentando que la falta de recursos y la condición de su hijo dificultaban su desplazamiento a las instalaciones donde recibía las terapias. La EPS no emitió respuesta. Ante el silencio, *Blanca* interpuso acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de su hijo, solicitando que se le ordenase a la EPS: i) exonerarla de las cuotas moderadoras y copagos; ii) cubrir los gastos de transporte, y iii) garantizar un tratamiento integral.

## III. LAS SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 7 de diciembre de 2022, el *a quo* concedió la tutela y le dio mérito a las dos primeras pretensiones. Estimó que el menor era sujeto de especial protección constitucional y requería acceso efectivo a los servicios de salud prescritos. Desestimó la tercera pretensión por la inexistencia de prescripción médica que indicara la necesidad de tratamiento integral.

El *ad quem* confirmó esta decisión con idénticos argumentos e incluyó, invocando la Ley 2213 de 2022, que fomenta la incorporación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los procesos judiciales, las respuestas ofrecidas por *ChatGPT 3.5* a las siguientes preguntas:

---

a través de una interfaz de chat en línea en la que pueden hacer una petición, instrucción o pregunta y esta, a su turno, escribe una respuesta, con base en lo que ha ‘aprendido’ de las bases de datos con las que se ha entrenado a la herramienta. Así, en esencia, *ChatGPT* es un medio creativo o, más específicamente, una herramienta de producción de contenido a partir de instrucciones”.

- i) ¿Menor autista está exonerado de pagar cuotas moderadoras en sus terapias?
- ii) ¿Las acciones de tutela en estos casos se deben conceder?
- iii) ¿Exigir en estos casos la cuota moderadora es una barrera de acceso al servicio de salud?
- iv) ¿La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tomado decisiones favorables en casos similares?<sup>2</sup>.

El *ad quem* indicó que la incorporación de las respuestas de *ChatGPT* a su fallo permitía optimizar los tiempos de redacción, no reemplazaba su labor y que, en todo caso, su uso fue meramente complementario, pues la decisión había sido tomada por él, de forma previa a la consulta de la herramienta y con base en su propio razonamiento judicial.

#### IV. INSISTENCIA Y REVISIÓN

Una vez enviado el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la primera Sala de selección se abstuvo de seleccionarlo. Dos magistrados<sup>3</sup> y la Defensoría del Pueblo, sin embargo, insistieron. Argumentaron, entre otras cosas, que el uso de la IA en la administración de justicia era un tema novedoso que no había sido abordado por la legislación ni por la jurisprudencia constitucional. Finalmente, el caso fue seleccionado y asignado al magistrado Juan Carlos Cortés González, quien fungió como ponente.

#### V. PRUEBAS E INTERVENCIONES

Durante el trámite de revisión, el sustanciador profirió tres autos de pruebas. En el primero, indagó por las condiciones del menor para saber si estaba recibiendo el servicio médico con exoneración de las cuotas moderadoras y copagos; ordenó la declaración del juez que profirió la

---

2 *Ibid.*, cons. 21.

3 Paola Andrea Meneses Mosquera y José Fernando Reyes Cuartas.

sentencia de tutela en segunda instancia, con el fin de esclarecer la forma en que usó *ChatGPT* en la confección de su decisión; solicitó información a diversas entidades del Estado y colegios de jueces y fiscales para establecer si contaban con protocolos o lineamientos para el uso de IA generativa; consultó a abogados, doctrinantes y organizaciones civiles especializadas en tecnologías de la información sobre: las implicaciones de la IA en la toma de decisiones judiciales y la regulación nacional e internacional sobre el tema. Por último, solicitó información a las facultades de ingeniería sobre las condiciones y limitaciones de las herramientas de IA en la fundamentación de providencias judiciales.

Dada la complejidad del tema, mediante el segundo auto, suspendió los términos del proceso por tres meses, y solicitó más información sobre las potencialidades, riesgos y características de las herramientas de IA generativa en las labores judiciales, y sobre los aspectos técnicos y operativos de su eventual implementación en la rama judicial. Finalmente, en el último auto, ordenó una diligencia en la que empleó *ChatGPT*, con el objetivo de formular las mismas preguntas que realizó el *ad quem* y comparar los resultados<sup>4</sup>.

## VI. PROBLEMAS JURÍDICOS

La Sala Segunda de Revisión formuló dos problemas jurídicos. El primero, relacionado con la aplicación del precedente constitucional sobre el derecho a la salud de niños diagnosticados con TEA en materia de copagos, servicio de transporte y tratamiento integral (cons. 72). El segundo, relacionado con el “derecho al debido proceso” (juez natural y deber de motivación) cuando se incorporan respuestas de las herramientas de IA generativa en las decisiones de instancia (cons. 69).

## VII. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Corte confirmó parcialmente la sentencia de segunda instancia y amplió la protección constitucional de *Blanca y Emilio*. Encontró que, como lo

---

4 Corte Constitucional. Sentencia T-323 de 2024, cons. 247.

habían señalado los jueces, *Emilio* efectivamente cumplía con los requisitos para acceder a la exoneración del cobro de copagos y cuotas moderadoras. Sin embargo, a pesar de que la EPS había autorizado la exoneración, la IPS, encargada de brindar la atención al menor, no tenía conocimiento de ello, lo que obligó a *Blanca* a adelantar varios trámites administrativos para hacer efectivo el beneficio. La Corte identificó una falta de comunicación entre la EPS y la IPS y ordenó realizar todas las gestiones para exonerar del cobro de copagos y cuotas moderadoras en el tratamiento médico de *Emilio*.

También advirtió un déficit de protección en las órdenes de amparo con respecto al servicio de transporte. La Corte ratificó que la EPS tenía el deber de cubrir el servicio de transporte a *Emilio* y su acompañante, por carecer estos de recursos económicos, y le ordenó a la EPS suministrar el servicio relativo a todos los traslados requeridos para recibir el tratamiento médico. Por último, la Corte, en concordancia con los jueces de instancia, no ordenó el tratamiento integral por ausencia de mérito.

Respecto del segundo problema, la Corte consideró que el juez de segunda instancia no desconoció el derecho fundamental al debido proceso porque el uso de la herramienta de IA no afectó la validez de la decisión, pues su uso fue incidental.

La Sala de Revisión decidió analizar una eventual afectación del derecho fundamental al debido proceso en el estudio del fondo, pues consideró que era la primera vez que la Corte definiría su alcance cuando se emplean herramientas de IA generativa para decidir demandas de tutela.

Así las cosas, la Corte abordó el contenido del derecho fundamental al debido proceso, centrándose en el estudio de: i) el juez natural; ii) la motivación de las decisiones judiciales, y iii) el debido proceso probatorio. La Corte identificó los posibles riesgos que podría enfrentar el debido proceso en un sistema jurisdiccional que use intensivamente IA, y formuló algunos principios para garantizar que el empleo de estas tecnologías se adelante con un enfoque de derechos fundamentales.

Advirtió también que la garantía del juez natural podría verse afectada por la sustitución del juez humano. Explicó que habría violación al debido proceso si la herramienta de IA sustituye el razonamiento humano relacionado con la identificación de los hechos, las normas jurídicas aplicables, la valoración probatoria, y la motivación y adopción de la decisión judicial. En estos casos, señaló, debe operar el *criterio de no sustitución de*

la racionalidad humana (cons. 220, 295 y 423). No obstante, precisó que si la IA se usa para gestión administrativa y documental o para el apoyo de la función judicial, como la búsqueda, análisis y recopilación de información, así como para la corrección o síntesis de textos, no habría vulneración al debido proceso, siempre que su propósito sea mejorar la eficiencia de la labor de los funcionarios judiciales (cons. 223, 296 y 424).

Por otro lado, la Corte sostuvo que la subgarantía de independencia e imparcialidad judicial podría verse comprometida por los riesgos de sesgos y/o discriminación en las herramientas de IA. En esa línea, explicó que las bases de datos de estas herramientas podrían arrojar respuestas según el entorno del sujeto, su género o comunidad, y que, en función de ello, existe el riesgo de reflejar sesgos contra grupos históricamente discriminados, lo que podría llevar a que el juez profiera una decisión parcializada (cons. 259 y 260). Asimismo, este problema también podría presentarse en la motivación de las decisiones cuando estas estén sustentadas en información falsa debido a alucinaciones<sup>5</sup> de la IA. Para evitar estos riesgos, la Corte estableció un elenco de deberes de los jueces agrupados en los principios de transparencia (cons. 371) y responsabilidad (cons. 372).

Finalmente, el juez constitucional señaló que la garantía del debido proceso probatorio podría vulnerarse por los riesgos de exclusión de pruebas debido a irregularidades en el uso de IA. La Corte fue enfática en afirmar que “el decreto y la evaluación de las pruebas es una tarea que debe estar en cabeza del juez natural, cuyo ejercicio no puede dejarse a una IA” (cons. 275). De modo que utilizar IA como herramienta de apoyo para analizar la licitud, conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de prueba exigiría que el juzgador cuente con altos estándares de verificación, acordes con los principios de transparencia y responsabilidad, so pena de vulnerar el derecho al debido proceso.

Adicionalmente, la Corte advirtió que el juez que introduzca medios de prueba en aplicaciones de IA, administradas por particulares, podría no solo desconocer la reserva procesal, sino también vulnerar el derecho

---

5 *Ibid.*, cons. 245: “Las alucinaciones corresponden a un fenómeno en el que un modelo de lenguaje LLM (*Large Language Model*) percibe patrones que son inexistentes o imperceptibles para los observadores humanos, creando resultados inesperados”.

a la intimidad y al *habeas data*. Sobre este punto, la Corte le dio forma y contenido al “principio de privacidad” (cons. 373).

Finalmente, frente al caso concreto, la Corte determinó que el juez de segunda instancia no fue sustituido por una herramienta de IA; que la decisión del *ad quem* se fundamentó en los parámetros del razonamiento judicial tradicional, y que, al emplear la herramienta de IA generativa, cumplió con el criterio de no sustitución de la racionalidad humana. El juez humano fue quien estudió los hechos, identificó las normas y precedentes aplicables, valoró las pruebas y, con base en ello, motivó y adoptó su providencia judicial. En el caso, el uso de *ChatGPT* se limitó a “complementar” una decisión ya tomada (cons. 359).

No obstante, pese a que la Corte estimó la validez de la decisión, llamó la atención sobre el cumplimiento parcial de los principios antes enunciados. En efecto, el principio de privacidad fue el único que satisfizo, toda vez que al formular las preguntas al *ChatGPT* no utilizó datos personales de las partes o datos cobijados por la reserva procesal. Sin embargo, no satisfizo los principios de transparencia y responsabilidad debido a la falta de diligencia en la trazabilidad de las fuentes y en la verificación de la información. La Corte constató que el juez corrió el riesgo de faltar a la verdad al incluir en su fallo datos erróneos arrojados por la IA.

## VIII. CRÍTICA

La Sentencia T-323 de 2024 es un buen ejemplo de cómo la concepción de una tecnología y de sus riesgos moldea y prefigura el contenido del derecho y el alcance de las competencias de la Corte Constitucional. De cómo el despliegue y la potencia de la IA generativa tensiona los presupuestos del Estado constitucional, en especial, la idea básica de que administrar justicia es una función humana.

En este desafiante contexto, la Corte Constitucional toma una decisión de política judicial con todas sus letras. Con el pretexto de revisar una decisión de tutela en materia de salud que estuvo bien resuelta, la Corte se siente interpelada por los múltiples desafíos de la IA generativa y, a partir de una aproximación a los riesgos de estas nuevas tecnología, se aventura a “sentar las bases” constitucionales para su uso en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

En su vasta empresa, la Corte instrumentaliza el procedimiento de revisión, toma el camino de la interpretación institucionalista de los derechos, propone una nueva mirada a la categoría clásica del juez natural, formula un conjunto de deberes constitucionales a partir de la elucidación de unos principios, y termina por incidir en el gobierno de la rama judicial al despachar órdenes a la judicatura en su conjunto. En lo que sigue desarrollaremos brevemente estas ideas.

#### I. LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

Mediante la figura de la revisión de las sentencias de tutela de los jueces de instancia, por lo general, la Corte Constitucional fija criterios de interpretación, unifica la jurisprudencia y protege la dimensión subjetiva los derechos fundamentales. El eje central y la razón de ser de la revisión es la protección del ser humano y de sus derechos fundamentales, tanto en la dimensión subjetiva como en la objetiva. Paradójicamente, esta función original de la figura de la revisión es la gran ausente en este caso. Y está ausente porque el caso en las instancias estuvo bien fallado, en términos generales, y porque el uso de *ChatGPT 3.5* por parte del juez de segunda instancia no tuvo mayor efecto en la decisión de tutelar el derecho fundamental a la salud del peticionario, ni en el derecho al debido proceso de las partes. En efecto, frente a la tutela del derecho fundamental y a la realización de la función tutelar del juez, el uso de *ChatGPT* fue incidental e irrelevante.

Pero el asunto, lo que se discutía de fondo, en general, no era irrelevante y no lo es. Las preguntas que están en el fondo de este caso son elementales y profundas: ¿pueden los jueces de tutela emplear herramientas de IA generativa en el ejercicio de su función jurisdiccional? Si su uso es permitido, ¿con qué alcance, en qué circunstancias, con qué límites? ¿Cómo evitar los riesgos de deshumanización, falta de explicabilidad, sesgos y alucinaciones ligadas a su despliegue?

La indudable relevancia de estas preguntas llevó a la Corte, primero, a insistir en la revisión del asunto, a pesar de no haber sido seleccionado, y segundo, a pronunciarse por fuera del marco habitual de las competencias de revisión. Y para esto la Corte toma un atajo: reivindicar su rol de garante de la regularidad del procedimiento (cons. 67) a pesar de saber

de antemano que en el caso concreto no hubo irregularidades en el procedimiento, ni afectación del derecho fundamental al debido proceso de las partes. Ya encaminada, la Corte se habilita con el argumento retórico de que su competencia para pronunciarse sobre el debido proceso no depende de los alegatos de las partes (cons. 67). Se trata de un argumento retórico, porque la competencia de revisión no es rogada, pero debe estar orientada a la tutela de un derecho fundamental, por vulneración o por amenaza. Y son precisamente la vulneración y la amenaza del derecho fundamental al debido proceso las grandes ausentes del caso.

En fin. La Corte decide que se pronunciará sobre el alcance del derecho fundamental al debido proceso como una cuestión de fondo, “pues se trata de definir, por primera vez, elementos que precisen el alcance del derecho al debido proceso frente al uso razonado de herramientas derivadas de la IA en el trámite de acciones de tutela” (cons. 68). En efecto, la revisión del caso buscaba “introducir parámetros de comportamiento judicial nunca antes abordados por la Corte Constitucional”, bajo la idea de que este fallo tendría “la potencialidad de generar un impacto social y jurídico significativo con efectos que trascienden el caso concreto” (cons. 68). Aquí la Corte se sincera y revela las fibras de su motivación.

Pero aún tiene que cuidar las formas del procedimiento de revisión. Y para ello tiene que formular los problemas jurídicos a resolver. En relación con el derecho fundamental a la salud no hay líos, los hay con el derecho fundamental al debido proceso. Frente a este, la Corte indica que pasará a “realizar un estudio oficioso acerca de la validez de las actuaciones adelantadas por el juez de tutela en segunda instancia” a efectos de determinar “alguna irregularidad que implique una violación del derecho al debido proceso” (cons. 69). Y formula, como “problema jurídico”, la siguiente pregunta capciosa: “¿La sentencia de tutela del 30 de enero de 2023, que es objeto de revisión por esta Corte, incurrió en una violación del derecho al debido proceso, en específico, al quebrantar las garantías del juez natural y al motivar indebidamente la decisión, por incorporar las respuestas que arrojó un sistema de IA generativo, *ChatGPT 3.5*, consultado por el juez competente para proferir la decisión?”.

Esta pregunta es capciosa porque presupone la respuesta: si hay quebranto a las garantías del juez natural y de debida motivación, hay necesariamente vulneración del derecho (¿?). Pero, sobre todo, es capciosa

porque la pregunta no va al caso bajo estudio, en el que el uso de la IA no conllevó afectación a la garantía del juez natural, ni indebida motivación de la decisión. Es capciosa porque permite y justifica abrir el debate de política judicial que vendrá, y que realmente será y es el centro de la decisión de la Corte. Y aquí nos preguntamos: ¿es esta función de la Corte Constitucional como tribunal de revisión?, ¿la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución la habilita para formular los dictados, digamos, básicos, de la política judicial en materia de uso de IA generativa por parte de la rama judicial?

## 2. EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

¿Cómo justifica entonces la Corte una decisión de las dimensiones de la tomada en la Sentencia T-323 de 2024? ¿Cómo justificar una decisión de política judicial de este importante calado? La figura del debido proceso funciona aquí, al igual que en otros casos, como un habilitador. Revela toda su plástica dogmática, su contenido complejo y su carga emotiva. ¿Cómo es eso? La Corte decide hacer una mención muy general a las “garantías del debido proceso”, y enlista siete: “legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” (cons. 76), para pasar a desarrollarlas brevemente (cons. 77). Sin embargo, solo una de estas garantías tiene relación con el caso: la del juez natural. Y será esta la piedra angular de la decisión. Pero no como un contenido del derecho fundamental al debido proceso en estricto sentido.

En este punto, la Corte se enruta por la senda de hacer una muy buena sentencia sobre la garantía institucional del debido proceso, y no sobre la vulneración o la amenaza del derecho fundamental al debido proceso de las partes. Y queremos insistir en la expresión “garantía institucional” como una de las facetas con las que se presenta, en la dogmática constitucional, la compleja figura del debido proceso.

Los derechos fundamentales suelen verse como reductores de complejidad de un conjunto de prerrogativas, de pretensiones de corte individual, en las que un sujeto, el titular, puede exigir de otro, el destinatario, cierta conducta. Los derechos fundamentales se explican así con el par

conceptual derecho-deber. Y la acción de tutela es la garantía de esta dimensión subjetiva del derecho fundamental. Las garantías institucionales, en cambio, son una concreción de los ideales del Estado de derecho y del Estado constitucional atadas al principio de legalidad. Una serie de mandatos de raigambre también constitucional que configuran el quehacer de las instituciones. Así, el debido proceso es al mismo tiempo un derecho fundamental de las partes, y una garantía institucional que define ciertos mandatos y marcos de acción a la autoridad judicial, y en general, al ejercicio del poder público. Por eso, la Corte puede insistir en controlar la validez del procedimiento de los jueces de instancia, por la vía de verificar el respeto de la garantía institucional al debido proceso, a la regularidad del procedimiento, independientemente de que haya o no afectación a los derechos fundamentales de las partes.

Desde este marco teórico es más fácil concretar el objetivo de la sentencia. Es más fácil presentar los nuevos deberes institucionales de los jueces en el contexto de la disponibilidad y del uso de la IA generativa en el ejercicio de las funciones ligadas a la administración de justicia.

La Corte pone entonces su énfasis en el presupuesto básico de la garantía institucional del debido proceso: el juez natural. E introduce así el postulado, la idea elemental, el aparente oxímoron según el cual el juez debe ser un ser humano.

Será la de garantía del juez natural, así entendida, con énfasis en el rol humano, que se desprenderá el deber de motivación de las decisiones. El derecho a que el caso sea decidido por un ser humano, no por una máquina. Y el deber que pesa sobre ese ser humano de explicar las razones de su decisión, sus motivos. Así como el deber que pesa también sobre ese ser humano de adelantar el análisis del material probatorio. Los tres componentes: juez natural, deber de motivación y valoración probatoria apelan a los presupuestos, a la estructura básica, al esqueleto que sostiene la función judicial. No fungen aquí como legítimas pretensiones de las partes frente al Estado, como derechos fundamentales en estricto sentido. Son, en cambio, la garantía institucional misma sobre la que reside la función jurisdiccional, la muy humana función de administrar justicia.

A partir de entender cómo funcionan los sistemas de IA generativa, y en especial, al revelar la dependencia de estos sistemas de los datos de entrenamiento, la Corte profundiza en torno a dos contenidos básicos

de la garantía institucional del juez natural: el deber de motivación y la imparcialidad.

En el contexto de usos intensivos de IA, afirma la Corte, “parte del contenido esencial de la garantía del juez natural es la condición de ser humano que debe asistirle al juzgador [...] [E]l diseño institucional y normativo actual no prevé la posibilidad de un juez máquina [...] [E]n todo caso, la apelación a la decisión humana es insustituible” (cons. 213). Y más adelante insiste: “el juez natural tiene que ser un humano y no una máquina [...] Si la decisión judicial es tomada por una IA, sin valoración y determinación por parte de un juez, será inválida” (cons. 219). “No es admisible que [...] se admita la inclusión en las providencias judiciales de textos generados por la IA, sin ningún tipo de control. El juez que así proceda incumple con su responsabilidad en la motivación de su decisión” (cons. 246).

Sin embargo, al apelar a la posible existencia de “sesgos”, falsedades o “alucinaciones” en las respuestas de la máquina (cons. 256), la Corte hace un giro, de la garantía institucional del debido proceso, al problema epistemológico de la verdad y de la verdad judicial. De la garantía del juez natural como juez humano, a la discusión sobre la correspondencia entre lo alegado y probado en el proceso y la realidad, entre los hechos y la verdad.

El giro es problemático porque la Corte arriesga la consistencia de su argumento: ¿qué sucedería si la evidencia nos arroja, no la existencia de sesgos, falsedad y alucinaciones de la máquina, sino que sus respuestas son correctas, acertadas, verdaderas? ¿Qué sucedería si las respuestas de la máquina son mejores, más precisas, mejor redactadas, mejor ilustradas que las del juez humano? ¿Qué es lo que determina la invalidez de la decisión: la calidad de la decisión o la calidad de quien la toma? ¿Qué significa, en este nuevo contexto, la garantía institucional del juez natural?

Finalmente, el último de los componentes de la garantía del juez natural es la garantía de imparcialidad. A partir de la descripción del funcionamiento de la IA generativa, la Corte problematiza sobre ¡la parcialidad de la máquina! “Al usarse IA generativas por parte de los jueces, la imparcialidad debería predicarse también de la herramienta pues, dependiendo de sus sesgos, podrían verse afectada algunas de las partes en la causa” (cons. 263). La garantía del juez natural se torna entonces en el deber de imparcialidad, que servirá para justificar los principios de responsabilidad y transparencia. “La transparencia y explicabilidad de estas tecnologías

debe implicar que cuando se usen, se den a conocer de manera irrestricta los datos utilizados, la forma en la que funcionan, los casos en los que se usan y el lugar que ocupan dentro de la decisión judicial” (cons. 265). En todo caso, su uso no puede “implicar que la decisión al final deje de ser tomada por el juez” (cons. 265).

### 3. LOS NUEVOS DEBERES CONSTITUCIONALES A PARTIR DE UNOS PRINCIPIOS *AD HOC*

A partir de la resignificación de la figura del juez natural como garantía institucional del debido proceso, la Corte Constitucional llega a dos conclusiones netas. Primero, la prohibición de emplear IA generativa para el cumplimiento de la función típicamente jurisdiccional, en concreto, la prohibición de emplearla para adelantar la valoración del material probatorio y para tomar decisiones sustantivas. En tal sentido, la IA generativa solo puede utilizarse o para labores propias de la administración de la rama judicial o como una herramienta auxiliar para el ejercicio de la función jurisdiccional. Segundo, al emplearla como herramienta auxiliar, los jueces de tutela deben adecuar su conducta a los principios de responsabilidad, transparencia y privacidad.

La elucidación de estos principios es, por decir lo menos, problemática. Su estatus jurídico no parece del todo claro. En algún sentido, parecen nuevos mandatos constitucionales, de todas formas implícitos, con el vestido maleable, difuso pero muy prestigioso de los “principios”. De otro lado, parecen el correlato necesario de la garantía institucional del debido proceso y del contenido resignificado de la garantía del juez natural, así como de sus deberes jurídicos implícitos: debida motivación e imparcialidad. Y finalmente, parecen directrices ético-políticas que deberían ser tomadas en cuenta por los jueces al momento de emplear IA generativa como una herramienta auxiliar para el ejercicio de su función jurisdiccional, pero sobre todo, que deberán ser tenidas en cuenta por el Consejo Superior de la Judicatura al expedir los lineamientos que la Corte Constitucional le ordenará adoptar.

Estos principios son una mezcla de todas estas cosas. Porque, en últimas, la Corte ha tomado una decisión de política judicial, en donde es difícil identificar las *rationes decidendi* del caso. Esto se ilustra bien con

la conclusión, en apariencia contraevidente, según la cual, a pesar de que el juez de segunda instancia, al emplear *ChatGPT* en la decisión revisada, no observó a plenitud los principios de responsabilidad y transparencia, tal inobservancia no tuvo el poder de invalidar el fallo. ¿Qué son entonces estos principios? ¿Son elementos de la garantía institucional del debido proceso que se valoran por gradientes? ¿Mandatos constitucionales vinculantes-a-discreción cuando los jueces emplean IA generativa? ¿Directrices ético-políticas a la rama judicial?

Finalmente, al resolver el caso concreto, la Corte decide concretar su propósito de formular los contenidos básicos de una política judicial para el uso de la IA y elucida con un especial nivel de detalle los nuevos deberes para los jueces de la República, así:

371. *Transparencia.* Se cumple cuando el funcionario judicial: (i) pone en conocimiento de las partes que hizo uso de una herramienta de IA en el transcurso del proceso; (ii) expone las razones por las cuales tiene conocimiento del debido uso de estas herramientas tecnológicas, por ejemplo, se ha capacitado, ha hecho estudios especializados en el tema, etc.; (iii) precisa el funcionamiento del sistema de IA que se utilizó, entre lo que es de especial importancia resaltar las capacidades de la IA y sus limitaciones; (iv) expone toda fundamentación que se haga alrededor del uso de una IA de manera comprensible, convincente, completa y específica; (v) da a conocer de manera irrestricta los datos utilizados y el lugar que esta información ocupa dentro de la decisión judicial; y (vi) establece las razones por las que el sistema de IA se debe emplear, es decir, se hace un análisis de necesidad e idoneidad sobre el uso de IA.

372. *Responsabilidad.* Teniendo en cuenta que las decisiones judiciales que acudan a este tipo de herramientas –IA– deberán dar cuenta del *origen, idoneidad y necesidad* de la información utilizada, la responsabilidad del juez se centra, especialmente, en *verificar* que la información sea real, apropiada para el asunto, respetuosa de los presupuestos fácticos y jurídicos, y comprensible para la administración de justicia y los administrados. Es responsabilidad del juez estar capacitado y comprender el buen manejo de estas tecnologías al interior de la administración de justicia y sus impactos. Por esta razón, se debe evitar el uso de algoritmos de *black box*, respecto de los cuales se conocen los datos de entrada y el resultado, pero no la forma en la que la información

es procesada. Por lo demás, el juez o magistrado debe asegurarse [de] que el sistema utilizado esté entrenado con datos recientes, suficientes y relevantes para el contexto colombiano o de aplicación y, de evidenciarse algún tipo de inconsistencia, manifestarlo expresamente en la decisión judicial.

373. *Privacidad.* El funcionario judicial tiene el deber de custodiar y proteger la reserva de los datos personales y sensibles que se ponen en conocimiento de la administración de justicia para cumplir con los fines propios de la Rama Judicial. Consecuentemente, es necesario realizar una evaluación sobre los riesgos que implica suministrar este tipo de datos a sistemas de IA y evitar su filtración, más aún cuando las herramientas tecnológicas son externas al funcionamiento de la justicia en Colombia o no están expresamente autorizadas para la función judicial en el país.

Por el número y complejidad de estos mandatos es claro que el uso de la IA generativa por parte de los jueces, para el cumplimiento de sus funciones estrictamente jurisdiccionales, quedó, una vez en firme la sentencia, especialmente restringido.

La Corte Constitucional termina así por fijar una política judicial guiada por los principios de legalidad (al insistir en que el uso de la IA generativa no ha sido autorizado por norma expresa), de transparencia (al insistir en el deber de exponer los detalles del uso de la herramienta), de precaución (al diseñar las prohibiciones bajo la lógica de prevención de riesgos) y de primacía de los derechos fundamentales como garantías institucionales (en especial, las propias del juez natural y las relacionadas con la reserva y la protección de datos personales)

#### 4. LA INCIDENCIA DE LA CORTE EN LA POLÍTICA JUDICIAL DEL ESTADO COLOMBIANO

El impulso de una política judicial para el uso y aprovechamiento de las aplicaciones de IA generativa en la administración de justicia es uno de los efectos netos de este caso. La Corte cierra el círculo con su aura magnánima. Exhorta a todos los jueces de la República a tener en cuenta criterios orientadores al emplear herramientas de IA generativa, y le ordena al Consejo Superior de la Judicatura adoptar lineamientos al respecto para

todos los jueces de la República y, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, divulgar la sentencia y capacitar a los funcionarios judiciales.

La Corte exhorta, como indicamos, a todos los jueces de la República a evaluar “el adecuado uso de la herramienta tecnológica *ChatGPT* y otras análogas o que se desarrollen en el ámbito de la IA” (cons. 422) (resol. cuarto), y a “apropiar y aplicar” los criterios orientadores para el uso de herramientas de IA generativas, a saber: transparencia, responsabilidad, privacidad, no sustitución de la racionalidad humana, seriedad y verificación, prevención de riesgos, igualdad y equidad, control humano, regulación ética, adecuación a buenas prácticas y estándares colectivos, seguimiento continuo y adaptación, y finalmente, idoneidad (cons. 423) (resol. cuarto).

Es tan claro que se trata de una decisión de política judicial que, a pesar de haber invocado las figuras de los efectos *inter communis* e *inter pares* en la parte motiva de la sentencia (cons. 410 y 411), la Corte se decanta finalmente por un exhorto a los jueces (resol. cuarto). ¡A todos los jueces de la República! Y tiene sentido. Las figuras de los efectos *inter communis* e *inter pares* están asociadas a la situación en que se encuentran diferentes titulares de derechos fundamentales y que guarda relación con el caso resuelto por la Corte Constitucional. En esta oportunidad la Corte va más allá del caso, incluso va más allá de la propia jurisdicción constitucional. La Corte se pronuncia sobre la garantía institucional del debido proceso *in genere*. Y en concordancia con esto toma una decisión de política judicial.

Adicionalmente, la Corte le ordena al Consejo Superior de la Judicatura tomar dos acciones. La primera, que expida una “guía, manual o lineamiento en relación con la implementación de la IA generativa en la Rama Judicial, especialmente en cuanto al uso de la herramienta *ChatGPT*”, regulación que deberá ser acorde con los aspectos establecidos en esta providencia” (resol. quinto). Y la segunda, que por intermedio de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” “divulgue esta providencia a todos los despachos judiciales del país y continúe generando espacios de capacitación que fomenten el aprendizaje de conocimientos básicos sobre el uso de la inteligencia artificial IA en el contexto judicial, junto con sus riesgos y beneficios, con un enfoque de derechos” (resol. sexto). Nuevamente, excediendo el marco propio de la figura de revisión, y con un alcance allende la jurisdicción constitucional.

Siguiendo las órdenes de la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PCSJA24-12243 del 16 de diciembre de 2024, “Por el cual se adoptan lineamientos para el uso y aprovechamiento respetuoso, responsable, seguro y ético de la inteligencia artificial en la Rama Judicial”. Estos lineamientos contienen: i) objeto; ii) definiciones generales y de riesgos; iii) principios y garantías, y iv) directrices y buenas prácticas de uso de IA para servidores judiciales, entre otros. Los lineamientos están calcados sobre el diagnóstico y los contenidos normativos ético-políticos señalados por la Corte y aquí reseñados.

Finalmente, entre las muchas ideas de política judicial que caracterizan este fallo destacamos una: la de insistir en la importancia de tener un sistema de IA propio, de uso exclusivo y especializado para la rama judicial. Uno que, según la Corte, “permita contribuir a la eficiencia de los despachos judiciales y facilitar el acceso a la información, así como reducir a la par los riesgos en materia especialmente de transparencia, protección de datos, alucinaciones y sesgos” (cons. 285 y 299).

La pronta concreción de esta idea, que nos recuerda la urgencia de reivindicar la soberanía sobre los sistemas de gestión de la información del Estado colombiano, valga por todo lo dicho.



JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ\*

*Auto A-948 de 2024*  
*(Incidente de impacto fiscal de la Sentencia C-489 de 2023*  
*que declaró inexecutable la prohibición de deducir las regalías*  
*en el impuesto sobre la renta)*



## I. CONTEXTO

Una de las decisiones más ambiciosas de la Constitución de 1991 fue la de proclamar a Colombia como un *Estado social de derecho*, esto es, un Estado enfocado en atender las demandas de la sociedad para reducir gradualmente la pobreza y la desigualdad<sup>1</sup>; lo cual supone un esfuerzo fiscal de grandes proporciones, que solo se podrá realizar en un periodo de tiempo razonable, dado que el país no cuenta con otras fuentes de financiación distintas a los impuestos que el Estado pueda recaudar<sup>2</sup> y los recursos provenientes del endeudamiento<sup>3</sup>.

Si bien tanto la elección de un presidente como la de los congresistas son decisiones democráticas, sus efectos en términos fiscales se concretan en el Congreso, tanto en el plan de desarrollo del Gobierno como en los presupuestos anuales, que es donde se definen las prioridades del gasto público, es decir, cuánto se ha de gastar<sup>4</sup>, para quién y cómo se financiará. Es allí donde se pone a prueba la capacidad fiscal de una sociedad para materializar el Estado social de derecho. Esto es, acotar las aspiraciones sociales hasta la capacidad tributaria que se logre para financiar el gasto público, pero, sobre todo, priorizar los derechos sociales.

Las tensiones entre una economía de mercado, para la cual los impuestos, si exceden cierto umbral, pueden convertirse en una reducción de la

---

\* Docente investigador del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Instituciones Técnicas y Financieras del Instituto de Estudios Fiscales (España); doctor en Derecho de las universidades Javeriana, del Rosario y Externado de Colombia. Fue magistrado de la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Contacto: julio.piza@uexternado.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0657-397X>.

1 Según datos del DANE, la pobreza en 2023 estaba en el 33% y la pobreza extrema en el 11.4%. En el área urbana, la pobreza llegaba al 18,0% y la pobreza extrema al 5,2%; y en el área rural, la pobreza alcanzó el 46,4% y la pobreza extrema el 22,6%.

2 Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores: “todos nuestros derechos dependen de los impuestos recaudados por el Gobierno”.

3 Baquero Esteban, Juan M. *La función del tributo en el Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

4 Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. *El costo de los derechos*, cit.

inversión, y las exigencias constitucionales de incrementar anualmente el gasto social, se definen en el escenario político del Congreso, donde corresponde debatir y aprobar tanto el gasto como los impuestos. Pero, también dependen de la capacidad de gestión del Gobierno para ejecutar los proyectos. Este dilema lo expresa con claridad Zornoza:

La realización de la justicia financiera, de esa justicia relativa a la equitativa distribución del gasto público y a la efectividad de los derechos sociales que reclaman la intervención del Estado, no es, pese a su reconocimiento constitucional, un problema reductible a lo puramente jurídico, porque, como señala N. Bobbio, su solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la Constitución más avanzada y pone en crisis al más perfecto mecanismo de garantía jurídica<sup>5</sup>.

En términos fiscales, el Estado social de derecho, para la realización de sus fines, normalmente recurre a un incremento de la tributación o de la deuda. Si bien desde la Constitución de 1991 la carga tributaria se ha duplicado y el país ha avanzado en términos de cobertura social, aún se tienen preocupantes indicadores de pobreza y desigualdad. Las reformas de los dos últimos gobiernos, precedidas por informes técnicos de comisiones de expertos, no lograron incrementar de manera suficiente la presión fiscal, que se mantiene desde hace una década alrededor del 13%<sup>6</sup>.

La pandemia puso en evidencia las limitaciones del gasto público, pues fue necesario incrementar la deuda pública<sup>7</sup> para financiar las ayudas estatales adoptadas para soportar la subsistencia de las micro pymes y de las personas del sector informal. Justamente, esa experiencia dio lugar a ajustar la regla fiscal incluyendo un ancla que limita el endeudamiento<sup>8</sup>.

A comienzos del siglo XXI, los economistas fueron muy críticos de lo que se denominó el activismo judicial, esto es, sentencias de la Corte

---

5 Zornoza, Juan. “Hacienda Pública, gasto público y derechos económicos y sociales”, *Revista Estado de Derecho*, n.º 10, 2001, pp. 25-40.

6 Exposición de motivos de la Ley 2277 de 2022.

7 La deuda aumentó de 2019 a 2020 del 48.4% al 60.6% del PIB. Exposición de motivos de la Ley 2277 de 2022.

8 Ley 2155 de 2021.

Constitucional cuyo impacto fiscal incidió, directa o indirectamente, en las políticas públicas. Esta polémica dio lugar a una reforma constitucional del artículo 334, que le asigna al Estado la dirección de la economía, para que las decisiones judiciales deban considerar el costo de las medidas dispuestas en ellas y, por ende, reconocer las limitaciones de la capacidad fiscal para atenderlas<sup>9</sup>. De esa manera, se incorpora el concepto de *sostenibilidad fiscal* para mitigar el efecto fiscal de las decisiones judiciales —no como un principio, se ha encargado de precisar la jurisprudencia—, sin menoscabar los derechos fundamentales. Un instrumento particular derivado de tal reforma fue el “incidente de impacto fiscal”, como un procedimiento que pueden iniciar un ministro o el procurador general de la Nación con miras a atenuar el impacto fiscal de una decisión judicial de las altas cortes, ya sea logrando que se modifiquen, modulen o difieran los efectos de la sentencia<sup>10</sup>.

Cabe señalar que la jurisprudencia ha diferenciado para estos efectos la sentencia de sus efectos fiscales, con el objeto de proteger la decisión de la sentencia, con lo cual el incidente de impacto fiscal debe, en primer lugar, demostrar su cuantía, y en segundo lugar, proponer fórmulas para modificar, modular o diferir tales efectos.

## II. EL CASO

El Legislador, haciendo uso de su libertad de configuración del tributo, mediante el artículo 19 de la Ley 2277 de 2022 prohibió la deducibilidad de las regalías en el impuesto sobre la renta. En la Sentencia C-489 de 2023, la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de esa medida, a partir del planteamiento y resolución del siguiente problema jurídico:

¿La prohibición de deducir el pago por concepto de regalías de la renta bruta viola los principios de equidad y justicia tributaria porque (i) la renta líquida gravable así configurada impone una carga tributaria desproporcionada respecto de la capacidad contributiva de los sujetos obligados y (ii) prevé un trato diferenciado entre quienes pagan las regalías en dinero y quienes

---

9 Sistema General de Participaciones, Acto Legislativo 01 de 2001, y Sistema General de Regalías, Acto Legislativo 05 de 2011, las dos en el plano de la descentralización.

10 Acto Legislativo 03 de 2011.

lo hacen en especie, que implica que los primeros soporten una mayor carga tributaria?

La Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma demanda con el argumento de que desconoció el principio de legalidad, porque impuso una carga desproporcionada a un sector de contribuyentes, explicando que dicha medida, en los periodos en los que el petróleo crudo se vende a precios bajos, puede tener rasgos confiscatorios, sin que el Legislador haya tomado alguna medida compensatoria para tal evento. Juzgó, a su vez, que ese tratamiento aumentaba artificialmente el impuesto, especialmente cuando se reporten pérdidas, violando así la prohibición del artículo 34 C.P. Por otra parte, afirmó que la norma generaba un trato diferenciado entre quienes pagan las regalías en dinero y quienes la pagan en especie, lo cual representaba una transgresión al principio de equidad<sup>11</sup>.

Puesto que el impuesto sobre la renta es de periodo anual, la Constitución establece en su artículo 338 que un cambio en su estructura solo puede aplicarse en el periodo siguiente. En consecuencia, la prohibición establecida en la Ley 2277 de 2022, que en principio aplicaría para el impuesto del año 2023, ya no podría aplicarse porque la sentencia que declaró su inexecutable se profirió en noviembre de 2023, es decir, antes de terminar este periodo gravable.

Para contextualizar el asunto es necesario advertir que estamos hablando de dos ingresos públicos: de un lado, el impuesto de renta que pagan las empresas que explotan recursos naturales no renovables sobre su utilidad, y de otro lado, las regalías que deben pagarle al Estado como titular de los recursos del subsuelo, como una contraprestación, es decir, constituye un ingreso patrimonial del Estado<sup>12</sup>. Como la base gravable del impuesto sobre la

---

11 Nota de los editores: la Sentencia C-489 de 2023 fue analizada en el volumen anterior de esta colección: véase Uprimny, Rodrigo. “Sentencia C-489 de 2023 (Regalías e impuesto a la renta: un error judicial procesal y sustantivo)”, en *Justicia constitucional a debate*, vol. 4, *Crónicas jurisprudenciales del año 2023*, Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula; González Medina, Diego y Rivas-Ramírez, Daniel (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2025, pp. 153-173.

12 Véase el Acto Legislativo 01 de 2011, respecto de los recursos destinados a los proyectos de inversión en los territorios.

renta permite deducir los costos y gastos, para gravar la utilidad, la cuestión que debía dirimir la Corte Constitucional consistía en juzgar si era admisible la prohibición de deducir las regalías pagadas para determinar la base gravable del impuesto sobre la renta de las empresas que explotan petróleo y carbón.

La explotación de estos recursos exige una tecnología y un capital de los cuales carece el Estado colombiano, por ello se adoptaron los contratos de asociación entre los inversionistas extranjeros y Ecopetrol, para compartir las utilidades<sup>13</sup>. El artículo 116 del Estatuto Tributario le permitía a Ecopetrol deducir las regalías, pero, para las empresas privadas, durante mucho tiempo fue un asunto que la DIAN no consideró factible<sup>14</sup>. Sin embargo, en 2005, con ocasión de la expedición del Concepto DIAN 015766 del 17 de marzo, cambió su postura para admitir su deducibilidad. No obstante, este concepto fue anulado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en Sentencia del 12 de octubre de 2017<sup>15</sup>, la cual, empero, en sus consideraciones dejaba abierta la posibilidad de su deducibilidad, según los casos específicos, aplicando una norma residual sobre las expensas, sin acudir a la norma específica que regulaba las regalías.

### III. INCIDENTE

El ministro de Hacienda solicitó la apertura de un incidente de impacto fiscal para atenuar los efectos presupuestales de la decisión de la Corte, y

---

13 Este diseño institucional ha evolucionado con la creación de las agencias minera y de hidrocarburos para asignar los campos en concesión y servir de actor principal. Ecopetrol pasó a ser un jugador adicional en la exploración y explotación, que además abrió su capital a inversionistas, los cuales representan, en la actualidad, el 13% del capital de la empresa.

14 DIAN. Conceptos 089041 del 20 de diciembre de 2004 y 054304 del 9 de julio de 1998.

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 2017, rad. 11001032700020130000700 (19950). *Jorge Enrique Robledo Castillo y otros vs. U.A.E. DIAN*. Empero, en el último párrafo de la sentencia, la Sección sostuvo que la decisión de nulidad operaba “sin perjuicio [de] que frente a los demás contribuyentes y en cada caso concreto, se analice si la deducción por pago de regalías reúne los requisitos del artículo 107 ET, pues su procedibilidad no puede ser definida de manera general vía concepto”.

propuso, como lo exige la norma, las fórmulas de modulación correspondientes. Sobre el impacto, señaló que la sentencia repercutía en particular en los presupuestos de 2023 y 2024. En el primer caso, por cuanto, partiendo del mayor recaudo que tendría por la prohibición de su deducibilidad, aumentó la retención en la fuente a cargo de los contribuyentes que explotan hidrocarburos y carbón, anticipando el recaudo con respecto a su causación, esto mediante el Decreto 261 de marzo de 2023. De tal manera, en esa vigencia se recaudaron recursos provenientes de la reforma que se convirtieron en gastos ejecutados en 2023, los cuales, por efecto del fallo de la Corte, se debían devolver a los contribuyentes.

Pero también afectó el presupuesto del año 2024, puesto que el presupuesto de esta vigencia incluía el recaudo proveniente de la señalada prohibición, y comoquiera que la sentencia aplicaba plenamente para 2024, ese recaudo ya no se obtendría. En consecuencia, sería necesario reconocer el impacto en los dos años, uno por el anticipo y otro por la aplicación de la ley. El ministro explicó que el impacto fiscal total era de 6,4 billones: 3,1 por el recaudo anticipado vía retención en el presupuesto del año 2023 y 3,4 apropiados en el presupuesto del año 2024.

Planteó entonces cuatro alternativas para modular dicho impacto: la primera, que la sentencia solo rigiera a partir de 2025; esto a efectos de no tener que devolver los recursos recaudados por anticipado en 2023 y mantener la prohibición en el año 2024, con lo cual no se afectaría el presupuesto de este año. La segunda opción, no devolver los recursos recaudados en 2023. Una tercera opción, consistente en que los efectos de la sentencia se surtieran desde 2024, pero la devolución de los recursos se hiciera con cargo a cuotas que podrían hacerse efectivas en los años 2024 a 2028. La última alternativa, que aplicara desde 2023 pero se devolvieran los recursos ya captados con cargo a las vigencias 2025 a 2028.

El demandante se opuso, considerando que el monto del impacto fiscal no era el alegado por la cartera de Hacienda; que las alternativas significaban desconocer la decisión de la Corte; que el propio Gobierno reconocía poder amortiguar el efecto con endeudamiento y reducción del gasto; que el efecto estaba sobreestimado porque no todos los saldos se solicitarían en 2024, año en el cual se reportaba una baja ejecución presupuestal; y que el Gobierno ya conocía la sentencia cuando se sancionó el Decreto 1523 de 2024, por el cual se liquidó el presupuesto de 2024.

En la audiencia, los magistrados formularon preguntas que a su juicio no fueron atendidas satisfactoriamente por el ministro de Hacienda, con lo cual quedó en entredicho el verdadero impacto de la sentencia, puesto que las retenciones no solo derivan de la no deducibilidad de las regalías, sino de otras medidas de la Ley 2277 de 2022, como las sobretasas que debían pagar los contribuyentes de estos mismos sectores económicos.

La Corte ordenó como pruebas las intervenciones de los gremios del sector de petróleo y carbón, y ambos discreparon del cálculo del impacto que presentó el ministro de Hacienda. El primero, señaló que el impacto era muy inferior, a juzgar por los datos de sus afiliados, y que era posible afrontarlo fiscalmente. Lo mismo hizo el segundo sector, y, tomando los datos de sus afiliados, manifestó que ya la sentencia había negado la posibilidad de modular el fallo, porque con ello se restringirían derechos constitucionales.

#### IV. LA DECISIÓN

La Corte, mediante Auto A-948 de 2024, negó la solicitud, por cuanto el impacto no fue demostrado, no fue debidamente soportado, carecía de relevancia y afectaría tanto los derechos fundamentales como el principio de equidad. Tanto el informe del Comité Autónomo de la Regla Fiscal como los gremios afectados mostraron datos diferentes a los del ministro de Hacienda, quien, se dijo en la providencia,

... no ofrece razones ni elementos de juicio para justificar que el cumplimiento de la Sentencia C-489 de 2023, además de generar presiones al manejo de la caja en la vigencia 2024, implique una alteración seria de la sostenibilidad fiscal. El ministro no logró aislar el efecto de la Sentencia en la sostenibilidad fiscal en el contexto macroeconómico informado. Por lo demás, la Corte comprueba que tanto el ministro como el director técnico del Comité Autónomo de la Regla Fiscal informaron que el cumplimiento de la Sentencia tal como ha sido abordado en el plan financiero de 2024 no implica incumplimiento de la Regla Fiscal, y por lo mismo, no parece generar un riesgo reputacional en el mercado financiero internacional en el que se definen las tasas de endeudamiento del GNC.

En suma, la Corte encuentra que en este caso el ministro de Hacienda y Crédito Público no cumplió con la carga de demostrar que la Sentencia contra

la cual se promueve el IIF [incidente de impacto fiscal] genera una alteración seria de la sostenibilidad fiscal. En particular, porque no propuso razones a la Corte que permitan concluir que, en un análisis amplio de la sostenibilidad fiscal, que comprenda el entorno macroeconómico, la Sentencia pone en riesgo las fuentes de financiamiento del gasto estructural que posibilita el cumplimiento de los fines del Estado social de derecho.

La Sala señala, asimismo:

... el Incidente de Impacto Fiscal plantea dos problemas jurídicos:

El primero, si la Sentencia C-489 de 2023 produce alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal y en tal caso, cuál es la magnitud de esa alteración. El segundo, como armonizar el IIF con la inexecutable de la norma, cuáles son los límites para modular, modificar o diferir sus efectos, y si con ello se desconocen los derechos protegidos por el fallo.

Tal alteración debe ser *seria* y además, debe demostrarse con suficiencia. La Sala alude al precedente del Auto 233 de 2016, por la cual se admitió el incidente de impacto fiscal frente a los efectos de la Sentencia C-492 de 2015, por la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 10 de la Ley 1607 del 2012, para admitir el descuento de la renta exenta en los sistemas IMAN e IMAS. En ese caso, juzgó la seria alteración de la sostenibilidad fiscal, con base en dos atributos, la credibilidad en tal afectación y su relevancia. Fue un momento en el cual la caída de los precios del petróleo implicaba una reducción de ingresos de 22 billones en una sola vigencia, con lo cual se permitió que el efecto fiscal de la providencia fuese diferido para la siguiente vigencia –2016–. También se advierte que ahora rige una regulación más estricta<sup>16</sup>, anclada a un rango de endeudamiento, fruto del notorio incremento de la deuda con ocasión de la pandemia a partir del 2020.

En resumen,

---

16 Ley 2155 de 2021.

El propio Ministro reconoce que el impacto fiscal de la Sentencia C-489 de 2023 ya fue incorporado en el plan financiero 2024, el cual se refleja en un déficit de 0.4 PIB y en el Balance primario de 0.2% del PIB, En conclusión, la Corte responde que no hay una afectación seria como lo exige la Constitución y que sus efectos pueden ser atendidos con los instrumentos fiscales del Gobierno, endeudamiento y reducción del gasto, en niveles moderados.

Sobre el alcance de la Sala para admitir el incidente, es preciso diferenciar el contenido de la sentencia –protegido por el principio de la cosa juzgada– de sus efectos, y además, considerar las restricciones constitucionales, no afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, que no se pueden menoscabar en aras de la sostenibilidad fiscal y que en todo caso, debe preservarse la prioridad del gasto social. Lo cual obliga a examinar no solo las razones de la inexequibilidad sino también si la providencia se pronunció sobre la modulación de la sentencia, en particular por sus efectos en el tiempo.

La Sala concluye cuanto sigue:

La regla de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la CP) y el numeral 9 del artículo 95 superior también operan como restricciones en cabeza del juez a la hora de determinar no solo si procede o no la modulación, modificación o diferimiento de los efectos de una sentencia. En efecto, una solución que afecte los derechos resguardados en la sentencia haría nugatoria la cosa juzgada constitucional, especialmente cuando se trata de sentencias de inexequibilidad simple y sin efectos diferidos originales. Igualmente, el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad supone que los titulares de los derechos protegidos no son los directamente responsables de conjurar las alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal que produce la sentencia.

Sin embargo, la Sala deja abierta hacia el futuro su procedencia ante una decisión de inexequibilidad aun cuando sus efectos no hayan sido diferidos en la sentencia, puesto que de lo contrario tornaría ineficaz el incidente; solo que la modulación o diferimiento no pueden lesionar los derechos fundamentales protegidos con el fallo, y deben ser proporcionados a la afectación de la sostenibilidad fiscal.

En suma, la decisión de modulación, modificación o diferimiento de los efectos de una sentencia en el Incidente de Impacto Fiscal está gobernada por dos cláusulas prohibitivas constitucionales que operan sobre los derechos fundamentales: el IIF no podrá, en ningún caso, afectar el núcleo esencial de esos derechos y bajo ninguna circunstancia las autoridades, incluidas las judiciales, podrán invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar tales derechos, restringir su alcance o negar su protección efectiva. En su conjunto, y en el contexto específico del IIF sobre sentencias de inexecutableidad, sin efectos diferidos originales, cuyo fundamento haya sido la violación de derechos fundamentales, esas dos procripciones exigen que la modulación, modificación o diferimiento de los efectos del fallo no pueda afectar los derechos fundamentales protegidos en él y que la decisión sea proporcional a la afectación seria a la sostenibilidad fiscal.

Aun cuando sería suficiente lo expuesto para decidir, la Sala se pronunció sobre las alternativas propuestas por el ministro de Hacienda. La declaratoria de inexecutableidad de la prohibición de deducir las regalías en el impuesto sobre la renta aplica para la vigencia del año 2023, porque la sentencia se profirió el 16 de noviembre y la retención efectuada con base en tal norma opera simplemente como un anticipo del impuesto a cargo, que en este caso no se materializó justamente debido a la sentencia. Por tanto, las cuatro alternativas propuestas son inadmisibles para la Sala porque afectan el derecho fundamental a la igualdad protegido por el fallo y desconocen la prohibición de la confiscatoriedad, que son las dos prohibiciones que contiene el artículo 34 C.P. Es así como,

[p]or las razones expuestas, la Sala Plena de la Corte Constitucional no accederá a la solicitud presentada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, relativa a modificar los efectos de la Sentencia C-489 de 2023. De acuerdo con lo expresado, aunque son varios los motivos que fundan esta decisión, son dos las razones fundamentales. Primera, no se encuentra demostrado que la Sentencia C-489 de 2023 produzca alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. Y, segunda, las cuatro alternativas de diferimiento de la Sentencia violan las dos cláusulas prohibitivas previstas en el artículo 34 de la Constitución, pues menoscaban el derecho fundamental a la igualdad defendido en el fallo y desconocen la prohibición constitucional de confiscatoriedad.

Haciendo uso del recurso de insistencia, el ministro de Hacienda intentó responder a las razones por las cuales le fue negado el incidente, recurriendo para ello a explicaciones generales que no controvirtieron las razones esenciales por las cuales fue negado el mismo ni tampoco las pruebas aportadas al proceso, especialmente por parte de los gremios.

La estimación del impacto fiscal por parte del ministro de Hacienda, de 6,7 billones de pesos, fue impugnada por los gremios de los sectores del petróleo y el carbón, no solo por el monto de las regalías correspondientes al año 2023 sino también porque el ministro no logró despejar las dudas sobre que el aumento de las retenciones por virtud del Decreto 261 correspondiera en su totalidad a la no deducibilidad de las regalías, y que se reflejarían en saldos a favor, una vez presentadas las declaraciones de renta del año 2023, puesto que para la fecha de la solicitud del incidente ya se habrían presentado tales declaraciones.

Otros argumentos del ministro se refieren a las razones por las cuales se declaró la inexequibilidad, tales como la afectación a los derechos fundamentales, la medida compensatoria, si se llegaren a presentar pérdidas por efecto de la no deducibilidad de las regalías, con el artículo 147 del Estatuto Tributario, y el inevitable diferimiento de los efectos de la sentencia como la única forma de hacer viable el incidente de impacto fiscal, para apoyar las alternativas propuestas.

Finalmente, el propio ministro reconoce que el efecto del menor recaudo como consecuencia de la sentencia fue incorporado en el plan financiero del año 2024, con sus implicaciones, esto es, un aumento del endeudamiento, pero en todo caso dentro del margen de la regla fiscal, por efecto del ciclo petrolero y las transacciones de única vez (TUV), incluido el costo de los intereses del mayor endeudamiento. Así mismo, se incluyó en ese plan financiero la reducción del gasto, incluso con el recorte que se aprobó en la propia vigencia 2023. Es decir que el Gobierno ya había integrado en su plan financiero de 2024 el menor recaudo derivado de la sentencia.

La Sala desestimó todos estos argumentos, porque no lograron contrvertir ni las pruebas ni los argumentos que sustentaron la negativa, por lo que negó el recurso de insistencia:

Las razones expresadas por el recurrente no controvierten las conclusiones a las que arribó la Corte en el auto recurrido. Por el contrario, confirman que,

en efecto, la estimación del impacto fiscal de la Sentencia C-489 de 2023 no fue debidamente demostrado, y carece de certeza incluso para el mismo ministro solicitante y, porque [*sic*] persiste la incapacidad de demostrar cuál es el alcance aislado del impacto fiscal de la Sentencia C-489 de 2023 en la sostenibilidad fiscal.

En cuanto a las alternativas planteadas por el ministro de Hacienda, la Sala advierte que analizó las cuatro propuestas y se mantuvo en su conclusión, esto es, que todas vulneran el derecho a la igualdad protegido por la decisión: las dos primeras, que significan diferir sus efectos uno y dos años respectivamente, desconocen la prohibición de confiscatoriedad, tal como la concibe la sentencia; y las que postergan su devolución hacia los años posteriores, tienen inconvenientes adicionales, puesto que mantienen el presunto impacto de la sentencia en los presupuestos posteriores a 2024 y por estas razones afectan a los siguientes gobiernos.

Por todo lo anterior, la Corte, mediante Auto A-1240 de 2024, negó el recurso de insistencia, pues el ministro de Hacienda no demostró la equivocación de la decisión para que fuera revocada, sino que se limitó a reiterar lo sostenido durante el curso del incidente. Por tanto, como no se demostró una alteración seria de la sostenibilidad fiscal, no hubo lugar a modificar, modular o diferir los efectos de la sentencia sin cambiar el sentido de la misma.

Igualmente, se reiteró el salvamento de voto del mismo magistrado que lo hizo en el auto de negativa inicial del incidente.

## V. CRÍTICA

La decisión de la Corte es consistente.

La Sentencia C-489 de 2023 se refleja, sin duda, en un menor recaudo tributario, pues la Sala entiende que la inexecutable del párrafo del artículo 19 de la Ley 2277 de 2022, que prohibía la deducibilidad de las regalías para determinar la base en el impuesto sobre la renta, opera desde 2023, conforme a la regla prevista en el artículo 338 que dice: “Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

El punto central alrededor del cual giró el debate fue el grado de ese impacto en el recaudo, esto es, si podría significar *un impacto fiscal serio* en la sostenibilidad fiscal de los presupuestos de las vigencias 2023 y 2024. La Corte, con ocasión del control de constitucionalidad, ya había examinado la posibilidad de diferir su efecto y lo descartó; lo cual hacía difícil volver sobre un asunto ya juzgado y negado. Pero, lo que quedó en evidencia especialmente en la audiencia es que el grado de afectación fiscal no fue debidamente demostrado.

En efecto, las cifras que calculó el Ministerio de Hacienda (6.7 billones de pesos) fueron controvertidas por los gremios de los sectores convocados por la Sala, con base en las estimaciones de las declaraciones del impuesto sobre la renta de sus afiliados por la vigencia 2023, en las cuales imputaron las retenciones y determinaron los saldos a favor y/o los saldos a pagar. Como lo explicó la Sala, el ministro de Hacienda no pudo discriminar el efecto de la sentencia. En relación con la vigencia del año 2023, dado que las declaraciones del impuesto incluyen otros ingresos y otras retenciones de las empresas, los saldos tienen un efecto muy variado en los diferentes contribuyentes a quienes afecta esta decisión. De otra parte, los saldos a favor que resultaren por efecto de esta decisión ofrecen distintas alternativas para los contribuyentes: imputarlos al periodo siguiente, caso en el cual no tienen impacto inmediato en el recaudo, y aun así, los que soliciten la devolución, tienen un término de dos años. A su vez, la administración tiene la facultad de verificar y comprobar tales solicitudes. Vale decir que, aparte de que la cifra fue controvertida, sin una respuesta adecuada por parte del ministro, su materialización a través de la devolución depende de variables y conjeturas, que ponen en duda el verdadero impacto fiscal en el corto plazo, con lo cual se desdibuja la exigencia constitucional de una afectación seria de la sostenibilidad fiscal.

Respeto a la vigencia 2024, el Gobierno conocía la sentencia antes de la sanción de la ley que aprobó el presupuesto y, en todo caso, tanto en la liquidación del presupuesto como en su ejecución hubiese debido ajustar el gasto, puesto que ya sabía que el ingreso derivado de la norma declarada inexecutable no se realizaría.

Más aun, el Gobierno en su plan financiero ya había asimilado el efecto de la sentencia, que según los cálculos del ministro ascendía a 6.7 billones de pesos, mediante un incremento en la deuda por 5,1 billones de

pesos, sin violar la regla fiscal, y una reducción del gasto por 1,6 billones de pesos. Esto significa que el impacto, que en todo caso es inevitable debido a la decisión judicial, no tiene un grado de seriedad tal que afecte la sostenibilidad fiscal. Así, el ministro de Hacienda, al incorporar el impacto fiscal de la sentencia en el plan financiero de 2024, socavó el argumento principal de su propia solicitud para efectos de cumplir con la exigencia constitucional de una *afectación fiscal seria* de la sostenibilidad fiscal, conforme lo señala el artículo 334 superior.

En cuanto a las alternativas propuestas por el ministro, todas suponían un desconocimiento de la sentencia. Las dos primeras, para diferir su efecto hasta las vigencias 2024, en la primera opción, y 2025, en la segunda alternativa, asunto que la sentencia original había debatido y descartado. Las otras dos alternativas proponían diferir su efecto para vigencias que excedían el periodo gubernamental, sin reconocerles a los contribuyentes la compensación por el mayor valor pagado.

La Sala, consecuente con su decisión, consideró que con estas fórmulas se afectaban derechos fundamentales y también se desconocía el principio de igualdad. Sin entrar en el juicio sobre la sentencia y sus fundamentos, lo cierto es que eran propuestas que no podían aceptarse sin contrariar la esencia de la decisión tomada en la sentencia.

Las alternativas de modulación propuestas por el ministro significan un diferimiento, bien en la causación —es decir, en la aplicación de la sentencia— en los dos primeros casos, o un diferimiento del pago sin intereses para el contribuyente por varios periodos —incluso hasta 2028—, que llevaría a trasladarle el impacto al siguiente Gobierno; en los dos casos, sin argumentos fundados.

La decisión, entonces, refleja un principio de la función judicial que tiene como un criterio claro decidir en función de a quién le corresponde la carga de la prueba. En este caso, el Gobierno no demostró con suficiencia la afectación de la sostenibilidad fiscal y, por eso, la negación del incidente es lo que procede, puesto que por supuesto que la sentencia tiene impacto fiscal: pero la cuestión es el grado de seriedad con el cual puede verse afectada la sostenibilidad fiscal.

Otros factores, que si bien no forman parte del núcleo esencial de la decisión de negar el incidente de impacto fiscal no dejan de menoscabar la credibilidad en la política fiscal del Gobierno. Ciertamente, los

presupuestos de las vigencias 2023, 2024 y 2025 han conocido diversos reparos y vicisitudes. En el primer caso, se estimaron ingresos por litigios sin una base legal previa; en el segundo, fue necesario efectuar un recorte presupuestal de 20 billones de pesos, y el último presupuesto fue presentado con un faltante que pretendía equilibrarse con un proyecto de ley de financiamiento que no fue aprobado por el Congreso, lo que ocasionó algo inédito: que fuera aprobado mediante decreto. Todo se revela en una situación fiscal cuyos riesgos han sido objeto de advertencias por el Comité Autónomo de la Regla Fiscal.

De otra parte, el impacto de la sentencia en la vigencia 2023 se originó en la facultad del Gobierno de anticipar el recaudo mediante una norma reglamentaria que le permite al Ejecutivo definir las tarifas de retención. En este caso, se elevaron las tarifas de retención para estos sectores. La consecuencia es que se financiaron gastos de la vigencia 2023 con recursos anticipados que correspondían a impuestos que debían ser liquidados y pagados en 2024. Pero el recaudo de estos recursos quedó sin fundamento por cuenta de la sentencia y, en consecuencia, los mismos debían ser devueltos a los contribuyentes. Es decir que se trató de un riesgo que tomó el Gobierno, razón por la cual en la audiencia los magistrados le preguntaron al ministro si el efecto fiscal no se había generado, más que por la sentencia, por la decisión de elevar la retención, pues, si bien ello es una competencia del Gobierno, sus consecuencias debe asumirlas el mismo con las herramientas fiscales a su disposición. Lo que es claro es que se trató de una afectación originada en una acción gubernamental.

Para concluir, la figura del incidente de impacto fiscal es una herramienta que exige a los jueces dimensionar los efectos fiscales de sus decisiones, más allá de los fundamentos puramente jurídicos, teniendo en cuenta que las responsabilidades del Gobierno en el cumplimiento de los mandatos constitucionales de contenido económico se pueden ver comprometidas.

Pero, al igual que como corresponde al control constitucional de las leyes, este caso deja una lección de control para el Gobierno cuando propone aumentos en la tributación que si bien cumplen los debates y ajustes propios de las leyes en el Congreso, justifican plenamente este mecanismo de control judicial del poder tributario.

Aun así, no sobra recordar que este fue un caso muy debatido, con múltiples audiencias y una larga lista de intervinientes debido a la complejidad técnica de la norma y atendiendo a que la fundamentación de la decisión fue cuestionada con buenos argumentos.

En todo caso, el incidente de impacto fiscal es un instrumento de interlocución que tiene como propósito evaluar la afectación de la sostenibilidad fiscal por el impacto de una sentencia que disminuye el recaudo tributario y, por ende, desfinancia gastos incluidos en el presupuesto.

#### REFERENCIAS

Baquero Esteban, Juan E. *La función del tributo en el Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

Zornoza, Juan. “Hacienda Pública, gasto público y derechos económicos y sociales”, *Revista Estado de Derecho*, n.º 10, 2001, pp. 25-40.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 2017, rad. 11001032700020130000700 (19950). *Jorge Enrique Robledo Castillo y otros vs. U.A.E. DIAN*.

Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2023.

Corte Constitucional. Auto A-948 de 2024.

Corte Constitucional. Auto A-1240 de 2024.

DIAN. Concepto 054304 del 9 de julio de 1998.

DIAN. Concepto 089041 del 20 de diciembre de 2004.

DIAN. Concepto 015766 del 17 de marzo de 2005.

Constitución Política de Colombia.

Exposición de motivos de la Ley 2277 de 2022.

Ley 2155 de 2021.

Ley 2277 de 2022.



CAMILO EDUARDO UMAÑA HERNÁNDEZ\*

*Auto 1319 de 2024*  
*(Conflicto de jurisdicciones entre Justicia y Paz*  
*y la Jurisdicción Especial para la Paz:*  
*el caso de Salvatore Mancuso)*



## I. SÍNTESIS DE LOS ANTECEDENTES

El Auto A-1319 de 2024 resuelve un conflicto de jurisdicción suscitado entre dos escenarios de justicia transicional: la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Barranquilla y Bogotá de Justicia y Paz (JYP) pertenecientes a la jurisdicción ordinaria penal. El conflicto surge en torno a la competencia sobre los crímenes en los que Salvatore Mancuso participó como comandante paramilitar de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) durante el conflicto armado.

Salvatore Mancuso se desmovilizó el 10 de diciembre de 2004 y fue postulado al proceso de Justicia y Paz. Mientras estaba siendo procesado, fue extraditado el 13 de mayo de 2008 a Estados Unidos, tiempo en el cual continuó vinculado a diversos procesos ante Justicia y Paz, los cuales resultaron en al menos tres sentencias parciales. En Estados Unidos, Mancuso fue condenado por delitos federales de narcotráfico con pena de prisión de 190 meses. En noviembre de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia remitió a la JEP la manifestación de sometimiento de Mancuso como tercero<sup>1</sup>. Una vez cumplida su condena por narcotráfico, Mancuso regresó a Colombia y solicitó someterse a la JEP.

Inicialmente, la solicitud de sometimiento fue rechazada por la Sala de Reconocimiento de Verdad siguiendo la línea de pronunciamientos de la JEP sobre la inadmisión de exparamilitares, pero la Sección de Apelación de la JEP modificó dicha decisión asumiendo una competencia integral y

---

\* Docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Abogado y especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (España) y doctor en Criminología de la Universidad de Ottawa (Canadá) y en Sociología Jurídica de la Universidad del País Vasco (España). Fue viceministro de Política Criminal del Ministerio de Justicia. Contacto: camiloe.umana@uexternado.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2982-1211>.

1 Comisión Colombiana de Juristas. *La figura del sujeto material: un análisis a la luz del deber de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de derecho internacional*, s. f. Disponible en: [https://www.coljuristas.org/observatorio\\_jep/documentos/documento.php?lan=en&id=298](https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?lan=en&id=298)

prevalente respecto de Mancuso<sup>2</sup> como “compareciente forzoso” debido a su rol como “sujeto bisagra” entre la fuerza pública y los grupos paramilitares por todos los hechos que lo involucran como comandante paramilitar durante el período comprendido entre 1989 y 2004.

Las autoridades de Justicia y Paz objetaron esta decisión, argumentando que desplazaría su competencia y podría afectar los derechos de las víctimas, especialmente en relación con la indemnización económica y la estabilidad jurídica de las sentencias parciales ya emitidas en contra de Mancuso por miles de atrocidades. Por su parte, la JEP consideró que su competencia era integral respecto a todas las conductas de Mancuso durante el conflicto, dadas sus funciones de articulación entre el aparato estatal y los paramilitares.

Esta discusión se dio en el contexto en el que los líderes paramilitares extraditados a Estados Unidos durante el Gobierno de Álvaro Uribe habían cumplido en su mayoría sus condenas y habían vuelto al país a enfrentar, muchos de ellos, procesos pendientes relacionados con sus graves crímenes que cursaban en diversas jurisdicciones en la justicia colombiana.

## II. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

### I. ARGUMENTOS DE LA JEP

Inicialmente, la solicitud de sometimiento de Mancuso a la JEP fue rechazada por la Sala de Reconocimiento de Verdad, pero luego la Sala de Definición consideró que cumplía con las condiciones para comparecer ante el sistema “siempre que tengan que ver con su condición de sujeto bisagra entre el aparato militar y el paramilitar en los patrones de su macrocriminal y como posible máximo responsable de la formulación y ejecución de dichos patrones”, dejando así las conductas cometidas como “paramilitar puro” bajo competencia de Justicia y Paz. Posteriormente, la Sección de Apelación de la JEP modificó dicha decisión asumiendo una competencia integral y prevalente respecto de Mancuso bajo la figura de “compareciente forzoso” debido a su rol como “sujeto bisagra” entre la

---

2 Dicho órgano se basó en el artículo transitorio 5.º del Acto Legislativo 01 de 2017, en virtud del cual la JEP tiene competencia exclusiva y prevalente.

fuerza pública y los grupos paramilitares, en concreto por todos los hechos que lo involucran como comandante paramilitar durante el período comprendido entre 1989 y 2004.

La JEP fundamentó su competencia en la calidad de “compareciente forzoso” otorgada a Mancuso, con base en tres factores:

1. Su calidad de sujeto bisagra: Mancuso actuó como “sujeto incorporado funcional y materialmente a la Fuerza Pública” en virtud de lo cual articuló las acciones de los paramilitares con las de la fuerza pública.

2. Su posición como máximo responsable: su posición en la cúspide de la cadena de mando paramilitar le permitía coordinar acciones conjuntas entre la institucionalidad estatal y las estructuras paramilitares.

3. El potencial de contribución a la verdad: la JEP consideró que Mancuso podría hacer un aporte significativo a la verdad sobre la interacción entre el Estado y los paramilitares, un objetivo central del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

En virtud de lo anterior, la JEP sostuvo que su competencia era prevalente y exclusiva ante la jurisdicción ordinaria en asuntos relacionados con el conflicto armado interno, lo cual incluía todos los crímenes cometidos por Mancuso durante dicho período, bajo la siguiente aseveración: “La Sección de apelación precisó que la JEP era competente para conocer todas las conductas que cometió Mancuso Gómez durante el conflicto armado interno”<sup>3</sup>. Según dicha providencia, su atribución incluía tomar decisiones sobre la libertad del compareciente, incluyendo lo relativo a los “beneficios transicionales liberatorios propios de JYP, como la sustitución de la medida de aseguramiento o la suspensión condicional”.

## 2. ARGUMENTOS DE LA JURISDICCIÓN DE JUSTICIA Y PAZ

Según la jurisdicción de Justicia y Paz, la decisión de la Sección de Apelación de la JEP que ordenó suspender las actuaciones de Justicia y Paz respecto de la libertad o responsabilidad de Mancuso “(i) vulnera el principio del juez natural, pues pretende sustituir el régimen aplicable de JYP que ha venido

---

3 Corte Constitucional. Auto 1319 de 2024, 34.

operando de manera satisfactoria, tanto para los postulados como para las víctimas, y (ii) desconoce derechos de las víctimas, en especial, la posibilidad de acceder a una indemnización económica decretada por un juez”. Incluso, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, a través de providencia judicial, planteó que la JEP pretendió usurpar sus funciones. Adicionalmente, el Juzgado de Ejecución de Sentencias de Justicia y Paz rechazó la posibilidad de que la JEP pudiera sustituir sanciones, recalificar conductas o conceder beneficios, cuestiones que considera propias de su competencia legal, razón por la cual la JEP vulnera con su decisión “el debido proceso, los principios de reserva legal, el juez natural y el acceso efectivo a la administración de justicia de las víctimas reconocidas en JYP”.

### III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Corte Constitucional realizó un análisis exhaustivo de los factores de competencia en el presente caso y concluyó que la JEP no tiene facultades para investigar, juzgar o sancionar a Salvatore Mancuso por las conductas cometidas en el marco del conflicto armado interno, dado que no se cumple el factor personal de competencia.

La Corte resolvió así dirimir el conflicto de jurisdicciones en el sentido de que las autoridades judiciales de Justicia y Paz son las competentes para seguir investigando, juzgando y, si es del caso, sancionar a Mancuso, reafirmando así el carácter prevalente y exclusivo de la Ley 975 de 2005 en relación con los desmovilizados paramilitares.

Esta conclusión se basó en las siguientes razones principales.

#### I. DISTINCIÓN ENTRE LAS COMPETENCIAS DE JUSTICIA Y PAZ Y LA JEP

Por una parte, la Corte Constitucional estableció que la jurisdicción de Justicia y Paz tuvo como origen una negociación entre los grupos paramilitares y el Gobierno nacional que dio origen a la Ley 975 de 2005<sup>[4]</sup>, de

---

4 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva

Justicia y Paz, para procesar a dicha población y a otros grupos armados al margen de la ley a través de un mecanismo de rebaja de penas para desmovilizados con el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Justicia y Paz, así, se integraría a la justicia ordinaria, aunque con funciones transicionales de investigar y juzgar a quienes se hubieran desmovilizado de grupos armados al margen de la ley y que hubieran cometido graves crímenes en el marco de su accionar por hechos ocurridos antes de su entrada en vigor, para los desmovilizados colectivos, y, para los desmovilizados individuales, antes del 31 de diciembre de 2012, entendiendo estos como factores personal, material y temporal respectivamente.

A su turno, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición del cual hace parte la JEP fue creado como parte del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, con el objetivo de atender los derechos de las víctimas del conflicto armado. La jurisdicción tiene el mandato atribuir sanciones propias (5 a 8 años para la realización de trabajos, obras y actividades con contenido reparador por parte de los comparecientes en espacios que no constituyen privación de libertad), sanciones alternativas (5 a 8 años de privación de libertad) y sanciones ordinarias (15 a 20 años de privación de libertad), pudiendo además otorgar beneficios a quienes se sometan al sistema de forma transitoria (como la libertad transitoria, condicionada y anticipada y la garantía de no extradición) y definitiva (como la preclusión de la investigación, la extinción de investigaciones y sanciones penales, la amnistía, la renuncia a la persecución penal o la sustitución de la sanción penal), todo lo cual está condicionado al cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los comparecientes en favor de las víctimas.

La JEP puede juzgar hechos y conductas ocurridos antes del 1.º de diciembre de 2016 por causa, con ocasión o en relación indirecta con el conflicto armado, por parte de (a) exintegrantes de las FARC y (b) miembros de la fuerza pública, quienes tienen la calidad de comparecientes forzosos, y de (c) terceros civiles y (d) agentes del Estado diferentes a los integrantes de la fuerza pública, siempre que su comparecencia a la JEP sea voluntaria.

---

a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

## 2. LIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA PERSONAL DE LA JEP

Según el Acto Legislativo 01 de 2017, la JEP solo tiene competencia personal sobre exintegrantes de las FARC, miembros de la fuerza pública, terceros civiles y agentes del Estado que comparezcan voluntariamente. Los exparamilitares no se incluyen en estos grupos, especialmente aquellos que ya se desmovilizaron bajo la Ley 975 de 2005, por lo que concluye la Corte Constitucional que “[a] la JEP no le asiste la facultad de investigar, juzgar y, si es del caso, sancionar a Mancuso Gómez por las conductas cometidas en el marco del conflicto armado”<sup>5</sup>.

La jurisprudencia construida por la JEP da cuenta de que los exparamilitares fueron excluidos como terceros estimando que, algunos de ellos, en vez de someterse voluntariamente, debían ser considerados comparecientes forzosos bajo la tesis del agente *bisagra*, esto es, “en tanto hubieran integrado de manera funcional y material a la Fuerza Pública y contaran [hubieran contado] con el poder suficiente para articular las acciones entre la institucionalidad y los grupos paramilitares”. No obstante, dicha tesis no fue de recibo para la Corte Constitucional en el marco de este conflicto de jurisdicciones, “en tanto es claro que los ex miembros de grupos paramilitares que se desmovilizaron en el marco de la Ley 975 de 2005 encuentran su juez transicional en JYP, situación que no fue modificada con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2017 y normas posteriores”. Adicionalmente, dicha circunstancia tampoco podría ser considerada como la actuación de un tercero, en tanto el Acto Legislativo 01 de 2017 limita esa calidad a personas que no hacen parte de grupos armados. En últimas, según la Corte, la JEP no es competente para juzgar desmovilizados paramilitares en tanto no hay norma expresa que así la faculte, por su limitación frente a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno nacional, acuerdo en el que se decidió excluir a los integrantes de grupos paramilitares de la competencia personal de la JEP.

La Corte concluyó que “no se satisface el factor personal de competencia, en tanto el referido sujeto fue un comandante paramilitar y los

---

5 Corte Constitucional. Auto 1319 de 2024, 56.

miembros de estos grupos no hacen parte de los sujetos sobre quienes la JEP tiene competencia, según el Acuerdo Final de Paz y sus normas de implementación”.

### 3. INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO FINAL DE PAZ

El Acuerdo excluye explícitamente a los exparamilitares de la JEP, remitiendo los asuntos relacionados con estos actores al sistema de Justicia y Paz. La Corte subrayó que el acuerdo bajo el cual se desmovilizó Mancuso no es equiparable al Acuerdo de Paz de 2016 con las FARC debido a que este, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2016, solo aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno nacional, mientras que el pacto con los paramilitares se trató de un acuerdo de desmovilización que, “por supuesto, no se inscribe como uno de los supuestos previstos en el artículo 5.º transitorio para considerar la posibilidad de aplicación del sistema de justicia configurado en ese Acto Legislativo”<sup>6</sup>.

### IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

La Corte Constitucional de Colombia ha desempeñado un papel activo en delinear diferentes alcances y límites de la JEP, especialmente en relación con otros mecanismos de justicia. El pronunciamiento en examen se encuadra en un conjunto de providencias que han delimitado la competencia de la JEP, las cuales han fijado límites en las atribuciones de la dicha jurisdicción desde la perspectiva de su competencia, material, temporal y personal.

La Sentencia C-080 de 2018 ya había señalado:

... la competencia prevalente de la JEP en hechos relacionados con el conflicto armado no es exclusiva, puesto que el marco jurídico colombiano ha previsto distintos procedimientos e incluso jurisdicciones que se ocupan de la investigación, juzgamiento y sanción de los hechos, dada la complejidad del conflicto armado y la variedad de los responsables de los hechos. Por tanto, sobre algunos hechos: (i) se deben aplicar los procedimientos de Justicia y

---

6 Corte Constitucional. Auto 1319 de 2024, 65.

Paz y los Acuerdos de contribución a la Verdad Histórica y a la Reparación, a cargo de la jurisdicción ordinaria y del Centro de Memoria Histórica; (ii) los jueces ordinarios pueden conceder amnistías y libertades a los miembros de las FARC, y libertades a los miembros de la Fuerza Pública; (iii) tendrán competencia las autoridades encargadas de investigar, juzgar y sancionar a los aforados constitucionales, en los términos del párrafo 1 del artículo 5 transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 y el condicionamiento efectuado por la Sentencia C-674 de 2017, sin perjuicio de su decisión voluntaria de someterse a la JEP; y (iv) la jurisdicción ordinaria tendrá la competencia para la judicialización de los civiles –servidores públicos o particulares–, sin perjuicio de que voluntariamente estos puedan someterse a la JEP, como lo señaló la Sentencia C-674 de 2017.

En efecto, respecto de la Sentencia C-674 de 2017, en un anterior artículo de opinión<sup>7</sup> evaluamos la decisión de limitar la comparecencia de los terceros a la JEP como netamente voluntaria, observando con preocupación cómo esto podría disminuir a su mínima expresión la comparecencia efectiva de terceros a dicha jurisdicción, dando paso a una visión limitada del conflicto armado, en un contexto en el cual la jurisdicción ordinaria ha sostenido una larga deuda en el procesamiento de delitos relacionados con el conflicto armado por parte de actores como los financiadores, auspiciadores o determinadores que, sin ser actores armados, han tenido una incidencia fundamental en el desarrollo y persistencia del conflicto armado.

El caso Mancuso presenta una modificación de la línea adoptada en el caso de exparamilitares por la JEP<sup>8</sup>, la cual en diversos autos acogió como regla general su ausencia de competencia frente a los exintegrantes de grupos paramilitares atendiendo a la voluntad de las partes firmantes del Acuerdo de Paz sobre los límites de su jurisdicción; a la falta de normas expresas para su inclusión; a su exclusivo conocimiento de asuntos relacionados con grupos armados organizados que hayan celebrado un

---

7 Umaña Hernández, Camilo Eduardo. “La JEP, debilitada por la Corte Constitucional”, *Razón Pública*, 2017. Disponible en: <https://razonpublica.com/la-jep-debilitada-por-la-corte-constitucional/>

8 JEP. Autos TP-SA 63 de 2018, TP-SA 101 de 2019, TP-SA 150 de 2019, TP-SA 153 de 2019 y TP-SA 199 de 2019.

acuerdo de paz (lo que no es el Acuerdo de Santafé de Ralito); a que los exparamilitares no pueden considerarse terceros civiles, y a que la Ley 975 de 2005 es la ley especial aplicable<sup>9</sup>.

El auto en evaluación presenta una alteración de dicho criterio jurídico de la mano de la figura del agente bisagra. Este concepto fue rechazado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en febrero de 2025<sup>[10]</sup>, en el contexto de la demanda en contra de la interpretación judicial de la JEP sobre su competencia, puesto que, pese al propósito de esta jurisdicción de evitar la impunidad, no representa ninguna ventaja para los derechos de las víctimas; es disonante con la Constitución y con la ley estatutaria de la JEP; la existencia de agentes estatales *de facto* no implica que los involucrados deban ser juzgados todos por el mismo tribunal, y porque debe haber una complementariedad cooperativa entre marcos transicionales como el Sistema de Justicia y Paz.

En nuestro criterio, es importante poder visibilizar, de la mano del pronunciamiento de la JEP, la preocupación por abordar la impunidad frente a un actor armado esencial para la comprensión de las dinámicas de violencia del conflicto armado y, por ende, para responder a los derechos de las víctimas, esto es, el paramilitarismo, y con ello las víctimas del Estado y de sus agentes.

No obstante, la Corte Constitucional limita la competencia frente a los exparamilitares sometidos a la jurisdicción de justicia, bajo el presupuesto del juez natural, la extensión del Acuerdo de Paz y el propósito y alcance de la JEP.

---

9 Para más información, véase ObservaJEP. *Cápsula informativa. Competencia de la JEP frente al fenómeno paramilitar*, 2019. Disponible en: <https://recursos.observajep.com/wp-content/uploads/2022/10/ParamilitarismoEnLaJEP.pdf>

10 Corte Suprema de Justicia. “Interpretación de la JEP frente a su competencia sobre exjefes paramilitares como sujetos bisagra se aparta de la Constitución: Presidenta de la Sala Penal”, 2025. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/interpretacion-de-la-jep-frente-a-su-competencia-sobre-exjefes-paramilitares-como-sujetos-bisagra-se-aparta-de-la-constitucion-presidenta-de-la-sala-penal/#:~:text=Concluy%C3%B3%2oque%2C%2opara%2ola%2oCorte,se%2ohan%2oexpedido%2oal%2orespecto%E2%80%9D>

De este pronunciamiento es importante destacar que, aunque se refiere a una tipología de participación en el conflicto armado que constituye un límite a la competencia personal de la jurisdicción, tiene como ingrediente diferencial el encontrarse la persona siendo efectivamente procesada y al menos parcialmente condenada por un mecanismo transicional que opera dentro de la justicia ordinaria, como lo es la jurisdicción de Justicia y Paz.

La existencia de procesos transicionales como el de Justicia y Paz reclama una prontitud e integralidad en el juzgamiento de los crímenes cometidos para evitar choques jurisdiccionales y, con esta meta institucional, obtener el objetivo social de administrar justicia y procesar los crímenes más graves cometidos con ocasión de situaciones de conflicto armado como la vivida en Colombia. Los pronunciamientos constitucionales, en esa medida, permiten generar una reflexión en el seno de la función jurisdiccional sobre la necesidad de la complementariedad de las medidas transicionales y ordinarias para que mancomunadamente den respuesta a los derechos de las víctimas.

Resulta importante que en un contexto de coexistencia de justicias transicionales pueda haber claridad sobre los órganos competentes frente al foro de defensa de los perpetradores de la violencia, pero también y especialmente frente a los derechos de las víctimas que deben verse satisfechos a través de mecanismos jurisdiccionales que sean claros y eficientes. Es importante que la justicia transicional evite estimular una dinámica de *forum shopping* en la cual los actores de la violencia puedan deslizarse a través de los esquemas procesales transicionales apuntando a evadir al máximo la posibilidad de ser hallados responsables, y con ello afectando la posibilidad de reclamo de los derechos de las víctimas.

La interacción entre la JEP y otros mecanismos, como la Ley de Justicia y Paz, es un proceso inacabado y presenta desafíos que requieren de análisis y seguimiento constantes para garantizar una justicia efectiva y la reparación integral de las víctimas del conflicto armado en Colombia.

Por último, es importante evaluar el impacto que tuvieron las extradiciones de los líderes paramilitares en la consecución de la justicia por sus graves crímenes en el contexto del conflicto armado colombiano. La disonancia que generaron las extradiciones implicó un debilitamiento de los procesos de Justicia y Paz, los cuales se ralentizaron hasta el punto de que, una vez Colombia llegó a un nuevo acuerdo de paz, todavía los

procesos estaban pendientes y aún no era definitiva la responsabilización de los líderes paramilitares en todos los casos, como ocurrió con Salvatore Mancuso. El choque que genera esta situación en las jurisdicciones transicionales es el resultado de un proceso de extradición que no proveyó las apropiadas salvaguardas a los derechos de las víctimas. Con ello cabe hacer eco a nuestras observaciones anteriores en el contexto del Informe Final de la Comisión de la Verdad:

... pese a que la extradición ha sido pensada como un mecanismo de cooperación, para que un individuo responda ante el país en el que ha cometido sus delitos, su utilización frente a los grupos paramilitares ha implicado la defraudación de los derechos de las víctimas. Ilustra este problema el caso de la extradición a Salvatore Mancuso, cuya solicitud de extradición hacia Colombia, luego de haber cumplido su pena en los Estados Unidos, fue [hecha] de forma equivocada por el Gobierno colombiano sin una respuesta efectiva para garantizar los derechos de las víctimas<sup>11</sup>.

#### REFERENCIAS

Comisión Colombiana de Juristas. *La figura del sujeto material: un análisis a la luz del deber de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de derecho internacional*, s. f. Disponible en: [https://www.coljuristas.org/observatorio\\_jep/documentos/documento.php?lan=en&id=298](https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?lan=en&id=298)

Corte Constitucional de Colombia. Auto 1319 de 2024.

Corte Suprema de Justicia. “Interpretación de la JEP frente a su competencia sobre exjefes paramilitares como sujetos bisagra se aparta de la Constitución: Presidenta de la Sala Penal”, 2025. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/interpretacion-de-la-jep-frente-a-su-competencia-sobre-exjefes-paramilitares-como-sujetos-bisagra-se-aparta-de-la-constitucion-presidenta-de->

---

11 Umaña Hernández, Camilo Eduardo. “La impunidad como factor de persistencia del conflicto armado interno colombiano”, en Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, 2022. Disponible en: <https://www.comisiondelaverdad.co/caso-impunidad>

la-sala-penal/#:~:text=Concluy%C3%B3%20que%2C%20para%20la%20Corte,se%20han%20expedido%20al%20respecto%E2%80%9D

ObservaJEP. *Cápsula informativa. Competencia de la JEP frente al fenómeno paramilitar*, 2019. Disponible en: <https://recursos.observajep.com/wp-content/uploads/2022/10/ParamilitarismoEnLaJEP.pdf>

Umaña Hernández, Camilo Eduardo. “La JEP, debilitada por la Corte Constitucional”, *Razón Pública*, 2017. Disponible en: <https://razonpublica.com/la-jep-debilitada-por-la-corte-constitucional/>

Umaña Hernández, Camilo Eduardo. “La impunidad como factor de persistencia del conflicto armado interno colombiano”, Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, 2022. Disponible en: <https://www.comisiondelaverdad.co/caso-impunidad>



Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en abril de 2026

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11.5 puntos  
y se imprimió sobre papel Holmen Book Cream de 60 gramos  
Bogotá (Colombia)

*Post tenebras spero lucem*

