



LA CORTE REITERÓ QUE NO ES COMPETENTE PARA CONOCER DE DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CUANDO EXISTE UNA OMISIÓN ABSOLUTA DEL LEGISLADOR, COMO OCURRE CON LA FIGURA DE LOS HIJOS DE CRIANZA PARA EFECTOS DE ACCEDER AL BENEFICIO DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO

I. EXPEDIENTE D-12987 - SENTENCIA C-289/19 (junio 26)
M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Norma acusada

LEY 789 DE 2002

(diciembre 27)

Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.

ARTÍCULO 3o. RÉGIMEN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN DINERO. Tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable no sobrepase los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv, siempre y cuando laboren al menos 96 horas al mes; y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes, smlmv. Cuando el trabajador preste sus servicios a más de un empleador, se tendrá en cuenta para efectos del cómputo anterior el tiempo laborado para todos ellos y lo pagará la Caja de Compensación Familiar a la que está afiliado el empleador de quien el trabajador reciba mayor remuneración mensual. Si las remuneraciones fueren iguales, el trabajador tendrá la opción de escoger la Caja de Compensación. En todo caso el trabajador no podrá recibir doble subsidio.

El trabajador beneficiario tendrá derecho a recibir el subsidio familiar en dinero durante el período de vacaciones anuales y en los días de descanso o permiso remunerado de ley, convencionales o contractuales; períodos de incapacidad por motivo de enfermedad no profesional, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

PARÁGRAFO 1o. Darán derecho al subsidio familiar en dinero las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros. Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado.

[...]

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse sobre la constitucionalidad del numeral primero del párrafo primero del artículo 3 (parcial) de la Ley 789 de 2002, "*Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo*", por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte debía resolver en esta oportunidad si la norma demandada, al no incluir a los hijos de crianza como beneficiarios del subsidio familiar en dinero para trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los 4 smmlv, desconoce el derecho fundamental a la igualdad, la garantía constitucional de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y los derechos prevalentes de los niños.

La Sala Plena encontró que no era viable adelantar un examen de fondo de la disposición acusada. Sostuvo que, como quiera que el Legislador no ha regulado la figura de la familia de crianza, los demandantes no solicitan la subsanación de una omisión legislativa relativa sino la de una omisión legislativa absoluta. Dado que no existe un deber constitucional explícito de que el Legislador otorgue a los hijos de crianza el beneficio del subsidio de salud, la Corte

carece de competencia para pronunciarse sobre la omisión legislativa absoluta *sub examine*. En tal virtud, la Corte señaló que es el Congreso, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución, la autoridad competente para legislar sobre la materia. Esta misma posición fue sostenida en reciente jurisprudencia, concerniente a la adición del grupo familiar de crianza dentro de los beneficiarios del sistema pensional (C-359 de 2017), del orden sucesoral (C-085 de 2019) y del sistema de salud (C-188 de 2019).

Con todo, la Corte destacó que ello no excluye la posibilidad de que, en un caso concreto, si existe vulneración de derechos fundamentales, los menores de edad que formen parte de una familia de crianza soliciten el beneficio atinente al subsidio familiar en dinero. Así, recordó que, en varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha reconocido y protegido derechos fundamentales de miembros de familias de crianza en este sentido (T-354 de 2016, T-070 de 2015, T-606 de 2013 y T-586 de 1999).

4. Salvamento y aclaración de voto

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos**, al no obtener la mayoría reglamentaria para su ponencia, se separó de la decisión mayoritaria al considerar que la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "*1. Los hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros*" del numeral 1 (parcial) del parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002, en materia de la prestación social del subsidio familiar en dinero para los hijos de crianza, recaía sobre el análisis de la existencia de una omisión legislativa relativa y no de una absoluta que dio lugar a una decisión inhibitoria.

En ese sentido, señaló que en aplicación de las sentencias C-359 de 2017, C-085 y C-188 de 2019, la Sala Plena abordó esta específica materia concerniente a la seguridad social, como si no existiera regulación alguna sobre el subsidio familiar, institución que está ampliamente regulada y que es objeto de la demanda por ausencia de apenas un elemento relativo a su titularidad. Lo anterior, no sólo evidenció una falencia en el enfoque del análisis efectuado, puesto que sí existe tal normatividad y, por lo tanto, no se trata de una omisión legislativa absoluta como erradamente se decidió, sino que, adicionalmente, todas las providencias invocadas por la Sala Plena para eludir una decisión de mérito fueron inhibitorias y, como es lógico, éstas no configuran precedente judicial a seguir, toda vez que no comportan un pronunciamiento de mérito. Adicionalmente, sostuvo que el control concreto y abstracto no son dimensiones enteramente separadas del control de constitucionalidad, sino que se complementan y, en sentido, los pronunciamientos que en sede de control concreto han salvaguardado los derechos de las familias de crianza por vía de tutela (T-586 de 1999, T-606 de 2013, T-070 de 2015, T-074 de 2016, T-354 de 2016, T-525 de 2016, T-107 de 2017, T-495 de 2017 y T-281 de 2018) demuestran que se trata de una omisión legislativa relativa, ya que si fuera absoluta, la Corte no habría podido impartir protección.

A partir de lo anterior, el magistrado disidente indicó que el problema jurídico en el caso objeto de salvamento se circunscribía a determinar si la exclusión de los hijos de crianza del subsidio familiar en dinero para trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, desconoce las garantías constitucionales a la igualdad (art. 13 C.P.), a la familia (art. 42 C.P.) y a los derechos prevalentes de los niños (art. 44 C.P.).

Sobre dicho problema jurídico, sostuvo que en el presente caso, a partir de una interpretación sistemática en la que se armonizara el deber de protección en un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 C.P.) en el que todas las formas de familias (art. 42 C.P.) tienen cabida y merecen un trato igual (art. 13 C.P.), se debió reconocer en sede de control abstracto de constitucionalidad un déficit de protección, como en efecto se hizo previamente en la sentencia C-026 de 2016 -la cual sí comporta un precedente aplicable a la materia- cuando se declaró exequible la expresión "*primer grado de consanguinidad o primero civil*", contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, bajo el entendido de que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. De tal manera que a partir de dicha interpretación constitucional, la familia es un fenómeno sociológico que se integra cuando dentro de un grupo de personas se acreditan lazos de amor, respeto mutuo y unidad de vida común, conformada ya sea por la relación de pareja,

la existencia de vínculos filiales o la decisión libre de conformar esa unidad familiar y que no concierne necesariamente a la estructura tradicional de naturaleza parental, ni menos a la existencia de una pareja, sino que debe verificarse la presencia de algunas circunstancias fácticas que permiten acreditar el acto voluntario de conformación de la misma, así como la construcción de vínculos y lazos de solidaridad.

Tal interpretación surge del mandato constitucional de protección a las diversas modalidades de familia, determinadas a partir de este criterio circunstancial y que se sustenta, a su vez, en cuatro pilares de índole constitucional, a saber: (i) el derecho a la igualdad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad; (ii) el derecho a la intimidad; (iii) la obligación de tratamiento jurídico paritario entre los hijos; y, (iv) el pluralismo. Y algo más: como lo reiteraba el Magistrado **Ciro Angarita**, "la familia está donde están los afectos".

Sobre estos elementos, precisó que el más sólido fundamento constitucional del deber de protección paritaria a las diferentes modalidades de familia reside en la igualdad que la Carta Política prescribe respecto de los hijos. En particular, el inciso séptimo del artículo 42 Superior dispone que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. Ello implica que existe un mandato de protección jurídica equitativa frente los hijos, sin que puedan establecerse discriminaciones entre ellos por ninguna circunstancia, en especial aquellas que pretendan otorgar un tratamiento jurídico más favorable a determinadas modalidades de filiación respecto de otras.

Desde esa perspectiva, el Magistrado **Rojas Ríos** consideró que en la expresión demandada se materializa una omisión legislativa relativa que establece un trato diferente entre los menores familiares de los trabajadores, el cual resulta discriminatorio respecto de aquellos niños, niñas y adolescentes que, no obstante mantener una relación afectiva y de familiaridad con el trabajador, no se encuentran en el supuesto previsto en la norma acusada. Lo anterior se verifica en tanto, conforme lo ha sistematizado la jurisprudencia constitucional, en el presente caso: (i) existe una norma sobre la cual se predica el cargo, esto es, el numeral 1 (parcial) del parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 789 de 2002; (ii) la misma excluye de sus consecuencias jurídicas a los hijos de crianza, quienes por ser asimilables, deben ser incorporados en el texto normativo cuestionado; (iii) la exclusión de los hijos de crianza carece de un principio de razón suficiente; (iv) la falta de inclusión genera para los hijos de crianza una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma, como en efecto lo es que no reciben una prestación social destinada al alivio de las cargas económicas; y, (v) la omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, quien en un Estado Social Democrático y plural de Derecho está obligado al establecimiento de normas que se amolden a la realidad sociológica de las relaciones humanas.

En ese orden, para que un tratamiento jurídico diferenciado sea admisible, debe comprobarse la existencia de un factor válido desde la perspectiva constitucional que lo permita y, en el caso objeto de salvamento de voto, conferir un trato diferente a un grupo familiar sobre otro es un acto contrario al derecho fundamental a la igualdad, al menos por dos razones medulares: (i) porque la Constitución no determina en modo alguno una fórmula particular de conformación de la familia, de manera que una distinción con propósitos de reconocimiento jurídico carecería de sustento, y (ii) porque el artículo 13 de la Constitución determina como uno de los criterios sospechosos de discriminación el origen familiar, por lo que la validez constitucional de un tratamiento diferenciado entre modalidades de familias solo estaría justificado ante la verificación de un motivo imperioso, cuya presencia es improbable en el caso de las regulaciones sobre la familia.

Con fundamento en lo anterior, y para garantizar un mayor nivel de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el Magistrado **Rojas Ríos** señaló que la Corte debió declarar exequible el segmento demandado, pero en el entendido que los hijos de crianza a cargo de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar en dinero, darán derecho a reclamar dicha prestación social.

La Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** aclaró su voto en relación con algunas de las consideraciones y fundamentos de la decisión inhibitoria anterior.

EL PAGO DE LOS INTERESES PREVISTOS EN EL ESTATUTO TRIBUTARIO, COMO CONDICIÓN PARA TERMINAR EL PROCESO PENAL POR EL DELITO DE OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, NO DESCONOCE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, TODA VEZ QUE ES UNA MEDIDA ADECUADA PARA LOGRAR LAS FINALIDADES DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS, LA DISUASIÓN Y LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA

II. EXPEDIENTE D-12634 - SENTENCIA C-290/19 (junio 26)
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Norma acusada

LEY 1819 DE 2016
(diciembre 29)

Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.

ARTÍCULO 339. Modifíquese el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal (sic) prevista en este artículo.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

PARÁGRAFO. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, **junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario**, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado en esta sentencia, la expresión "*junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas*" prevista en el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 "*Por medio de la cual se adopta una Reforma Tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones*" que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 "*Por la cual se expide el Código Penal*".

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena examinó un cargo único de inconstitucionalidad formulado contra el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 por la violación del artículo 29 superior. En particular, el demandante adujo que la norma acusada desconoce el principio de proporcionalidad como garantía del debido proceso porque exige el pago de intereses como requisito para la terminación del proceso penal por el delito de "*omisión del agente retenedor o recaudador*" a pesar de que dichos intereses no hacen parte del tipo penal.

Previo al análisis del problema jurídico de fondo, la Sala advirtió que los intervinientes plantearon diversas cuestiones previas con impacto en la competencia para resolver la demanda bajo examen y la determinación del problema jurídico. Por lo tanto, la Sala se ocupó inicialmente los asuntos relacionados con: (i) la cosa juzgada; (ii) la aptitud del cargo de inconstitucionalidad; y (iii) la integración de la unidad normativa.

En primer lugar, este Tribunal descartó la configuración de la cosa juzgada por cuanto el asunto decidido en la **Sentencia C-009 de 2003** y el examinado en esta oportunidad no recaen sobre el mismo objeto y no están fundados en los mismos argumentos de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, se analizó y corroboró que el cargo de inconstitucionalidad cumple los requisitos de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia desarrollados en la jurisprudencia constitucional.

En tercer lugar, la Sala examinó las solicitudes de integración de la unidad normativa elevadas por los intervinientes en relación con: (i) el artículo 279 de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 635 parcial del Estatuto Tributario; (ii) el artículo 634 del Estatuto Tributario y (iii) la totalidad del párrafo en el que está incluida la expresión acusada.

Con respecto a dichas solicitudes, concluyó que la integración de las normas que determinaban el tipo de intereses no resultaba necesaria para la comprensión de la disposición acusada ni para adelantar el examen de constitucionalidad de la norma con base en el cargo formulado por el demandante. Por ende, la Sala no podía integrar esas normas y extender su examen sobre las mismas, pues esto implicaría un control oficioso de constitucionalidad, que desbordaría la función asignada en el artículo 241 superior, vulneraría el derecho a la participación ciudadana y afectaría el debate democrático.

Asimismo, advirtió que la propuesta de integración de la totalidad del párrafo que contiene la disposición acusada se formuló con el propósito de que la Corte examinara un reproche que no fue planteado por el demandante, ni debatido por los intervinientes. Por ende, también se descartó la integración de dicha norma.

Finalmente, la Sala accedió a la integración de la expresión "*y normas legales respectivas*" incluida en el párrafo parcial acusado en aras de completar la proposición jurídica. Consideró que la expresión en mención está intrínsecamente relacionada con la disposición acusada y completa el sentido de la condición demandada. En consecuencia, concluyó que el examen recaería sobre la expresión "*junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas*" prevista en el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Luego de pronunciarse sobre estas cuestiones preliminares, la Sala precisó que el problema jurídico que planteó la demanda consistía en establecer si el pago de intereses como una de las condiciones para la terminación del proceso penal por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador vulnera el principio de proporcionalidad que se deriva del artículo 29 superior porque incluye un elemento que no hace parte del tipo penal.

Para el análisis del problema en mención, la Sala partió del reconocimiento del amplio margen de configuración del Legislador en la definición de los procedimientos judiciales y concluyó que en el caso concreto no se advierte, *prima facie*, la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, indicó que la constitucionalidad de la medida acusada debía analizarse desde un juicio en el que se determinara (i) si el fin buscado es legítimo, pues no está constitucionalmente prohibido, (ii) si el medio utilizado tampoco está prohibido por la Carta y (iii) si el medio resulta adecuado para alcanzar el fin propuesto.

En el marco del juicio anunciado, la Sala concluyó que la disposición acusada no desconoció el límite de proporcionalidad que se deriva del artículo 29 superior, debido a que: (i) la condición demandada tiene como finalidades la protección de los recursos públicos, la disuasión y la reparación de la víctima; las cuales no están prohibidas por la Carta Política y son legítimas desde el punto de vista constitucional; (ii) la fijación de una condición de terminación del proceso penal es un medio que no está prohibido por las disposiciones superiores; y (iii) la condición de terminación del proceso penal examinada es una medida adecuada para el cumplimiento de los fines referidos.

4. Salvamentos y aclaración de voto

Los Magistrados **José Fernando Reyes Cuartas** y **Alberto Rojas Ríos** salvaron el voto frente a la decisión adoptada. Con tal propósito presentaron, en síntesis, los siguientes argumentos.

Advirtieron que la sentencia no justifica de forma adecuada la elección de la intensidad del examen de proporcionalidad. A su juicio, si bien el legislador es titular de competencias para regular materias de naturaleza penal y tributaria -lo que podría explicar un examen débil-, la disposición demandada implicaba una restricción intensa de la libertad personal reconocida en el artículo 28 constitucional y protegida por las garantías del debido proceso regulado en el artículo 29. En efecto, la norma acusada impide la procedencia de la *resolución inhibitoria, la preclusión de investigación o la cesación de procedimiento* cuando no se han pagado los intereses, a pesar de que dicho elemento no se relaciona con el contenido básico de la prohibición penal -no consignación de las sumas retenidas o auto retenidas por el agente retenedor o recaudador-, sino con una de sus consecuencias económicas. Teniendo en cuenta dicha circunstancia, la Sala ha debido concluir que la disposición impugnada afectaba el goce de un derecho constitucional fundamental y, por tanto, se imponía la aplicación del juicio de proporcionalidad más exigente.

Con fundamento en lo anterior, precisaron que la medida no superaba tal examen. En verdad, la medida adoptada por el Legislador no resulta necesaria dado que el ordenamiento prevé otros mecanismos judiciales eficaces para conseguir el pago de los intereses sin afectar la libertad de las personas. Incluso, en caso de suponer que la medida fuera indispensable, los Magistrados Reyes y Rojas señalaron que ella no superaba un examen de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto restringe gravemente la libertad personal, con el objeto de alcanzar una finalidad que en términos relativos tiene un peso menor.

Destacaron, finalmente, que la comprensión del derecho penal como el último instrumento de reacción frente a los conflictos sociales, exige del legislador acudir a este, únicamente cuando -como la Corte Constitucional lo ha dicho- "*las demás alternativas han fallado*".

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó la presentación eventual de una aclaración de voto respecto de algunas consideraciones de la parte motiva.

EXISTENCIA DE COSA JUZGADA EN RELACIÓN CON LOS CARGOS POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, INTIMIDAD Y GARANTÍA DE INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO, DIRIGIDOS CONTRA LOS PARÁGRAFOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1801 DE 2016, REFERENTES A LOS HORARIOS DE FUNCIONAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS QUE SE DENOMINAN COMO CLUBES SOCIALES, CASAS CULTURALES Y CENTROS SOCIALES. LA CORTE SE ABSTUVO DE FALLAR DE FONDO SOBRE OTROS CARGOS FORMULADOS CONTRA LAS MISMAS NORMAS, POR CARENCIA ACTUAL DE OBJETO E INEPTITUD DE LA DEMANDA

III. EXPEDIENTE D-12933 - SENTENCIA C-291/19 (junio 26) M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 1801 DE 2016
(julio 29)

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

ARTÍCULO 86. CONTROL DE ACTIVIDADES QUE TRASCIENDEN A LO PÚBLICO. Las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro establecidas o que funcionen bajo la denominación de clubes sociales sin ánimo de lucro cuya actividad pueda afectar la convivencia y el orden público, casas culturales, centros sociales privados o clubes privados o similares, que ofrezcan servicios o actividades de recreación, diversión, expendio o consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill, bar, taberna, whiskería, cantina, rockola, karaoke, sala de masajes o cualquier tipo de espectáculo para sus asociados o para el público en general, estarán sujetos a las normas del presente Código.

PARÁGRAFO 1o. Como consecuencia de lo anterior, los alcaldes distritales o municipales podrán establecer horarios de funcionamiento para los establecimientos antes mencionados, y determinar las medidas correctivas por su incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Facúltese a las autoridades de Policía y Comandantes de Estación de Policía para ingresar a los establecimientos mencionados en el presente artículo con el fin de verificar el cumplimiento de horarios dispuestos por los alcaldes distritales o municipales y para imponer las medidas correctivas que correspondan”.

2. Decisión

Primero. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-204 de 2019, en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos por el desconocimiento de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, y de la garantía de la inviolabilidad del voto.

Segundo. INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de los párrafos 1 y 2 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, por los cargos por la presunta violación de los artículos 13, 14, 26, 29, 38, 39 y 58 de la Carta Política, por carencia actual de objeto y por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte debía establecer si la habilitación otorgada en el artículo 86 de la Ley 1801 de 2016 a los alcaldes para fijar los horarios de los establecimientos en que funcionan los clubes sociales cuya actividad pueda afectar la convivencia y el orden público, así como las medidas correctivas por su inobservancia, y a las autoridades de policía para ingresar en tales establecimientos con el objeto de verificar el cumplimiento de tales horarios, y para imponer las citadas medidas correctivas, desconoce la garantía de la inviolabilidad del domicilio y los derechos a la intimidad, al derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, al debido proceso y la propiedad privada, y la libertad de asociación.

La Corte arribó a dos conclusiones. La primera, en relación con las acusaciones por la transgresión de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, concluyó que ya se había configurado el fenómeno de la cosa juzgada, ya que en la sentencia C-204 de 2019 este tribunal había evaluado la validez de las mismas disposiciones a la luz de estos mismos parámetros. En este orden de ideas, se resolvió estarse a lo resuelto en aquel fallo.

La segunda, en relación con los demás señalamientos, concluyó que no era viable el escrutinio judicial, debido a la confluencia de las siguientes circunstancias: (i) porque en la sentencia C-204 de 2019 se declaró la constitucionalidad condicionada de los preceptos demandados en este proceso, precisando, respecto del párrafo 1, que la facultad de los alcaldes para fijar horarios de funcionamiento debe ejercerse mediante actos administrativos individuales o de contenido particular debidamente motivados, y, respecto del párrafo 2, que la potestad de las autoridades de policía únicamente procede frente a las actividades que trascienden a lo público, declaradas previamente mediante acto administrativo debidamente motivado y de contenido particular, con el único fin de verificar la observancia del horario, y dentro de los horarios considerados de cierre; dado que las acusaciones se estructuraron en función de un contenido normativo que ha variado sustancialmente al día de hoy en razón de los condicionamientos introducidos por la Corte Constitucional, existe una carencia actual de objeto por sustracción de materia; (ii) porque los cargos de la demanda de inconstitucionalidad eran consecuenciales a las acusaciones por la presunta violación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad, ya desestimados en la sentencia C-204 de 2019, decayendo el fundamento de aquellas acusaciones; (iii) finalmente, los cargos no proporcionaron los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad propuesto por el actor, en la medida en que, desde la perspectiva de las normas demandadas, las censuras se sustentaron en un entendimiento de la normatividad legal que no se ajusta a su tenor literal; desde la perspectiva de los referentes del juicio de constitucionalidad, el accionante no especificó los contenidos de la Carta Política que fueron transgredidos; y, desde la perspectiva de las *razones de la oposición normativa*, en la demanda no se indicaron tales razones, concentrándose en indicar los riesgos que entraña la interpretación o aplicación indebida de la norma por parte de los operadores jurídicos, a partir de argumentos difusos que no identifican la razón de la incompatibilidad entre la medida legislativa y el ordenamiento superior.

4. Aclaración de voto

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** anunció la presentación de una aclaración de voto, toda vez que si bien la Corte ha de estarse a lo resuelto en la sentencia C-204 de 2019 respecto de los parágrafos 1 y 2 del artículo 86 de la Ley 1801 de 2016, en su momento salvó el voto en relación con esa decisión

LA CORTE REITERÓ EL NECESARIO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS MÍNIMOS QUE EXIGE LA PRESENTACIÓN DE UNA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD, PARA QUE PUEDA ABORDAR UN EXAMEN DE FONDO Y EMITIR UNA DECISIÓN DE MÉRITO SOBRE LOS CARGOS FORMULADOS

IV. EXPEDIENTE D-12593 - SENTENCIA C-292/19 (junio 26) M.P. José Fernando Reyes Cuartas

1. Norma acusada

LEY 1341 DE 2009 (julio 30)

Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 12. PLAZO Y RENOVACIÓN DE LOS PERMISOS PARA EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. [Inciso modificado por el artículo 42 de la Ley 1753 de 2015]. El permiso para el uso del espectro radioeléctrico tendrá un plazo definido inicial hasta de diez (10) años, **el cual podrá renovarse a solicitud de parte por períodos de hasta diez (10) años.** Para determinar el periodo de renovación, la autoridad competente tendrá en cuenta, entre otros criterios, razones de interés público, el reordenamiento nacional del espectro radioeléctrico, o el cumplimiento a las atribuciones y disposiciones internacionales de frecuencias, la determinación deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, establecerá las condiciones de la renovación, que tenga en cuenta el uso eficiente que se ha hecho del recurso, el cumplimiento de los planes de expansión, la cobertura de redes y servicios y la disponibilidad del recurso, teniendo en cuenta los principios del artículo 75 de la Constitución Política.

La renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico incluirá condiciones razonables y no discriminatorias que sean compatibles con el desarrollo tecnológico futuro del país, la continuidad del servicio y los incentivos adecuados para la inversión.

La renovación no podrá ser gratuita, ni automática. El interesado deberá manifestar en forma expresa su intención de renovar el permiso con tres (3) meses de antelación a su vencimiento, en caso contrario, se entenderá como no renovado”.

2. Decisión

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la expresión “*el cual podrá renovarse a solicitud de parte por períodos de hasta diez (10) años*” del artículo 12 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 42 de la Ley 1753 de 2015.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte empezó por señalar que las *condiciones mínimas de argumentación*, indispensables para adoptar un pronunciamiento de fondo, toman nota de la tensión que el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad puede provocar con el principio democrático y el carácter rogado que, por regla general, tiene el ejercicio de este control. Indicó que la aplicación de esas condiciones no puede ocurrir de un modo tal, que fije estándares de tal grado de complejidad que exijan más de aquello que la razonabilidad exige para el inicio del diálogo constitucional. Asimismo, señaló, que tampoco es admisible una aplicación extremadamente flexible al punto que la demanda de inconstitucionalidad pierda todo sentido como referente del diálogo constitucional y termine delimitándose por los intervinientes o, en su caso, por la propia Corte.

Destacó que el ciudadano que pretenda activar las competencias de este Tribunal, debe manifestar un interés real por salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución que se materializa cuando, al impugnar la ley, presenta razones que (a) pueden ser entendidas por cualquier ciudadano (claridad); (b) se encaminan a cuestionar los significados de la ley vigente (certeza); (c) correspondan a cuestiones constitucionales, esto es, que tengan por objeto preservar la vigencia de la Carta (pertinencia); y (d) planteen en qué sentido específico se produjo la infracción de la Constitución (especificidad). Solo así reunidos los elementos relevantes para el juicio (d) se suscitará una duda mínima sobre la validez de la ley (suficiencia).

Precisó la Corte que la demanda se sostiene en una premisa central, según la cual la expresión cuestionada prevé una prórroga de los permisos para el uso del espectro radioeléctrico de naturaleza *discrecional, automática o solo condicionada a la solicitud de su beneficiario*. Luego de ello, este Tribunal advirtió que de la disposición parcialmente demandada se desprenden varias condiciones que limitan la decisión del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de renovar tales permisos. Con fundamento en ello, concluyó que no se cumplía el requisito de **certeza** dado que el demandante solo tomó en consideración una parte de la disposición y, en consecuencia, terminó atribuyéndole un significado incompleto que carece de razonabilidad a la luz de las pautas básicas que rigen, en general, la interpretación de la ley.

En adición a ello, la Sala Plena constató que no se satisfizo el requisito de **especificidad** dado que el demandante no analizó, ni siquiera sumariamente, las razones que pueden justificar la regla demandada. En ese sentido, no presentó ninguna consideración relativa, por ejemplo, (i) a los términos de amortización de las inversiones en este tipo de tecnologías; (ii) a los efectos que tiene un régimen como el examinado para el desarrollo de las comunicaciones; o (iii) a la capacidad del Estado para asumir tales actividades. Igualmente, no se detuvo en considerar - a efectos de contrastar su postura- (iv) que la renovación se encuentra antecedida por el otorgamiento inicial de un permiso, que resulta de una convocatoria pública y que debe respetar criterios de selección objetiva.

Igualmente, la Corte encontró que el examen de proporcionalidad de la medida que propuso el demandante resultaba ininteligible y, en consecuencia, carecía de **claridad**. En efecto (i) no sometía a tal escrutinio la medida cuya inexecutable se solicitaba sino, precisamente, la regla que a su juicio resultaba conforme a la Constitución y (ii) a pesar de que es ello lo que hacía, la demanda concluía que la expresión impugnada era desproporcionada.

LA CORTE ADOPTÓ DECISIÓN INHIBITORIA RESPECTO DE LA DEMANDA QUE CUESTIONABA CONDICIONES Y REQUISITOS PREDICABLES DE LOS ESTABLECIMIENTOS EN DONDE SE EJERCE LA PROSTITUCIÓN, DEBIDO A QUE EL CARGO PROPUESTO INCUMPLE EL REQUISITO DE CERTEZA.

V. EXPEDIENTE D-12489 - SENTENCIA C-293/19 (junio 26)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 1801 DE 2016
(julio 29)

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

ARTÍCULO 43. REQUISITOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS, INMUEBLES O LUGARES DONDE SE EJERZA LA PROSTITUCIÓN. Los propietarios, tenedores, administradores o encargados de los establecimientos, inmuebles o lugares donde se ejerza la prostitución, **así como el personal que labore en ellos**, deben cumplir con las siguientes condiciones:

1. Obtener para su funcionamiento el concepto sanitario expedido por la Secretaría de Salud o su delegado o quien haga sus veces.

2. Proveer o distribuir a las personas que ejercen la prostitución y a quienes utilizan sus servicios, preservativos aprobados por las entidades competentes y facilitarles el cumplimiento de las medidas recomendadas por las autoridades sanitarias.

3. Promover el uso del preservativo y de otros medios de protección, recomendados por las autoridades sanitarias, a través de información impresa, visual o auditiva, y la instalación de dispensadores de tales elementos en lugares públicos y privados de dichos establecimientos, inmuebles o lugares.

4. Colaborar con las autoridades sanitarias y de Policía cuando se realicen campañas de inspección y vigilancia y asistir a los cursos que ellas organicen.
5. Tratar dignamente a las personas que ejercen la prostitución, evitar su discriminación o rechazo y la violación de sus derechos a la libre movilización y al desarrollo de la personalidad.
6. No permitir ni propiciar el ingreso de niños, niñas o adolescentes a estos establecimientos, inmuebles o lugares.
7. No permitir, ni favorecer o propiciar el abuso y la explotación sexual de menores de edad o de personas con discapacidad.
8. En ningún caso, favorecer, permitir, propiciar o agenciar el maltrato, su utilización para la pornografía, la trata de personas o la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (Escnna).
9. No inducir ni constreñir al ejercicio de la prostitución a las personas o impedir, a quien lo realiza, retirarse del mismo si fuere su deseo.
10. No mantener en cautiverio o retener a las personas que ejercen la prostitución.

11. No realizar publicidad alusiva a esta actividad en la vía pública, salvo la identificación del lugar en su fachada.

12. Velar por el cumplimiento de los deberes y comportamientos de las personas que ejercen la prostitución.

13. Proveer los elementos y servicios de aseo necesarios para garantizar el cumplimiento de las medidas recomendadas por las autoridades.

14. Intervenir en caso de controversia, entre las personas que utilizan el servicio y las que ejercen la prostitución, para evitar el detrimento de los derechos de estas últimas.

ARTÍCULO 44. COMPORTAMIENTOS EN EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN. Los siguientes comportamientos afectan la convivencia y por lo tanto no deben ser realizados por las personas que ejercen la prostitución:

1. Incumplir cualquiera de los requisitos establecidos en la normatividad vigente para los establecimientos, inmuebles o lugares en donde se ejerza la prostitución.

2. Ejercer la prostitución **o permitir su ejercicio** por fuera de las zonas u horarios asignados para ello o contrariando lo dispuesto en las normas o en el reglamento pertinente de carácter distrital o municipal.
3. Ejercer la prostitución sin el cumplimiento de las medidas sanitarias y de protección requeridas.
4. Realizar actos sexuales o exhibicionistas en la vía pública o en lugares expuestos a esta.
5. Negarse a:

a) Portar el documento de identidad;

b) Utilizar los medios de protección y observar las medidas que ordenen las autoridades sanitarias;

c) Colaborar con las autoridades sanitarias que ejercen la prevención y el control de enfermedades de transmisión sexual y VIH, atender sus indicaciones.

PARÁGRAFO 1o. Quien incurra en uno o más de los comportamientos señalados será objeto de la aplicación de las siguientes medidas:

COMPORTAMIENTOS

MEDIDA CORRECTIVA A APLICAR

<u>Numeral 1</u>	<u>Multa General tipo 4; Suspensión temporal de actividad.</u>
<u>Numeral 2</u>	<u>Multa General tipo 4;</u> Al responsable del lugar donde ejerce la actividad: Suspensión temporal de actividad.
<u>Numeral 3</u>	<u>Multa General tipo 3;</u> Al responsable del lugar donde ejerce la actividad: Suspensión temporal de actividad.
<u>Numeral 4</u>	<u>Multa General tipo 3;</u> Al responsable del lugar donde ejerce la actividad: Suspensión temporal de actividad.
Numeral 5	<u>Amonestación;</u> Al responsable del lugar donde ejerce la actividad: Suspensión temporal de actividad.

PARÁGRAFO 2o. Quien en el término de un (1) año contado a partir de la aplicación de la medida incurra nuevamente en alguno de los comportamientos prohibidos en el presente capítulo que dan lugar a la medida de suspensión temporal, será objeto de suspensión definitiva de la actividad.

PARÁGRAFO 3o. Cuando haya lugar a la aplicación de las medidas previstas en el numeral 5 del párrafo primero, la autoridad de Policía deberá dar aviso a la Defensoría del Pueblo o al Personero Municipal o Distrital según corresponda.

2. Decisión

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 43 y 44 de la Ley 1801 de 2016 dentro del expediente D-12489, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Fundamentos de la decisión

La Corte debía establecer si las disposiciones demandadas del Código Nacional de Policía y Convivencia que imponen una serie de exigencias a las personas que laboran en los establecimientos, inmuebles y lugares donde se ejerce la prostitución y a las personas que ejercen esta actividad, así como unas medidas correctivas por su inobservancia, vulneran el principio de igualdad. En particular, se debía determinar si el deber a cargo de dichas personas y establecimientos de obtener conceptos sanitarios para el funcionamiento del establecimiento, inmueble o lugar en el que se ejerce esta actividad, de proveer o distribuir y promover el uso de preservativos y medios de protección, de no realizar publicidad alusiva a esta actividad en la vía pública, de proveer los elementos y servicios de aseo necesarios, de intervenir en las controversias que se susciten entre las personas que utilizan los servicios y las que ejercen la prostitución, de utilizar los medios de protección y observar las medidas sanitarias, de colaborar con las autoridades sanitarias en la prevención y el control de enfermedades de transmisión sexual y VIH y de atender sus indicaciones, y si las medidas correctivas de multa, suspensión temporal de actividad y amonestación previstas por el incumplimiento de las exigencias anteriores; son incompatibles con el principio de igualdad, tanto en su dimensión formal como en su dimensión material, por presuntamente imponer cargas desproporcionadas a las personas que ejercen la prostitución frente a los administradores y propietarios de dichos establecimientos; crear una intromisión indebida en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de aquellas, y por desconocer la situación de vulnerabilidad de dicho colectivo.

La Sala concluyó que no era viable el escrutinio judicial propuesto por los accionantes, ya que las acusaciones de la demanda de inconstitucionalidad partieron del supuesto equivocado de que los preceptos impugnados tienen como destinatario a las personas que ejercen la prostitución, cuando, en realidad, los mismos se dirigen a otros grupos de personas.

Es así como el artículo 43 de la citada ley se refiere genéricamente a "*los propietarios, tenedores, administradores o encargados de los establecimientos, inmuebles o lugares donde se ejerza la prostitución*" y al "*personal que labore en ellos*", pero no incluyó dentro de esta categoría a las personas que ejercen esta actividad. De hecho, durante el trámite de aprobación legislativa se utilizó inicialmente la expresión "*trabajadoras sexuales*" para aludir a este colectivo, pero cuando el proyecto de ley fue sometido al estudio de la Cámara de Representantes, se propuso eliminar esta calificación, sustituyendo en todo el texto legal el vocablo "*trabajo sexual*" por "*prostitución*" y el vocablo "*trabajadores sexuales*" por "*personas que ejercen la prostitución*". Adicionalmente, cuando en el artículo 43 del Código de Policía se establece que las personas que laboran en los establecimientos mencionados deben asumir una serie de cargas, en ningún momento se determina que todas estas sean aplicables a todos los sujetos que de manera genérica se enuncian en el encabezado del artículo, por lo cual, corresponde a los operadores jurídicos definir, según la naturaleza de la exigencia impuesta por el legislador a los actores que intervienen en el fenómeno de la prostitución, cuáles de ellos deben ser asumidos únicamente por los propietarios y administradores, y cuáles también por el personal que labore en los establecimientos respectivos.

Lo mismo ocurre con las cargas y medidas correctivas previstas en el artículo 44 del Código de Policía. La naturaleza de las exigencias contenidas en los numerales 1 y 2 de dicho artículo, relacionadas con el deber de dar cumplimiento a cualquiera de los requisitos establecidos en la normatividad vigente para los establecimientos, inmuebles o lugares donde se ejerce la prostitución, y con el deber de no permitir el ejercicio de esta actividad por fuera de las zonas y horarios asignados para ello por las autoridades municipales o distritales, permite concluir que las mismas no están dirigidas a las personas que ejercen la prostitución, pues carecería de todo sentido suponer, por ejemplo, que estas están obligadas a obtener un concepto sanitario o a impedir que sus pares ejerzan esta actividad en horarios prohibidos. Y con respecto a los parágrafos 1 y 2 del artículo 44 del Código de Policía, en estos se determina expresamente que las medidas correctivas allí establecidas se aplican al "*responsable del lugar donde se ejerce la actividad*", y consisten, en la mayor parte de los casos, en la suspensión temporal de actividad,

medida esta que, por su propia naturaleza, se predica fundamentalmente de los individuos que tienen a su cargo el establecimiento o el inmueble en que se ejerce la prostitución, y no de las personas que se dedican a dicha actividad.

En este orden de ideas, la Sala concluyó que no era viable el escrutinio judicial propuesto por los accionantes, en la medida en que, por un lado, las acusaciones se amparan en el supuesto inaceptable de que las normas impugnadas tienen como destinatarias a las personas que ejercen la prostitución, cuando en realidad se dirigen a otro tipo de actores involucrados en este fenómeno, como los propietarios, tenedores, administradores o encargados de los establecimientos, inmuebles o lugares en que se ejerce la prostitución, y el personal que labora en ellos. Y, por otro, en aquellos apartes de las disposiciones acusadas que sí se predicán directamente de las personas que ejercen la prostitución, si bien la demanda caracteriza a este colectivo, en general, como personas en condición de desprotección que requieren la especial atención por parte del Estado, no se estructuran adecuadamente los cargos por afectación de la igualdad. Además, el cargo carece de certeza, en cuanto asume que las obligaciones allí previstas se predicán exclusivamente de las personas que ejercen la prostitución, cuando en otras disposiciones ese mismo deber se establece para los usuarios.

4. Salvamentos parciales de voto y aclaración

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** salvó parcialmente el voto. En su opinión, los demandantes cumplieron con la carga argumentativa requerida para que la Corte se pronunciara de fondo, al menos, en relación con los dos últimos cargos. Como bien señalaron, los artículos 43 y 44 del Código de Policía suscitan dos problemas de rango constitucional: (i) el carácter discriminatorio en contra de las mujeres en situación de prostitución; y (ii) la desproporción al aplicar mecanismos represivos, en detrimento de un grupo de por sí estigmatizado y vulnerable.

En primer lugar, se hacía necesario condicionar la exequibilidad de las disposiciones demandadas, de manera que fueran interpretadas de acuerdo con los principios y derechos fundamentales, especialmente el de la igualdad y la protección especial en favor de grupos marginados (CP. Art. 13). Algunos apartes demandados, dan lugar, por su amplitud, a una interpretación problemática, según la cual serían igual de responsables de cumplir los requisitos de funcionamiento y convivencia, quienes detentan el control de tales escenarios, como las personas que allí ejercen la prostitución. Se imponía entonces hacer un condicionamiento, en el sentido de que sobre estas últimas (quienes ejercen la prostitución), la norma debe entenderse acorde con el rol y la posición que ocupan.

En segundo lugar, la Corte debió haber analizado la validez de introducir medidas represivas (sanciones de policía), para adecuar el comportamiento de un grupo de personas, principalmente mujeres, que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad. En vez que recurrir a instrumentos correctivos, el legislador estaba en la obligación de considerar medidas pedagógicas y protectoras. Las sanciones policivas generan mayor estigma y discriminación, frente a una problemática que es social y económica, antes que de policía y convivencia.

En efecto, la prostitución es un fenómeno social complejo, que pone en tensión importantes principios y derechos constitucionales. No existe un único modelo satisfactorio para regular esta práctica; pero lo que sí es claro es que cualquiera que sea el modelo escogido por el Estado colombiano, éste no debe basarse en medidas represivas en contra de las personas que integran el eslabón más débil de este fenómeno. De lo contrario, podría llegarse al absurdo de amonestar, por ejemplo, a la mujer que ejerce la prostitución, por no haber usado los medios de protección sanitaria; mientras que la conducta del cliente, así como las posibles relaciones de dominación, pasan desapercibidas para el Estado. Por el contrario, el cliente y el administrador de estos lugares tienen una obligación reforzada de cara a los deberes sanitarios y a la convivencia en condiciones de respeto, libertad y dignidad, que promueve el Código de Policía.

El magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** salvó parcialmente el voto, en relación con los numerales 1 y 2, y con los literales b) y c) del numeral 5 del artículo 44 de la Ley 1801 de

2016, respecto de los cuales estimó que sí era procedente el control constitucional planteado por los accionantes. A su juicio, en relación con esas disposiciones, la Corte debió pronunciarse de fondo sobre los cargos por la presunta afectación del principio de igualdad, derivada de la imposición de cargas desproporcionadas, de una intromisión indebida en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y del desconocimiento de la situación de vulnerabilidad de las personas en situación de prostitución.

En el mismo sentido, el Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** manifestó su salvamento de voto parcial, toda vez que en su concepto, salvo en lo concerniente a los cargos formulados contra los parágrafos 1 y 2 del artículo 44 de la Ley 1801 de 2016, la demanda reunía los requisitos exigidos para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la vulneración del derecho a la igualdad en relación con las obligaciones que se imponen a las personas que ejercen la actividad de prostitución previstas en los apartes acusados de los artículos 43 y 44 del Código Nacional de Policía.

A su juicio, la presente demanda ofrecía una oportunidad para que la Corte analizara a la luz de los postulados constitucionales, la justificación de las medidas policivas adoptadas por el Legislador en relación con las personas que ejercen la prostitución, con consecuencias sancionatorias en caso de no ser cumplidas las obligaciones que se les impone, lo cual resultaba incompatible con la Constitución. De igual modo, para que el Tribunal diera respuesta a varias de las intervenciones que abogan por la protección de un grupo humano vulnerable sujeto de explotación y sin una política pública que enfrente un fenómeno social complejo.

La Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** se reservó la posibilidad de presentar una aclaración de voto sobre las consideraciones de la presente decisión inhibitoria.

CORTE DECLARÓ INEXEQUIBLE LA PROHIBICIÓN DE DONACIÓN Y UTILIZACIÓN DE ÓRGANOS O TEJIDOS DE LOS DENOMINADOS "NIÑOS NO NACIDOS ABORTADOS". ADVIRTIÓ UN CONTENIDO REGRESIVO EN EL DERECHO A LA SALUD QUE LIMITA EL PROGRESO CIENTÍFICO E IMPOSIBILITA LOS TRASPLANTES, COMOQUIERA QUE EL LEGISLADOR INCUMPLIÓ LA CARGA ARGUMENTATIVA REQUERIDA

VI. EXPEDIENTE D-12533 - SENTENCIA C-294/19 (junio 26)
M.P. José Fernando Reyes Cuartas

1. Norma acusada

LEY 1805 DE 2016¹

Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones

Artículo 2º. Modifíquese el artículo 1º de la Ley 73 de 1988, el cual quedará así:

“Artículo 1º. El párrafo del artículo 540 de la Ley 9ª de 1979, quedará así:

Artículo 540. Párrafo 1º. Solo se podrá proceder a la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos a que se refiere este artículo, cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación.

Parágrafo 2º. No pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados.

Parágrafo transitorio. Las disposiciones contenidas en este artículo entrarán a regir seis (6) meses después de la promulgación de la presente ley."

2. Decisión

Primero. Levantar la suspensión de los términos.

¹ Diario Oficial No. 49.955 de 4 de agosto de 2016.

Segundo. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*No pueden ser donados ni utilizados órganos o tejidos de los niños no nacidos abortados*", contenida en el párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 1805 de 2016.

3. Síntesis de la providencia

A partir de los distintos cargos formulados la Corte se pronunció de fondo, en primer lugar, respecto a si el párrafo acusado desconocía el principio de progresividad del derecho a la salud en su componente de investigación científica, debido a que el legislador no justificó suficientemente la medida de prohibición de donación y utilización de órganos o tejidos de los "niños no nacidos abortados".

Al examinar la medida legislativa adoptada encontró que no satisfizo la carga argumentativa necesaria y adecuada para su aprobación, por cuanto el Congreso de la República en ninguna de las discusiones justificó la necesidad de una disminución en el nivel de protección alcanzado en relación con la investigación y trasplante, y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Expuso que con antelación a la Ley 1805 de 2016 existía un marco legal y reglamentario en materia de uso y donación de órganos o tejidos² que incluía los fetales con fines de investigación en salud, además de las investigaciones en curso³ como lo afirmó el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud. Por tal razón, se incurrió en un retroceso en relación con la disponibilidad de componentes anatómicos para efectuar investigación científica que podría suponer avances en materia de vacunas, medicamentos, tratamientos para virus, etc. Específicamente, impidió el avance sobre ciertas enfermedades graves, la posibilidad de trasplantes de membrana amniótica para uso en oftalmología y el uso de células madre para curar a los niños y niñas en casos de diabetes, polio y anemia.

En Colombia la escasez de órganos o tejidos para usos terapéuticos -no solo trasplantes- hace que un buen número de personas que los necesitan para sobrevivir o para mejorar su calidad de vida, permanezcan más allá del tiempo clínicamente idóneo en lista de espera e, incluso, lleguen a morir. Al no existir una razón válida constitucionalmente para fundamentar la prohibición legal, se impide la utilización terapéutica en la asistencia clínica, así como su empleo en proyectos de investigación dirigidos a encontrar nuevas estrategias en la prevención, tratamiento y cura de enfermedades, suprimiendo la oportunidad de conservar la salud y la vida de los posibles receptores, además de restringir el campo de los investigadores.

Expertos en la materia expusieron ante la Corte que la medida examinada comporta una restricción al derecho a la salud carente de cualquier justificación, pues limita que órganos o tejidos embrionarios o fetales sean trasplantados a personas que lo necesiten como procedimiento terapéutico que se ha extendido de forma constante y ha mejorado las expectativas de vida o de salud de sus beneficiarios. Tales avances han despertado cierta posibilidad de cura de enfermedades como el Alzheimer, Huntington o Corea de Huntington y Parkinson.

De esta manera, la Corte declaró la inexequibilidad del párrafo acusado y, por tanto, no se pronunció sobre los demás cargos de inconstitucionalidad que exponían una ambigüedad e incoherencia normativa, la violación del derecho a la igualdad y la afectación de los derechos reproductivos de las mujeres por obstaculizar el acceso legítimo a la IVE de forma segura y sin limitaciones temporales, así como el desconocimiento del principio de unidad de materia.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** se apartó de la decisión que adoptó la Sala Plena de la Corte Constitucional, el 26 de junio de 2019, referida a la demanda de inconstitucionalidad en contra del párrafo 2º del artículo 540 de la Ley 1805 de 2016, por las siguientes razones:

² Leyes 9ª de 1979 (medidas sanitarias), 73 de 1988 (donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos) y 919 de 2004 (prohíbe la comercialización de componentes anatómicos para trasplante y tipifica como delito su tráfico); Decreto 2493 de 2004 (reglamenta las leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988); y resoluciones 5108 de 2005, 2640 de 2005, 1065 de 2012, 2003 de 2014 y 481 de 2018. El Ministerio de Salud y Protección Social hizo énfasis en la Resolución 8430 de 1993 (normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud) alusiva a las investigaciones en mujeres embarazadas y la utilización de embriones, óbitos o fetos (arts. 30, 35 y 43).

³ Proyecto Zika en embarazadas y niños (ZEN), Colombia-Estados Unidos.

1. En este caso, correspondía proferir una sentencia de carácter inhibitorio. Frente a la supuesta vulneración al derecho a la salud, la demanda no cumplía con las exigencias de certeza y especificidad. En efecto, todas las afectaciones alegadas, como la restricción a la investigación científica y a los beneficios médicos que traería el uso de estos tejidos u órganos de "*niños no nacidos abortados*", carecían de fundamentación empírica y obedecían a simples conjeturas.

La demanda no desarrolló argumentos concretos en virtud de los cuales se pudiera verificar, al menos *prima facie*, que el párrafo demandado generaba una afectación cierta al derecho a la salud en sus componentes prestacional y de "*no regresividad*", por el supuesto deterioro de los elementos necesarios para garantizar la prestación "*suficiente y eficiente*" del servicio de salud, al que aludieron las demandantes.

2. Con todo, si, en gracia de discusión, se admitiera que el cargo por violación del derecho a la salud cumplió con requisitos de especificidad y suficiencia, lo cierto es que la Corte debió declarar la exequibilidad simple de la norma demandada. En efecto, la Sala consideró que permitir la donación de los órganos y tejidos de los "*niños no nacidos abortados*" protege el derecho a la salud y lo desarrolla en su faceta de realización progresiva, y por ello concluyó que la prohibición de esta conducta infringe, correlativamente, el mandato de no regresividad. Sin embargo, no hay ningún argumento que permita derivar analíticamente una conclusión de esta naturaleza.

De hecho, la Corte perdió de vista que el párrafo que declaró inexecutable buscaba, precisamente, proteger los derechos a la salud, la vida y la integridad personal, ante el posible riesgo de que este tipo de usos y donaciones constituyeran un incentivo perverso para la práctica de abortos en casos no autorizados por la jurisprudencia constitucional.

3. Lo anterior me lleva a sostener que, en efecto, la norma expulsada del ordenamiento perseguía un fin constitucionalmente legítimo. La Corte, en cambio, acogió la postura, planteada por las demandantes, de que el Legislador no ofreció razones de peso en dicho sentido. Con ello, la Corte entendió de manera equivocada el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. De conformidad con este principio, lo que corresponde al órgano de representación política no es ofrecer razones a favor del ejercicio de su margen de configuración legislativa, con el cumplimiento, que en modo alguno le exige la Constitución, de una "*carga argumentativa necesaria y adecuada*", sino que la regulación legal que expida resulte fundamentable a la luz de la persecución de un fin constitucional válido, como ocurría en este caso con el párrafo declarado inexecutable.

4. Aun si se aceptara que la justificación ofrecida por el legislador para adoptar el apartado normativo declarado inexecutable era débil desde el punto de vista empírico, lo cierto es que la presunta afectación del derecho a la salud era apenas *potencial* y, en todo caso, *levísima*, por las siguientes razones:

i) No se configuraba la "*regresividad*" frente al derecho a la salud, a la que se refirió la demanda. En estricto sentido, no es cierto que previamente existiera un marco legal que permitiera de forma expresa la donación y el uso de órganos y/o tejidos de "*niños no nacidos abortados*", sino resoluciones del Gobierno Nacional en ese sentido. Con todo, era el Legislador quien ahora buscaba darle un marco regulatorio completo a la materia.

ii) Las posibles afectaciones a la *docencia y a la investigación* por el uso de este tipo de órganos y tejidos no eran argumento suficiente para sostener una violación cierta y comprobada del derecho a la salud. Lo que reflejaron las intervenciones ante la Corte fue, *a contrario sensu*, un debate científico en el que existe incertidumbre acerca de los "*posibles*" beneficios y utilidades que el uso de estos tejidos tendría en materia de trasplantes y combate de enfermedades. Así, todos los argumentos de la demanda versaban sobre el eventual avance que podría suponer la utilización de este tipo de componentes orgánicos, lo que, en el campo de la ciencia médica, se ha quedado en el plano meramente hipotético.

Más allá de esto, no se presentó evidencia alguna de que la norma disminuyera el acceso de personas enfermas a tejidos, tratamientos y/o trasplantes, mucho menos si se tiene en cuenta que la disposición solo excluía el uso de órganos y tejidos de "*niños no nacidos abortados*", mas no de otro tipo de cuerpos o de formaciones embrionarias. Así las cosas, es claro que los

motivos que llevaron a la Corte a declarar la inexecutable de la norma obedecieron más a argumentos de conveniencia que a razones estrictamente jurídico-constitucionales.

5. En mi criterio, en una democracia constitucional, la falta de certeza empírica se suple con la legitimidad política del Congreso de la República. Bajo los parámetros de incertidumbre a los que me refiero, e incluso bajo un eventual empate entre la finalidad buscada por la norma y la posible afectación del derecho a la salud, la decisión de la Corte debía producirse de conformidad con el principio *pro legislatore*.

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** anunció la presentación de una aclaración de voto relativa a algunos de los fundamentos de la decisión. Por su parte, el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó una eventual aclaración de voto.

LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE EN EL CASO CONCRETO, LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ ES LA COMPETENTE PARA DEFINIR LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PROCESADO, EN TANTO LAS CONDUCTAS COMETIDAS POR ÉSTE OCURRIERON CON ANTERIORIDAD AL 1º DE DICIEMBRE DE 2016, POR CAUSA, CON OCASIÓN O RELACIÓN DIRECTA O INDIRECTA CON EL CONFLICTO ARMADO

VII. INCIDENTE CJU-017 – AUTO 348/19 (junio 26)
M.P. Diana Fajardo Rivera

1. Decisión

DIRIMIR el conflicto de jurisdicciones suscitado entre la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, en el sentido que corresponde a la Jurisdicción Especial para la Paz avocar el conocimiento del caso de Luis Alexander Varón García para lo de su competencia.

2. Síntesis de los fundamentos

En el caso de Luis Alexander Varón García la Sala concluyó que se presenta un conflicto de jurisdicciones negativo para asumir conocimiento del proceso penal que se adelanta en su contra. Esto es así porque, de una parte, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá carece de competencias investigativas en pro del impulso procesal y tampoco puede avocar conocimiento para incluir al sindicado en el proceso del cual hacía parte inicialmente como postulado de la Ley 975 de 2005, y de otra, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz decidió devolver el expediente a la mencionada autoridad judicial para que prosiga con el proceso en contra del postulado Luis Alexander Varón García.

La Sala Plena tuvo en cuenta que el 10 de julio de 2017, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concedió, en aplicación de la Ley 1820 de 2016 y el Decreto 277 de 2017, la libertad condicionada del postulado Luis Alexander Varón García.

De esta forma, la Corte concluyó que es la Jurisdicción Especial para la Paz la llamada a definir la situación jurídica del señor Varón García en tanto las conductas cometidas por el procesado ocurrieron con anterioridad al 1º de diciembre de 2016 por causa, con ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado y a aplicar las consecuencias propias de la justicia transicional a que haya lugar. En tal sentido ha decidido declarar que corresponde a la Jurisdicción Especial para la Paz avocar el conocimiento del caso de Luis Alexander Varón García para lo de su competencia.

3. Aclaración de voto

El Magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** aclaró voto en relación con los fundamentos de la anterior decisión.

EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL, LA CORTE DEJÓ SIN EFECTOS AUTOS INTERLOCUTORIOS PROFERIDOS POR UN TRIBUNAL DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y RESOLVIÓ EL CONFLICTO NEGATIVO ENTRE JURISDICCIONES, REMITIENDO A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ UNA SOLICITUD DE LIBERTAD CONDICIONAL, PARA LO DE SU COMPETENCIA

VIII. INCIDENTE CJU-018 – AUTO 349/19 (junio 26)
M.P. Cristina Pardo Schlesinger

1. Decisión

Primero. DIRIMIR el conflicto negativo de jurisdicciones suscitado entre la Jurisdicción Ordinaria -Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal- y la Jurisdicción Especial para la Paz -Tribunal para la Paz, Sección de Apelación- declarando directamente, por economía procesal, la nulidad del auto interlocutorio No. 239 del 26 de marzo de 2018 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

Segundo. DEJAR SIN EFECTOS los autos interlocutorios Nos. 060 del 2 de agosto de 2018 y 095 del 4 de diciembre de 2018 proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal.

Tercero. REMITIR a la Jurisdicción Especial para la Paz el expediente CJU-00018 para lo de su competencia.

Cuarto. Por la Secretaría General de la Corporación, **COMUNICAR** al señor Jhon Fredy Velásquez Trujillo, al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal, la presente providencia.

2. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena constató que en el presente caso: (i) se presentó un conflicto de jurisdicciones para determinar cuál autoridad era la competente para pronunciarse sobre la apelación concedida contra el Auto Interlocutorio 239 del 26 de marzo de 2018, proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja dado que existe un pronunciamiento de dos autoridades de diferente jurisdicción que se rehúsan a emitir una decisión respecto de una providencia; (ii) por tratarse de un conflicto negativo configurado entre una autoridad perteneciente a la jurisdicción ordinaria y otra perteneciente a la Jurisdicción Especial para la Paz, la Corte era competente para resolverlo, de acuerdo con el artículo 241 numeral 11 de la Constitución Política y la Sentencia C-674 de 2017; (iii) la solicitud de libertad condicionada presentada por Jhon Fredy Velásquez Trujillo se recibió en el Juzgado de Ejecución de Penas cuando ya había entrado en funcionamiento el Tribunal Especial para la Paz. Lo anterior indicaba que dicho juzgado, al verificar que su competencia en razón de la jurisdicción para resolver dicha petición había terminado, debió de manera inmediata declararse incompetente para pronunciarse de fondo y remitir el asunto a la autoridad competente; (iv) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal, advirtió una falencia insaneable en el proceso que llegó en apelación a su despacho, como es la falta de jurisdicción. De tal manera que, equivocadamente, remitió el expediente a quien consideró que era el competente para resolver el recurso interpuesto; y (v) el tribunal de segunda instancia debió declarar la nulidad de lo actuado, decisión que no se tomó en ninguna etapa.

Finalmente, la Sala Plena de este Tribunal en aras de la materialización del principio de economía procesal consideró pertinente declarar directamente la nulidad del auto interlocutorio No. 239 del 26 de marzo de 2018 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta