



COMUNICADO 39

Noviembre 23 de 2022

SENTENCIA C-411-22

M.P. Alejandro Linares Cantillo

Expediente D-14616

Norma acusada: Ley 2111 de 2021 (artículo 1º parcial)

CORTE DECLARA INCONSTITUCIONAL LOS DELITOS DE APROPIACIÓN Y FINANCIACIÓN ILEGAL DE BALDÍOS DE LA NACIÓN, POR VULNERAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL

1. Norma objeto de control constitucional

"LEY 2111 DE 2021"

(julio 29)

Por medio de la cual se sustituye el título XI "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" de la Ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1º. Sustitúyase el título XI "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" Capítulo Único, Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente, artículos 328 a 339, del libro II, PARTE ESPECIAL DE LOS DELITOS EN GENERAL de la Ley 599 de 2000, por el siguiente:

(...)

CAPÍTULO V DE LA APROPIACIÓN ILEGAL DE BALDÍOS DE LA NACIÓN

Artículo 337. Apropiación ilegal de baldíos de la Nación. El que usurpe, ocupe, utilice, acumule, tolere, colabore o permita la apropiación de baldíos de la Nación, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá en prisión de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento cuarenta

(140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se ajuste a lo descrito en el artículo 323 de lavado de activos y despojo de tierras.

PARÁGRAFO 1º. La conducta descrita en este artículo no será considerada delito si la misma se ajusta a los condicionamientos y requisitos señalados en la Ley 160 de 1994, así como en el Decreto Ley número 902 de 2017 para la adjudicación de bienes baldíos.

PARÁGRAFO 2º. Cuando la conducta descrita en el artículo anterior sea cometida por personas campesinas, indígenas o afrodescendientes, que dependa su subsistencia de la habitación, trabajo o aprovechamiento de los baldíos de la nación no habrá lugar a responsabilidad penal.

Artículo 337A. Financiación de la apropiación ilegal de los baldíos de la nación. El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o

¹ Publicada en el Diario Oficial 51.750

recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie, patrocine, induzca, ordene o dirija la apropiación ilegal de baldíos de la nación descrito en el artículo anterior, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de trescientos (300) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales

mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los bienes muebles, inmuebles o semovientes encontrados en los baldíos ilegalmente apropiados.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se ajuste a lo descrito en el artículo 323 de lavado de activos".

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 1º (parcial) de la Ley 2111 de 2021 "Por medio de la cual se sustituye el título XI "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" de la Ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones", específicamente en lo que respecta a los artículos 337 y 337A.

3. Síntesis de los fundamentos

Correspondió a la Sala Plena estudiar una demanda contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 2111 de 2021 "Por medio de la cual se sustituye el título XI "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" de la Ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones", por violación de (i) los artículos 158 y 169 de la Constitución – presunta vulneración del principio de unidad de materia; (ii) artículo 29 – límites de configuración en materia penal, principio de legalidad y juez natural; y (iii) artículo 29 – límites de configuración en materia penal, principio de proporcionalidad.

1. Como cuestión preliminar, estudió esta corporación si lo dispuesto en la sentencia C-366 de 2022 conllevaría a un escenario de cosa juzgada. Sin embargo, constató que en dicha sentencia la Corte se inhibió de pronunciarse sobre la norma demanda, lo cual, no impide en este caso un pronunciamiento de fondo, ya que (i) no se predicen efectos de cosa juzgada respecto de fallos inhibitorios; y (ii) esta demanda cumple con los requisitos de aptitud (art. 2º del Decreto Ley 2067 de 1991).

2. A renglón seguido, la Corte debía analizar tres problemas jurídicos consistentes en determinar si (i) ¿el Legislador desconoció el principio de unidad de materia (arts. 158 y 169 de la Constitución Política), al introducir en la Ley 2111 de 2021, el artículo 1º (parcial) demandado?; (ii) ¿el Legislador desconoció el principio de legalidad en materia penal, que se

deriva del artículo 29 de la Constitución, con la competencia, objeto material y verbos rectores introducidos en los artículos 337 y 337A demandados?; y (iii) ¿el Legislador desconoció el principio de proporcionalidad en materia penal, que se deriva del artículo 29 de la Constitución, con la descripción típica contenida en los delitos demandados?

3. Tras reiterar su jurisprudencia sobre el principio de unidad de materia, y sobre la amplia potestad de configuración del legislador en materia penal y sus límites, concluyó que la disposición demandada no vulnera el principio de unidad de materia. En este sentido, recordó este tribunal que la disposición parcialmente demandada fue objeto de discusión y votación a lo largo de todo el trámite legislativo, por lo que se desarrolló un adecuado proceso de deliberación, y de esta manera, el requerimiento de conexidad resultó menos exigente, en tanto ya se controló uno de los riesgos que pretende enfrentarse con el principio de unidad de materia. Así, en el caso concreto evidenció esta corporación que lejos de haber sido un aspecto omitido en las discusiones del Congreso, el contenido de los artículos 337 y 337A del Código Penal fueron expresamente motivados y discutidos, por lo que, encontró la Sala Plena que las disposiciones demandadas respecto de este primer reproche de constitucionalidad resultan exequibles.

4. A continuación, indicó la Sala Plena que la disposición demandada vulnera el principio de legalidad en sentido estricto y de proporcionalidad en materia penal, y por lo tanto, procederá a declarar su inexecutable. Lo anterior, tras considerar que los artículos 337 y 337A contenidos en la norma demanda:

- (i) No cumplen con el nivel de determinación que requiere el principio de legalidad en sentido estricto en materia penal; y
- (ii) Son violatorios al principio de proporcionalidad. Recordó la Corte que los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad se erigen como límites materiales al derecho penal. Así, al dar aplicación al test estricto de proporcionalidad concluyó que la norma cumple un fin imperioso, pero la medida no es estrictamente necesaria ante la ausencia de articulación de la normatividad sobre bienes baldíos, entendida como la falta de registro, la problemática histórica de la tierra en nuestro país, la existencia de otros tipos penales dirigidos a sancionar las conductas que pretendían ser desincentivadas con la medida, entre estas, la deforestación (artículos 330 y 330A del Código Penal), el derecho penal como *ultima ratio*, y una potencial

afectación a la presunción de inocencia, pues consideró la Sala Plena que se invierte la carga de la prueba al procesado al obligarle a desvirtuar la presunción legal de bien baldío.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** salvó el voto, mientras que la magistrada **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** aclaró su voto. Los magistrados **DIANA FAJARDO RIVERA**, **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**, **PAOLA MENESES MOSQUERA**, **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** y el magistrado encargado **HERNÁN CORREA CARDOZO**, se reservaron la posibilidad de aclarar su voto.

El magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** se apartó de la decisión mayoritaria y salvó el voto por las siguientes razones:

1. Frente a los mismos cargos la Corte, mediante la Sentencia C-366 de 2022, se declaró inhibida para decidir de fondo. En aquella oportunidad la Corte concluyó que la demanda no cumplía con la carga argumentativa. En esta ocasión, sin embargo, desconociendo sus propios argumentos y sin justificar su cambio de postura, decidió pronunciarse sobre la demanda.

2. La decisión, por otra parte, si bien concluye que no se vulnera el principio de unidad de materia, desconoce que la formulación final del delito de ocupación ilegal de baldíos, antes que distanciarse del propósito inicial de proteger el medio ambiente -como alegó el demandante- profundizó tal protección, pues el legislador, teniendo en cuenta la complejidad del fenómeno criminal que identificó, relacionó estrechamente la apropiación masiva de baldíos con deforestación, minería ilegal y otras afectaciones a los recursos naturales.

3. En cuanto al cargo por violación del principio de legalidad, por la supuesta indeterminación del artículo 337 al exigir que la conducta se realice "*sin el lleno de los requisitos de ley*", la decisión desconoce que tal tipo de remisión legal no sólo es propia de los delitos ambientales y similares, sino que es perfectamente determinable y precisa, esto es, cumple con las exigencias de los tipos penales en blanco. Cabe entonces la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que en la reciente decisión C-367 de 2022 la Corte hubiera encontrada ajustada a la Constitución la fórmula "*con incumplimiento de la normativa existente*" a la que se remiten los demás delitos ambientales consagrados en la misma ley aquí cuestionada?, Tal contradicción es mayor si se tiene en cuenta que ésta

fórmula incorpora incertidumbres derivadas de las facultades de reglamentación de autoridades administrativas de diverso orden que forman parte del sistema nacional ambiental.

4. En relación con la supuesta indeterminación de la noción de “baldíos”, la sentencia se contradice con lo que señaló en la reciente Sentencia C-366 de 2022, en el sentido de que tal supuesta indeterminación “se fundamenta[n] en las consecuencias prácticas que, a su juicio, traería la aplicación de la norma objeto de las demandas” pero no en razones objetivas. En efecto, la decisión mayoritaria confunde la dificultad práctica de probar la condición de baldío con la indeterminación de la noción misma que, a todas luces es determinable a partir del Código Civil y del régimen especial de baldíos, incluyendo la jurisprudencia constitucional reiterada en materia de presunción de baldíos. Parte del supuesto errado de que, por no existir claridad sobre la totalidad de los baldíos del país -una dificultad práctica-, no es posible perseguir un caso concreto de ocupación ilegal de baldíos. En particular, la ponencia ignora la importancia de los baldíos no adjudicables cuya razón de ser suele coincidir con la protección del medio ambiente.

5. Finalmente, precisó el magistrado Lizarazo que la valoración que aquí hizo la Corte del principio de necesidad como parte del de proporcionalidad, es excesiva e invade la esfera de configuración penal del legislador, dejando impotentes a las autoridades para perseguir un fenómeno criminal que el legislador consideró especialmente grave.

Por su parte, la magistrada **Cristina Pardo Schlesinger** estuvo de acuerdo con la decisión de inexecutable parcial del artículo 1º de la Ley 2111 de 2021 adoptada por la mayoría, pero aclaró su voto por cuanto, a su juicio, la razón de la inconstitucionalidad no radicaba en la indeterminación normativa relativa al concepto de “baldío”, ni a la manera en la que puede obtenerse la adjudicación por ocupación de este tipo de bienes, dado que estos asuntos están hoy claramente definidos en la Ley 160 de 1994 y el Decreto ley 902 de 2017 y han sido precisados por la jurisprudencia constitucional.

A su parecer, la inconstitucionalidad derivaba de la indeterminación fáctica existente actualmente respecto de la calidad de dicho tipo de bienes, pues la prueba sobre la condición de tales no es fácilmente determinable para la ciudadanía en general, debido a la desactualización histórica del sistema nacional de registro, que origina una falta de certeza sobre la verdadera tradición histórica de los inmuebles. Lo que exige la intervención de las autoridades administrativas (ANT) y judiciales para la clarificación de la condición de bien baldío.

Así las cosas, la prueba relativa a la condición de baldío de un inmueble resulta difícil para la ciudadanía en general, siendo una carga desproporcionada, que hacía que el tipo penal examinado por la Corte no obedeciera a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

SENTENCIA C-412-22

M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

Expediente D-14.736

Norma acusada: Literales a), b), c) y d) (parciales) del numeral 1 del artículo 651 del Estatuto Tributario

CORTE SE INHIBE PARA PRONUNCIARSE DE FONDO SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LITERALES A), B), C) Y D) (PARCIALES) DEL ARTÍCULO 651 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO, POR INEPTUTUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.

1. Norma objeto de control constitucional

“LEY 1819 DE 2016

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

“Artículo 289. Modifíquese el artículo 651 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

Artículo 651. Sanción por no enviar información o enviarla con errores. Las personas y entidades obligadas a suministrar información tributaria, así como aquellas a quienes se les haya solicitado informaciones o pruebas, que no la suministren, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado, incurrirán en la siguiente sanción:

1. Una multa que no supere quince mil (15.000) UVT, la cual será fijada teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) El cinco por ciento (5%) de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida;
- b) El cuatro por ciento (4%) de las sumas respecto de las cuales se suministró en forma errónea;
- c) El tres por ciento (3%) de las sumas respecto de las cuales se suministró de forma extemporánea;
- d) Cuando no sea posible establecer la base para tasarla o la información no tuviere cuantía, del medio por ciento (0.5%) de los ingresos netos. Si no existieren ingresos, del medio por ciento (0.5%) del patrimonio bruto del contribuyente o declarante, correspondiente al año inmediatamente anterior o última declaración del impuesto sobre la renta o de ingresos y patrimonio. [...].

2. Decisión

INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo en relación con el cargo formulado en contra de los literales a), b), c) y d) (parciales) del numeral 1 del artículo 651 del Estatuto Tributario, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte decide la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los literales a), b), c) y d) (parciales) del numeral 1 del artículo 651 del Estatuto Tributario, que establecen el monto de la multa por no enviar información tributaria o enviarla con errores, por la presunta vulneración de los artículos 2, 13 y 363 de la Constitución Política.

Antes de abordar el asunto de fondo y en atención a los argumentos de algunos de los intervinientes y de la Procuradora General de la Nación, la Corte examinó la aptitud sustantiva de la demanda y concluyó que esta es inepta y no permite emitir un pronunciamiento de fondo, porque no satisface la carga argumentativa exigida para formular demandas por la vulneración del derecho a la igualdad.

Según precisa la Sala, a pesar de que el concepto de la violación formulado por los demandantes satisface de manera general las cargas argumentativas de claridad, certeza, especificidad y pertinencia, en relación con la violación del principio de igualdad no cumple con los requisitos específicos de: (i) identificar de manera precisa los sujetos comparables y (ii) justificar por qué el supuesto tratamiento desigual previsto en los apartados normativos demandados carece de justificación constitucional. En cuanto a lo primero, la demanda se limita a ejemplificar algunas situaciones en las que dichos apartados normativos generarían un trato igual entre personas que deberían ser tratadas de manera distinta, en virtud del perjuicio que su conducta le pueda causar a la administración tributaria, y no define, en concreto, cuáles son los sujetos o grupos de sujetos objeto de comparación. En cuanto a lo segundo, la demanda omite demostrar que los apartados normativos demandados no persiguen una finalidad conforme a la Constitución Política o que, a pesar de perseguir un objetivo legítimo, prevén una medida que no es potencialmente adecuada para alcanzar dicha finalidad. En esa medida, los argumentos de la demanda resultan insuficientes para emitir una decisión de fondo.

SENTENCIA C-413-22
M.P. Hernán Correa Cardozo
Expediente LAT-476
Norma acusada: Ley 2163 de 2021

LA CORTE DECLARÓ LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO INTERNACIONAL DEL CACAO Y DE SU LEY APROBATORIA

1. Norma objeto de control constitucional

LEY 2163 DE 2021 (diciembre 7)

“Por medio del cual se aprueba el ‘Convenio Internacional del Cacao’ adoptado en Ginebra el 25 de junio de 2010”.

El Congreso de Colombia:
DECRETA:

Artículo 1o. Apruébese el “*Convenio Internacional del Cacao*” adoptado en Ginebra el 25 de junio de 2010.

Artículo 2o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o de la Ley 7 de

1944, el Convenio Internacional del Cacao, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 2010, que por el artículo primero de esta ley se aprueba, obligará a la República de Colombia a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto de este.

Artículo 3o. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación.

El texto completo del tratado es consignado como anexo a la sentencia.

2. Decisión

Primero. Declarar **CONSTITUCIONAL** el “Convenio Internacional del Cacao”, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 2010.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 2163 de 2021 “Por medio del cual se aprueba el ‘Convenio Internacional del Cacao’ adoptado en Ginebra el 25 de junio de 2010”.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte Constitucional examinó tanto el “Convenio Internacional del Cacao”, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 2010, como la Ley 2163 del 7 de diciembre de 2021 aprobatoria de aquel.

En la revisión formal, la Corte concluyó que el Estado colombiano adhirió al instrumento bajo las reglas establecidas en ese acuerdo y de conformidad con el derecho internacional de los tratados. Además, advirtió que se cumplieron las reglas del procedimiento legislativo previstas por la Constitución y la legislación orgánica para el trámite de las leyes ordinarias.

Respecto del control material de la Ley aprobatoria, la Corte encontró que esta es constitucional, porque el Congreso de la República observó lo establecido en el numeral 16 del artículo 150 de la Carta Política. Adicionalmente, al revisar el contenido material del “Convenio Internacional del Cacao” y de la Ley 2163 de 2021, la Sala concluyó que se ajusta a los postulados constitucionales de protección de las garantías laborales y promoción de la investigación científica y el desarrollo, la integración económica en materia comercial, la internacionalización de las relaciones económicas bajo los principios de soberanía, equidad y reciprocidad, la iniciativa privada, la libertad económica, la productividad y la competitividad, previstos en los artículos 9, 25, 53, 70, 226, 227, 333 y 334 superior.

Asimismo, la Sala Plena advirtió que los mecanismos institucionales, orgánicos y de solución de controversias previstos en el tratado son constitucionales en tanto se ajustan a las disposiciones superiores y, en particular, replican fórmulas usuales en el derecho internacional público sobre esa materia. De allí que no resultase necesario que el Estado colombiano formulase alguna declaración interpretativa sobre el particular, como fue solicitado por uno de los intervinientes en el presente proceso.

En consideración a lo anterior, la Corte declaró la constitucionalidad del “Convenio Internacional del Cacao”, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 2010, y la exequibilidad de su Ley aprobatoria 2163, expedida el 7 de diciembre de 2021.

SENTENCIA C-414-22

M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Expediente D-14726

Norma acusada: Ley 2080 de 2021 (artículo 25 parcial)

LA CORTE CONSTITUCIONAL DECLARÓ EXEQUIBLE LA DOBLE CONFORMIDAD EN LOS PROCESOS DE REPETICIÓN BAJO EL ENTENDIDO DE QUE ESA GARANTÍA SE APLICA EN RELACIÓN CON TODAS LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA RESPONSABILIDAD. CUANDO NO SE TRATE DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS, LA IMPUGNACIÓN PROCEDERÁ ANTE EL SUPERIOR FUNCIONAL DE QUIEN IMPUSO LA PRIMERA DECISIÓN DECLARATORIA DE LA RESPONSABILIDAD.

1. Norma objeto de control constitucional

LEY 2080 DE 2021 (enero 25)

Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

ARTÍCULO 25. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 149A, el cual será del siguiente tenor:

Artículo 149A. Competencia del Consejo de Estado con garantía de doble conformidad. El Consejo de Estado conocerá de los siguientes asuntos:

1. De la repetición que el Estado ejerza contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, el Vicepresidente de la República, congresistas, ministros del despacho, directores de departamento administrativo, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, magistrados de la Corte

Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de la Jurisdicción Especial para la Paz, miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Registrador Nacional del Estado Civil, Auditor General de la República, magistrados de los tribunales superiores de distrito judicial, de los tribunales administrativos, de las comisiones seccionales de disciplina judicial, de los consejos seccionales de la judicatura, del Tribunal Superior Militar, y de los delegados de la Fiscalía General de la Nación o del Ministerio Público ante las autoridades judiciales señaladas en este numeral.

En estos casos, la Sección Tercera, a través de sus subsecciones, conocerá en única instancia. Sin embargo, si la sentencia es condenatoria contra ella será procedente el recurso de apelación, el cual decidirá la Sala Plena de la Sección Tercera, con exclusión de los consejeros que hayan participado en la decisión de primera instancia.

2. Decisión

Declarar la **exequibilidad** del aparte demandando del artículo 25 de la Ley 2080 de 2021 por el cargo resuelto en esta providencia, **en el entendido** de que para garantizar la doble conformidad procederá la impugnación de todas las sentencias que declaren la responsabilidad en la acción de repetición. Cuando no se trate de los altos funcionarios que enuncia la norma examinada, la impugnación procederá ante el superior funcional de quien impuso la primera decisión declaratoria de la responsabilidad.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25.1 (parcial) de la Ley 2080 de 2021. El accionante consideró que la distinción entre los altos funcionarios y los demás agentes del Estado que pueden ser objeto de la acción de repetición es discriminatoria cuando se trata de establecer exclusivamente a favor de los primeros la garantía de la doble conformidad. A modo de cuestión previa, el tribunal realizó una verificación de las condiciones de idoneidad del cargo formulado contra la norma objeto de la demanda en relación con el principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución.

En el análisis de fondo, la Corte sistematizó las características y las finalidades constitucionales de la acción de repetición. Además, el tribunal examinó la regulación legal, los cambios sustanciales y las reformas procedimentales introducidas a ese mecanismo judicial mediante las Leyes 2080 de 2021 y 2195 de 2022. En especial, se hizo referencia al sistema de impugnación de la sentencia y a la introducción de la doble conformidad cuando se trata de los altos funcionarios.

En segundo lugar, la Sala Plena se refirió al régimen constitucional y convencional de la doble conformidad. En esta sección de la providencia, la Corte mantuvo que aquella se trata de una garantía procesal exigible (obligatoria) en materia condenatoria penal. Asimismo, el tribunal destacó que el legislador ha extendido esa garantía a otros procedimientos (esencialmente disciplinarios). La Corte concluyó que, en virtud del principio pro persona, el Congreso de la República puede ampliar las garantías procesales a ámbitos en las que estas no son exigidas, pero tampoco están prohibidas dado que representan una optimización del derecho al debido proceso. En la providencia se sostuvo que: "las garantías establecidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en las normas internas son un conjunto de parámetros mínimos. De manera que se puede ampliar el alcance de un derecho o de una garantía y ese contenido expansivo prevalece en su aplicación debido a la mayor protección que le ofrece al ser humano".

En tercer lugar, la Corte analizó las competencias del Congreso de la República para configurar los procedimientos judiciales. En especial, el tribunal se refirió al principio de igualdad como un límite a esas facultades legislativas. Asimismo, la Sala Plena reiteró la jurisprudencia sobre el juicio de igualdad y aplicó un escrutinio intermedio de igualdad con el fin de determinar si la extensión de la garantía de la doble conformidad exclusivamente a la acción de repetición contra los altos funcionarios era

compatible con el artículo 13 de la Constitución. El tribunal concluyó que la medida perseguía una finalidad importante. Sin embargo, la Sala Plena consideró que la extensión parcial de la doble conformidad comprometía la conducencia o idoneidad efectiva de esa provisión legislativa. Además, la discriminación entre los altos funcionarios y los demás agentes del Estado resultaba desproporcionada.

Para la Sala Plena, la decisión del legislador de extender la doble conformidad dentro del proceso de repetición exclusivamente a favor de los altos funcionarios generó un trato desigual desfavorable para todos los demás agentes que podrían ser objeto de la acción de repetición. Con esa medida, el legislador no solo sacrificó el principio de igualdad, sino que limitó el potencial de la medida elegida para lograr los fines propuestos. En concreto, el Congreso excluyó a la mayor parte de los potenciales obligados en la acción de repetición del mecanismo creado por la propia ley para lograr el aumento de la celeridad y eficacia de ese proceso. Eso significa que la medida no solo es un trato diferenciado, sino que su carácter infrainclusivo afectó su propia idoneidad para mejorar el desarrollo de los procesos de repetición. Con base en esos fundamentos, en la decisión se sostuvo que la optimización de la garantía procesal de la doble conformidad en la acción de repetición debió ocurrir de manera igualitaria para todos los sujetos que pueden ser objeto de la pretensión de regreso.

Finalmente, la Sala Plena delimitó el remedio constitucional que le correspondía proferir con el fin de remediar la discriminación normativa que se creó con la introducción de la garantía de la doble conformidad en la acción de repetición exclusivamente a favor de los altos funcionarios que enumera la norma demandada. En este punto, el tribunal se refirió al sentido expansivo de las garantías procesales y a la necesidad de que esa extensión ocurra de manera igualitaria. De manera que la Corte consideró que la garantía de la doble conformidad en la acción de repetición debe proceder en relación con todas las sentencias que declaran la responsabilidad en ese tipo de procesos. Eso significa que, cuando no se trate de los altos funcionarios que enuncia la norma examinada, la impugnación procederá ante el superior funcional de quien impuso la primera decisión declaratoria de la responsabilidad.

4. Aclaraciones de voto

El magistrado **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** y el magistrado encargado **HERNÁN CORREA CARDOZO** presentaron aclaraciones de voto. Por su parte, las magistradas **DIANA FAJARDO RIVERA** y **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** se reservaron la posibilidad de aclarar su voto.

El magistrado **Alejandro Linares Cantillo** acompañó la decisión toda vez que, si bien la doble conformidad es una institución propia del ámbito penal, nada obsta para que el Legislador, al amparo de una perspectiva garantista, opte por extenderla a otras acciones judiciales como la de repetición, pero sin caer en escenarios de discriminación injustificada como el que la Corte hubo de corregir, cobijando a todos los sujetos pasivos de la acción de repetición con la posibilidad de impugnar la primera condena en su contra. No obstante, consideró necesario aclarar su voto para llamar la atención sobre la importancia de que, en el ejercicio de su margen configurativo en materia procesal, el Legislador acate el **fuero integral** de juzgamiento que los artículos 174, 175 y 178 de la Carta establecen para el presidente de la República, los magistrados de las altas cortes y el fiscal general de la Nación.

El citado fuero integral no solo se contrae a actuaciones de carácter penal o disciplinario, sino que también cobra vigencia en procesos no sancionatorios como el de responsabilidad fiscal², y, por lo mismo, debe también aplicarse a los llamamientos en garantía y a las acciones de repetición en contra de dichos aforados que, al igual que los procesos de responsabilidad fiscal, son procesos de carácter resarcitorio en favor del Estado. Por esta razón, y a propósito del debate constitucional suscitado por la presente demanda, resulta desconcertante que el artículo parcialmente acusado adscriba en el Consejo de Estado la competencia para conocer de acciones de repetición contra altos dignatarios aforados, siendo que, en virtud del principio de separación de poderes y del sistema de frenos y contrapesos en el poder público, esa competencia judicial corresponde única y exclusivamente al Congreso de la República³.

Por su parte, el magistrado encargado **Hernán Correa Cardozo** aclaró su voto en la presente decisión. Expresó que, si bien acompaña la decisión de la mayoría, en todo caso la complejidad de la materia analizada exige que el Congreso defina las reglas precisas para la aplicación del principio de doble conformidad en los asuntos que sin tener connotación penal hacen parte del derecho sancionador. Aunque la decisión adoptada por la Corte resuelve de manera satisfactoria el problema jurídico planteado, la índole propia del control abstracto de constitucionalidad impide la fijación de reglas específicas sobre la materia, en particular respecto de la oportunidad para la aplicación de la medida y sus beneficiarios, entre otros asuntos. Estos asuntos hacen parte del ámbito propio del Congreso, lo cual hace urgente contar con mandatos legales que definan tales cuestiones.

² Corte Constitucional, sentencia SU-431 de 2015.

³ Corte Constitucional, sentencia C-373 de 2016.

SENTENCIA C-415-22

M.P. Diana Fajardo Rivera

Expediente D-14820

Norma acusada: Ley 2114 de 2021 (artículo 2)

CORTE SEÑALA QUE LAS PAREJAS ADOPTANTES DEL MISMO SEXO TIENEN DERECHO A DISFRUTAR LAS LICENCIAS PARENTALES EN LAS MISMAS CONDICIONES QUE LAS PAREJAS ADOPTANTES HETEROPARENTALES

1. Norma objeto de control constitucional

“LEY 2114 DE 2021 (julio 29)

Diario Oficial No. 51.750 de 29 de julio de 2021

PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA

Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

(...)

ARTÍCULO 2o. Modifíquese el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Artículo modificado por el artículo 1o de la Ley 1822 de 2017.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe

presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se

establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1o. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

PARÁGRAFO 2o. El padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente, así como para el padre adoptante.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más

tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS y será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación. La licencia de paternidad se ampliará en una (1) semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, sin que en ningún caso pueda superar las cinco (5) semanas.

La metodología de medición de la tasa de desempleo estructural será definida de manera conjunta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación. La tasa de desempleo estructural será publicada en el mes de diciembre de cada año y constituirá la base para definir si se amplía o no la licencia para el año siguiente.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este parágrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla.

PARÁGRAFO 4o. Licencia parental compartida. Los padres podrán distribuir libremente entre sí las últimas seis (6)

semanas de la licencia de la madre, siempre y cuando cumplan las condiciones y requisitos dispuestos en este artículo. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.

La licencia parental compartida se regirá por las siguientes condiciones:

1. El tiempo de licencia parental compartida se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar entre una o dos (2) semanas de licencia previas a la fecha probable del parto o por determinación de la madre.

2. La madre deberá tomar como mínimo las primeras doce (12) semanas después del parto, las cuales serán intransferibles. Las restantes seis (6) semanas podrán ser distribuidas entre la madre y el padre, de común acuerdo entre los dos. El tiempo de licencia del padre no podrá ser recortado en aplicación de esta figura.

3. Parto de la madre, debidamente certificada por el médico.

4. La licencia parental compartida será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador o EPS, acorde con la normatividad vigente.

Para los efectos de la licencia de que trata este párrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia compartida es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor.

2. Debe existir mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución de las semanas de licencia. Ambos padres deberán realizar un documento firmado explicando la distribución acordada y presentarla ante sus empleadores, en un término de treinta (30) días contados a partir del nacimiento del menor.

3. El médico tratante debe autorizar por escrito el acuerdo de los padres, a fin de

garantizar la salud de la madre y el recién nacido.

4. Los padres deberán presentar ante el empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la mujer; o una constancia del nacimiento del menor.

b) La indicación del día probable del parto, o la fecha del nacimiento del menor.

c) La indicación del día desde el cual empezarán las licencias de cada uno.

d) La licencia parental compartida también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta el presente artículo.

La licencia parental compartida es aplicable también a los trabajadores del sector público. Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

No podrán optar por la licencia parental compartida, los padres que hayan sido condenados en los últimos cinco (5) años por los delitos contemplados en el Título IV delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales; los padres condenados en los últimos dos (2) años; por los delitos contemplados en el Título VI contra la familia, Capítulo Primero "de la violencia intrafamiliar" y Capítulo Cuarto "de los delitos contra la asistencia alimentaria" de la Ley 599 de 2000 o los padres que tengan vigente una medida de protección en su contra, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, o la norma que lo modifique, sustituya o adicione.

PARÁGRAFO 5o. Licencia parental flexible de tiempo parcial. La madre y/o padre podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar un periodo determinado de su licencia de maternidad o de paternidad por un período de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del tiempo correspondiente al período de tiempo

seleccionado. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.

La licencia parental flexible de tiempo parcial se regirá por las siguientes condiciones:

1. Los padres podrán usar esta figura antes de la semana dos (2) de su licencia de paternidad; las madres, a no antes de la semana trece (13) de su licencia de maternidad.

2. El tiempo de licencia parental flexible de tiempo parcial se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar una o dos (2) semanas de licencia previas a la fecha probable del parto. Los periodos seleccionados para la licencia parental flexible no podrán interrumpirse y retomarse posteriormente. Deberán ser continuos, salvo aquellos casos en que medie acuerdo entre el empleador y el trabajador.

3. La licencia parental flexible de tiempo parcial será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador o EPS. El pago del salario por el tiempo parcial laborado se regirá acorde con la normatividad vigente.

4. La licencia parental flexible de tiempo parcial también podrá ser utilizada por madres y/o padres que también hagan uso de la licencia parental compartida, observando las condiciones señaladas en este párrafo, así como en el párrafo 4 del presente artículo.

Para los efectos de la licencia de la que trata este párrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia parental flexible de tiempo parcial es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

2. Debe existir mutuo acuerdo entre los empleadores y los trabajadores. El acuerdo deberá ir acompañado de un certificado médico que dé cuenta de:

a) El estado de embarazo de la mujer; o constancia del nacimiento.

b) La indicación del día probable del parto, o indicación de fecha del parto y

c) La indicación del día desde el cual empezaría la licencia correspondiente. Este acuerdo deberá consultarse con el empleador a más tardar dentro de los 30 días siguientes al nacimiento.

El empleador deberá dar respuesta a la solicitud dentro de los cinco (5) hábiles siguientes a su presentación.

La licencia parental flexible de tiempo parcial también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el presente artículo.

La licencia parental flexible de tiempo parcial es aplicable también a los trabajadores del sector público.

Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública, reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley. Superado este periodo de tiempo el Presidente de la República conservará su facultad reglamentaria."

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 bajo el entendido de que la pareja adoptante del mismo sexo definirá, por una vez, quien de ellos gozará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte resolvió la demanda contra el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 *“Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, por el cargo de omisión legislativa relativa.

El demandante pidió condicionar el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Explicó que en esa norma se fijan las reglas para el disfrute de las licencias de maternidad, paternidad y las parentales (compartida y flexible), esto es el número de semanas y la operatividad de su otorgamiento cuando se trata o bien de madre o padre adoptante - individualmente considerados - o de parejas heterosexuales, pero que no así con las parejas del mismo sexo que adoptan.

Consideró que, en este último supuesto, en el que pueden existir o bien dos madres, o dos padres, no es posible establecer cuáles son sus derechos, ni la licencia qué pueden disfrutar, como tampoco el número de semanas que debe otorgárseles a través del Sistema de Seguridad Social. A partir de allí expuso que, al no preverse esa hipótesis normativa, el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, que carece de razón suficiente y que se funda en un tratamiento odioso e injustificado, por orientación sexual, que debe ser remediado permitiendo que las parejas homoparentales que adopten puedan definir cómo dividir y disfrutar el número de semanas que determina dicha ley.

La Sala Plena, previo a definir el problema jurídico se pronunció sobre la aptitud de la demanda. Indicó que satisfacían las exigencias legales y jurisprudenciales para configurar una omisión legislativa relativa. Adicionalmente, señaló que i) evidenciaba que las licencias se otorgan atendiendo la naturaleza de padre y/o madre y por tanto la disposición asume categorías binarias al asignar el derecho; ii) se explicaba que pese a las reglas jurisprudenciales que equiparan derechos a las parejas adoptantes del mismo sexo existe un vacío en la forma en la que estas pueden acceder a las semanas de las licencias previstas en la disposición impugnada; y se iii) señalaban las razones puntuales para acreditar el cumplimiento de los requisitos para la existencia de una omisión legislativa relativa.

A continuación, la Corte fijó el problema jurídico en determinar si el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, que desconoce el derecho a la igualdad, al no incluir las reglas de adjudicación de las licencias de maternidad, de paternidad, parental compartida y parental flexible en relación con las parejas adoptantes del mismo sexo.

Para resolver reiteró la jurisprudencia sobre omisión legislativa relativa y recordó que a través de dicha metodología se permite advertir si se requiere la intervención judicial para reparar las discriminaciones normativas, cuando se adviertan, y se habilita a la Corte a adoptar una sentencia aditiva que resuelva las hipótesis que fueron excluidas por el Legislador.

Luego la Sala Plena se pronunció sobre la prohibición de discriminación, con especial énfasis frente a la orientación sexual diversa en la jurisprudencia constitucional. Esgrimió que *i)* el mandato de prohibición de discriminación por orientación sexual, implica que el goce y el ejercicio de los derechos no puede restringirse al decidir una opción sexual; *ii)* actualmente se reconoce similar trato jurídico a las parejas conformadas por personas heterosexuales y a las parejas compuestas por personas del mismo sexo; *iii)* dicha equiparación en el trato permite el acceso al Sistema General de Seguridad Social, en todos sus componentes, con las mismas garantías asignadas a parejas heterosexuales; y *iv)* se reconoce la garantía a las familias homoparentales no solo de contraer matrimonio sino de adoptar y asumir las obligaciones que ello implica.

En otro apartado la Corte reflexionó sobre la heteronormatividad y las licencias parentales. Explicó que resolver la desigualdad, no la diferencia pasa por reconocer que muchos conceptos, entre ellos el de la familia, se han construido a partir de categorías binarias sobre la sexualidad, en la dupla hombre-mujer, y que estos han dado lugar a diseños normativos que surgen a partir de un modelo ideal de conducta sexual o moral, mejor conocido como heteronormatividad. Destacó el efecto que ello produce en la seguridad social y en los sistemas de cuidado y cómo pueden reproducir la exclusión de las familias diversas.

Enfatizó en que la jurisprudencia constitucional ha decantado que las licencias parentales, como política social de cuidado, deben basarse en la equidad de género, y en el reparto igualitario del tiempo en las familias, pues uno de sus principales objetivos es el de garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el goce efectivo de sus derechos, especialmente el amor y el cuidado y el papel activo y responsable de las familias en su desarrollo integral, y que por ende el Legislador debe procurar dicha garantía.

Al resolver el cargo, una vez señaló el alcance y contenido de la disposición demandada, explicó que estaba fuera de discusión que las familias homoparentales tienen idénticos derechos que las

heterosexuales, que pueden contraer matrimonio civil y adoptar, y conformar un hogar con hijos. La Sala Plena, concluyó que se cumplen los requisitos para acreditar la configuración de una omisión legislativa relativa. Determinó que la norma de la cual se predica la omisión es el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Recae sobre los enunciados normativos que regulan el otorgamiento y disfrute de las licencias de (i) maternidad; (ii) paternidad; (iii) parental compartida y (iv) parental flexible, y la forma en que se distribuye el cuidado familiar.

Indicó que estaba demostrada la exclusión de consecuencias jurídicas frente a casos análogos que, por asimilables debían estar contenidos en el texto normativo, pues la norma está construida en términos binarios. De modo que, mientras las familias conformadas por personas heterosexuales que adoptan sí cuentan con reglas para la adjudicación y disfrute de las licencias parentales de acuerdo con su rol de padre o madre, no sucede igual con las familias homoparentales adoptantes.

Adujo que era claro que las parejas adoptantes del mismo sexo, que conforman una familia, requieren el mismo tiempo de cuidado para los niños y niñas que una pareja heterosexual adoptante y que es determinante que ambas cuenten con el espacio para construir vínculos y poder prodigarle afecto y amor. Es decir, ambas parejas que adoptan deben brindar las mismas garantías, si bien en la primera los roles binarios de madre y padre no encajan con las expectativas sociales y lo que implica un modelo de familia nuclear, esto no es suficiente para descartar que se encuentran en similar situación y, por tanto, como lo indicó el demandante, debían estar dentro de las hipótesis normativas.

Discurrió en que, si bien la disposición no contiene un desarrollo específico sobre el otorgamiento de las licencias a parejas heterosexuales adoptantes, si lo reconoce implícitamente al referirse a categorías como el padre o la madre adoptante. Esto significa que las familias diversas que no encajan en las categorías binarias se ven excluidas de la protección por su orientación sexual.

Enfatizó en que no existía principio de razón suficiente que justifique la exclusión pues la norma asume la heteronormatividad y descarta la posibilidad de que las familias homoparentales puedan acceder a ellas. Al trasluz de la jurisprudencia constitucional no existe justificación para admitir este trato diferenciado, pues al estar resuelto que constituyen una familia, que pueden adoptar y que cuentan con las mismas garantías que las parejas familiares heterosexuales adoptantes no es admisible una distinción en este sentido.

Entendió que ello genera una desigualdad negativa que impacta los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así las familias conformadas por parejas del mismo sexo que adoptan tienen restricciones injustificadas en el reconocimiento de sus tareas al interior del hogar, a la forma en la que interactúan y a los tiempos que cada uno define brindar al nuevo integrante. Lo anterior, se traduce en que mientras para las familias heterosexuales no existe controversia frente a la modalidad de licencia a la que cada miembro accede, la manera en la que se reparte y acredita su asignación, esto no ocurre con las familias del mismo sexo que adoptan, quienes están por fuera de las reglas previstas frente al cuidado.

Adujo que se incumple un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador, dado que la licencia de maternidad y paternidad y por extensión las parentales flexibles y compartidas son un mecanismo de protección integral para la niñez, en desarrollo de los artículos, 42, 43, 44 y 45 de la Constitución Política, además de que aquel desconoció en su regulación los derechos de las familias diversas.

Aseveró que la jurisprudencia constitucional ha señalado que las madres adoptantes deben contar con ese mismo tiempo de cuidado, y que lo que se protegen son los intereses de los niños, niñas y adolescentes a contar con una familia. Esto último también ha permitido construir una línea sólida sobre el reparto de responsabilidades familiares y de conciliación entre la vida familiar y laboral de las personas que alcanza las licencias de paternidad. Lo anterior, implica que las licencias parentales deban responder a esos mandatos constitucionales, es decir, a preservar los intereses de los menores a no verse afectados por decisiones legislativas que excluyan a sus familias del reparto del tiempo para cuidarlos y conformar lazos estrechos. Así mismo resulta necesario reconocer que los modelos de familia diversa, que suponen una variación en la forma en la que históricamente se ha asumido el cuidado de los hijos, con una mayor participación femenina en el rol de madre, transforman tales instituciones y la manera en la que se conciben las asignaciones prestacionales con la llegada de un hijo. Lo que significa que es necesario adecuar la norma para resolver este dilema.

En ese sentido consideró que ante la configuración de la omisión legislativa relativa y con la finalidad de reparar discriminaciones normativas debía dictarse una sentencia aditiva que resolviera las hipótesis excluidas por el Legislador y por ello procedió a condicionarla para que sean los integrantes de la pareja del mismo sexo adoptante quienes definan, por una sola vez, quien disfrutará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heterosexuales adoptantes. Esto responde de mejor manera al reconocimiento de

modelo de familia diversa y a la forma en la que debe gestionarse equitativamente el cuidado del niño, niña o adolescente adoptado.

4. Aclaraciones de voto

El magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** aclaró el voto. Por su parte, los magistrados **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**, **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**, **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**, el magistrado encargado **HERNÁN CORREA CARDOZO** y las magistradas **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y **PAOLA MENESES MOSQUERA** se reservaron la posibilidad de presentar una aclaración de voto.

El magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** estuvo de acuerdo con declarar la exequibilidad condicionada del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.

Los grupos sobre los que se analizó el trato diferente, en esta oportunidad, fueron las familias conformadas por personas del mismo sexo que adoptan y las familias conformadas por personas de distinto sexo que adoptan. Al limitar el examen a dicho grupo, la Sala Plena no se refirió a los vacíos regulativos que permanecen no obstante declarar la constitucionalidad condicionada de la norma.

En concepto del magistrado, la conformación de las familias de parejas del mismo sexo es diversa. *(i)* Cuando la pareja del mismo sexo adopta a un menor -ninguno es padre o madre biológico-. *(ii)* Cuando el menor es hijo biológico de una de las mujeres que conforman la pareja del mismo sexo y su pareja lo adopta. *(iii)* Cuando el menor es hijo biológico de uno de los hombres que conforman la pareja del mismo sexo y su pareja lo adopta. Dicha diversidad implica una regulación específica sobre el trato que se le debe dar a cada padre y madre adoptante, de parejas homoparentales, al reclamar la licencia que les corresponde.

La ponencia, se ocupa exclusivamente del primer caso. Dado que el tema general era la adopción de parejas del mismo sexo -ninguno biológico- y aunque la demanda, *prima facie*, no se refería a los otros dos casos, era necesario que la ponencia advirtiera sobre la necesidad de regular los casos restantes pues de no hacerlo continuaría el vacío normativo en estos dos escenarios.

SENTENCIA C-416-22

M.P. Alejandro Linares Cantillo

Expediente D-14838

Norma acusada: numeral 12 del artículo 1068 del Código Civil

CORTE EXTIENDE INHABILIDAD PARA SER TESTIGOS EN TESTAMENTO SOLEMNE A ASCENDIENTES, DESCENDIENTES Y PARIENTES DENTRO DEL TERCER GRADO CIVIL DEL OTORGANTE O DEL FUNCIONARIO QUE AUTORICE EL TESTAMENTO

1. Norma objeto de control constitucional

“CÓDIGO CIVIL

Artículo 1068. Inhabilidad de los testigos. *No podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en los territorios: (...)*

12.) Los ascendientes, descendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, o segundo de afinidad del otorgante o del funcionario público que autorice el testamento”.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, el numeral 12 del artículo 1068 del Código Civil, bajo el entendido de que la inhabilidad para ser testigos en un testamento solemne también comprende a los ascendientes, descendientes y parientes dentro del tercer grado civil del otorgante o del funcionario público que autorice el testamento.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena de la Corte resolvió una demanda en la que se alegaba que el numeral 12 del artículo 1068 del Código Civil incurrió en una omisión legislativa relativa que desconoce los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución. Según el demandante, dicha norma contempla una inhabilidad para ser testigos en un testamento solemne frente a quienes tienen vínculos de parentesco por consanguinidad (dentro del tercer grado) y por afinidad (dentro del segundo grado) con el otorgante o el funcionario público que autorice el testamento, pero excluye de dicha prohibición a los familiares con parentesco civil.

De manera preliminar, este tribunal descartó la integración de la unidad normativa respecto del artículo 1022 del Código Civil, por cuanto no se acreditó ninguna de las hipótesis legales y jurisprudenciales previstas para el efecto. Luego de lo cual, al estudiar el cargo planteado, se constató que efectivamente la norma acusada incurrió en una omisión legislativa relativa, al excluir de sus consecuencias jurídicas a los familiares con parentesco civil.

En este orden de ideas, se resaltó la prohibición constitucional de incurrir en discriminación por razón del origen familiar (CP arts. 5, 13 y 42) y la jurisprudencia constitucional respecto del reconocimiento de los distintos tipos de familia, siendo uno de ellos el derivado de la adopción, y de la imposibilidad de predicar efectos civiles disímiles entre el parentesco consanguíneo y el parentesco civil. Finalmente, se advirtió que la diferencia de trato contemplada en la norma demandada carecía de un principio de razón suficiente y, por lo tanto, se decidió adoptar un fallo aditivo, en el sentido de declarar exequible el texto legal acusado, bajo el entendido de que la inhabilidad para ser testigos en un testamento solemne también comprende a los ascendientes, descendientes y parientes dentro del tercer grado civil del otorgante o del funcionario público que autorice el testamento.



CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

Corte Constitucional de Colombia