

# CONTENIDO

## I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

## II. JURISPRUDENCIA

## III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA	6
1. PROYECTOS DE LEY	6
- NUEVOS:	6
DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES DEL SISTEMA DE SALUD.	6
FONDO PENSIONAL ALIMENTARIO.	7
CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE FILIACIÓN NATURAL.	7
PLAN OBLIGATORIO DE SALUD.	7
RED PÚBLICA.	7
AUTONOMÍA PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS Y ODONTÓLOGOS.	8
NORMAS PENSIONALES EN EJERCICIO DEL PERIODISMO.	8
- TRÁMITE:	8
REPARACIÓN A LAS MADRES CABEZA DE FAMILIA.	8
DECLARACIÓN DE RETENCIÓN EN LA FUENTE.	8
APORTES DE CONTRATISTAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE TENGAN DOS O MÁS CONTRATOS.	9
2. LEYES SANCIONADAS	9

**LEY 1382 DE 2009. 9**

**II. JURISPRUDENCIA 9**

**1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 9**

**1.1. SALA DE CASACIÓN PENAL 9**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ. POSTULADO MENOR DE EDAD. VÍCTIMAS: DERECHO A NO SER VÍCTIMA. VÍCTIMAS: PAPEL PREPONDERANTE. VÍCTIMAS: DERECHOS DE VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN. MENORES: DERECHO A NO SER FORZADOS A PARTICIPAR EN LA GUERRA. CONFLICTO ARMADO INTERNO. MENORES: DERECHO A NO SER FORZADOS A PARTICIPAR EN LA GUERRA. MENORES. DERECHO A NO SER FORZADOS A PARTICIPAR EN LA GUERRA. NIÑO. CONCEPTO. CONFLICTO ARMADO INTERNO. PROTECCIÓN DEL MENOR COMO POBLACIÓN VULNERABLE. MENOR COMBATIENTE. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. ORIGEN. ÁMBITO DE APLICACIÓN. RECLUTAMIENTO ILÍCITO. DELITO CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CRIMENES DE GUERRA. RECLUTAMIENTO DE MENORES. RECLUTAMIENTO ILÍCITO. CONFLICTO ARMADO INTERNO. MENOR COMBATIENTE: VÍCTIMA Y VICTIMARIO. MENORES. MENOR COMBATIENTE: RESPONSABILIDAD. REGULACIÓN DE SU JUZGAMIENTO: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. REGULACIÓN DEL JUZGAMIENTO DE MENORES: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. CODIGO DEL MENOR. APLICACIÓN. TRATAMIENTO DEL MENOR. LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA. NOCIÓN DE CORRESPONSABILIDAD. TRATAMIENTO DEL MENOR. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. APLICACIÓN TEMPORAL: LÍMITE DE EDAD PARA SU APLICACIÓN. LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA. APLICACIÓN TEMPORAL: LÍMITE DE EDAD PARA SU APLICACIÓN. CODIGO DEL MENOR. APLICACIÓN TEMPORAL: LÍMITE DE EDAD PARA SU APLICACIÓN. LEY DE JUSTICIA Y PAZ. POSTULADO MENOR DE EDAD EN LA ÉPOCA DE ALGUNOS DE LOS HECHOS CONFESADOS. 9**

**FUERO MILITAR. CONDUCTAS EN RELACIÓN CON EL SERVICIO: EXCLUIDOS LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD. 32**

**1.2. SALA DE CASACIÓN LABORAL 41**

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. DETERMINACIÓN DEL IBL POR MUERTE DE AFILIADO A QUIEN LE FALTABA CUMPLIR LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN LEGAL.** 41

**RECURSO DE CASACIÓN. IMPROCEDENCIA FRENTE A PUNTO RESPECTO DEL CUAL NO SE CONCEDIÓ RECURSO DE APELACIÓN. FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA. SON DISCRECIONALES Y NO OBLIGATORIAS. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. SU PAGO DE MANERA SIMULTÁNEA CON SALARIOS A CARGO DE UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CONFIGURA LA PROHIBICIÓN DE RECIBIR MÁS DE UNA ASIGNACIÓN QUE PROVENGA DEL TESORO PÚBLICO. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. HACEN PARTE DEL SECTOR ESTATAL DESCENTRALIZADO POR SERVICIOS. EMPLEADOS PÚBLICOS. NO PUEDEN DESEMPEÑAR MÁS DE UN EMPLEO PÚBLICO NI RECIBIR MÁS DE UNA ASIGNACIÓN PROVENIENTE DEL TESORO PÚBLICO. PENSIÓN. REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y EL DISFRUTE. PENSIÓN JUBILACIÓN LEGAL. EL RETIRO DEL SERVICIO ES REQUISITO PARA EL DISFRUTE MAS NO PARA EL RECONOCIMIENTO. PENSIONADOS. EL PODER LABORAR, NO IMPLICA, PER SE, PODER RECIBIR LA PENSIÓN. RECURSO DE CASACIÓN. LAS NORMAS REGLAMENTARIAS NO OSTENTAN LA CATEGORÍA DE NORMAS SUSTANCIALES. SUBROGACIÓN PENSIONAL. DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN LEGAL POR PENSIÓN DE VEJEZ DEL ISS – DE EMPLEADO PÚBLICO.** 43

**2. CORTE CONSTITUCIONAL** 47

**-SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD:** 47

**ARTÍCULO 13 DEL ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2009, “POR EL CUAL SE MODIFICAN Y ADICIONAN UNOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA”.** 47

**ARTÍCULOS 129 Y 158 DE LA LEY 1098 DE 2006, “CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA”.** 52

**ARTÍCULO 108, 294, 349 Y 454 DE LA LEY 906 DE 2004 “POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”. ARTÍCULO 189 DE LEY 1098 DE 2006 “POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA”.** 54

**LITERAL I) DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 1122 DE 2007 “POR LA CUAL SE HACEN ALGUNAS MODIFICACIONES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”.** 56

**ARTÍCULO 35 DE LA LEY 712 DE 2001 “POR LA CUAL SE REFORMA EL CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO”. 57**

**NUMERAL 5° DEL ARTÍCULO 50 DE LA LEY 1116 DE 2006, “POR LA CUAL SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”. 59**

**ARTÍCULO 26 DE LA LEY 1121 DE 2006 “POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS PARA LA PREVENCIÓN, DETECCIÓN, INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y OTRAS DISPOSICIONES”. 60**

**LEY 1354 DE 2009, “POR MEDIO DE LA CUAL SE CONVOCA A UN REFERENDO CONSTITUCIONAL Y SE SOMETE A CONSIDERACIÓN DEL PUEBLO UN PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL”. 62**

**III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA 67**

**DECRETOS DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: 67**

**DECRETO 299 DE 2010. 67**

**DECRETO 300 DE 2010. 67**

**DECRETO 301 DE 2010. 67**

**DECRETO 325 DE 2010. 67**

**DECRETO 358 DE 2010. 67**

**DECRETO 441 DE 2010. 67**

**DECRETO 505 DE 2010. 67**

**DECRETO 513 DE 2010. 68**

**DECRETO 522 DE 2010. 68**

**DECRETO 520 DE 2010. 68**

<b>DECRETO 521 DE 2010.</b>	<b>68</b>
<b>DECRETO 553 DE 2010.</b>	<b>68</b>
<b>DECRETO 585 DE 2010.</b>	<b>68</b>
<b>DECRETO 586 DE 2010.</b>	<b>69</b>
<b>DECRETO 589 DE 2010.</b>	<b>69</b>
<b>DECRETO 610 DE 2010.</b>	<b>69</b>



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### COMPILACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

#### INFORMATIVO DE VICEPRESIDENCIA No. 184

**FEBRERO DE 2010**

## **I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

La información sobre los Proyectos de Acto Legislativo y los Proyectos de Ley es extractada de las Gacetas del Congreso de la República suministradas por la Unidad de Gacetas del Congreso en los meses de febrero de 2010.

### **1. PROYECTOS DE LEY**

**- Nuevos:**

#### **Derechos y deberes de los pacientes del sistema de salud.**

Proyecto de Ley número 229 de 2010 Senado. Establece los derechos y deberes de los pacientes del sistema de salud de una parte, elevando

a mandato legal los postulados contenidos en la Resolución 13437 de 1991 expedida por el Ministerio de Salud de ese entonces, hoy Ministerio de la Protección Social, a través de la cual se constituyeron los comités de ética hospitalaria y se adoptó el Decálogo de los Derechos de los Pacientes y de otra, implementa los derechos consagrados expresamente en la sentencia de la Corte Constitucional T-760 de julio de 2008, con relación al acceso de salud de los pacientes o usuarios del sistema de salud. Gaceta 13 de 2010.

#### **Fondo Pensional Alimentario.**

Proyecto de Ley número 269 de 2010 Cámara. Crea el Fondo Pensional Alimentario para que los niños, niñas y adolescentes, focalizados en los estratos 1, 2 y 3 tengan acceso al derecho alimentario que les garantice el derecho a la vida con calidad y a un ambiente sano. Gaceta 34 de 2010.

#### **Carga de la prueba en el proceso de filiación natural.**

Proyecto de Ley número 270 de 2010 Cámara. La finalidad que persigue este proyecto de ley, es que a través de la inversión de la carga de la prueba en los procesos de filiación, establecer una presunción de paternidad o maternidad en el contexto de las relaciones extramatrimoniales, que en caso de no ser contestada con un medio probatorio idóneo, quedará finalmente consagrada en una sentencia que declara la filiación. Gaceta 34 de 2010.

#### **Plan Obligatorio de Salud.**

Proyecto de Ley número 230 de 2010 Senado. Modifica los Decretos Legislativos 128 de 2010 y 131 de 2010 en materia del Plan Obligatorio de Salud, con la finalidad primordial de corregir algunas fallas en que se incurrieron en la expedición de dichos decretos. Gaceta 35 de 2010.

#### **Red Pública.**

Proyecto de Ley número 231 de 2010 Senado. Establece condiciones para la contratación de acciones de promoción y prevención por la Red Pública. Gaceta 35 de 2010.

### **Autonomía profesional de los médicos y odontólogos.**

Proyecto de Ley número 232 de 2010 Senado. Modifica el Decreto Legislativo 131 de 2010 en materia de autonomía profesional de los médicos y odontólogos. Gaceta 35 de 2010.

### **Normas pensionales en ejercicio del periodismo.**

Proyecto de Ley número 233 de 2010 Senado. Reforma algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones, previsto en las Leyes 797 de 2003, y 100 de 1993 con el objetivo de devolver el carácter de profesional al ejercicio del periodismo, para que en el ámbito laboral y pensional se reconozca de nuevo el carácter de alto riesgo en su práctica. Gaceta 48 de 2010.

### **- Trámite:**

### **Reparación a las madres cabeza de familia.**

Se presentaron: ponencia positiva para primer debate, pliego de modificaciones y texto propuesto al Proyecto de Ley número 018 de 2009 Cámara. Crea un mecanismo de reparación a las madres cabeza de familia víctimas de los grupos armados al margen de la ley. Gaceta 29 de 2010.

### **Declaración de retención en la fuente.**

Se presentó texto aprobado en primer debate por la Comisión Tercera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes al Proyecto de Ley número 123 de 2009 Cámara. Reforma el artículo 606 del Estatuto Tributario, estableciendo que ya no solo las juntas de acción comunal no estarán obligadas a presentar declaración de retención en la fuente cuando en el mes no se hayan realizado operaciones sujetas a retención, sino que este beneficio también se amplía a los contribuyentes del régimen tributario especial a que se refiere el numeral 1 del artículo 19 del Estatuto Tributario y a las entidades no contribuyentes que se mencionan en el artículo 23 del mismo Estatuto. Gaceta 29 de 2010.



### **Aportes de contratistas de prestación de servicios que tengan dos o más contratos.**

Se presentó concepto jurídico al Proyecto de Ley número 37 de 2009 Senado. Establece un solo cobro en los aportes de salud y pensión a los contratistas de prestación de servicios que tengan dos o más contratos. Gaceta 35 de 2010.

## **2. LEYES SANCIONADAS**

### **Ley 1382 de 2009.**

(09/02). Por el cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas. 47.618.

## **II. JURISPRUDENCIA**

### **1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Los extractos de las sentencias que se consignan a continuación fueron proporcionados por las Relatorías de la Corte Suprema de Justicia.

#### **1.1. SALA DE CASACIÓN PENAL**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ. Postulado menor de edad. Víctimas: Derecho a no ser víctima. Víctimas: Papel preponderante. Víctimas: Derechos de verdad, justicia y reparación. Menores: Derecho a no ser forzados a participar en la guerra. CONFLICTO ARMADO INTERNO. Menores: Derecho a no ser forzados a participar en la guerra. MENORES. Derecho a no ser forzados a participar en la guerra. NIÑO. Concepto. CONFLICTO ARMADO INTERNO. Protección del menor como población vulnerable. Menor combatiente. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. Origen. Ámbito de aplicación. RECLUTAMIENTO ILICITO.**

**Delito contra el derecho internacional humanitario. CRIMENES DE GUERRA. Reclutamiento de menores. Reclutamiento ilícito. CONFLICTO ARMADO INTERNO. Menor combatiente: Víctima y victimario. MENORES. Menor combatiente: Responsabilidad. Regulación de su juzgamiento: Evolución legislativa. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. Regulación del juzgamiento de menores: Evolución legislativa. CODIGO DEL MENOR. Aplicación. Tratamiento del menor. LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA. Noción de corresponsabilidad. Tratamiento del menor. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. Aplicación temporal: Límite de edad para su aplicación. LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA. Aplicación temporal: Límite de edad para su aplicación. CODIGO DEL MENOR. Aplicación temporal: Límite de edad para su aplicación. LEY DE JUSTICIA Y PAZ. Postulado menor de edad en la época de algunos de los hechos confesados.**

“1. La Corte es la llamada a resolver el incidente de definición de competencia promovido por una Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, por aplicación de los artículos 32.4 y 341 del Código de Procedimiento Penal.

2. La definición de competencia es el mecanismo diseñado en la Ley 906 de 2004 para precisar, en caso de duda, cuál de los distintos jueces o magistrados es el llamado a presidir el diligenciamiento de determinados asuntos, de acuerdo con los factores que la generan, y el procedimiento establecido para su trámite es el previsto en los artículos 54 y 55 de la misma normativa.

3. El problema jurídico que plantea la Magistrada de Justicia y Paz con la solicitud de definición de competencia es: quién es el juez llamado a conocer de los delitos que el desmovilizado cometió cuando aún era menor de edad, y si los mismos podrían ser imputados al interior del procedimiento rituado por la Ley 975 de 2005.

En orden a resolver el problema jurídico la Corte se ocupará inicialmente del derecho de las víctimas, en particular de los derechos a la verdad y a la justicia, seguidamente del derecho de los menores participantes en conflictos armados; para finalmente hacer un ejercicio de ponderación entre los derechos en tensión, orientado a superar la controversia anunciada.

**1. Los derechos de las víctimas.**

Dentro de los fines del Estado se declaran en la Carta Política: la promoción de la prosperidad general, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, además del aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En ese contexto se reconoce que el primer derecho que tiene toda persona es, precisamente a no ser víctima, por cuanto las autoridades de la República justifican su existencia en la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades; y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

De suerte que, detrás de cada víctima, existe la evidencia de la incapacidad del Estado en el logro de su cometido primordial, y por tanto, corresponde ahora, luego de adquirida la condición de víctima, la reivindicación de los derechos que la organización social no tuvo la capacidad de proteger.

La Corte ha reconocido claramente, interpretando el clamor nacional y el orden jurídico, tanto doméstico como internacional, la especial consideración que merecen las víctimas del conflicto armado y lo imprescindible de la satisfacción de sus derechos a la verdad, justicia y reparación de que son titulares, con miras a la superación del estado de conflicto interno y la consolidación del monopolio de la fuerza en cabeza de la organización social.

En el escenario de la guerra se producen la mayor cantidad de vejaciones que sociedad alguna hubiera podido imaginar, dirigidas casi todas a personas integrantes de las esferas más vulnerables de la comunidad, por su pobreza, ubicación geográfica, falta de acceso a la educación, empleo digno, vale decir, reales oportunidades de ascenso social.

Son los pobres y los marginados los mayores damnificados con la guerra, son aquellos que no tiene voz en las altas esferas del poder donde se discuten las estrategias militares, los que sufren sus inclemencias, los excesos y la traición de los más elementales principios humanitarios de los que se disputan sus territorios, ricos estratégica y económicamente, en los que las vidas y la dignidad resultan insignificantes para los objetivos militares.

El verbo que precisa la principal acción que le corresponde al Estado, o mejor, a las autoridades públicas, previsto en el artículo 2º constitucional, es **proteger**, los derechos y asegurar el cumplimiento de

*los deberes sociales del Estado, con miras al afianzamiento de la convivencia pacífica y la consolidación de un orden justo.*

*Las víctimas poco saben de la convivencia pacífica, y menos del orden justo, pero esperan no sólo aprender sobre ellos, sino vivirlos realmente, tal y como tienen derecho, esperanza que se asienta en el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.*

*La convivencia pacífica, ligada inescindiblemente al orden justo, busca en nuestro medio, la superación del estado de guerra por medio de acuerdos de paz suscritos con uno de los participantes de los antagonismos bélicos, escenario en el cual se produjo la Ley 975 de 2005 cuyo artículo 1º precisa:*

*“La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.”*

*Las víctimas son por tanto las protagonistas de dicha normatividad, concebida como un mecanismo de justicia transicional que facilite el paso del estado de guerra al de cesación y terminación del conflicto, a partir del sacrificio relativo del orden jurídico, privilegiando en lo posible los derechos de verdad, justicia y reparación de que son titulares.*

*En pasada ocasión, esta Corporación manifestó<sup>1</sup>:*

*“La Corte quiere reiterar que el protagonista del procedimiento previsto en la Ley 975 de 2005 es la víctima, será la destinataria de la verdad que se encuentre a partir de las confesiones de los desmovilizados, de suerte que esa es tal vez una de las tareas más importantes para mitigar su sufrimiento: la reivindicación de su intimidad personal y familiar, la recuperación de la vergüenza y la dignidad arrebatadas por la impotencia que provoca el silencio y la desventaja humillante.”*

*Las víctimas, como toda la organización social en general, son destinatarias del derecho a la justicia, tal como lo determina el artículo 6º de la Ley 975 de 2005:*

***“DERECHO A LA JUSTICIA.** De acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos*

*cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley, asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.*

*Las autoridades públicas que intervengan en los procesos que se tramiten con fundamento en la presente ley deberán atender, primordialmente, el deber de que trata este artículo<sup>2</sup>."*

El derecho a la justicia involucra, pues, la expectativa cierta de que la comisión de delitos tendrá una consecuencia sancionatoria cierta y proporcional, precisamente como expresión de la prevención, tanto especial, pero por sobre todo general, en el entendido de que es una de las formas de prevenir la repetición de tales conductas.

*Precisamente dentro del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad<sup>3</sup>, se observa que en el apartado II, principio 20, que en relación con los deberes de los Estados en materia de administración de justicia, se determina:*

*"La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones."*

Las víctimas son también titulares de un derecho a la verdad y así se reconoce en la Ley 975 de 2005, cuyo artículo 7º señala:

***"Derecho a la verdad.*** *La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada.*

*Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a*

*las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente.*

*Los procesos judiciales que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley no impedirán que en el futuro puedan aplicarse otros mecanismos no judiciales de reconstrucción de la verdad."*

La jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación se ha ocupado de manera prolija en el objetivo de precisar el alcance de este derecho, concibiéndolo como uno de los ejes principales sobre los cuales se garantiza la verdadera justicia y se pretende asegurar la no repetición, y también la identificación de los llamados a reparar.

En principio, por cuanto, conociéndose la motivación de los ataques a la población, se podrán prevenir futuras afectaciones a los mismos derechos, o bien controlando sus causas o ya interviniendo los aspectos que resulten necesarios de la convivencia social.

Pero además, teniendo certeza sobre quienes fueron los favorecidos específicamente con el accionar armado, y específicamente sus financiadores, se tendrá precisión sobre quiénes deberían ser llamados a la reparación integral de las atrocidades cometidas para su beneficio.

Lo mismo podrá predicarse de aquellos que debiendo evitar el libre apoderamiento de territorios y poblaciones, fueron indiferentes al espanto, el aniquilamiento, persecución, humillación y muerte que toleraron.

Dentro del problema jurídico que analizamos, como atinadamente lo identificó la Magistrada de Control de Garantías del Tribunal Superior de Barranquilla que propuso esta definición de competencia, de una parte se encuentran los derechos de las víctimas, dentro de los cuales se funde también el de los menores que hacen parte del conflicto, y de otra, las garantías procesales del desmovilizado.

Precisamente uno de los principales derechos que la normatividad, tanto nacional como internacional, dice proteger, es el que tienen todas las personas, pero con mayor intensidad, los menores de edad, a no ser forzados a participar en la guerra.

## **2. Los derechos de los niños**

Nuestro Estado social y democrático de derecho, comprometido con los derechos económicos, sociales y culturales, declara en el artículo 44 de su Constitución Política, que:

*“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

*La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”*

La Convención de los Derechos del Niño, tratado internacional suscrito por nuestro país que entró en vigor mediante la Ley 12 de 1991, señala en su artículo 1º:

*“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*

Los derechos de los niños en relación con la guerra tienen varias implicaciones, de una parte, la protección que merecen en su condición de población vulnerable; pero además, frente a la probabilidad de que sean incorporados como combatientes, el derecho internacional humanitario se ocupa de su reglamentación; y, desde la posibilidad de que respondan penalmente por su accionar violento en desarrollo de las hostilidades, tanto el derecho internacional humanitario y el internacional de los derechos humanos, como las legislaciones patrias, le confieren especial importancia.

### **2.1. El menor combatiente.**

La participación de menores de edad en los conflictos armados es una de las mayores vergüenzas de la humanidad en tanto en ella se aprecia la trasgresión del principio ético del hombre como auto fin en sí mismo, y se proyecta como en ningún otro caso con tanta intensidad, la utilización del hombre como medio al servicio de los intereses de otros; con la gravedad de que se usa a personas que aún

no han alcanzado el desarrollo necesario para poder decidir con la madurez y juicio reflexivo aconsejables en la determinación de vincularse a un grupo armado.

El derecho internacional humanitario, esa rama del derecho surgida del horror, construida sobre las humeantes ruinas europeas de la segunda guerra mundial, escrito con la sangre de las víctimas y animado por los gritos de horror salidos de sus moribundas entrañas que aturden la racionalidad fracasada, para quienes no hubo explicación sobre lo inevitable de las guerras, las que esconden en su justificación nada más que la vanidad, la avaricia y el orgullo de aquéllos a quienes nada importa los derechos de los demás.

La justificación de la guerra entraña por tanto el fracaso del discurso filosófico de la modernidad, ese que exaltaba al hombre como eje del conocimiento y razón de ser del mundo, de ese meta-relato que condujo a la ciencia a convertirse en usufructuaria de las vanidades y a que subordinara al hombre bajo la técnica, a su vez puesta al servicio de intereses egoístas que esconden la acumulación de poder, siendo la guerra el mejor medio para realizar las aspiraciones de los que traicionaron la doctrina del protagonismo del hombre.

Pues bien, el DIH se fue gestando como paliativo frente a la aparente inevitabilidad de la guerra, provocada por los intereses mezquinos, presentada descarnadamente como la partera de la historia. Con vergüenza el mundo civilizado tiene que seguir apelando a la normatividad del DIH, originada en la incapacidad de la política de encontrar caminos diferentes para el logro de la convivencia pacífica, de esa paz perpetua con la que soñaron Kant y los utópicos, fundada, en todo caso en la justicia social.

De manera enérgica se debe declarar que en nuestro territorio se respeta el derecho de la guerra, ya que la Ley 5ª de 1960 avaló la aplicación de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mediante la Ley 11 de 1992 se aprobó la aplicación del Protocolo Adicional I de 1977 y la Ley 171 de 1994 la del Protocolo Adicional II.

Permitir que los menores hagan parte del conflicto armado, como combatientes, mensajeros, informantes, utileros, o de cualquier manera, constituye una afrenta contra el Derecho Internacional Humanitario.

Se ordena en el Título II artículo 4º, numeral 2º del Protocolo II, que:



*“c) Los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;*

*d) La protección especial prevista en este artículo para los niños menores de 15 años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del apartado c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados;”*

Por tal razón el reclutamiento de menores, en principio con edad inferior a quince años, se convierte en un crimen de guerra, y de manera específica nuestro Código Penal en su artículo 162, inserto en el Título II dedicado a penalizar los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, extiende dicha protección a los 18 años, intentando evitar que a los infantes les sea arrebatado su derecho a ser niños, advierte:

**“Reclutamiento ilícito.** *El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

También en cumplimiento de dicho postulado del DIH, la Ley 418 de 1997 modificada por el artículo 2º de la Ley 548 de 1999, sentencia:

*“Los menores de dieciocho (18) años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad.”*

Los menores de dieciocho años ciertamente no pueden hacer parte del conflicto armado porque tal situación constituye un atentado contra el menor, contra la institución de la familia, contra la cultura, contra la sociedad, por no mencionar lo más evidente, contra la libertad y la vida.

Su reclutamiento conduce a la desaparición de los futuros agricultores y al nacimiento de guerreros baratos, apasionados y no deliberantes, para quienes la única normalidad es la obediencia y la guerra; pero además, interrumpe la evolución cultural y económica del entorno social, sustituye la esperanza del bienestar colectivo por la convicción de que la intervención violenta facilita el cumplimiento de objetivos

estratégicos de la máquina de muerte a la que sirven, también alienta la opción de la guerra como alternativa laboral posible para otros niños que enfrentan su evolución psicológica a la rebeldía de su orden, sustituye la inocencia por la sed de muerte, les roba sus sueños, acalla al campo, a la familia y a la sociedad en un mismo silencio, ya que la alegría y la felicidad huyen del tableteo de metralla.

Por tal razón, se había venido considerando al menor combatiente, ante todo, como víctima del reclutamiento ilegal. Sin embargo, al sopesar dicha situación con los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del Parágrafo Segundo del artículo 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, que admite la posibilidad de indulto a los menores participantes en actividades militares y responsables de delitos graves, en la sentencia C-203 de 2005 modificó tal forma de razonar, desde el supuesto según el cual los menores tienen la doble condición de víctimas y victimarios, y en tanto pueden ser responsables de delitos graves, su juzgamiento solo puede adelantarse a partir del cumplimiento del conjunto de derechos que acompañan su trasegar por el proceso sancionatorio, reconocido, tanto en el bloque de constitucionalidad como en la ley patria. Así lo explicó:

*“¿es constitucional que a los menores de edad que han formado parte de grupos armados al margen de la ley se les procese judicialmente por motivo de los delitos que hubiesen podido cometer en el curso del conflicto armado?”*

*6.4. La respuesta a este interrogante es la siguiente: no se desconoce ni la Constitución Política ni el derecho internacional por la vinculación de los menores desmovilizados a procesos judiciales destinados a establecer su responsabilidad penal, pero siempre y cuando se de cumplimiento a las garantías sustanciales y procesales básicas a las que tienen derecho en su triple calidad de (i) menores de edad, (ii) víctimas del conflicto armado especialmente protegidos por el Derecho Internacional, y (iii) menores infractores de la ley penal. Estas garantías mínimas, que ya fueron reseñadas en los acápite precedentes, serán sintetizadas en el capítulo final de esta sentencia, y constituyen un catálogo de salvaguardas que deben garantizarse en todos los casos de procesamiento penal de menores combatientes.*

Las razones por las cuales la Corte considera que el procesamiento jurídico-penal de estos menores no desconoce las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano, ni es incompatible con la protección especial que merecen por sus condiciones personales, siempre y cuando se respeten plenamente las garantías aludidas, son las siguientes:

6.4.1. Es incuestionable que por el hecho de haber sido reclutados a las filas de los grupos armados ilegales –muchos de ellos de manera forzosa o de forma aparentemente “voluntaria”-, los niños y adolescentes combatientes son víctimas del delito de reclutamiento ilícito de menores, y en tal calidad tienen derecho a una asistencia y protección especial por parte del Estado, así como a que se haga efectiva la responsabilidad penal de quienes les llevaron a ingresar al conflicto armado. Pero al mismo tiempo, resulta igualmente incuestionable que en el curso de las confrontaciones, estos menores pueden llegar a cometer hechos ilícitos de la mayor gravedad, los cuales a su vez generan víctimas – y estas víctimas, en la medida en que sobrevivan o bien sus familiares, también tienen derechos de raigambre constitucional e internacional que han de ser necesariamente respetados (a saber, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación respecto de las infracciones a las leyes penales<sup>4</sup>).

6.4.2. La existencia y el grado de responsabilidad penal de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores

de su conducta –entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes-, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectorio de los niños o adolescentes implicados, por su condición de víctimas de la violencia política y por el status de protección especial y reforzada que les confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes – carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley.

6.4.3. Lo que es claro para la Corte, es que la exclusión ab initio y general de cualquier tipo de responsabilidad penal para los menores combatientes, con base en el argumento de su condición de sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de estos niños o adolescentes en particular, y presupone que los menores

*combatientes no cometen hechos punibles durante el conflicto distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales y que a lo largo del conflicto no pueden llegar a decidir participar en la comisión de delitos, lo cual también descartaría su responsabilidad por la eventual comisión de delitos atroces. Su condición de víctimas de un crimen de guerra tan execrable como el del reclutamiento forzoso amerita una respuesta enérgica y decidida por parte de las autoridades, orientada a su protección y tutela y a la sanción de los responsables; pero al mismo tiempo, deben considerarse con el cuidado y detenimiento requeridos las diversas conductas punibles desarrolladas por cada uno de los menores, individualmente considerados, durante su militancia en las filas de los grupos armados ilegales y los efectos de tales conductas punibles sobre los derechos ajenos, ya que existen otros derechos implicados – los derechos de las víctimas- que no pueden ser desestimados o ignorados por las autoridades.”*

Se dice que un alto porcentaje de los combatientes en el conflicto colombiano no superan la minoridad<sup>5</sup>, lo cual adquiere dimensiones trágicas frente al futuro próximo de la superación de las hostilidades. Por tal razón la Ley 975 de 2005 en su artículo 64, para alentar a los miembros de los grupos armados al margen de la ley a entregar a sus integrantes menores de edad, dispuso que el haberlos tenido en sus filas, no constituye causal para perder los beneficios concedidos, tanto en la Ley de Justicia y Paz como en la 782 de 2002.

Lo que debe quedar claro es que los menores deben estar por fuera del conflicto armado. En desarrollo de lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (artículos 38 y 39), el artículo 20.6 de la Ley 1098 dispone que los niños, niñas y adolescentes, serán protegidos contra las guerras y los conflictos armados internos.

## **2.2. El menor responsable de infracciones penales.**

En relación con la situación del niño como infractor de la ley penal, el artículo 40 de la mencionada Convención de los derechos del niño dispone:

*“Los Estados Parte, reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado*

*de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”*

También se ocupan de la responsabilidad penal de adolescentes las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores<sup>6</sup>, llamadas “Reglas de Beijing”, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil<sup>7</sup>, conocidas como “Directrices de Riad”, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad<sup>8</sup>, conocidas como “Reglas de la Habana”; instrumentos estos que proyectan sus principios en las normativas nacionales.

La primera legislación especial en materia de procesamiento de menores como consecuencia de su accionar delictual, se produjo en nuestro país en el año 1989, con el Decreto 2737; y más recientemente se expidió la Ley 1098 de 2006, llamada Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuyo texto se incorporó el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

El Código del Menor<sup>9</sup> contenido en el Decreto 2737 de 1989 se estructuraba a partir de la consideración de las distintas situaciones irregulares en que pudiera verse envuelto el niño, una de las cuales era precisamente la de ser autor o partícipe de una infracción penal, prevista en su artículo 30.4 y desarrollada por los artículos 163 y siguientes<sup>10</sup>.

En tal normatividad se consideraba que el menor que perpetraba una conducta sancionada por la ley penal no podía ser censurado por carecer de imputabilidad, lo cual atendía a criterios eminentemente biológicos, en tanto se presumía que su desarrollo cognitivo y capacidad volitiva solamente obtenían una maduración suficiente al cumplirse la mayoría de edad; de suerte que el objetivo de las medidas de seguridad que se le imponían eran de carácter curativo, pedagógico y protector.

Así, las medidas que se podían imponer (artículo 204), eran las de amonestación al menor y a las personas de quien dependía, la imposición de reglas de conducta, la libertad asistida, la ubicación institucional, y cualquier otra medida que contribuyera a la rehabilitación del menor.

Es de anotarse que la medida más drástica era la de de ubicación institucional en establecimiento de carácter cerrado, la cual era obligatoria cuando se trataba de infracciones a la ley penal cometidas mediante grave amenaza o violencia a las personas; también por la reiterada comisión de infracciones penales, y por el incumplimiento injustificado de otras medidas.

Dado el carácter pedagógico y curativo, dichas medidas tenían unos límites en el tiempo, esto es, en relación con su extensión y con el máximo de edad que podía tener la persona intervenida con fundamento en los cánones del Código del Menor. Por tal razón existían unas normas, dentro del Decreto 2737 de 1989, que precisaban las posibilidades del juez de menores, así:

En el inciso final del artículo 201 se advertía que:

*“En ningún caso la medida de rehabilitación podrá ser superior a tres (3) años.”,*

Y el artículo 217 disponía:

*“Si estando vigente la medida el menor cumpliera dieciocho (18) años, esta continuará en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en que este cumpla veintiún (21) años.”*

También el artículo 219 limitaba la medida al señalar que:

*“De acuerdo con las circunstancias, se podrá prolongar la estancia del infractor en el establecimiento especial, hasta los veintiún (21) años, tomando en cuenta la naturalaza de la infracción, la conducta del mismo y su condición personal.”*

De suerte que la limitación temporal de la intervención judicial estaba limitada, en un primer plano a que los hechos se cometieran antes de que el menor cumpliera la mayoría de edad, y por tanto se iniciaba el procedimiento, con indiferencia de si en su curso el adolescente adquiriría la calidad de ciudadano; y en una segunda dimensión, tanto el procedimiento como la ejecución de la medida de seguridad, podrían extenderse hasta que el joven cumpliera 21 años; límite último de intervención del juez de menores.

Luego se expidió la Ley 1098 de 2006 mediante la cual se actualizaron los compromisos internacionales en materia de tratamiento de niños, niñas y adolescentes y se modificó el concepto del menor en situación irregular para asumir el de protección integral en corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado.

Con dicha legislación, en materia de consecuencias del actuar delictivo de las personas menores de 18 años, se cambió el concepto de inimputabilidad, por el de la titularidad de derechos y en contraprestación una responsabilidad penal, aunque disminuída en comparación con la de los adultos; de suerte que en tal comprensión los jóvenes con edades entre 14 y 18 años, son capaces de culpabilidad y son imputables, y por tanto responsables penalmente aunque dentro de una dimensión eminentemente pedagógica, específica y diferenciada<sup>11</sup>.

Así, el artículo 139 de la mencionada Ley 1098 de 2006 explica que:

*“El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.”*

Dentro de las garantías procesales de los niños, está la consideración de que su conducta delictiva tenga unas consecuencias distintas a la desarrollada por un mayor de edad. Nuestro país participa del sistema de responsabilidad menguada para los adolescentes, con unas medidas, que así como el proceso, tienen carácter pedagógico, específico y diferenciado.

*Así, resulta lógico razonar que los delitos cometidos por un menor de edad no son sancionados con una pena, sino que tienen como consecuencia jurídica una medida con fines y principios sustancialmente distintos de aquélla, orientada por finalidades educativas, rehabilitadoras y protectoras y el llamado a imponerla, luego de agotar un procedimiento diferente con unos intervinientes especializados en el tratamiento de menores de edad, es el Juez que hace parte del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes creado por la Ley 1098 de 2006, expedida para honrar tratados internacionales suscritos por nuestro país que recogen caros principios*



*insertos en mandatos normativos de tales convenios universales, que limitan el ejercicio de la acción penal contra personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad.*

Pues bien, en el llamado Código de la Infancia y Adolescencia se incorpora el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, que se orienta a reconocer en el procesamiento de jóvenes mayores de catorce años y menores de dieciocho, todos los principios reconocidos en el ámbito internacional.

En torno de la limitación temporal de la intervención de la administración de justicia, en tratándose de delitos perpetrados por menores de edad en desarrollo de la Ley 1098 de 2006, queda claro, en principio, que sólo es procedente cuando son cometidos por jóvenes que se encuentran entre 14 y 18 años de edad, con indiferencia de que en el desarrollo del proceso o de la ejecución de la sanción, adquieran la mayoría de edad, este puede avanzar hasta tanto el justiciable adquiera los 21 años de edad, momento a partir del cual fenece cualquier posibilidad de intervención frente a tales hechos.

Merecen especial consideración, dentro del universo de los adolescentes infractores de la ley penal, aquéllos a quienes se les imputa la comisión de conductas punibles relacionadas con su actividad de combatientes dentro del conflicto armado no internacional que vive nuestro país.

### **3. Del juzgamiento y eventual sanción de los delitos cometidos por el desmovilizado Édgar (...) al servicio de las Autodefensas Unidas de Colombia siendo menor de edad.**

Es claro que si el desmovilizado en cita nació el 26 de enero de 1977, ingresó a las Autodefensas Unidas de Colombia aproximadamente en 1987, y adquirió la mayoría de edad el 26 de enero de 1995; por tanto los delitos que pudo haber cometido en su militancia armada, siendo menor de edad, tuvieron ocurrencia en vigencia del Decreto 2737 de 1989, sistemática procesal y sustancial que a todas luces le resultaría más favorable.

Resulta lógico razonar que la bondad metafísica de la legislación que regula la responsabilidad penal de los adolescentes, está destinada a juzgar a las personas que cometen delitos siendo menores de edad, con indiferencia relativa del momento en que se inicie el proceso correspondiente.

Es la forma en que la ley proyecta los derechos de los menores, más allá de superada tal condición. Revisando el contenido del articulado del Decreto 2737 de 1989 pareciera que tal codificación se diseñó exclusivamente para cuando el joven comete el delito siendo menor de edad y se le investiga y se le impone medida de seguridad en tal calidad, o cuando durante el trámite procesal adquiriera la mayoría de edad.

Es claro que tales situaciones no ofrecen mayor dificultad, pero ninguna coincide con la realidad en la que se inscribe el accionar violento de (...), quien superó ampliamente el límite etario de los 21 años sin que se le investigara por las conductas punibles que pudo haber cometido en su condición de menor.

En cambio, parece más claro el objetivo de la Ley 1098 de 2005 en cuyo artículo 139, transcrito anteriormente, se determina que el Sistema de responsabilidad penal de adolescentes se aplica a personas que al momento de cometer la conducta punible tenían entre 14 y 18 años de edad; sin condicionar el momento en que debería iniciarse el ejercicio de la acción.

Corresponde a la Corte resolver el problema jurídico abordado, teniendo en cuenta que se involucran extremos en principio inconciliables, como la obligación de evitar la impunidad, la reivindicación de los derechos a la verdad y a la reparación de que son titulares las víctimas, con los derechos de los niños victimarios.

La condición de juzgamiento de los delitos cometidos por un menor, de acuerdo a los múltiples instrumentos internacionales citados, es que se aplica la legislación especial que rige dicha situación, con indiferencia relativa de que ya hayan superado dicha calidad etaria.

De acuerdo con los parámetros dados por la Corte Constitucional en la sentencia C-203 de 2005 sólo se podrían procesar a menores combatientes, sí, y sólo sí, se respetan de manera estricta los estándares internacionales que regulan el juzgamiento de los menores infractores de la ley penal.

Puestos en ese escenario, lógico resulta afirmar que los menores combatientes colombianos únicamente podrían ser investigados y sancionados al amparo de la legislación especial que regula dicha actividad judicial, vale decir, el Decreto 2737 de 1989 o la Ley 1098 de 2006, según sea el tiempo en que se cometieron las conductas investigadas.

*Resulta incuestionable que de un lado se ubican los derechos de las víctimas a que se sepa la verdad, a que se aplique justicia y a que se reparen integralmente las consecuencias dañinas del accionar violento de los ex integrantes de los grupos armados ilegales; y de otra parte, los derechos indiscutiblemente prevalentes de los menores de edad.*

*Aunque, en un siguiente nivel de abstracción podría afirmarse que no es que estén enfrentados los derechos de unos y otros sino que hacen parte de la misma sinrazón que produce la barbarie de la guerra en la que los mismos combatientes, en tanto menores de edad –reclutados contrariando las normas del Derecho Internacional Humanitario<sup>12</sup>- son también víctimas de la guerra que libran para la ventaja estratégica de quienes los utilizan en la más infame de las manipulaciones.*

*De reconocerse conflicto entre la Ley 975 de 2005 y la 1098 de 2006, éste se resuelve subordinando la primera ante la segunda, por mandato expreso del inciso segundo del artículo 140 de la normatividad que consagra los derechos de los niños y adolescentes, que claramente advierte:*

*“En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.”*

*Así, la forma apropiada que se ofrece para solucionar la primera parte del problema jurídico, es considerar que los derechos de las víctimas ceden frente a los de los menores, y por tal razón el escenario para discutir las consecuencias jurídicas de las conductas cometidas por el desmovilizado mientras era menor de edad, no es el de la Ley 975 de 2005, sino el espacio generado por el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.*

*Contra esta posición, la de retirar del proceso gobernado por la Ley 975 de 2005 los delitos cometidos por el desmovilizado cuando aún no alcanzaba la mayoría de edad, podría replicarse la ausencia de violación de derechos de (...), en tanto su condición de menor de edad quedó atrás, desde 1995; tesis que se neutraliza con las razones que tuvo el legislador, en cumplimiento de distintos tratados*

*internacionales, para considerar en el artículo 33 del Código Penal que,*

*“Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.”*

*De acuerdo con esta norma<sup>13</sup> el esquema para considerar la imputabilidad parte de la exigencia de aptitudes cognoscitivas y volitivas en una intensidad tal que de no presentarse, obligaría a considerar la aplicación de una medida de seguridad con unos objetivos y fines totalmente diferentes a los de la pena.*

*Si (...) ingresó cuando tenía entre nueve y diez años de edad a la organización criminal, a la misma a la que pertenecía su padre, uno de sus hermanos y un primo, la cual era comandada, nada menos que por un vecino de la finca en la que vivía, esto es, el señor Hernán Giraldo Serna; se pregunta la Corte, ¿cómo se puede predicar que cognitivamente tenía posibilidades de comprender la magnitud de su decisión y de su accionar cuando su percepción, equivocadamente por supuesto, le indicaba que ese era el único escenario posible para su infante vida?*

*Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, en su artículo 11 dispone como definición que:*

*“a) Se entiende por menor toda persona de menos de 18 años de edad. La edad límite por debajo de la cual no se permitirá privar a un niño de su libertad debe fijarse por ley;” ”*

*Como parámetro orientador -en relación con la aplicación de las reglas de procedimiento y de competencia a quien habiendo cometido delitos siendo menor, se le judicializa e investiga cuando es mayor- acudimos también al artículo 26 del Estatuto de Roma, según el cual,*

*“La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.”*

*Sin que sean necesarias mayores disquisiciones, la condición de inimputable se presume de manera indiscutible de quien tenga una*

edad inferior a los 18 años, de acuerdo con el artículo 165 del Decreto 2737 de 1989, según el cual,

*“Para todos los efectos legales, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años.”*

Así las cosas, como quiera que (...) adquirió la condición de mayor de edad en enero de 1995, y que los delitos que cometió como menor lo fueron en vigencia del Decreto 2737 de 1989, normatividad que consideraba inimputable a los menores, y por tanto con consecuencias más favorables para sus intereses sancionatorios, o educativos, si se quiere, es frente a dicha normatividad, en principio, que debiera analizarse su situación jurídica.

No sería viable permitir que el proceso continuara adelantándose, en lo relacionado con los delitos cometidos hasta el 27 de enero de 1995 por (...) ante la Magistrada con función de control de garantías, en principio porque se va a imponer una pena y una pena alternativa lo cual supone la imputabilidad y por tanto la capacidad de culpabilidad, presupuestos de la sanción que no pueden predicarse de (...) en relación con los punibles cometidos siendo menor de edad; y, además, porque tal medida implica violar el bloque de constitucionalidad para imponer pena por delitos que dada la calidad de quien los cometió, no la tendrían.

Presentadas así las cosas, encuentra la Corte que la Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla no es competente para que se imputen ante su estrado los delitos cometidos por (...) cuando era menor de edad.

En cambio, el llamado por el Decreto 2737 de 1989 a juzgar dichas conductas punibles sería el Juez de Menores, autoridad judicial y normatividad que dada la entrada en vigencia del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, han desaparecido.

Pese a lo anterior, es claro que la justicia especializada para el juzgamiento de conductas punibles cometidas por adolescentes es la llamada a pronunciarse sobre la materia, teniendo en consideración, además la inimputabilidad, la imposibilidad jurídica de utilizar con fines de imputación la confesión ofrecida por el desmovilizado en la versión libre adelantada en desarrollo del proceso de Justicia y Paz, y la superación de la edad de 21 años por parte de (...), lo que produce la imposibilidad de iniciar o continuar el proceso correspondiente.

El artículo 53 de la Ley 906 de 2004, señala en su numeral 1° que la unidad procesal debe romperse:

*“Cuando en la comisión del delito intervenga una persona para cuyo juzgamiento exista fuero constitucional o legal que implique cambio de competencia o que esté atribuido a una jurisdicción especial.”*

Así, la Corte, respetuosa de las competencias de las demás autoridades judiciales, se limitará a ordenar que se rompa la unidad procesal para que los delitos cometidos por el desmovilizado cuando era menor de edad, sean materia de análisis por parte de un Fiscal Delegado ante los Jueces Penales para adolescentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 163.1 de la Ley 1098 de 2006.

Sin embargo, sin ser indiferentes a la obligación de arrebatarse al olvido la verdad confesada por todos los desmovilizados y en particular por (...), se impone llamar la atención sobre la obligación de conservar los archivos relacionados con la confesión rendida por el desmovilizado en cita sobre tales conductas no imputables hoy, y de indagar por el detalle de los demás partícipes en tales hechos para que puedan ser materia de imputación en el proceso gobernado por la Ley de Justicia y Paz, de manera que se pueda garantizar verdad, justicia y reparación a sus víctimas.

En este orden, huelga concluir que le asiste razón a la Magistrada de Justicia y Paz con funciones de control de garantías del Tribunal de Barranquilla, para repudiar su competencia para presidir una audiencia en que se imputen delitos cometidos por el desmovilizado mientras era menor de edad; por lo que tales conductas punibles no podrán hacer parte de los hechos por los cuales se dicte sentencia y se imponga pena alternativa contra (...).

Es de aclarar que los demás hechos reprochados al desmovilizado en cita, en tanto fueron perpetrados luego de alcanzar la mayoría de edad, sí son susceptibles de ser imputados ante la Magistrada con funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla”.

---

1. Auto de 9 de febrero de 2009, radicado 30955.

2. Artículo 6° de la Ley 975 de 2005.

3. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) E/CN.4

Sub.2/1997/Rev.1/Presentada a la Comisión de Derechos Humanos en 1998,

4. Sobre el tema de los derechos de las víctimas de delitos, se pueden consultar las sentencias C-228/02 (MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería), C-916/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, adoptada por unanimidad), y C-004/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; adoptada por unanimidad), entre otras.

5. Human Right Watch en su informe titulado "Aprenderás a no llorar: niños combatientes en Colombia", asegura que para 2003 el número de menores de edad involucrados en el conflicto armado colombiano superaba los ONCE MIL, y que por lo menos el 30 % de los integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, son también menores de edad.

6. Aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

7. Aprobados por la Asamblea General en su Resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990.

8. Adoptadas por las Naciones Unidas en su Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

9. Publicado en el Diario Oficial No 39.080 de 27 de noviembre de 1989.

10. Normas que fueron suficientemente analizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-019 de 1993.

11. Como lo indica el artículo 140 de la Ley 1098 de 2006.

12. Los Artículos 77.2 y 3 del Protocolo Adicional I y el artículo 4º del Protocolo II de 1.977 y a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 prohíben el reclutamiento de menores de edad.

13. Cuyo equivalente en el Decreto Ley 100 de 1980 estaba en su artículo 31 que disponía: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental."

Febrero 24 de 2010. Auto Definición de Competencia 32889. Magistrado Ponente: Doctor José Leonidas Bustos Martínez.

**FUERO MILITAR. Conductas en relación con el servicio: Excluidos los delitos de lesa humanidad.**

“La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los



cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. En efecto, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”.

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar

constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.

Conforme a lo anterior, la extensión del fuero penal militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar. En tales circunstancias, los argumentos expuestos conducen inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad de las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales” incluida en el artículo 190; “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”, contenida en los artículos 259, 261, 262, 263, 264 y 266; “con ocasión del servicio o por causa de éste” comprendida en el artículo 278; y “u otros con ocasión del servicio”, incluida en el artículo 291 del Código Penal Militar. En efecto, en todos estos casos el Legislador extendió el ámbito de competencia de la justicia castrense más allá de lo constitucionalmente admisible, por lo cual la Corte retirará del ordenamiento esas expresiones, en el entendido de que la justicia penal militar sólo se aplica a los delitos cometidos en relación con el servicio, de acuerdo con los términos señalados en el numeral precedente de esta sentencia.

Para finalizar este aparte y teniendo en cuenta que luego de esta sentencia el texto del artículo 291 del Código Penal Militar puede resultar equívoco, importa precisar que el contenido vigente del mencionado artículo quedará así: “Juez Natural. Los militares en servicio activo y los miembros de la Policía Nacional, cuando cometan delitos contemplados en este Código, y en relación con el mismo servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código”.

“Igualmente, en vista de que las declaraciones de inexecutableidad podrían dejar el artículo 259 del Código Penal Militar sin contenido específico, se declarará la inconstitucionalidad total del artículo, bajo el entendido de que para los delitos de homicidio que deban ser

conocidos por la justicia penal militar se aplicará lo establecido en el artículo correspondiente del Código Penal ordinario”.

Por su parte, esta Corte, de forma reiterada, ha establecido los linderos que signan la relación causal indispensable entre el servicio y el delito a fin de facultar la intervención de la Justicia Castrense (1):

“La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con palabras suyas, pero también compartiendo las de la Corte Constitucional, ha explicado de manera pacífica, reiterada y conteste, que para que una conducta sea considerada “en relación con el servicio”, no basta que el agente ostente esa condición para la época de comisión de los hechos. Es imprescindible, además, que de manera patente el acto esté vinculado con las funciones asignadas a las fuerzas militares.

Por vía de ejemplo, en sentencia de segunda instancia del 3 de septiembre del 2002 (radicado 16.482), la Sala hizo propio el siguiente análisis de la Corte Constitucional, expuesto en el fallo T-806 del 29 de junio del 2000:

En sentencia C-358 de 1997, esta Corporación fijó el alcance del término “en relación con el servicio” a que alude el artículo 221, para concluir, en el mismo sentido que en su momento lo hiciera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el fuero militar, por ser una excepción a la regla del juez ordinario, sólo puede operar cuando el delito cometido por el miembro de la fuerza pública tenga un relación directa, un nexo estrecho con la función que la Constitución le asigna a ésta, esto es, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio colombiano (artículos 217 y 218 de la Constitución).

Por tanto, al no existir el vínculo directo entre conducta delictiva y función militar o policial, y en razón del carácter restrictivo que tiene la institución del fuero militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla sólo le corresponde al juez ordinario. Una interpretación diversa, produciría una violación flagrante del texto constitucional, al socavarse la competencia de los órganos que por regla general están llamados a administrar justicia, transgrediéndose así, no sólo uno de los pilares del principio de legalidad y del debido proceso, como lo es el del juzgamiento por el juez natural, sino el

principio de igualdad, por cuanto el fuero castrense se convertiría en un privilegio para la fuerza pública, sin razón alguna para ello.

(...)

Como consecuencia del fallo anterior, los términos "con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo" que estaban contenidos en algunos de los preceptos del Código Penal Militar, se excluyeron del ordenamiento jurídico, por cuanto se entendió que el legislador amplió el ámbito o radio de competencia de la justicia castrense por fuera de los límites establecidos en la Constitución. Por tanto, se dejó en claro que el artículo 221 de la Constitución sólo podía ser aplicable cuando, además de verificarse el elemento personal, es decir, la pertenencia activa a la fuerza pública, se demostrase que el delito tuvo "un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional".

Así mismo, la Corte precisó dos aspectos de suma importancia que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar.

El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre éstos y las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a más de no guardar ninguna conexidad con éstas, son, en sí mismas, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los derechos humanos. Por tanto, se dejó sentado que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional.

El segundo, tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de éste, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía.

En caso de no existir aquéllas, o duda sobre en que órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria.

Así, ha de aceptarse que el fuero militar y consecuentemente la justicia penal militar, son una excepción a la regla general, según la cual la justicia penal ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los jueces individuales y colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Como excepción a la regla general, aquella sólo tendrá efectividad cuando no exista la más mínima duda en el sentido que debe ser ésta y no la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado. “En la misma línea, mediante providencia del 13 de febrero del 2003 (radicado 15.705), la Sala de Casación Penal explicó:

En efecto, el fuero militar previsto en el artículo 221 de la Carta Política sólo cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio. Al respecto no han sido pocas las oportunidades en que la jurisprudencia se ha ocupado en torno al concepto de “relación con el servicio”, el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta, por el contrario, es imprescindible, determinar una “correspondencia” entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le competen a esos servidores públicos, dado que, los preceptos superiores imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

De este modo, debe señalarse que entre las funciones propias del servicio militar y la conducta ilícita investigada, debe presentarse una relación según la cual el ilícito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio, es decir, perteneciente a ellas, situación que no se precisa en este evento, habida consideración de que la conducta ilícita que dio origen a este proceso no se desarrolló en relación con el servicio militar que prestaba el procesado... ni como manifestación de un ejercicio desviado o excesivo del mismo, en la misión de inteligencia y contrainteligencia que le fue encomendada, según lo afirman bajo la gravedad del juramento sus superiores jerárquicos.

Es evidente, entonces, que se trata de un delito cometido por fuera de cualquier atribución o deber, dado que, el hurto calificado y

agravado por el cual fue investigado, acusado y condenado en nada se aproxima a una conducta aneja al servicio.

La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del Código Penal Militar, a la luz de la nueva Carta Política sobre el fuero militar, señaló...

“Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública...”.

“... La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”. El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica. (2)

Por su parte, esta Sala de la Corte, ha señalado que la competencia castrense, de linaje constitucional sólo se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar. (3)

El 2 de octubre del 2003 (radicado 18.729) reiteró esa postura, así:

En lo que hace referencia al concepto “relación con el servicio”, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los

deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional.

En orden a lograr la necesaria claridad sobre el contenido y alcance del referido concepto, bien está traer a colación, como así también lo hizo el Tribunal Superior de Cúcuta, lo que sobre el particular puntualizó la Corte Constitucional cuando analizó la exequibilidad de la norma legal que desarrollaba el fuero militar.

(...)

Un criterio restrictivo como el que revela el pronunciamiento jurisprudencial que se acaba de citar, venía siendo aplicado por la Sala al interpretar el artículo 170 de la Constitución Política anterior, según criterio contenido en auto del 23 de agosto de 1989, del cual fue ponente el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Más próximos son los pronunciamientos del 26 de marzo de 1996 (M.P. Jorge E. Córdoba Poveda); 21 de febrero del 2001, Rad. 12.308 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); y 18 de julio del 2001, Rad. 11660 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote), entre otros.

(...)

En conclusión, para que un comportamiento humano desplegado por un miembro de las fuerzas armadas sea considerado como cometido "en relación con el servicio", debe estar unido a éste de manera muy cercana e inmediata, de tal forma que la ilicitud sea explicada como consecuencia de la extralimitación o del desvío de la función normal y legítima."

Y, tampoco el tema ha sido ajeno a la intervención de los organismos internacionales de justicia, pues, en similar sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 16 de agosto de 2000 –Caso Durand y Ugarte, Perú– señaló, respecto de la jurisdicción penal militar, que esta "ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su

aplicación a los militares que hayan incurrido en delito falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”.

Asevera, de igual manera, que en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. (4)

Bajo estos postulados, la Corte Interamericana considera que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y por ello, cuando la dicha jurisdicción asume competencia sobre un asunto que ha de conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Ello por cuanto el juez encargado del conocimiento de una causa, debe ser competente, independiente e imparcial.

Los argumentos plasmados en líneas precedentes, sumados a la causal jurisprudencial traída a colación, obliga a reconocer la absoluta coincidencia entre los pronunciamientos de esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto, advierten excepcionalísimo el fuero militar, con aplicación eminentemente restrictiva –esto es, que no quepa ninguna duda de la relación entre la conducta y el servicio- y sin posibilidad de actuación de la justicia castrense cuando lo ejecutado comporta un delito de lesa humanidad.

---

1. Sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado 21923

2. Corte Constitucional, Sentencia C-358/97.

3. C. S. de J. Mm. PP. Drs. CÓRDOBA POVEDA, Jorge Enrique, marzo 26 de 1996 y GÓMEZ GALLEGU, Jorge Aníbal, febrero 21 de 2001.

4. Sentencias del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides – Perú), 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras – Colombia), 5 de junio de 2004 (Caso 19 Comerciantes – Colombia), 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía - Perú), 15 de septiembre de 2005 (Caso de la Masacre de Mapiripán – Colombia), 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne –Chile), 31 de enero de 2006 (Caso de la



Masacre de Pueblo Bello – Colombia), 26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros –Chile), 29 de noviembre de 2006 (Caso La Cantuta (Perú), 11 de mayo de 2007 (caso de la Masacre de La Rochela), 4 de junio de 2007 (Caso Escué Zapata – Colombia) y 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros – Ecuador).

Febrero 24 de 2010. Acción de Revisión 31195. Magistrado Ponente: Doctor Sigifredo Espinosa Pérez.

## **1.2. SALA DE CASACIÓN LABORAL**

### **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Determinación del IBL por muerte de afiliado a quien le faltaba cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación legal.**

«Conviene advertir que conforme lo consideró el Tribunal, “No es materia de discusión, la calidad de pensionada que ostenta la actora, toda vez que según Resolución No. 0291 de 18 de febrero de 1999, (f. 109 y ss.) la Caja (...), reconoce a la actora pensión de sobrevivientes, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y por habilidad (sic) de la edad de su cónyuge Luis Alfredo Zamora Tinjaca, como causa (sic) de su fallecimiento.”, lo que se corrobora con la lectura del acto administrativo mencionado en la transcripción que, al revocar la Resolución No. 2250 de 1998, dispuso “reconocer pensión de sobrevivientes a la señora LUCINDA PEÑA GARCIA (...), en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y por habilitación de la edad de la edad de su cónyuge”.

Igualmente, es verdad averiguada que Luís Alfredo Zamora Tinjacá prestó servicios a Telecom desde el 8 de febrero de 1972, hasta el 31 de marzo de 1995, es decir, durante algo más de 23 años, y que falleció el 31 de octubre de 1997, cuando contaba 46 años de edad. Además, para la fecha en que comenzó a regir el sistema de seguridad social integral, el causante contabilizaba a su favor más de los 20 años de servicio exigidos en la Ley 33 de 1985, para acceder a la pensión de jubilación, pero le faltaba por cumplir la edad, cuando le sobrevino la muerte.

Lo precedente indica, que si bien, no se trató de un derecho adquirido en la significación que jurídicamente se atribuye a este vocablo, pues no se configuró el requisito de la edad en vigencia de la normatividad anterior, el hecho de la muerte activó el surgimiento

del derecho a la pensión de jubilación, toda vez que habilitó la edad, que era lo que le faltaba para la consolidación plena del derecho, empero, no dentro de la vigencia del régimen que precedió a la Ley 100 de 1993, sino precisamente cuando este estatuto ya había cobrado vigor jurídico, en el año 1997, por manera que, es bajo la égida del artículo 46 de éste ordenamiento que cabe darle aplicación al principio de favorabilidad que le resultó útil a la demandada para conceder el derecho a la pensión de sobreviviente, como ampliamente lo explicó el ente de seguridad social, al proferir la Resolución No. 0291, el 18 de febrero de 1999.

Queda al descubierto, en consecuencia, el error que cometió el ad quem, pues no reparó que la prestación que se había reconocido a LUCINDA PEÑA GARCÍA, a través del acto administrativo recién mencionado, era una pensión de sobrevivientes, que debía liquidarse conforme con los parámetros establecidos en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, -inciso 2º-, como en efecto lo hizo la demandada, aplicando el sistema validado por la Corte para eventos como el aquí litigado, entre otros, en las sentencias No. 32053, y 35253, de 29 de abril de 2008, y 1º de septiembre de 2009, contra la misma demandada, con inclusión de la variación del índice de precios al consumidor, como puede observarse entre los folios 88 y 92 del expediente.

El Tribunal, no obstante haber aludido que a la accionante se le reconoció una pensión de sobrevivientes, y que lo procurado con el ejercicio de la acción judicial era ajustar su cuantía, "teniendo en cuenta el 75 % de lo devengado durante su último año de servicios y actualizado con base en el I.P.C., hasta el 30 de octubre de 1997, fecha del fallecimiento del causante", definió la contención como si se aprestara a resolver sobre una pensión de jubilación concedida a quien había completado los requisitos de edad y tiempo de servicios, aplicando la preceptiva del plurimencionado artículo 36, y no a quien sólo accedía al beneficio pensional en su calidad de cónyuge superviviente, y con base en lo dispuesto en la norma que estaba vigente cuando se produjo el deceso de quien para ese momento no tenía la calidad de pensionado, pues no disfrutaba de una pensión, como lo exige el inciso 1º del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, para que se le reconociera con el 100 % del salario, por lo cual la pensión de sobreviviente se liquidó adecuadamente, en los términos dispuestos por el inciso 2º ibídem, y el artículo 21 del estatuto de la seguridad social. En ese orden, el causante no podía transmitir a sus

causahabientes un derecho de mayor entidad al que ostentaba cuando se produjo su fallecimiento, que, a la sazón, no era diferente al que le reconoció la persona jurídica demandada a su esposa».

Febrero 02 de 2010. Radicación No. 36473. Magistrado Ponente: Doctor Camilo Tarquino Gallego.

**RECURSO DE CASACIÓN. Improcedencia frente a punto respecto del cual no se concedió recurso de apelación. FACULTADES EXTRA Y ULTRA PETITA. Son discrecionales y no obligatorias. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. Su pago de manera simultánea con salarios a cargo de una Empresa Social del Estado configura la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Hacen parte del sector estatal descentralizado por servicios. EMPLEADOS PÚBLICOS. No pueden desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación proveniente del tesoro público. PENSIÓN. Requisitos para el reconocimiento y el disfrute. PENSIÓN JUBILACIÓN LEGAL. El retiro del servicio es requisito para el disfrute mas no para el reconocimiento. PENSIONADOS. El poder laborar, no implica, per se, poder recibir la pensión. RECURSO DE CASACIÓN. Las normas reglamentarias no ostentan la categoría de normas sustanciales. SUBROGACIÓN PENSIONAL. De pensión de jubilación legal por pensión de vejez del ISS – De empleado público.**

«El accionante, en la primera instancia, al alegar de conclusión, planteó, por primera vez en el proceso, como uno de los problemas jurídicos a resolver por el juez en su fallo (fl. 335), el siguiente: "9. Si es o no cierto que por haber obligado la ESE HOSPITAL BUCARAMANGA al actor JAIME ENRIQUE SAMPAYO LASPRILLA a renunciar al empleo de médico general en el servicio de urgencias de pediatría para reconocerle la pensión de jubilación, le debe la indemnización (contemplada en el artículo 25 del Decreto 00023 de febrero 4 de 2005 proferido por la Gobernación de Santander y "Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado Hospital E.S.E. Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga, del orden departamental, y se dictan otras disposiciones", en concordancia con la Ley 909 de 2004), que le pagó al momento de su liquidación a los otros médicos ex compañeros que venían desempeñando empleos públicos similares a los del actor."

Como el a quo, en su sentencia, no se refirió al tema, le fue solicitada sentencia complementaria para que, con base en las facultades extra

y ultrapetita del juez laboral, hiciera un pronunciamiento sobre la indemnización antecitada (fl. 352), petición que fue negada por auto de 3 de marzo de 2006. El apoderado judicial del demandante procedió, entonces, a apelar, tanto la sentencia principal como dicho auto. El juez concedió la apelación respecto de la sentencia, pero sobre el auto que denegó la sentencia complementaria expresó: "...se niega por improcedente el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto calendado en marzo 3 de 2006, pues el evento allí decidido no se halla previsto dentro de los expresamente indicados como susceptibles de tal recurso, a términos del artículo 65 del C.P.T. y S.S.", decisión ésta que no fue objeto, a su vez, de recurso alguno, por lo que quedó en firme y, en consecuencia, lo referente a la sentencia complementaria culminó procesalmente en ese momento.

El Tribunal, al parecer, no percibió que había sido negada la apelación sobre aquel punto y, sin tener, entonces, competencia para ello, hizo pronunciamientos al respecto. Es más, fue el primer punto sobre el que proveyó: "...debe estudiar la Sala...si el juez de primer grado erró al abstenerse de adicionar la sentencia en orden al reconocimiento de la indemnización que reclamó el actor desde los alegatos de conclusión".

Así pues, de darse el caso de prosperidad del cargo planteado, la Corte, en sede de instancia llegaría, forzosamente, a la misma conclusión denegatoria del ad quem, ante la circunstancia dejada en evidencia.

Por otra parte, debe recordarse que el ejercicio de las facultades extra y ultra petita es discrecional, y no obligatorio, tal como expresamente se consagra en el artículo 50 del CPTSS: El juez...podrá...", luego el Tribunal no tendría facultad para revocar tal tipo de decisión y proceder a reemplazar, en ese aspecto, el fallo del juez de primera instancia, ya que invadiría una órbita exclusiva de éste, y quedaría el afectado sin posibilidad de segunda instancia, punto jurídico éste que fue uno de los pilares en que el colegiado se fundamentó, y que debía confrontarse y derruirse mediante ataque por vía directa, lo cual no se hizo.

De otro lado, dado que también se invocó (como fundamento de la sentencia complementaria deprecada) el deber del juez, previsto por el artículo 305 del CPC, inciso final, en cuanto a tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre

el cual verse el litigio, es de señalar que el ad quem tuvo por probado que el derecho sustancial debatido en el proceso no había sido el atinente a la condición presuntamente impuesta por el empleador al servidor público, referente a retirarse del servicio para entrar a disfrutar de la jubilación, sino que había consistido en la facultad que tenía el actor de disfrutar la pensión de jubilación al amparo del régimen de transición, con edad de 55 años y 20 o más años de servicios, conforme a la Ley 33 de 1985, aspecto éste que permaneció incólume al no haberse conformado error alguno (de hecho o de derecho) con base en tal aserto, pues los dos alegados no se refieren a dicho pilar.» «En efecto, basta acá recordar el artículo 128 de la Carta, que repudia y proscribe el recibo de más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, bajo el entendido de corresponder al concepto de dicho tesoro los de la Nación, entidades territoriales y de las descentralizadas, y que el Hospital demandado es una empresa social del Estado, porque, conforme al artículo 38 de la Ley 489 de 1998, numeral 2, literal e, hace parte del sector estatal descentralizado por servicios, por lo que la prohibición constitucional rige en su ámbito. A su vez, el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 prescribe que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado y, aunque fija unas excepciones, en ella no se contempla el caso del accionante. En el mismo sentido regula tal aspecto el artículo 8 de la Ley 71 de 1988; y el Decreto 1160 de 1989 en su artículo 9 ordena, para la efectividad y pago de la pensión que “Las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez reconocidas, se harán efectivas y deberán pagarse mensualmente desde la fecha en que el empleado o trabajador en forma definitiva se retire del servicio o se desafilie de los seguros de invalidez, vejez, muerte y accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Para el efecto, la respectiva entidad pagadora comunicará al empleador la fecha a partir de la cual se incluirá en nómina al pensionado para que proceda a su retiro del servicio...”

Por manera que la incompatibilidad señalada por el Tribunal se aviene a derecho, aun cuando fue erróneo expresar, como lo hizo, que un pensionado no tiene derecho a percibir al mismo tiempo una retribución por su labor, puesto que si el pensionado o jubilado labora,

en el mismo sector estatal, es obvio que deberá remunerarse la labor pues, de no hacerse, habrá quebranto de derechos fundamentales. Cosa distinta es que no podrá recibir simultáneamente la pensión pública, como acá aconteció.

Así pues, una cosa es que para poder adjudicarse o reconocerse una pensión no haya, forzosamente, que separarse del servicio, como acá sucedió y, otra distinta que, para su disfrute, haya que hacerlo, que fue lo dicho por el ad quem.

De otro lado, en cuanto al artículo 150 de la Ley 100 de 1993, que el censor también esgrime para respaldar su aspiración, es claro que cabe razón al Tribunal en el alcance que le dio, porque el hecho de poder laborar un pensionado no implica, per se, la posibilidad de poder recibir la pensión, como se vio, sin perjuicio de poder acceder a reliquidación de la misma en razón de los salarios percibidos después de pensionado.

De otro lado, se endilga, también, al Tribunal, la interpretación errónea del artículo 45 del Decreto del Decreto 1748 de 1995, dictado por el Presidente, "en uso de las facultades que le confiere el numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución Política", es decir, de la facultad reglamentaria, y del 5° del Decreto 813 de 1994 (Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993), las que, en verdad, no ostentan la categoría de normas sustanciales sino reglamentarias de otras de mayor raigambre, y no podrían, en sede de casación, ser invocadas como quebrantadas.

(...)

De todas formas, el alcance dado por el Tribunal a los mismos, se acompasa con lo que al respecto ha señalado la Sala; así en la sentencia 14163 de 10 de agosto de 2000, citada en la de instancia 31206 de 2009 se dijo:

"Pero además, en lo que hace a las argumentaciones jurídicas que contiene la censura y bajo los supuestos que esta acoge en el sentido de que el actor fue un trabajador oficial, debe aclararse que en vigencia de la normatividad precedente a la ley 100 de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos 3135 de

1968, el Reglamentario 1848 de 1969 y la Ley 33 de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como si aconteció para los particulares en el artículo 259 del C.S.T, y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesar de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social. Por consiguiente, bajo los parámetros que propone el propio recurrente, emerge legalmente viable la pensión en la forma en que fue reconocida por el Tribunal, esto es, a cargo de la entidad obligada, pero con la posibilidad para ésta de ser relevada en todo o en parte al iniciarse el pago por el ISS de la pensión de vejez”.

Lo cual es aplicable al sublite, en donde, ciertamente, los preceptos reglamentarios aducidos por el Tribunal contemplaron la situación acontecida con la afiliación del empleado público al ISS, y la asimilación del empleador a empresa privada, la concesión de la pensión y, posteriormente la obtención de la de vejez del ISS, con la compartibilidad respectiva.»

Febrero 09 de 2010. Radicación No. 32514. Magistrado Ponente: Doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez.

## **2. CORTE CONSTITUCIONAL**

### **-Sentencias de Constitucionalidad:**

La información que se consigna sobre las sentencias es extractada de los Comunicados de Prensa publicados por la Corte Constitucional.

### **Artículo 13 del Acto Legislativo 1 de 2009, “por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”.**

“El problema jurídico planteado por los demandantes y cuyo estudio asumió la Corte consistió en determinar, si en la tramitación del proyecto de acto legislativo frente al asunto de la inhabilidad por periodos coincidentes previsto en el artículo 13 del Acto Legislativo 1° de 2009, fueron quebrantados los principios de consecutividad (Art. 157 C.P.) e identidad flexible (Art. 375 C.P.). Ello debido a la ausencia

de debate y votación de dicho asunto por parte de la Plenaria del Senado de la República en ambas vueltas del debate legislativo.

Para resolver esta controversia y luego de hacer una exposición detallada del trámite legislativo surtido para el asunto relativo a la inhabilidad por periodos coincidentes, la Corte reiteró su jurisprudencia en relación con los requisitos de procedimiento legislativo exigidos a las reformas constitucionales que realiza el Congreso, aspecto en el que insistió en que, como lo ha sostenido la Corte de manera uniforme, existe especial rigurosidad en la comprobación acerca de la validez del procedimiento legislativo que precede a dichas reformas. Para la Corte no podía perderse de vista que en este escenario el Legislativo ejerce un poder superior –y por ende, sometido a mayores exigencias–, que el de “hacer las leyes” de que trata el artículo 150 C.P. En efecto, el Congreso hace aquí uso de sus facultades como poder constituyente derivado, con el fin de adelantar reformas que afectan a la Carta Política y que, por ello, inciden en aspectos básicos, centrales y definatorios del modelo jurídico y político del país. En ese orden de ideas y a partir de un criterio teleológico, que atiende a las finalidades cumplidas por los actos legislativos, la Corte concluyó que resulta acertado afirmar que aunque los requisitos de trámite son exigibles de toda expresión de la actividad congresional, el estándar del control que ejerce este Tribunal eleva su exigencia frente al procedimiento que antecede a la expedición de los actos legislativos.

A partir de este parámetro de análisis, la Corte señaló que el cumplimiento de los principios de consecutividad e identidad flexible es un presupuesto ineludible para la validez del trámite de los Actos Legislativos. Ello debido a que estos requisitos exigen que cada uno de los asuntos que conforman el proyecto de reforma constitucional tenga la oportunidad de ser efectivamente debatidos y votados por las comisiones y las plenarios. Esta condición, lejos de constituir una simple exigencia formal, está intrínsecamente relacionada con la debida formación de la voluntad democrática de las cámaras legislativas, la cual se logra, única y exclusivamente, cuando todos los asuntos que conforman la iniciativa cuenten con instancias para su deliberación.

Con base en estas consideraciones, la Corte encontró que el asunto relacionado con la inhabilidad por periodos coincidentes era un tema autónomo del resto del proyecto de acto legislativo. Esto en razón a



que mientras las distintas reformas propuestas en el proyecto tenían por objeto común establecer mecanismos para contrarrestar la influencia en el Congreso del apoyo y demás actos efectuados por grupos armados ilegales y el narcotráfico, el asunto objeto de análisis cumplía propósitos diametralmente distintos, relacionados, en criterio de sus promotores, con la necesidad de evitar “defraudar la voluntad del elector”, en los casos en que el integrante de corporaciones públicas de orden regional o local renuncia a su curul para hacer parte de las listas de candidatos al Congreso.

Advertida esta situación y conforme las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional, la Corte concluyó que al tratarse de un asunto autónomo, el tema de inhabilidad por periodos coincidentes debió haberse sometido a los ocho debates que exige el artículo 375 de la Constitución. Sin embargo, ese requisito no se cumplió, puesto que para el cuarto y octavo debates, surtidos en la Plenaria del Senado, el asunto no fue sometido a deliberación, en tanto no se concedió la oportunidad para que los senadores expresaran su voluntad, en uno u otro sentido, sobre la temática del asunto citado. Los efectos de esta omisión fueron definitivos para la falta de formación de la voluntad democrática de las cámaras, ya que como el asunto fue expresamente suprimido por la Comisión Primera del Senado en tercer y séptimo debate, la ausencia de oportunidad para deliberación en la Plenaria del Senado tenía como consecuencia jurídica que el asunto se considerara “hundido” por dichas comisiones. En consecuencia, las comisiones accidentales de conciliación, en cada vuelta del trámite, carecían de competencia para reintroducir el asunto, como efectivamente lo hicieron, pues esa actuación está en abierta contradicción con el principio de consecutividad. Ello en el entendido que la competencia de las comisiones de conciliación se circunscribe a las discrepancias entre las plenarios de cada cámara (Art. 161 C.P.), y es natural sostener la imposibilidad fáctica de una discrepancia cuando solo una de las plenarios ha considerado el asunto. A este respecto, la Corte reiteró su jurisprudencia en el sentido de que el concepto de discrepancia –que fundamenta la competencia de las comisiones accidentales de conciliación- se basa en que cada una de las plenarios haya debatido el tema correspondiente.

La Corte también concluyó que el principio de identidad flexible también había sido desconocido para el caso particular del

parágrafo transitorio acusado. En efecto, este párrafo, que estableció una excepción a la regla general de imposibilidad de oponer la renuncia para desvirtuar la inhabilidad por periodos coincidentes, fue incluido en quinto debate, sin que esa temática hubiera sido objeto de discusión y votación durante la primera vuelta. Es decir, se contravino lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 375 C.P., el cual establece que en el trámite de los proyectos de acto legislativo, en segunda vuelta, solo podrán debatirse iniciativas presentadas en la primera.

Finalmente, la Corte encontró que aunque los demandantes habían limitado la acusación a determinados apartes del artículo 13 del Acto Legislativo 1° de 2009, la declaratoria de inconstitucionalidad debía cobijar el precepto en su totalidad. Salvo un giro gramatical irrelevante para la interpretación del precepto (“así sea parcialmente” por “así fuere parcialmente”), dichos apartes se limitaban a adicionar la versión original del artículo 179-8 C.P. Por ende, es evidente que el artículo 13 del Acto Legislativo 1° de 2010 no derogó dicha norma constitucional primigenia, sino que simplemente la adicionó. En ese sentido, la inexequibilidad de la totalidad del artículo 13 citado lleva a concluir que el numeral octavo del artículo 179 de la Constitución Política se encuentra vigente desde la fecha de promulgación de la Carta y hasta el día de hoy, sin solución de continuidad.

#### Salvamentos de voto

Los magistrados Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto se apartaron de la decisión anterior, por considerar que no se configuró un vicio de forma en el trámite de la norma acusada y en consecuencia, el artículo 13 del Acto Legislativo 1 de 2009 ha debido ser declarado exequible.

A su juicio, contrario a lo señalado por la Corte, no se produjo en este caso elusión del debate en las sesiones plenarias del Senado de la República realizadas en primera y segunda vuelta. Al respecto, la jurisprudencia ha determinado, que la existencia de debate no significa que respecto de cada norma se exija intervención en pro o en contra de su contenido, ni tampoco la participación de un número grande de congresistas en la discusión formalmente abierta. Lo que si no puede eludirse en ningún caso y, con mayor razón, tratándose de una reforma constitucional, es que los congresistas tengan la oportunidad de pronunciarse en uno u otro sentido respecto del proyecto presentado o aún de abstenerse de emitir opinión alguna.

En el caso concreto, se advierte que tanto en el cuarto como en el octavo debate verificados en la Plenaria del Senado, los parlamentarios tenían conocimiento de la supresión de la reforma al artículo 179.8 de la Constitución aprobada en la Comisión Primera como se informó en las ponencias correspondientes y no haber intervenido a ese respecto indica su voluntad de aprobar el proyecto de acto legislativo sin esa disposición. Al mismo tiempo, reiteró que el principio de consecutividad no implica que la disposición siempre haya sido aprobada en los ocho debates, sino que haya estado presente en todos ellos, independientemente de si hubo o no intervenciones sobre la misma, como ocurrió en el presente caso, con la supresión de la reforma al artículo 179.8 de la Carta Política.

De igual manera, no puede sostenerse que en el presente caso no procedía la conformación de una comisión de conciliación. En efecto, la discrepancia entre los proyectos aprobados en cada una de las cámaras, consistió precisamente en que, de un lado, la Cámara de Representantes aprobó el proyecto de acto legislativo con la adición al numeral 8 del artículo 179 de la Carta y de otro, en el Senado de la República, se votó el proyecto sin contener dicha adición. De ahí que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución, dicha comisión tenía la facultad de conciliar el texto de acto legislativo que finalmente fue aprobado por las plenarios de ambas cámaras, en el cual se incluía el artículo 13 demandado.

Además de los anteriores aspectos, el magistrado Sierra Porto consideró que el hecho de que en una instancia del trámite legislativo no se realicen intervenciones o réplicas por parte de los congresistas, no puede ocasionar automáticamente un vicio invalidante por inexistencia de debate. Con esta decisión, se desconocen los precedentes constitucionales - por ejemplo, la sentencia C-1040 de 2005 - que precisan que el concepto de debate no es sinónimo de intervenciones sino de oportunidad para que los congresistas que lo tengan a bien puedan intervenir. A su juicio, el nuevo precedente puede generar la inconstitucionalidad de todas las leyes y actos legislativos en donde hubo pleno consenso en comisiones o plenarios y no se realizaron intervenciones de congresistas. El pleno consenso en plenaria o comisión no puede ser causal de inconstitucionalidad. Es equivocado afirmar que se considera indispensable en todas y cada uno de las etapas procedimentales del trámite de actas legislativas

exigir la participación y las intervenciones discordantes. Esto es partir del supuesto según el cual se funda siempre en el disenso. Por otra parte, considera igualmente ajeno al texto constitucional exigir que el pleno de una Cámara deba retomar y votar nuevamente los asuntos o artículos que han sido negados en Comisión.

En ese orden, para los magistrados que salvaron el voto, en la adopción del artículo 13 del Acto Legislativo 1 de 2009 no se desconoció el principio de consecutividad y menos aún el de identidad flexible, como quiera que las inhabilidades corresponde a una cuestión propia de la temática de la reforma política emprendida por el Congreso, que finalmente fue acogida por ambas cámaras, a propuesta de la Comisión de Conciliación.

Los magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Iván Palacio Palacio, se reservaron la posibilidad de expresar aclaración de voto”.

Febrero 01 de 2010. Expediente D-7857. Sentencia C-040 de 2010. Magistrado ponente: Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

### **Artículos 129 y 158 de la Ley 1098 de 2006, “Código de la Infancia y la Adolescencia”.**

“En primer término, la Corte Constitucional encontró que los cargos formulados contra los artículos 150, 197 y 199 de la Ley 1098 de 2006, no cumplían en forma cabal con los requisitos de certeza, especificidad, suficiencia y pertinencia, necesarios para poder abordar un estudio de fondo sobre su constitucionalidad. En la demanda se hace un análisis sesgado y eminentemente subjetivo del principio de oralidad y de las tendencias de carácter adversarial y acusatorio del sistema procesal penal. Se formulan valoraciones abstractas, globales, absolutas, sin estar demostradas en la exégesis de la Carta Política, ni en las formas de interpretación constitucional existentes y sin que se realice la confrontación objetiva entre la Constitución y los preceptos acusados. Además, no incluye todos los elementos de juicio necesarios para entrar a un examen de la constitucionalidad de los preceptos legales cuestionados y en particular, no se explica cómo juega en el presente asunto la prevalencia de los derechos del menor y el interés superior que para el ordenamiento jurídico representa su protección. Ante la ineptitud sustantiva de la demanda, la Corte procedió a inhibirse de proferir un fallo de fondo respecto de las citadas disposiciones.

Por otra parte, la Sala constató la existencia de cosa juzgada material respecto de la frase "En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal" contenida en el artículo 129 de la Ley 1098 de 2006, toda vez que en la sentencia C-388 de 2000 ya se pronunció sobre la constitucionalidad de una proposición jurídica idéntica que contenía el artículo 155 del Decreto 2737 de 1989, anterior Código del Menor. En esta disposición, tras establecer la forma de acreditar el monto de los ingresos del alimentante por parte del juez, se señalaba de manera expresa, la presunción anotada. Aunque en esa oportunidad los cargos se formularon en términos relativamente distintos, se aprecia que la preocupación de ambos demandantes es la misma, esto es, que la presunción legal de un salario mínimo como parámetro último para fijar la cuota provisional de alimentos resulta excesiva, por representar una limitación a la presunción de inocencia y a la vez, constituir una obligación imposible de pagar en un país cuya realidad social se caracteriza por la falta de empleo y, en general, de recursos económicos con que poder asumirla. En ese fallo, la Corte consideró que esta presunción iuris tantum según la cual, la cuota provisional de alimentos, a falta de otros elementos de juicio, se fije con base en el salario mínimo, es razonable, por basarse tanto en datos empíricos como en la existencia de una obligación legal de los empleadores de pagar al menos dicho monto. Así mismo, porque es proporcional en tanto medida idónea y necesaria para garantizar el pago de la cuota debida al menor, parte débil de la relación procesal en el juicio de alimentos. Por consiguiente, la Corte dispuso estar a lo resuelto en la sentencia C-388/00 y en consecuencia, declarar exequible la expresión demandada del artículo 129 de la Ley 1098 de 2006.

Por último, la Corte integró la unidad normativa de la expresión acusada del artículo 158 de la Ley 1098 de 2006, como quiera que existe una relación estrecha entre las cinco proposiciones jurídicas de las que se compone, aunque sólo hayan sido acusadas las dos últimas y para entenderlas y aplicarlas, es imprescindible completar su contenido normativo con los demás apartes que no fueron acusados. Frente al cuestionamiento relativo a si la suspensión del juicio mientras comparece el adolescente acusado representa una afectación desproporcionada de los derechos de las víctimas, la Sala determinó que resulta ajustada a la Constitución, en la medida que la ausencia del menor tenga justificación y no obedezca simplemente a la

renuencia a comparecer o a la contumacia como forma de eludir las obligaciones que ante sí mismo, las víctimas del delito, la sociedad y el Estado, contrajo con ocasión del delito. En este evento, no hay derecho prevalente alguno, porque no existe ni puede existir el derecho de burlar la justicia y los derechos de las víctimas. Tampoco, la actuación elusiva del infractor representa una forma propia del interés superior del menor que legitime materialmente suspender el proceso, no adelantar el juzgamiento y permitir que la acción prescriba con el paso del tiempo. Por tal motivo, el artículo 158 del Código de la Infancia y la Adolescencia se declaró exequible, siempre y cuando no se den las circunstancias referidas”.

Febrero 03 de 2010. Expediente D-7807. Sentencia C-055 de 2010. Magistrado ponente: Doctor Juan Carlos Henao Pérez.

**Artículo 108, 294, 349 y 454 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Artículo 189 de Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.**

“El pronunciamiento de la Corte Constitucional se contrajo a los cargos formulados respecto de los artículos 349 y 454 (parcial) de la Ley 906 de 2004 y 189 de la Ley 1098 de 2004, toda vez que en relación con el artículo 108 de la Ley 906 de 2004, ya se pronunció en la sentencia C-408/09 y con referencia a los apartes acusados del artículo 294 de la misma ley, se advirtió que los cargos de inconstitucionalidad no corresponden al sentido y alcance que tiene la disposición legal y no demuestran en qué medida el cambio excepcional de fiscal previsto en la norma acusada, vulnera realmente los artículos 250 y 251 de la Constitución, en lo que tiene que ver con las competencias de la Fiscalía y del Fiscal General de la Nación, por lo que la Corte se inhibió de emitir fallo de fondo sobre la citada disposición legal.

En cuanto al artículo 349 de la Ley 906 de 2004, la Sala encontró que la limitación a la celebración de acuerdos del imputado o procesado con la Fiscalía en los supuestos establecidos en la norma, los cuales se condicionan a que se reintegre, al menos, el 50% de lo percibido en el incremento patrimonial y se asegure el recaudo del remanente, no vulnera la igualdad, ni el debido proceso, ni los derechos de las víctimas, en primer lugar, porque no constituye un privilegio para las víctimas de los delitos de contenido económico, ya que antes que

buscar como fin principal la reparación de las víctimas de estos delitos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada, para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales. En segundo lugar, la norma no apunta exclusivamente a los delitos contra el patrimonio económico, sino que alude a todo delito en el cual el acusado hubiese obtenido un "incremento patrimonial fruto del mismo", que comprende un amplio espectro de perjudicados y en algunos casos no existen víctimas directas del delito.

En tercer lugar, en toda negociación los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación deben quedar garantizados, de modo que la norma acusada no puede ser entendida como un mecanismo encaminado a privilegiar a unas víctimas sobre otras. En cuarto lugar, la norma demandada no puede confundirse en cuanto a sus fines y objeto con aquellos del incidente de reparación integral, pues el legislador obliga al acusado a reintegrar, al menos, el 50% del incremento patrimonial obtenido y a asegurar el pago del remanente, lo cual no implica una reparación integral a las víctimas. Por último, si se aceptase la argumentación de la demandante, sólo los victimarios que contasen con recursos económicos podrían beneficiarse de la aplicación de las figuras procesales propias de la justicia negociada y de esta forma, se establecería una discriminación entre los procesados. Por tales razones, el artículo 349 fue declarado exequible, frente a los anteriores cargos.

En lo concerniente a los artículos 454 de la Ley 906 de 2004 y 189 de la Ley 1098 de 2006, la Corte determinó que el deber de repetir una audiencia de juzgamiento cuando quiera que el paso del tiempo pueda alterar gravemente la percepción que tiene el fallador acerca de las pruebas practicadas o no ha presenciado su práctica, no se opone al derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas, consagrado en los artículos 29 de la Constitución y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de que en todo caso los jueces tienen la rigurosa obligación de realizar los juicios orales de manera concentrada (art. 250.4 C.P.); sólo se suspenderán cuando sea absolutamente indispensable y por el mínimo lapso posible. Para la Sala, aunque la utilización de medios tecnológicos (no sólo audio sino, de manera también indispensable, video), constituye un mecanismo necesario para la preservación y registro en un sistema penal fundado

en la oralidad, también lo es que se trata de simples instrumentos que no reemplazan a cabalidad la percepción directa que tiene el juez sobre las pruebas. Finalmente, subrayó que la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser muy excepcional y fundada en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos. Con ello, las citadas normas fueron declaradas exequibles, por los cargos analizados”.

Febrero 03 de 2010. Expediente D-7844. Sentencia C-059 de 2010. Magistrado ponente: Doctor Humberto Antonio Sierra Porto

**Literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.**

“La Corte Constitucional advirtió que la afiliación obligatoria de la población en condición de desplazamiento forzado establecida en el literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, se basa en dos fines esenciales: de un lado, fortalecer las instituciones del sector público que integran la red que presta el servicio de salud, la cual no se restringe a una Empresa Prestadora de Salud, EPS de carácter nacional, sino que contempla también a las Empresas Sociales del Estado, ESES, que deben contratar con dicha entidad, en virtud del artículo 26 de la misma ley; de otro, garantizar de esta forma la llamada “portabilidad”, que implica la posibilidad de ser atendido en la mayor parte del territorio nacional.

Para la Sala, esta disposición resulta acorde con la Constitución, en cuanto su objetivo principal fue el aseguramiento del servicio de salud a un sector de la población que no veía satisfecha esta necesidad. La intención del precepto apunta en dirección a ampliar el cubrimiento y calidad del servicio de salud, contribuyendo de esta forma a la realización de los principios constitucionales de universalidad, eficiencia y solidaridad (arts. 48 y 49 C.P.). Lejos de ser una norma restrictiva, resulta garantista respecto de la situación en que se encuentra la población en condición de desplazamiento forzado, pues establece la obligación de afiliarla al sistema de salud que no exige contribuciones por parte de sus afiliados y de mantenerla afiliada en este sistema por el tiempo que dure su situación.

No obstante, observó que la obligatoriedad de esta afiliación a una determinada EPS desconocería en el caso de la población indígena en condiciones de desplazamiento forzado, su autonomía para vivir



de acuerdo con sus convicciones, cosmovisión, creencias y costumbres ancestrales y la garantía constitucional de preservar la identidad étnica y cultural de esas comunidades, en este caso, en relación con el cuidado de la salud. De ahí, que respecto de la población indígena, como la norma debe ser entendida de manera acorde con la Constitución (arts. 1º y 7º), la Corte hizo la salvedad correspondiente al declarar la exequibilidad del literal acusado, de manera que se entienda que, contando con el derecho a la afiliación obligatoria a una EPS de carácter nacional, los miembros de comunidades indígenas inscritos en el Registro Único de Población Desplazada, pueden no utilizarlo sino optar por afiliarse a una EPS indígena”.

Febrero 04 de 2010. Expediente D-7755. Sentencia C-063 de 2010. Magistrado ponente: Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

**Artículo 35 de la Ley 712 de 2001 “Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo”.**

“En primer término, la Corte Constitucional constató la existencia de cosa juzgada respecto de dos segmentos normativos del artículo 35 de la Ley 712 de 2001, toda vez que en sentencia C-968/03 se pronunció acerca del alcance del principio de consonancia en materia laboral, pero solamente en cuanto se refiere a la sentencia de segunda instancia, que según la norma demandada debe limitarse a las materias objeto del recurso de apelación. En esa oportunidad, la decisión de constitucionalidad se circunscribió a las expresiones “la sentencia de segunda instancia” y “deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, las cuales fueron declaradas exequibles de manera condicionada, en el entendido de que estas materias comprenden siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador, lo que amplía el espectro de materias que corresponde revisar al juez de segunda instancia.

En esta ocasión, la acción de inconstitucionalidad se dirige contra todo el artículo 35, lo que significa que incorpora un aspecto que no fue objeto de evaluación constitucional en la sentencia C-968/03, concerniente a la decisión de autos apelados y, que por lo tanto, amerita el examen de la Corte para establecer si tratándose de los autos, cabe la acusación autónoma y de ser así, si la tesis sentada entonces respecto de las sentencias laborales de segunda instancia

se predica igualmente respecto de los autos que son objeto de apelación.

Para la Corporación, las razones esgrimidas para condicionar la exequibilidad del artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en lo que tiene que ver con la sentencia, resultan igualmente aplicables a la apelación de los autos y a la providencia que resuelva el recurso de alzada interpuesto contra autos. En efecto, también en este caso, resultaría contraria a la Constitución Política, una interpretación del principio de consonancia que excluyera la protección de derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador (arts. 48 y 53 C.P.), a cuya protección debe acceder el juez, aún cuando los motivos de su violación no hayan sido sustentados al interponer el recurso de apelación, como quiera que constituiría un flagrante desconocimiento del principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en el artículo 53 superior, el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal establecido en el artículo 228 de la Constitución, así como del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Carta con el carácter de derecho "irrenunciable".

Por tales motivos, la Corte procedió en el mismo sentido, a declarar la exequibilidad de la expresión "así como la decisión de autos apelados" que hace parte del citado artículo 35, en el entendido de que las materias objeto del recurso de apelación tratándose de autos, incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador, los cuales están consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política.

Consideró igualmente la Corporación, como fundamento de su decisión, que resultaba menester resaltar el valor normativo superior intrínseco en la Constitución (art. 4º C.P.), en virtud del cual se entiende que permea la totalidad del ordenamiento jurídico, al punto que debe aplicarse de preferencia cuando entra en colisión con disposiciones de inferior jerarquía, lo cual conduce a que los jueces laborales en cualquier instancia, en particular los que resuelven una apelación, deben estar atentos a reconocer los derechos constitucionales fundamentales del apelante, aún oficiosamente, cuando encuentren plenamente demostrado su vulneración, máxime si existe un reconocimiento constitucional expreso sobre su irrenunciabilidad".

Febrero 10 de 2010. Expediente D-7777. Sentencia C-070 de 2010. Magistrado ponente: Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

**Numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, “por la cual se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”.**

“En el presente caso, el problema jurídico analizado por la Corte Constitucional consistió en establecer si la terminación de los contratos laborales como uno de los efectos de la apertura del proceso de liquidación judicial de una empresa, sin que medie autorización administrativa o judicial, con reconocimiento de una indemnización cuyo pago se someterá a las reglas concursales, reduce la protección que la Constitución otorga al derecho al trabajo (Preámbulo y arts. 25 y 53).

El análisis de la Corte comenzó por recordar que si, bien la estabilidad en el empleo es uno de los principios mínimos que conforman el estatuto del trabajo consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, dicha estabilidad laboral es relativa, en la medida que puede verse disminuida por la terminación unilateral del contrato cuando para ello asisten motivaciones expresas, razonables y que no atenten contra los postulados constitucionales de protección especial a ciertas personas, el debido proceso y el acceso a la justicia.

Así mismo, observó que el ordenamiento jurídico colombiano protege la estabilidad laboral mediante la prohibición general de los despidos colectivos de trabajadores y regula de manera específica los eventos en que el Ministerio de la Protección Social puede autorizar al empleador para hacer despidos de esta naturaleza, previa verificación de la situación y los soportes presentados con la solicitud. La consecuencia del incumplimiento de este mecanismo de protección del empleo es la ineficacia de los despidos; no obstante, tal habilitación no excluye la posibilidad de obtener indemnizaciones en los términos previstos en la ley laboral.

En el caso concreto del numeral 5° del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, el cual dispone la terminación de los contratos laborales como consecuencia de la declaratoria judicial de liquidación, en el marco de un proceso de insolvencia empresarial, la Corte encontró que no vulnera la protección constitucional que se brinda al derecho al trabajo, ni el debido proceso, en razón de que se trata de una medida que no obedece al sólo arbitrio omnímoto e incontrolado del

empleador, sino que está precedida de un análisis detenido por parte de la autoridad judicial del proceso concursal. A su juicio, se trata de una medida justificada en la necesidad de proteger el crédito y propiciar un mejor aprovechamiento de los activos en beneficio de todos los acreedores. Al mismo tiempo, se contemplan mecanismos de compensación como la indemnización originada en motivo no imputable al trabajador. Adicionalmente, los créditos laborales están rodeados de salvaguardas como la prelación que se les reconoce en el proceso de calificación y graduación y en todo caso, se trata de una medida sometida a supervisión judicial y seguimiento por parte del Ministerio de la Protección Social. Con fundamento en lo anterior, la Corte procedió a declarar la exequibilidad del numeral acusado, frente a los cargos analizados”.

Febrero 10 de 2010. Expediente D-7821. Sentencia C-071 de 2010. Magistrado ponente: Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

**Artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”.**

“De manera preliminar, la Corte precisó lo concerniente a la vigencia de la norma acusada y sus relaciones con los dos sistemas procesales penales existentes, esto es, el mixto (Ley 600 de 2000) y el acusatorio (Ley 906 de 2004), de conformidad con lo que ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así mismo, tuvo en cuenta que en los términos de la Ley 1312 de 2009, las personas investigadas por los delitos de terrorismo y financiación del terrorismo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de organizaciones delictivas, pueden solicitar a la Fiscalía que acuda ante el juez de control de garantías, a efectos de que aplique el principio de oportunidad, siempre y cuando se cumpla, una de las dos condiciones señaladas en los numerales 4º o 5º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. De esta forma, el rigor inicial del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 que excluía a esos delitos del otorgamiento de cualquier beneficio o subrogado ha sido morigerado por la Ley 1312 de 2009.

En cuanto al presunto desconocimiento del principio de unidad de materia, la Corte encontró que el artículo 26 acusado guarda relación con la materia regulada por la Ley 1121 de 2006, de la cual forma parte. En efecto, esta ley está encaminada a prevenir, investigar y

sancionar los delitos de terrorismo, secuestro y extorsión, en sus diversas modalidades, mediante la adopción de un conjunto de medidas de diversa naturaleza, dirigidas todas ellas a combatir estos delitos que causan un elevado impacto social. Para tal fin, el legislador introdujo reformas al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, a la Ley 526 de 1999, mediante la cual se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero, al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal. En ese orden, la disposición legal acusada, mediante la cual se excluye la concesión de beneficios y subrogados penales para los autores y partícipes de tan graves conductas, no resulta ser un cuerpo extraño en el texto de la Ley 1121 de 2006. Todo lo contrario. Su contenido se ajusta perfectamente a los fines perseguidos por el legislador, en la medida que pretende disuadir a todos aquellos que tengan la intención de perpetrar tales crímenes. Por consiguiente, el cargo por violación del principio de unidad de materia no está llamado a prosperar.

Por otra parte, la Corporación reiteró la línea jurisprudencial sostenida, según la cual, el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y por ende, puede limitar la concesión de beneficios penales en función de la gravedad de las conductas delictivas que busca combatir. Lo anterior, por cuanto no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar cuál comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que en un Estado social y democrático de derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas. De allí que se hayan declarado ajustadas a la Constitución, diversas medidas encaminadas a endurecer el sistema procesal penal, muy semejantes, por lo demás, a las establecidas en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

Para la Corte, la exclusión de beneficios y subrogados penales en materia de terrorismo, no sólo no desconoce el derecho a la igualdad, sino que se inscribe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales que Colombia ha adquirido con otros Estados. Aunado a lo anterior, frente a los delitos calificados como internacionales, el legislador ha limitado la aplicación de beneficios penales, como también en los casos de delitos que se consideran particularmente graves en función, por ejemplo, de la calidad de la

víctima como ocurre en los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa y los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, limitación que la Corte ha considerado ajustada a la Carta Política. Por consiguiente, el cargo por violación al principio de igualdad, tampoco está llamado a prosperar y en consecuencia, el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 fue declarado exequible, por los cargos analizados”.

Febrero 10 de 2010. Expediente D-7836. Sentencia C-073 de 2010. Magistrado ponente: Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

**Ley 1354 de 2009, “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”.**

“... 2. Fundamento de la decisión.

2.1. Control constitucional: alcance de la competencia y parámetro de control.

En ejercicio de la función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política, corresponde a la Corte Constitucional realizar el control automático de una ley convocatoria a un referendo constitucional, de conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 241 de la Constitución Política.

Al abordar el examen de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, la Corte Constitucional señala el alcance de su competencia, abocando el estudio tanto del procedimiento de formación de la norma legal en el Congreso de la República como del trámite mismo de la iniciativa legislativa ciudadana. Así, el parámetro normativo para el ejercicio del control de constitucionalidad se halla conformado por los preceptos constitucionales, la Ley 134 de 1994 (Ley estatutaria de los Mecanismos de Participación Ciudadana), la Ley 130 de 1994 (Ley estatutaria de los partidos y movimientos políticos) y las normas legales orgánicas regulatorias del proceso legislativo (Ley 5 de 1992).

Adicionalmente, la Corte Constitucional reitera su jurisprudencia en relación con los límites del poder de reforma de la Constitución, insistiendo en que el poder constituyente derivado tiene competencia para reformar la Constitución, mas no para sustituirla, por lo cual todo cambio en la identidad del texto constitucional implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformativo.

## 2.2. Principio democrático y formas.

Entre los distintos elementos que configuran toda democracia se encuentra el respeto de los procedimientos formales previstos para el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Para la Corte Constitucional, más que meros ritualismos, tales formas están instituidas en garantía de las reglas fundamentales de la democracia representativa y de participación y son componentes sustanciales del principio democrático.

## 2.3. Vicios en el trámite de la iniciativa legislativa ciudadana.

Al examinar el trámite de la iniciativa ciudadana que dio origen a la Ley 1354 de 2009, la Corte Constitucional verificó la ocurrencia de un conjunto de irregularidades vinculadas a la financiación de la campaña en favor de la iniciativa de reforma constitucional. Tales anomalías, vistas en conjunto, configuran una grave violación de principios básicos de un sistema democrático, a saber: la transparencia y el pluralismo político del elector consagrados en los artículos 1, 155, 374 constitucionales y en los artículos 24, 27, 97 y 98 de la Ley 134 de 1994.

(i) En primer término, una organización ajena a la iniciativa -la Asociación Primero Colombia- adelantó gestiones propias de un Comité de Promotores desconociendo los mandatos del legislador estatutario, y en últimas, principios constitucionales. Desde la conformación misma del Comité de Promotores, la Asociación tuvo a su cargo dos labores fundamentales en el manejo de la campaña a favor del referendo: (i) la contabilidad; y (ii) el "manejo de los fondos". Con apoyo en tan imprecisas tareas, la Asociación Colombia Primero recaudó y administró importantes aportes económicos para financiar la campaña de recolección de apoyos ciudadanos para referendo, recursos que fueron trasladados al Comité de Promotores mediante un contrato de mutuo. Resulta evidente la existencia de unidad de gestión y administrativa, entre el Comité de Promotores de la iniciativa legislativa ciudadana y la Asociación Colombia Primero, dato relevante al momento de examinar la transparencia del proceso de financiación de la campaña de recolección de apoyos ciudadanos, y por supuesto, la vulneración de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación y de la Constitución Política. Se concluyó, por lo tanto, que el Comité de Promotores de la iniciativa se sirvió de una asociación particular, que siempre controló, para adelantar labores que según la ley le eran propias; en concreto, las relativas a la

financiación de la campaña para la recolección de los apoyos ciudadanos conducentes al trámite de una reforma constitucional.

(ii) Igualmente se estableció que durante la campaña de la iniciativa legislativa ciudadana que dio origen a la Ley 1354 de 2009, el Comité de Promotores gastó una suma global que supera más de seis (6) veces lo autorizado por el Consejo Nacional Electoral; a eso se añade que recibió aportes individuales superiores hasta casi treinta (30) veces lo permitido, contribuciones éstas realizadas a una organización no facultada para ello por el legislador estatutario, como la Asociación Colombia Primero. Estas actuaciones además de suponer una trasgresión de los mandatos de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación (artículos 97 y 98), vulneró el principio constitucional de transparencia, ya que toda la actuación fue dirigida a burlar los mandatos legales y constitucionales, como también el principio constitucional de pluralismo, al permitirse contar con recursos desproporcionados para privilegiar o favorecer la propuesta de convocatoria a una reforma constitucional.

#### 2.4. Vicios en el procedimiento legislativo.

(i) Estos vicios que tuvieron lugar en el curso de la iniciativa ciudadana tuvieron a su vez incidencia en el procedimiento legislativo pues el trámite ante el Congreso de la república de la Ley 1354 de 2009 comenzó sin que fuera adjuntada la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil prevista en el artículo 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación, sobre cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana, entre otros, el cumplimiento de los topes globales e individuales de financiación. La ausencia de esta certificación inhibe la iniciación del trámite legislativo y vicia la constitucionalidad de todo el procedimiento adelantado ante el Congreso de la República.

(ii) Un segundo vicio del procedimiento legislativo consiste en la modificación del texto original del proyecto de ley respaldado por la iniciativa ciudadana apoyada por el 14.59% del censo electoral, que tuvo lugar durante el tercer debate, en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado. Tal cambio entrañaba la posibilidad de proponer al Pueblo la segunda reelección inmediata, mientras que el texto original refería a una reelección mediata o por período interpuesto. Consideró la Corte que con una modificación de esta envergadura el Congreso, constitucionalmente privado de iniciativa legislativa en materia de referendos constitucionales,



excedió las limitaciones que el principio de democracia participativa le impone a la función legislativa que surge de la iniciativa ciudadana, lo que constituye un vicio de inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009. Con ello se introdujo un cambio sustancial al proyecto que vulneró, a su vez, el principio de identidad y de consecutividad en el trámite legislativo, al presentarse una vez transcurridos los debates ante la Cámara de Representantes, de modo que el texto finalmente aprobado únicamente fue objeto de dos debates, los realizados en comisión primera y en la plenaria del Senado. A consecuencia de lo anterior, no era posible someter el desacuerdo entre los textos aprobados por cada cámara a la comisión de conciliación, órgano interno que no tiene competencia para reemplazar ninguna de las instancias previstas para la realización de los cuatro debates.

(iii) Del análisis de las circunstancias fácticas relacionadas con la publicación del decreto 4742 de 2008, mediante el cual se convocaba a sesiones extraordinarias al Congreso de la República se desprende que la plenaria de la Cámara de Representantes se reunió cuando ese Decreto aún no había sido publicado en el Diario Oficial. En este escenario, la Corte concluye que el Congreso, específicamente la Cámara de Representantes, a las 0:05 a.m. d el 17 de diciembre de 2009, carecía de sustento jurídico que autorizara su reunión en sesiones extraordinarias. De hecho, sólo se presentó este soporte a los 18:20 minutos del 17 de diciembre de 2009, cuando finalizó el proceso de elaboración del Diario Oficial.

(iv) La Corte constata que a la cadena de irregularidades que constituyen vicios de inconstitucionalidad, se suma el hecho de que cinco representantes del partido Cambio Radical votaron en contra de las directivas internas suscritas y aprobadas por ellos. Esta situación conlleva a desconocer el artículo 108, norma con eficacia jurídica directa que ordena que los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político actuarán en ellos como bancadas. Independientemente de las consideraciones de carácter subjetivo sobre debido proceso, que deben respetarse, desde una dimensión objetiva relativa a la racionalidad política del Congreso de la República, la consecuencia de la infracción directa de la Constitución genera la invalidez de los votos proferidos en contra de la norma constitucional expresa. Así, un cambio de partido, en las condiciones específicas y como partes de una cadena de vicios e irregularidades que se realizó, no puede ser un instrumento para

desconocer la Constitución en los términos no sólo del artículo 108, sino también del artículo 133.

(v) En relación con los posibles vicios competenciales o de exceso en el ejercicio del poder de reforma constitucional, la Corte hace un recuento de la línea jurisprudencial trazada desde el 2003 bajo la denominación de la teoría de la sustitución, reiterando que a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación no proceden reformas constitucionales que desconozcan los principios estructurantes o elementos definitorios de la Carta Política de 1991, pudiendo realizarse el control incluso sobre la ley misma que las convoquen. Respecto de la ley 1353 de 2009, encontró la Corte que desconoce algunos ejes estructurales de la Constitución Política como el principio de separación de los poderes y el sistema de frenos y contrapesos, la regla de alternación y períodos preestablecidos, el derecho de igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes.

### 3. Conclusión.

Los vicios de trámite referidos, los cuales tuvieron lugar en el curso de la iniciativa ciudadana y durante el procedimiento legislativo que culminó con la expedición de la Ley 1354 de 2009, suponen el desconocimiento de importantes principios constitucionales y de los procedimientos formales previstos por la Constitución y la ley para la convocatoria de un referendo de iniciativa popular reformativo de la Constitución. No se trata, por lo tanto, de meras irregularidades formales sino de violaciones sustanciales al principio democrático, uno de cuyos componentes esenciales es el respeto de las formas previstas para que las mayorías se pronuncien.

### 4. Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución, resuelve:

Declarar INEXEQUIBLE en su totalidad, la Ley 1354 de 2009, "Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional".

### 5. Consideraciones adicionales.

Los magistrados Jorge Pretelt y Mauricio González salvaron su voto frente a la inexequibilidad declarada en esta sentencia".

Febrero 26 de 2010. Expediente CRF-003. Sentencia C-141 de 2010. Magistrado ponente: Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

### **III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

#### **Decretos de la Presidencia de la República:**

##### **Decreto 299 de 2010.**

(01/02). Por el cual se crea y reglamenta el Sistema de Información Interinstitucional de Justicia y Paz, SIIJYP, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.610.

##### **Decreto 300 de 2010.**

(01/02). Por el cual se fija el número de Representantes a la Cámara que se elegirán por circunscripción territorial, circunscripción especial y circunscripción internacional. Diario Oficial 47.610.

##### **Decreto 301 de 2010.**

(01/02). Por el cual se fija el número de Senadores a elegir por Circunscripción Nacional y Circunscripción Nacional Especial. Diario Oficial 47.610.

##### **Decreto 325 de 2010.**

(03/02). Por el cual se aplazan unas apropiaciones en el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2010 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.612.

##### **Decreto 358 de 2010.**

(04/02). Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010. Diario Oficial 47.613.

##### **Decreto 441 de 2010.**

(10/02). Por el cual se reglamente el artículo 85 de la Ley 160 de 1994. Diario Oficial 47.619.

##### **Decreto 505 de 2010.**

(16/02). Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Legislativo 131 de enero 21 de 2010. Diario Oficial 47.625.

**Decreto 513 de 2010.**

(17/02). Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 5° de la Ley 1176 de 2007 en cuanto a las actuaciones a seguir por los departamentos, los distritos y municipios en el evento en que estos últimos sean descertificados y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.626.

**Decreto 522 de 2010.**

(17/02). Por el cual se dictan disposiciones para garantizar el normal desarrollo de las elecciones de Congreso, Parlamento Andino y Fórmula Presidencial 2010. Diario Oficial 47.626.

**Decreto 520 de 2010.**

(17/02). Por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes. Diario Oficial 47.626.

**Decreto 521 de 2010.**

(17/02). Por el cual se reglamentan parcialmente el inciso 6° del artículo 24 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 2° de la Ley 1297 de 2009, en lo relacionado con los estímulos para los docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales ubicados en las zonas de difícil acceso. Diario Oficial 47.626.

**Decreto 553 de 2010.**

(19/02). Por el cual se reglamenta el artículo 46 del Decreto Legislativo 131 de 2010. Diario Oficial 47.628.

**Decreto 585 de 2010.**

(24/02). Por medio del cual se promulga el "Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras", hecho y firmado en Medellín, República de Colombia, el 9 de agosto de 2007, y los Canjes de Notas que corrigen el Anexo 3.4 del Capítulo III relativo al "Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado. Sección Agrícola - Lista de Desgravación de Colombia para El Salvador, Guatemala y Honduras", del 16 de enero de 2008, 11 de enero de 2008 y 15 de enero de 2008, respectivamente. Diario Oficial 47.633.

**Decreto 586 de 2010.**

(24/02). Por medio del cual se promulga el “Convenio entre la República de Chile y la República de Colombia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio” y el “Protocolo del Convenio entre la República de Chile y la República de Colombia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio”, hechos en Bogotá el 19 de abril del 2007. Diario Oficial 47.633.

**Decreto 589 de 2010.**

(24/02). Por el cual se adiciona un párrafo al artículo 30 del Decreto 3771 de 2007, modificado por el artículo primero del Decreto 4943 de 2009. Diario Oficial 47.633.

**Decreto 610 de 2010.**

(25/02). Por el cual se establecen los porcentajes de componente inflacionario no constitutivo de renta, ganancia ocasional, costo o gasto y el rendimiento mínimo anual de préstamos entre las sociedades y los socios. Diario Oficial 47.634.