

Sentencia C-034/05

DEBERES CONSTITUCIONALES-Exigibilidad a particulares previa norma legal/DEBERES CONSTITUCIONALES Y OBLIGACIONES LEGALES-Distinción/OBLIGACIONES LEGALES-Legislator precisa sanciones imponibles

DEBERES CONSTITUCIONALES-No autorizan al operador jurídico hacer interpretaciones extensivas

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

POLITICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL-Corresponde al legislador desarrollarlos

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Constitución reconoce un margen de discrecionalidad para desarrollar la política criminal y el establecimiento de delitos y sanciones

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

DERECHOS DEL NIÑO-Consagración en instrumentos internacionales

DISMINUIDO FISICO O MENTAL-Instrumentos internacionales que aluden a la función protectora

DELITO DE OMISION DE SOCORRO-Encuentra fundamento en el principio de solidaridad social/DELITO DE OMISION DE SOCORRO Y DELITO DE ABANDONO-Diferencias

Dentro del mismo título del Código Penal sobre “delitos contra la vida y la integridad personal” pero en el capítulo VII, el Legislador tipificó el delito de omisión de socorro, provisión normativa que encuentra claro fundamento superior en el mandato contenido en el artículo 95-2 que establece dentro de los deberes de la persona y el ciudadano el de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. No sobra precisar que dicho tipo penal se distingue claramente del delito de abandono por cuanto a diferencia de este no presupone la existencia de un deber establecido en la ley de velar por determinada persona, sino que alude a cualquier persona, no siendo pues un sujeto calificado por la ley el

que pudiere incurrir en la conducta descrita en la norma sino cualquier persona que se encuentre ante la situación de otra cuya vida o salud esté en grave peligro y omita auxiliarla.

DERECHO A LA IGUALDAD-Condiciona para que trato diferenciado pueda considerarse legítimo

DELITO DE ABANDONO DE MENOR DE DOCE AÑOS O PERSONA INCAPACITADA PARA VALERSE POR SÍ MISMA-No vulneración del principio de igualdad/DELITO DE ABANDONO DE MENOR DE DOCE AÑOS O PERSONA INCAPACITADA PARA VALERSE POR SÍ MISMA-Alcance de la expresión “deber legal”

No resulta posible equiparar, para efectos de atribuirles una responsabilidad penal idéntica, como pretende el actor, la situación de las personas a las que la ley de manera explícita y concreta atribuye la obligación de asumir el cuidado del menor de doce años o de la persona que se encuentra en incapacidad de valerse por sí misma -a que alude el artículo 127 del Código Penal-, con la de cualquier otra persona respecto de la cual eventualmente pudiera predicarse, -y sin que ello haya sido establecido concretamente por la ley- un deber que el actor califica de jurídico y que por lo demás este no precisa en sus contenidos y alcances. Visto desde la perspectiva de los menores o personas incapaces de valerse por sí mismas a que alude la norma ninguna discriminación puede observarse en este caso pues el vínculo que las une a una persona a la que la ley asigna la obligación de velar por ellas, es distinto del que pudiere llegar a existir frente al resto de las personas respecto de las cuales pudiere predicarse un supuesto e indeterminado “deber jurídico”. No asiste pues razón al actor en relación con la supuesta vulneración por la expresión acusada del principio de igualdad.

OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-Incompetencia de la Corte Constitucional

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA-Alcance

SENTENCIA CONDICIONADA Y SENTENCIA INTEGRADORA-Improcedencia en materia penal cuando puedan desconocer el principio de legalidad de los delitos y las sanciones

En materia penal esta Corporación se ha abstenido de proferir sentencias condicionadas, o sentencias integradoras, que puedan llegar a tener el alcance de desconocer el principio de

legalidad de los delitos y las sanciones, que se expresa en el aforismo latino “nullum crimen nulla poena sine previa lege” y que como se ha hecho énfasis en la doctrina, exige que todos los elementos del tipo penal sean establecidos por el Legislador.

Referencia: expediente D-5261

Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “legal” contenida en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”

Actor: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil cinco (2005)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha presentó demanda contra la expresión “legal” contenida en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Mediante auto del 6 de julio de 2004, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, contra la expresión “legal” contenida en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000 y dispuso correr traslado de la demanda al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, y al Presidente del Congreso de la República, así como al Ministro del Interior y de Justicia a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptúen sobre la constitucionalidad de la norma acusada.

Así mismo, ordenó invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia con el mismo fin.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No.44.097 del 24 de julio de 2000. Se subraya lo demandado.

“ LEY 599 DE 2000”

(julio 24)

por la cual se expide el Código Penal.

El Congreso de Colombia

(...)

LIBRO SEGUNDO

PARTE ESPECIAL

DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

(...)

TITULO I

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

(...)

CAPITULO SEXTO

Del abandono de menores y personas desvalidas

(...)

Artículo 127. Abandono. El que abandone a un menor de doce (12) años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.

(...)

I. LA DEMANDA

Afirma el actor que la expresión acusada viola los artículos 2, 5, 11 y 13 de la Constitución Política “en cuanto excluye de la tipificación del delito de abandono de menores y personas desvalidas a aquellas personas menores de 12 años y a aquellas que no pueden valerse por sí mismas, pero respecto de las cuales no se está frente a un deber legal de velar por ellas”, pues “en ese evento no se garantiza ni su vida ni su integridad en condiciones de igualdad...”.

Explica que la introducción de la expresión “legal” en el tipo penal aludido comporta que sólo se configura el delito de abandono de menores de doce (12) años y personas desvalidas cuando el sujeto activo está obligado por un deber legal que sería un criterio restrictivo, lo que dejaría en la impunidad un gran cantidad de situaciones en las que el menor de doce (12) años o la persona desvalida puede ser abandonada por un sujeto activo que no está obligado legalmente pero que sí tiene un deber jurídico para con el menor. Al tiempo que se desprotegerían unos menores que se encontrarían en la misma situación de aquellos que sí se protegen con la norma.

En este sentido, afirma que el precepto acusado establece una diferenciación que sería desproporcionada e irracional a la luz de los principios constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que la expresión “legal” excluiría diversas situaciones que atentan

directamente contra los bienes jurídicamente tutelados por el delito de abandono de menores. Precisa al respecto que el artículo 25 del Código Penal sobre omisión¹, y el artículo 131 del mismo ordenamiento sobre omisión de socorro² no permitirían proteger en las circunstancias aludidas a los menores de 12 años o a las personas que se encuentran en incapacidad de valerse por sí mismas.

En ese orden de ideas considera que la inconstitucionalidad de la expresión se derivaría de una conducta omisiva del Legislador que propiciaría la desigualdad de trato así enunciada.

Advierte, así mismo, que con el precepto demandado no sólo se desconocería “el deber constitucional de proteger la vida de todos los habitantes del territorio nacional”, sino que también se incumplirían los mandatos superiores que obligan al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y a adoptar medidas a favor de los grupos discriminados y marginados, así como a proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) Al respecto cita apartes de las sentencias C-239 de 1997 y C-410 de 2001.

Destaca que “no es posible bajo ninguna perspectiva permitir este tipo de actos como política criminal de un Estado Social de Derecho”.

Por todo lo anterior solicita a la Corte declarar la inexequebilidad de la expresión “legal”.

En subsidio solicita que la Corte profiera una sentencia condicionada en el sentido que “... el correcto entendimiento del art.127 del C.P. (...) implica comprender dentro de la protección especial autorizada por el artículo 127, la situación de quienes por ser menores de doce (12) años o incapaces de valerse por sí mismos se encuentran ligados a terceros en virtud de un “deber jurídico” y no simplemente y de manera excluyente, por un “deber legal”.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministerio referido a través de apoderado judicial, interviene en el presente proceso y

solicita la declaratoria de exequibilidad de la expresión acusada, a partir las razones que a continuación se sintetizan.

El interviniente señala que en desarrollo de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 44, 46 y 95-2 de la Carta Política, se han previsto una serie de mecanismos legales con el fin de atender a los menores de doce años y a personas que se encuentren en incapacidad de valerse por sí mismas.

En ese orden de ideas afirma que además de las funciones que en este campo se asignan al Ministerio de la Protección Social, debe recordarse que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se creó: “...como una institución de servicio público encargada de la protección integral de la familia y en especial de la niñez, y de la coordinación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en cuyo marco compete la participación en el diseño de políticas y su implementación, prestar asesoría y asistencia técnico-legal a las comunidades...”.

El interviniente considera que no existe omisión alguna por parte del Legislador, toda vez que existen diversas normas de la legislación interna que se ocupan de la protección de los menores de 12 años y de las personas que no pueden valerse por sí mismas, y destaca que no todas las disposiciones en ese sentido son de carácter penal. Al respecto recuerda que el Estado Colombiano cuenta con diversos mecanismos legales y administrativos, en ámbitos jurídicos diferentes al penal, que tienden a proteger los derechos de los menores y de las personas incapaces.

Considera que de la interpretación sistémica de la expresión acusada con otras normas del ordenamiento legal vigente, como los artículos 31 del Código del Menor y artículos 251 a 254 del Código Civil se puede inferir que: “...la situación de abandono de la que trata el artículo 127 del Código Penal emana de la acción u omisión de los padres, en tratándose del menor de 12 años, de los hijos y los padres cuando se aluda a personas en incapacidad de valerse por sí mismas, o a las personas a las que por mandamiento judicial se hubiere confiado el cuidado de cualquiera de los dos casos...”.

Precisa que en el evento de que una persona en presencia de un menor previamente abandonado -se entiende por quien tiene el deber legal de velar por él-, no le preste socorro para atender sus necesidades básicas estando en peligro su vida, podrá eventualmente incurrir en el tipo penal de omisión de socorro pero no de abandono, pues en estas

circunstancias el hecho del abandono es previo y no puede predicarse de dicha persona.

Advierte que: "...pretender ampliar la cobertura de la sanción penal a un sujeto activo indeterminado, se traduce en el caso que se estudia, en un menoscabo manifiesto del principio de legalidad. En efecto de aceptar la tesis del demandante se imputaría un resultado típico a quien no estuvo en posibilidad de dar lugar al supuesto fáctico previsto en la norma, v.gr., al abandono del menor o de persona incapaz de valerse por sí misma...".

Considera en este sentido que no le asiste razón al demandante cuando afirma que la expresión acusada vulnera el artículo 13 constitucional, toda vez que el legislador en ejercicio de su potestad de configuración puede establecer tratamientos diferentes ante situaciones de hecho distintas, sin que ello implique una vulneración del derecho a la igualdad. Precisa al respecto que la expresión acusada alude a la responsabilidad penal que el Legislador señaló para quien a pesar de estar ligado por vínculos de parentesco o por mandatos judiciales o legales con un menor de 12 años o con una persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, la abandona, situación antes descrita que es totalmente diferente de la de las personas que no tienen ese vínculo y de las cuales no puede predicarse dicho abandono.

En ese orden de ideas hace énfasis en que si "llegare a aceptarse una eventual responsabilidad penal de quien mantuviera en estado de abandono preestablecido a persona incapaz de valerse por sí misma, se presentaría una abierta contradicción con el marco jurídico en el que se define la obligación de cuidado a cargo de los padres respecto de sus hijos y viceversa, con lo cual se reitera el espíritu de la descripción contenida en el artículo 127 del Código Penal, que no es otro que la protección de la familia y verificación de los deberes que de dicho núcleo emanan...".

Pone de presente en este sentido los límites señalados por la jurisprudencia constitucional en relación con el principio de solidaridad y en particular el énfasis hecho en la misma respecto del papel de la familia. Al respecto cita apartes de la sentencias T-533 de 1992, T-248 de 1997 y C-237 de 1997.

Destaca así mismo que aceptar la teoría del demandante "llevaría al absurdo de una

responsabilidad social de naturaleza penal, contraria a la responsabilidad penal individual sobre la cual se erige el ordenamiento punitivo”, al tiempo que implicaría desconocer “el carácter de última ratio del derecho penal, mediante la atribución indiscriminada de roles con consecuencias penales a situaciones que pueden ser superadas por vías distintas a la punibilidad”.

El interviniente precisa finalmente que : “...no existe ambigüedad o indeterminación en la expresión acusada, la cual se encuentra ajustada a los mandatos establecidos en el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 constitucional y en el principio de tipicidad establecido como norma rectora en el artículo 10 del Código Penal, en el cual se preceptúa que la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal...”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación, allegó el concepto número 3643, recibido el 30 de agosto de 2004, en el que solicita a la Corte no acceder a las pretensiones del actor y declarar la constitucionalidad de la expresión acusada, contenida en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000, de conformidad con las consideraciones que se resumen enseguida.

La Vista Fiscal aclara que su intervención se centra en el cargo relativo al supuesto desconocimiento del derecho a la igualdad. Precisa igualmente que en la Constitución no se hace ninguna distinción entre deber legal y deber jurídico que permita derivar de su inobservancia una eventual inconstitucionalidad.

Recuerda que: “...Antes de consagrarse como derecho fundamental en la Carta Política de 1991, tratados internacionales y normas legales ya reconocían el derecho de los menores y las personas incapacitadas de valerse por sí mismas, a gozar de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, derecho que desde el punto de vista negativo implica, entre otras cosas, la prohibición de ser abandonados por quienes tienen a cargo su cuidado...”.

Recuerda que el artículo 30 del Código del Menor señala que un menor está en situación

irregular y por tanto debe ser sujeto de especiales medidas de protección cuando se encuentra en abandono o peligro y que dicha situación se halla claramente descrita en el artículo 31 de la misma norma en la que se alude específicamente a las personas llamadas por la ley a tener el cuidado personal de su crianza y educación.

Precisa que con la expedición de la Constitución de 1991, la garantía de los derechos de los menores y de la población afectada por discapacidad adquirió particular importancia y en consecuencia actualmente son considerados sujetos de protección constitucional reforzada, como se desprende de los artículos 13, 44, 46 y 47 superiores. Afirmar además que "...por razón de las condiciones especiales del menor y el impedido, las citadas disposiciones superiores maximizan el deber de protección y socorro que por mandato del numeral 2º del artículo 95 constitucional, y en virtud del principio de solidaridad social (artículo 1º y 2º ídem), se atribuye en un Estado Social de Derecho a toda persona y ciudadano, particularmente frente a situaciones en las cuales esté en peligro la vida o integridad personal...".

Afirmar que en cumplimiento de los mandatos constitucionales relativos a la protección de los menores y de la población afectada por discapacidad, existe un amplio desarrollo legal, a través de normas como la Ley 60 de 1993, Ley 100 de 1993, Ley 324 de 1996, Ley 361 de 1997, Ley 715 de 2001 y los Decretos 2681 de 1993 y 2644 de 1994. Igualmente, que en relación con la protección especial a los menores de edad y a la población impedida, el derecho internacional ha previsto su garantía en numerosos Tratados y Convenciones internacionales debidamente ratificados por el Estado Colombiano, Tratados en los que se ha hecho particular énfasis en el deber de protección que asiste en esta materia tanto a la familia, como a la sociedad y al Estado.

En ese sentido, aduce que fue en el marco de dicha amplia potestad de configuración punitiva que el Legislador decidió establecer como delito y en un tipo especial, el abandono de menores de doce años y personas incapaces de valerse por sí mismas cuando tal conducta es cometida por quien tiene el deber legal de velar por ellos, es decir por quien tiene la carga de su cuidado personal, crianza y educación en virtud de una obligación emanada de la Ley.

Precisa el artículo 127 del Código Penal es un tipo penal autónomo que castiga con pena

privativa de la libertad el acto de abandonar, aunque la víctima no haya padecido efectiva lesión a su integridad personal, de forma tal que se trata de una conducta punible de peligro, en la que el reproche está determinado por la injustificada puesta en peligro de la vida e integridad personal de personas que por su edad o condición son incapaces de valerse por sí mismas, cuando se tiene por virtud de la ley, el deber de protegerlas.

Señala que la expresión acusada de acuerdo con lo previsto en el último inciso del artículo 13 constitucional y el artículo 19-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene por finalidad coaccionar el cumplimiento del deber jurídico que dentro del Estado Social de Derecho se atribuye en virtud de la ley a determinadas personas de velar por el cuidado personal y crianza de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos y que son titulares de protección constitucional reforzada. Al respecto cita un aparte de la sentencia T-537 de 2002.

Así mismo, indica que: “...puede incurrir en el tipo penal de abandono tanto la familia, en sentido amplio (incluyendo padres, hermanos, hijos, abuelos, tíos), porque la ley de manera directa les asigna el deber de custodia o cuidado personal, como quienes por orden judicial o administrativa tienen a su cargo, aunque fuere transitoriamente, la asistencia y protección especial de los menores de 12 años y las personas impedidas, pues la sanción penal tiene por destinatario a quien por razón del vínculo natural o jurídico con la víctima tiene una obligación legal particular, concreta y claramente atribuida de atender a su cuidado...”.

Afirma que en este sentido la voluntad del legislador al establecer el artículo 127 del Código Penal, fue penalizar bajo la denominación de abandono el incumplimiento de un deber jurídico en particular, y es el que por virtud de la ley existe para determinadas personas de brindar especial protección a las personas que por su corta edad o condición física o mental carecen de capacidad para valerse por sí mismas.

Destaca entonces que “no resulta injustificado ni desproporcionado a la luz del ordenamiento constitucional, el reproche que a través del tipo penal de abandono se hace a las personas que desconocen el deber legal que es igualmente jurídico, de abandonar a niños e impedidos, pues en efecto los sujetos destinatarios de la norma tienen un deber jurídico concreto impuesto por la ley, distinto y más riguroso que el predicable de cualquier otra persona que carezca del mismo vínculo natural (parentesco) ó jurídico (orden judicial), para

con la víctima.”

Advierte que con dicha interpretación: “...no se quiere desconocer que los integrantes de la sociedad y el Estado también tiene un deber jurídico de protección especial, basado, para el caso de los menores de edad, en el artículo 44 constitucional, y en el principio de solidaridad social del artículo 95, numeral 2, el cual es aplicable tanto a éstos como a quienes se encuentran incapacitados de valerse por sí mismos...”.

Precisa que ello no debe hacer olvidar que los deberes de asistencia y protección están a cargo en primera instancia de los padres- para el caso de los menores-, y en defecto de ellos del tutor, curador, o quien sea encargado por la autoridad competente de manera permanente o transitoria del cuidado del menor o el incapaz de valerse por si mismo. Y que la atención que ha de brindar la sociedad y el Estado tiene carácter subsidiario cuando quienes conforme al ordenamiento legal no cumplan con el mencionado deber.

Recuerda que en relación con el deber de solidaridad que se predica de toda persona -y no como en el caso del delito de abandono de determinadas personas señaladas por la ley-, el Legislador estableció dentro del mismo título relativo a los delitos contra la vida e integridad personal, pero en capítulo aparte el artículo 131 del Código Penal, que sanciona la conducta de cualquier persona que omita sin justa causa auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentre en grave peligro.

En ese entendido, considera que: “...el punible de omisión de socorro complementa la protección estatal que a través de medidas legislativas corresponde brindar al Estado tanto a los menores de edad, como a quienes por su condición física o mental se encuentran incapacitados para valerse por sí mismos, frente a actos de abandono que pongan en peligro su vida o integridad personal...”.

La vista fiscal hace énfasis finalmente en que: “...excluir del texto penal el término legal, bajo la consideración que todos los integrantes de la sociedad tenemos el deber jurídico de asistir y proteger al menor e incapacitado, desembocaría en la inconstitucionalidad del precepto, toda vez que la delimitación de los eventos en los que concurre el mencionado deber, esto es, en los cuales se impone la obligación de asumir la custodia o cuidado personal de un tercero quedará a la exclusiva liberalidad del funcionario judicial, lo cual, como es sabido se opone al principio de legalidad, específicamente en cuanto al subprincipio

de tipicidad en materia penal...”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la expresión acusada hace parte de una Ley de la República.

2. La materia sujeta a examen

Para el demandante la expresión “legal” contenida en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal” que tipifica el delito de abandono vulnera los artículos 2, 5, 11 y 13 de la Constitución Política por cuanto i) con dicha expresión se establecería una diferencia de trato contraria a la Constitución entre los menores de doce años y personas en incapacidad de valerse por sí mismas frente a los cuales se tiene el deber legal de velar por ellos y aquellos en las mismas circunstancias frente a los cuales se tiene un deber jurídico; ii) la inconstitucionalidad provendría de la omisión del Legislador de proteger de la misma manera a unos y a otros; iii) Omisión que desconocería el deber de proteger la vida sin ninguna distinción (art. 2, 5 y 11 C.P.) al tiempo que incumpliría los mandatos superiores que obligan al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y a adoptar medidas a favor de los grupos discriminados y marginados, así como a proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.).

El actor solicita que en caso de no declararse la inexecutable de la expresión demandada se condicione la constitucionalidad de la misma en el entendido que ella alude a un deber jurídico y no simplemente a un deber legal.

El interviniente en representación del Ministerio del Interior y de Justicia y el señor Procurador coinciden en afirmar que no asiste razón al actor en relación con la acusación que formula en contra de la expresión “legal” contenida en el artículo 127 del Código Penal, por lo que solicitan la declaratoria de exequibilidad de la misma sin ningún tipo de

condicionamiento.

El interviniente en representación del Ministerio del Interior y de Justicia hace énfasis además en que i) ninguna omisión cabe invocar en relación con la protección de los derechos de los menores de doce años y las personas en incapacidad de valerse por si mismas, respecto de los cuales numerosas normas, no solamente penales, regulan la materia; ii) la interpretación sistemática con las normas civiles de la norma que contiene la expresión acusada muestra que ella alude concretamente a la responsabilidad que cabe a determinadas personas que a pesar tener a su cuidado según la ley un menor de doce años o una persona en incapacidad de valerse por si misma la abandonan; iii) quienes no tienen esa asignación específica por la ley en razón del parentesco o de una decisión judicial o administrativa del cuidado del menor de doce años o de la persona en incapacidad de valerse por si misma, no se encuentran en la misma situación y por tanto no cabe equiparar su situación con la de aquellos a que se refiere el artículo 127 del Código Penal; iv) acceder a la pretensión del actor a) implicaría establecer un sujeto activo indeterminado del delito de abandono con lo que se vulneraría abiertamente el principio de legalidad, b) establecería una especie de responsabilidad social de naturaleza penal, contraria a la responsabilidad penal individual sobre la cual se erige el ordenamiento punitivo y c) desconocería el carácter de última ratio del derecho penal.

Por su parte el Señor Procurador destaca que i) en la Constitución no se hace ninguna distinción entre deber legal y deber jurídico que permita derivar de su inobservancia una eventual inconstitucionalidad; ii) los Tratados Internacionales relativos a la protección especial a los menores de edad y a la población impedida, han hecho particular énfasis en el deber de protección que asiste en esta materia tanto a la familia, como a la sociedad y al Estado; iii) La voluntad del legislador -en ejercicio de su amplia potestad de configuración en este campo-, al establecer el artículo 127 del Código Penal, fue penalizar bajo la denominación de abandono el incumplimiento de un deber jurídico en particular, y es el que por virtud de la ley existe para determinadas personas a las que se les asigna el cuidado de los menores de doce años y las personas en incapacidad de valerse por si mismas a que alude la norma en que se contiene la expresión acusada; iv) dicha norma contiene un tipo penal autónomo en el que el reproche está determinado por la injustificada puesta en peligro de la vida e integridad personal de personas que por su edad o condición son incapaces de valerse por sí mismas, cuando se tiene por virtud de la ley, concretamente el deber de

protegerlas; v) no resulta injustificado ni desproporcionado que los sujetos destinatarios de la norma sean solo aquellos que tienen un deber jurídico concreto impuesto por la ley, distinto y más riguroso que el predicable de cualquier otra persona que carezca del mismo vínculo natural (parentesco) o jurídico (orden judicial), para con la víctima de abandono; vi) en relación con el deber de solidaridad que se predica de toda persona (art. 95-2 C.P.)-y no como en el caso del delito de abandono de determinadas personas señaladas por la ley-, el Legislador estableció dentro del mismo título relativo a los delitos contra la vida e integridad personal, pero en capítulo aparte el artículo 131 del Código Penal, que sanciona la conducta de cualquier persona que omita sin justa causa auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentre en grave peligro, con lo que se complementa, sin desconocimiento de los principios superiores invocados por el actor, la protección debida a los menores y a las personas incapaces de valerse por si mismas; y vii) acceder a las pretensiones del actor, bajo la consideración que todos los integrantes de la sociedad tienen el deber jurídico de asistir y proteger al menor e incapacitado, desembocaría en la inconstitucionalidad del precepto referido, toda vez que la delimitación de los eventos en los que concurre el mencionado deber, esto es, en los cuales se impone la obligación de asumir la custodia o cuidado personal de un tercero quedaría a la exclusiva liberalidad del funcionario judicial, en detrimento del principio de legalidad, y en particular del principio de tipicidad en materia penal.

Corresponde a la Corte en consecuencia examinar i) si el Legislador al introducir la expresión “legal” en el artículo 127 del Código Penal que define el delito de abandono estableció o no una discriminación contraria a la Constitución (art. 13 C.P), en cuanto señaló como sujetos activos de dicho delito solamente a aquellos que tienen el deber legal de velar por los menores de 12 años o las personas en incapacidad de valerse por si mismas que lleguen a ser abandonados y excluyó a otras personas de las que pueda llegar a predicarse respecto de dichos menores de 12 años o personas en incapacidad de valerse por si mismas un deber que el actor califica de “deber jurídico” sin precisar su alcance y contenido, ii) en el mismo orden de ideas si incurrió o no en una omisión que desconocería los mandatos superiores en materia de protección del derecho a la vida (art. 2, 5 y 11 C.P.), así como en materia de adopción de medidas a favor de los grupos discriminados y marginados, y de protección especial de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.).

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte considera necesario efectuar algunas precisiones relativas a: i) los deberes constitucionales en cabeza de los particulares y la necesaria regulación legal de los mismos como presupuesto de su exigibilidad ii) el alcance de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva y iii) el contexto normativo, contenido y alcance de la norma en la que se contiene la expresión acusada, que resultan pertinentes para el análisis de los cargos planteados en la demanda.

3.1 Los deberes constitucionales en cabeza de los particulares y la necesaria regulación legal de los mismos como presupuesto de su exigibilidad

3.1.1. De acuerdo con el Preámbulo y los artículos 1° y 2° de la Constitución, Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. En ella se señala dentro de los fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, al tiempo que se señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger a 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.

Diversos textos de la Constitución establecen deberes y obligaciones específicos no solo en cabeza del Estado, sino también de la sociedad y de la familia (arts. 42, 44, 45, 46, 67 C.P, entre otros), así como de la persona y el ciudadano (arts. 8, 49, 95 C.P. entre otros).

Como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, la Constitución Política entonces, no sólo reconoce derechos en cabeza de las personas sino que establece, deberes correlativos a aquellos, cuyo cumplimiento se exige a los asociados como factor insustituible para la efectiva vigencia de los postulados y mandatos constitucionales y para la realización de un orden jurídico, económico y social justo, como lo preconiza la Carta desde su mismo Preámbulo³. Deberes que deben entenderse no como una negación o restricción de las garantías que le asisten a las personas y a los ciudadanos, sino como una contribución para la obtención de los fines esenciales del Estado, a través de los cuales se les imponen ciertas conductas, comportamientos o prestaciones con fundamento en la Constitución y la Ley⁴.

Respecto de la complementariedad entre derechos y deberes señalados en la Constitución ha dicho la Corte:

“Existe una relación de complementariedad entre los derechos y los deberes constitucionales. La persona humana, centro del ordenamiento constitucional, no sólo es titular de derechos fundamentales sino que también es sujeto de deberes u obligaciones, imprescindibles para la convivencia social.

El reciente desarrollo de la teoría de los deberes constitucionales se explica por su escasa importancia bajo la concepción de las libertades públicas en el Estado liberal. El énfasis de los derechos individuales en las primeras Cartas de derechos obedecía exclusivamente a la necesidad de rodear a la persona de garantías contra el ejercicio del poder político. Bajo esta concepción, los deberes eran considerados preceptos de naturaleza moral o valores cívicos, no exigibles jurídicamente, a excepción de aquellos desarrollados por la ley que adquirirían la forma de obligaciones jurídicas.

Con la evolución del Estado liberal y su tránsito al Estado Social de derecho, el valor jurídico de los deberes ha variado de manera radical. Su incorporación en los textos constitucionales modernos, paralelamente a la idea de la Constitución como norma jurídica, son transformaciones políticas que otorgan una significación diferente a los deberes de la persona.

La concepción social del Estado de derecho, fundado en la solidaridad, la dignidad, el trabajo y la prevalencia del interés general (CP art. 1), se traduce en la vigencia inmediata de los derechos fundamentales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales. El artículo 1 de la Constitución erige a la solidaridad en fundamento de la organización estatal. Los nacionales y extranjeros tienen el deber de acatar la Constitución y la ley, y son responsables por su infracción (CP arts. 4 y 6). De esta forma, los deberes consagrados en la Carta Política han dejado de ser un desideratum del buen pater familias, para convertirse en imperativos que vinculan directamente a los particulares y de cuyo cumplimiento depende la convivencia pacífica.

La Constitución, además de fijar la organización política básica del Estado y garantizar los derechos y las libertades públicas, constituye un marco general de conducta que vincula directamente a los particulares. A la Corte Constitucional le ha sido confiada la tarea de

invalidar las normas y los actos públicos o privados que contradigan los preceptos constitucionales (CP art. 241). Estas dos circunstancias permiten concluir que los particulares, en sus actuaciones, están sujetos a la Constitución y a la ley en cuanto al cumplimiento de sus deberes y obligaciones”⁵.

3.1.2 Cabe destacar para efectos de la presente sentencia que en relación con la exigibilidad de los deberes constitucionales en cabeza de los particulares esta Corporación ha explicado que la idea liberal de una Constitución carece de una teoría de los deberes como preceptos jurídicamente relevantes, salvo que su desarrollo legal consagre una sanción en caso de incumplimiento⁶.

De tal manera que para que un deber constitucional sea exigible de un individuo en un caso concreto se requiere, a diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales que son directamente tutelables, de una decisión previa del legislador consistente en precisar el alcance del deber constitucional, en establecer si de éste se derivan obligaciones específicas y en definir las, así como en señalar las sanciones correspondientes, respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁷.

En este sentido en principio, ha dicho la Corte, los deberes que surgen de la Constitución Política sólo pueden ser exigidos a los particulares si media una norma legal que defina su alcance y significado de manera precisa⁸.

Al respecto la Corte en la Sentencia C-246 de 2002 al analizar una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 6 del artículo 6° de la Ley 25 de 1992 sobre deberes conyugales hizo las siguientes consideraciones que resulta pertinente reiterar:

“(L)os deberes que surgen de la Constitución Política sólo pueden ser exigidos a los particulares si media una norma legal que defina su alcance y significado de manera precisa(...)

Esto obedece a varios motivos dentro de los cuales cabe mencionar los siguientes.

Primero, el mismo texto del artículo 95 de la C.P. distingue entre los conceptos de deber y el de obligación. En efecto, la norma Superior tan solo acude a la noción de obligación para calificar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, la cual no está supeditada a que una

ley específica la consagre. No obstante, aún en este caso, es el legislador el que ha de precisar las sanciones imponibles a las personas que la incumplan, como sucede efectivamente en múltiples leyes. Todos los demás enunciados del artículo 95 C.P. aluden a deberes o responsabilidades. La génesis de la norma en la Asamblea Constituyente indica que esta decisión de los delegatarios resultó de la preocupación por evitar que los deberes fueran invocados para justificar medidas arbitrarias, en especial de funcionarios y órganos de la rama ejecutiva⁹. Ello coincide con la diferencia entre las raíces de ambas palabras. Por eso, mientras que la noción de obligación se asocia a ligar o constreñir, la de deber posee en sentido menos vinculante puesto que está asociada al significado “es necesario que”.

Segundo, si bien los deberes constitucionales tienen fuerza normativa, su objeto, estructura y fundamentación son diferentes a los de las obligaciones exigibles a las personas en un caso concreto.¹⁰ Por eso, del propio texto de la Constitución no es posible deducir de manera específica cuáles son las obligaciones a que están sujetas las personas en virtud del artículo 95 C.P. Las cargas sociales implícitas en los deberes constitucionales requieren de criterios de asignación de las mismas que, en principio, sólo el legislador puede determinar, salvo la existencia de precisos y concretos criterios constitucionales que permitan su asignación por parte de los jueces por vía de interpretación. Si esas determinaciones puede hacerlas cualquier autoridad en cualquier circunstancia respecto de cualquier individuo, el riesgo de arbitrariedad es grande y claro, por lo cual sólo al legislador se le confía la potestad de definir tales obligaciones específicas y de precisar las consecuencias de su incumplimiento.

Tercero, como Colombia es una república, una democracia, un sistema participativo y pluralista y un Estado Social de Derecho (artículo 1° C.P.), no es de recibo una concepción de los deberes constitucionales que justifique que se exija a las personas la realización de conductas que no han sido legalmente establecidas. De ser ello posible la dignidad, la libertad y la igualdad quedarían a merced de las autoridades y la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5° C.P.) sería una mera declaración formal.

Lo anterior no significa que un orden social justo (artículo 2 C.P. y Preámbulo) se funde exclusivamente en la protección de los derechos. Al consagrar de manera expresa deberes de las personas y de los ciudadanos, el constituyente reconoció que el orden civil democrático pasa por el respeto a los demás, por la realización de acciones de beneficio común y por la aceptación de cargas en condiciones de equidad y justicia. Todo ello, de

conformidad con el principio de legalidad en la especificación del alcance y los efectos de los deberes constitucionales.

De esta forma, se entiende que los deberes enunciados en la Constitución cumplen la función de ser, principalmente, patrones de referencia para la formación de la voluntad legislativa¹¹ y de ser fundamentos para la creación legal de obligaciones específicas que constituyen un desarrollo de la Constitución, normas que pueden llegar a justificar limitaciones razonables de los derechos constitucionales y referentes objetivos de la interpretación constitucional realizada por los jueces para resolver un caso concreto o específicamente para defender la supremacía e integridad de la Constitución, entre otras funciones. Como todas las demás disposiciones de la Carta, los deberes constitucionales han de ser interpretados en el contexto de un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad (artículo 1 C.P.) y en el cual tienen primacía los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.).

Los deberes constitucionales no autorizan al operador jurídico para hacer interpretaciones extensivas que intentan ampliar, en desmedro del ámbito de los derechos fundamentales, el campo de cobertura de tales deberes a situaciones que, por sus características y sentido, no guardan relación directa con la materia específicamente referida en la obligación legalmente definida”¹² (subrayas fuera de texto).

En ese orden de ideas la Corte ha señalado que los deberes imponibles a los particulares tienen, en principio, reserva de ley¹³, y por ello, como acaba de verse, las obligaciones de las personas deben ser concretadas por el Legislador, quien debe precisar no sólo su alcance sino también las eventuales sanciones que pueden ser impuestas en caso de incumplimiento de las mismas¹⁴.

3.2 El alcance de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva

La Corte ha sido enfática en reconocer que para la definición de la política criminal del Estado y, en particular, en materia penal para la configuración de las conductas punibles, el órgano legislativo tiene una competencia amplia y exclusiva que encuentra claro respaldo en el principio democrático y en la soberanía popular (C.P. arts. 1º y 3º), razón por la cual, corresponde a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, determinar, dentro de los marcos de la Constitución Política, la orientación del Estado en estas materias¹⁵.

Esta circunstancia, permite que el legislador adopte distintas estrategias de política criminal, siempre que la alternativa aprobada, además de ser legítima en cuanto a la forma en que se configura, respete los valores, preceptos y principios constitucionales. Así las cosas, es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional sino que corresponde al legislador desarrollarlos. La Corte ha precisado que en el ejercicio de su atribución el Congreso “no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). Pero, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta.¹⁶”

En este sentido es claro para la Corte que la Constitución reconoce al Legislador un margen de discrecionalidad para desarrollar la política criminal y determinar o no el establecimiento de delitos y sanciones según la valoración que este haga en el marco de la Constitución¹⁷. Ese es el margen de acción de la función legislativa en materia punitiva, en el que si el legislador advierte que la criminalización es la forma más invasiva de control social, por su intensa afectación de la libertad, y esa circunstancia no contribuye al perfeccionamiento de una política adecuada al logro de los fines perseguidos por la norma, puede prescindir de ella luego de la ponderación que haga de la realidad que pretende controlar¹⁸.

La Corte también ha sido constante en afirmar que mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales “bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado”¹⁹. En el mismo sentido “puede consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, entre otros”.²⁰

Por lo anterior, solamente “en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad,” 21 correspondería al juez Constitucional declarar la inexecutable de la disposición que sea objeto de análisis.

Cabe destacar al respecto que la jurisprudencia ha señalado con especial énfasis que en el Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden “El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio”. Por lo que “Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”.22

En ese orden de ideas la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

Sobre el particular la Corte hizo las siguientes precisiones en la Sentencia C-420 de 2002 en donde analizó el alcance de las competencias respectivas del Congreso y de la Corte Constitucional en esta materia.

Dijo la Corporación:

“(D)ebe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático23. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a

parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles.

Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

Entonces, el único supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador sería susceptible de controvertirse ante el juez constitucional se presentaría cuando ha conducido a la emisión de normas que controvierten el Texto Fundamental. No obstante, en este caso es claro que lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran.”²⁴.

3.3 El contexto normativo, contenido y alcance de la norma en la que se contiene la expresión acusada

3.3.1 Como lo destacan el interviniente en representación del Ministerio del interior y de Justicia y el señor Procurador General de la Nación, resulta de la mayor relevancia en el presente caso precisar el contexto normativo de la disposición en la que se contiene la expresión acusada en el presente proceso pues la interpretación sistemática de la misma con el conjunto del ordenamiento jurídico aporta importantes elementos sobre el contenido y alcance determinado por el Legislador para la misma.

Al respecto es claro para la Corte que dicha norma se configura dentro de los mandatos que en materia de protección especial a la niñez y de las personas en incapacidad de valerse por si mismas se establecen en la Constitución, así como en diversos instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

En efecto, el artículo 13 superior señala que el Estado adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados y protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

En ese orden de ideas igualmente el artículo 44 superior establece que 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; el artículo 45 constitucional señala que el Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud; el artículo 46 superior por su parte establece que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán a la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria, al tiempo que determina que es el Estado quien les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia; el artículo 47 superior señala que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran; así mismo el artículo 50 de la Constitución establece que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado y que la ley reglamentará la materia.

En lo que se refiere a los derechos de los niños particularmente cabe recordar que la Declaración de los derechos del niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 señaló en el principio número 9 que “el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación”. Por su parte, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos incorporado al orden interno mediante la Ley 74 de 1968 señala que todos los niños tienen “derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. A su vez, la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por la Ley 12 de 1991, establece en el artículo 3, numeral 2, que “los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que

sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. En el mismo instrumento internacional se reitera en el artículo 18 que compete a los padres como los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”. El artículo 19, numeral 1, a su vez señala que corresponde a los Estados partes “mientras el niño se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que tenga a su cargo” adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de descuido o trato negligente²⁵.

En la Legislación colombiana cabe destacar la regulación establecida en el Código del Menor sobre los menores en situación de abandono o de peligro físico o moral (Título II de la parte primera del Decreto 2737 de 1989).

Respecto de las personas que por sus condiciones físicas o mentales no pueden valerse por sí mismas, además del reconocimiento constitucional del derecho a recibir especial protección por parte del Estado (artículo 13 C.P.), varios son los instrumentos internacionales que aluden a la función protectora de los mismos a cargo de la familia, la sociedad y el Estado, entre ellos cabe recordar, entre otras²⁶, las declaraciones sobre los Derechos del Retrasado Mental²⁷ y de los Impedidos²⁸, al igual que la que adopta el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad²⁹ como también la resolución sobre los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental³⁰.

Entre los derechos reconocidos a quienes están en incapacidad de valerse por si mismos cabe destacar el derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que la sustituya, salvo que sea indispensable su permanencia en un establecimiento especializado y la obligación del Estado de protegerlos contra toda forma de explotación o trato discriminatorio, abusivo o degradante (Declaración de los Derechos de los impedidos, numerales 9 y 10; Declaración de los derechos del retrasado mental, numerales 4, 5 y 6).

El derecho colombiano no ha sido ajeno a la preocupación por respetar los derechos de los impedidos. En este sentido como lo ha precisado la Corte el tema de la discapacidad se trata en consecuencia en el derecho civil, en el Código del Menor, en el derecho penal, en materia laboral y de seguridad social, en materia de educación, asignado específicamente

responsabilidades tanto al Estado como a la sociedad y a la familia³¹.

3.3.2 Ahora bien, la norma en la que se contiene la expresión acusada (art. 127 C. Penal) forma parte del capítulo VI “del abandono de menores y personas desvalidas³² del título I “De los delitos contra la vida y la integridad personal, del Libro segundo “de los delitos en particular” de la Ley 599 de 2000.

En ella se tipifica el delito de abandono y su tenor literal es el siguiente:

ARTICULO 127. ABANDONO. El que abandone a un menor de doce (12) años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.

Este texto debe concordarse necesariamente con las normas que en el Código Civil regulan los derechos y las obligaciones entre los padres y los hijos (Título XII del Libro I arts. 250 a 268)³³ , así como las obligaciones de los tutores y curadores (Títulos XXII a XXIX del Libro I arts. 428 a 556)³⁴ donde se establece quienes tienen a su cuidado y en qué condiciones a los menores y a las personas incapaces de valerse por si mismas de acuerdo con la legislación civil.

Así mismo debe interpretarse en armonía con las normas que en relación con el abandono de los menores se establecen en el Código del Menor (Título II “sobre el menor abandonado o en peligro físico o moral” de la parte primera “sobre los menores en situación irregular” del Decreto 2737 de 1989)³⁵ y con todas las demás normas en que de acuerdo con la ley se hayan señalado en cabeza de determinadas personas, deberes de cuidado de los menores y las personas incapaces de valerse por si mismas.

Se trata entonces de una sanción que razonablemente el Legislador decidió diferenciar de otras que pudieren imponerse a otras personas respecto de las cuales no puede predicarse la

obligación previamente establecida en la ley de velar por alguien.

Es pertinente recordar que dentro del mismo título del Código Penal sobre “delitos contra la vida y la integridad personal” pero en el capítulo VII, el Legislador tipificó el delito de omisión de socorro, provisión normativa que encuentra claro fundamento superior en el mandato contenido en el artículo 95-2 que establece dentro de los deberes de la persona y el ciudadano el de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

Dicho artículo es del siguiente tenor:

ARTICULO 131. OMISION DE SOCORRO. El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

No sobra precisar que dicho tipo penal se distingue claramente del delito de abandono por cuanto a diferencia de este no presupone la existencia de un deber establecido en la ley de velar por determinada persona, sino que alude a cualquier persona, no siendo pues un sujeto calificado por la ley el que pudiere incurrir en la conducta descrita en la norma sino cualquier persona que se encuentre ante la situación de otra cuya vida o salud esté en grave peligro y omite auxiliarla.

4. Análisis de los cargos

4.1 El cargo por la supuesta configuración de un tratamiento discriminatorio contrario a la Constitución (art. 13 C.P.).

Para el actor con la inclusión de la expresión acusada en el tipo penal de abandono se establecería una diferencia de trato que sería desproporcionada e irracional al tiempo que se desprotegerían unos menores que se encontrarían en la misma situación de aquellos que sí se protegen con la norma y ello por el hecho de no incluir dentro del referido tipo aquellas personas respecto de las cuales cabe predicar un “deber jurídico” y no un deber legal que es al que alude el artículo 127 del Código Penal.

Sobre el particular de antemano ha de recordarse que la jurisprudencia ha precisado, de manera invariable que en desarrollo del principio de igualdad contenido en el artículo 13 de

la Carta Política, corresponde al legislador otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones fácticas que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles³⁶.

La Corporación ha establecido también en múltiples ocasiones que un tratamiento legislativo diferente no implica per se una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable³⁷. La Corte ha acudido entonces a un instrumento metodológico³⁸ - sobre cuyo alcance y límites se ha pronunciado reiteradamente³⁹-, para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado⁴⁰.

Con base en dicho instrumento metodológico utilizado para analizar la supuesta vulneración del artículo 13 superior, la Corte ha establecido que el trato diferenciado para que se pueda considerar constitucionalmente legítimo, debe reunir las siguientes condiciones: i) que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; ii) que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; iii) que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; iv) que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; v) que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican⁴¹.

Respecto de la primera condición, que en caso de no cumplirse impide que se desarrolle el instrumento metodológico expresado⁴², la Corte ha precisado que el derecho a la igualdad que consagra la Constitución es objetivo y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, concepción ésta que supera así la noción de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente reglamentación a supuestos distintos.⁴³

Desde esta perspectiva solamente resulta posible establecer la eventual vulneración del principio de igualdad cuando las situaciones de hecho que se comparan atienden a dichos presupuestos⁴⁴.

Ahora bien, la Corte constata que en el presente caso, como se desprende de las

consideraciones preliminares de esta sentencia, no resulta posible equiparar, para efectos de atribuirles una responsabilidad penal idéntica, como pretende el actor, la situación de las personas a las que la ley de manera explícita y concreta atribuye la obligación de asumir el cuidado del menor de doce años o de la persona que se encuentra en incapacidad de valerse por sí misma -a que alude el artículo 127 del Código Penal-, con la de cualquier otra persona respecto de la cual eventualmente pudiera predicarse, -y sin que ello haya sido establecido concretamente por la ley- un deber que el actor califica de jurídico y que por lo demás este no precisa en sus contenidos y alcances.

Visto desde la perspectiva de los menores o personas incapaces de valerse por sí mismas a que alude la norma ninguna discriminación puede observarse en este caso pues el vínculo que las une a una persona a la que la ley asigna la obligación de velar por ellas, es distinto del que pudiere llegar a existir frente al resto de las personas respecto de las cuales pudiere predicarse un supuesto e indeterminado “deber jurídico”.

En ese orden de ideas, dado que es improcedente exigir el mismo tratamiento jurídico frente a supuestos de hecho diversos, asiste razón a señor Procurador cuando afirma que en el presente caso ninguna irrazonabilidad ni desproporcionalidad cabe predicarse respecto de la tipificación efectuada por el Legislador del delito de abandono, pues ni siquiera los supuestos planteados por el actor resultan comparables.

No asiste pues razón al actor en relación con la supuesta vulneración por la expresión acusada del principio de igualdad por lo que el cargo planteado en este sentido no está llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

4.2 El cargo por la supuesta omisión en que habría incurrido el Legislador frente a los mandatos contenidos en los artículos 2-5-11 y 13 superiores

4.2.1 Para el actor en este caso el Legislador habría incurrido en una omisión que propiciaría la desigualdad de trato por él acusada, al tiempo que desconocería el deber de proteger la vida sin ninguna distinción (arts. 2, 5 y 11), de la misma manera que se incumplirían los mandatos superiores que obligan al Estado a adoptar medidas en favor de los grupos discriminados y marginados, así como a proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.)

Es pertinente recordar inicialmente que en torno a la denominada omisión legislativa esta Corporación ha admitido la posibilidad de ejercer el control abstracto de constitucionalidad cuando se trata de omisiones de la ley de carácter relativo y, por el contrario, ha descartado la procedencia de demandas contra omisiones legislativas absolutas⁴⁵.

Así mismo que el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión está ligado, cuando se configura, a una “obligación de hacer”, que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud en una violación a la Carta.⁴⁶ En este sentido la inexecutableidad se predica de la conducta omisiva del Legislador que “(..) si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución favorece ciertos sectores y perjudica a otros (..) en cuanto adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa y tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás (..)”⁴⁷

La Corte ha explicado en este sentido que pueden ser declaradas inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad⁴⁸.

Al respecto ha dicho la Corte:

” El legislador es llamado a desarrollar los preceptos constitucionales y al hacerlo debe respetar los principios y las normas impuestos por el constituyente. No puede, por consiguiente, legislar discriminatoriamente favoreciendo tan solo a un grupo dentro de las muchas personas colocadas en idéntica situación. Si lo hace, incurre en omisión discriminatoria que hace inconstitucional la norma así expedida. En este sentido la jurisprudencia constitucional ha expresado: “El ejercicio de cualquier competencia discrecional que degenere en tratamientos discriminatorios (CP art. 13), frente a sujetos que se encuentren colocados en una misma situación, se torna arbitraria y pierde sustento constitucional.”⁴⁹

Con fundamento en estas consideraciones, para citar un ejemplo, se declaró inconstitucional el párrafo 1° del artículo 6 de la Ley 60 de 1993, referente a la posibilidad de continuar vinculando docentes a la Administración por contrato de trabajo, aduciéndose la inconstitucionalidad sobre el supuesto de que hasta tal grado no existían diferencias entre la actividad de los docentes temporales, vinculados por contrato de trabajo, y actividad de

los docentes empleados públicos, “que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos.” Fue aquí cuando se expresó que “la inexecutableidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato.” 50

Pero por fuera de esta hipótesis, el legislador en general tiene una amplia gama de configuración legislativa que sólo a él corresponde definir. Por lo cual puede ejercerla como a bien lo tenga, en la oportunidad que estime conveniente. La Corte Constitucional carece de competencia para exigir del Congreso la expedición de normas legales en determinado sentido; ni para ordenar la aplicación por extensión de normas jurídicas (..)” 51. (subrayas fuera de texto)

4.2.2 Ahora bien, Como se explicó en el punto anterior de esta sentencia ningún tratamiento discriminatorio puede endilgarse al Legislador por la introducción de la expresión “legal” en el texto del artículo 127 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de abandono y por tanto no se dan los supuestos a que se ha referido la jurisprudencia y que acaban de recordarse para proceder a declarar la inexecutableidad de una disposición por configurarse una omisión del Legislador.

En efecto, en el presente caso, se reitera, no se está en presencia de supuestos idénticos respecto de los cuales el Legislador en desarrollo de sus deberes constitucionales y en particular de los que surgen de los mandatos contenidos en los artículos 13 y 44 superiores, además de los que invoca el actor (arts. 2, 5 y 11 C.P.) haya debido atribuir la misma responsabilidad penal para proteger la vida e integridad personal de los menores de doce años o de las personas en incapacidad de valerse por sí mismas.

Ha de reiterarse en este sentido que visto desde la perspectiva de los menores o personas incapaces de valerse por sí mismas a que alude la norma en que se contiene la expresión acusada ninguna discriminación puede observarse en este caso por la introducción de la expresión “legal” en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de abandono pues el vínculo que las une a una persona a la que la ley asigna concretamente la

obligación de velar por ellas, es distinto del que pudiere llegar a existir frente al resto de las personas respecto de las cuales pudiere predicarse un supuesto e indeterminado “deber jurídico”.

Así las cosas, dado que ninguna omisión legislativa puede predicarse en este caso el cargo planteado en este sentido por el actor tampoco se encuentra llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

4.3 La petición de condicionamiento de la sentencia hecha por el actor

En relación con la petición que hace el actor de condicionar la constitucionalidad de la expresión acusada en el sentido a que él alude, la Corte además de reiterar que ningún reproche cabe a la expresión acusada frente a los cargos que él enuncia que pudiera llevar a condicionar su constitucionalidad a un determinado entendido acorde con la Constitución, considera pertinente recordar que en materia penal esta Corporación se ha abstenido⁵² de proferir sentencias condicionadas⁵³, o sentencias integradoras⁵⁴, que puedan llegar a tener el alcance de desconocer el principio de legalidad de los delitos y las sanciones, que se expresa en el aforismo latino “nullum crimen nulla poena sine previa lege” y que como se ha hecho énfasis en la doctrina⁵⁵, exige que todos los elementos del tipo penal sean establecidos por el Legislador⁵⁶. Así mismo que como se señaló en el aparte pertinente de esta sentencia es al Congreso a quien corresponde determinar la política criminal y no a esta Corporación cuyas competencias están precisamente determinadas (art. 241 C.P.).

Así las cosas y dado que como se desprende de las consideraciones de esta sentencia no cabe endilgar al Legislador ningún reproche por la introducción de la expresión “legal” en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de abandono para calificar el deber a que en él se alude y que por el contrario dicha expresión atiende claramente los mandatos superiores invocados como vulnerados, así como los presupuestos de exigibilidad de los deberes en cabeza de los particulares ha que se ha referido la jurisprudencia de esta Corporación⁵⁷, lo que procede, contrariamente a lo que pretende el actor, es declarar la exequibilidad de la referida expresión sin ningún tipo de condicionamiento.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en

nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados, la expresión “legal” contenida en el artículo 127 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Presidente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, no firma la presente sentencia por cuanto le fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

SECRETARIA GENERAL

1 ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARAGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

3 Sentencia C-657/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

4 Ver Sentencia C-261/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

5 Sentencia T-125/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver entre otras las sentencias C-657/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-071/04 M.P. Álvaro Tafur Galvis

6 Sentencia T-125/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

7 Sentencia C- 246/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Sobre el particular, la sentencia T-125 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz El petente solicita que por la vía de la acción de tutela se obligue a un particular, en este caso a su propio hijo, a suministrar información relativa a un negocio jurídico en el que tiene interés directo e, incluso, se haga exigible judicialmente en su favor el pago de la parte del precio que le corresponde por concepto de sus derechos sobre el bien objeto de compraventa. Dicho caso guardaba relación con el cumplimiento de un deber constitucional genérico, como es el de obrar conforme al principio de solidaridad social ante situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas (CP art. 95-2) y, de uno específico, cual es, el deber, exigible de los hijos respecto de sus padres en la ancianidad (CP art. 42), consistente en proteger y asistir a las personas de la tercera edad (CP art. 46).

9 Cfr., entre otras, las Gacetas Constitucionales No. 82 p. 7 y 16, No. 83 p. 5; y No. 112 p. 7. Varios de los proyectos presentados en este punto a consideración de la Asamblea referían

en artículos separados la definición de los deberes y de las obligaciones del ciudadano, pues las obligaciones a diferencia de los deberes –que necesitan un desarrollo legal que los haga vinculantes- “pueden ser coercitivamente exigidas por las autoridades”.

10 No le corresponde a la Corte tomar partido entre las diferentes teorías sobre el objeto, la estructura y la fundamentación de los deberes y las obligaciones. Para un resumen de los principales enfoques se puede acudir a Rafael de Asís Roig. Deberes y obligaciones en la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

11 Cfr. sentencia T-801 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. La Corte ha indicado que “excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente”. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona en circunstancias concretas, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable. En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigibles inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales (en el caso citado el deber de solidaridad en conexión con la dignidad humana fue protegido directamente, pues el peticionario era una persona de la tercera edad que solicitaba la protección de su derecho a la seguridad social). Sobre el particular, pueden consultarse las sentencias T-125 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-036 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-351 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz).

12 Sentencia C-246/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Cabe señalar que la Corporación ha precisado cómo lo anterior no impide que en la ponderación de los valores constitucionales el juez de tutela tome directamente en cuenta de manera excepcional los deberes constitucionales ya que estos constituyen un criterio hermenéutico indispensable para la delimitación de los derechos fundamentales (Sentencia T-125 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Así en relación con el caso específico allí estudiado en la sentencia T-602 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte afirmó lo siguiente:

“Esta Corte ha aclarado en anteriores ocasiones, que los deberes constitucionales son patrones generales de conducta social deseable, que se concretan en acciones u omisiones de las personas, y cuya obligatoriedad sólo es exigible, en principio, a través de las vías ordinarias de defensa judicial de los derechos, cuando tales deberes se encuentran desarrollados en una ley que consagre las particulares acciones u omisiones en que cada uno de ellos se materializa socialmente. Si tal desarrollo legal no se ha dado, tampoco pueden exigirse directamente las acciones u omisiones en que se concreta el deber genérico. Por ejemplo, el cumplimiento del deber de contribuir al funcionamiento del Estado, no puede exigirse sin una ley que cree un determinado impuesto. Pero, -y ésta es la excepción a la regla general- cuando se incumple con un deber genérico, y tal infracción de la norma superior acarrea una violación o grave amenaza contra un derecho fundamental, la efectividad del derecho -e indirectamente, el cumplimiento del deber-, sí son exigibles judicialmente por vía de tutela (ver sentencias T-125 de 1994 y T-36 de 1995).” (subrayas fuera de texto).

Particularmente en relación con el deber de solidaridad (art. 95-2 C.P.) la Corte ha señalado la posibilidad de hacer excepcionalmente una aplicación directa de la norma Constitucional. La Corte ha precisado en todo caso que la regulación legal resulta indispensable en materia de determinación tanto las sanciones que puedan derivarse por su desconocimiento, como los máximos exigibles.

Al respecto en la Sentencia T-277 de 1999 M.P Alfredo Beltrán Sierra, en relación con el caso allí estudiado la Corte señaló lo siguiente:

“Sin lugar a dudas, uno de los deberes que puede exigirse, sin que medie norma expresa, es el que consagra el numeral 2 del artículo 95 de la Constitución.

“El numeral 2 del artículo 95, establece que es deber de todas las personas “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.”. Este numeral contempla, en términos de la jurisprudencia de esta Corporación i) una pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones. ii) un criterio de interpretación útil en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales. iii) un límite a los derechos propios. (sentencias T-125 de 1994

y 801 de 1998. Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

“Si aceptamos que es una pauta de comportamiento conforme al que deben obrar los particulares en determinadas situaciones – aquellas que pongan en peligro la vida o la salud de las personas-, es claro que será la situación y no una específica regulación que se haga de esta pauta de comportamiento, la que determine el cómo y hasta dónde debe ir la actuación del particular. La observancia de este principio, entonces, no requerirá de una regulación expresa, pues será cada situación la que permita determinar si se estaba en la obligación de obrar conforme a los postulados de este principio constitucional. La regulación, en este caso, se hace importante para determinar tanto las sanciones que puedan derivarse por su desconocimiento, como los máximos exigibles.”. (subrayas fuera de texto).

14 Ver Sentencia C-252/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. S.V. M. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 Ver en este sentido entre otras las sentencias C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero, C-226/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-420/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-762/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-205/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

16 Sentencia C-038 de 1995. Fundamento 4.

17 Al respecto cabe recordar lo dicho por la Corte en la Sentencia C-237/97 en la que se señaló lo siguiente: “El derecho penal, que en un Estado democrático debe ser la última ratio, puede ser utilizado, sin vulnerar la Constitución, para sancionar las conductas lesivas de bienes jurídicos ajenos que se estiman esenciales y cuya vulneración, en consecuencia, debe asociarse a una pena. La Corte, en función de la competencia que le ha sido atribuida, puede valorar la norma atendiendo sólo criterios de razonabilidad y proporcionalidad..” Sentencia C-237/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

18 Ver Sentencia C-226/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

19 Sentencia C-013/1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

20 Sentencia C-840 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

21 Ibidem.

22 Sentencia C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía: “Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”. Corte Constitucional, Sentencia C-646-01. M. P., Manuel José Cepeda Espinosa.

24 Sentencia C-420/02 M.P. Jaime Córdoba Treviño.

25 Al respecto cabe recordar así mismo que el Comité de Derechos Humanos en la observación general número 17 al fijar el alcance del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos precisó que “la obligación de garantizar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique

cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia (...) y especialmente a los padres, la tarea de crear condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el pacto los Estados Partes deben precisar la forma que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño”.

26 Resoluciones 31/123 de 1976, 32/133 de 1977, 33/170 de 1978, 34/154 de 1979, 35/133 de 1980, 36/77 de 1981, Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), Declaración de Viena y el Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93); resoluciones AG 1356 (XXV-0/95) y AG 1369 (XXVI-0/96), Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (13 de septiembre de 1994, Capítulo VI), Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (6 a 12 de marzo de 1995, Part. I, Cap. III), Declaración y Plataforma de Acción de Beijing aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (4 a 15 de septiembre de 1995 Cap. 1, Res. 1, anexos I y II), Resolución 48/97.

27Ibídem, “(..) Subrayando que en la Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social se ha proclamado la necesidad de proteger los derechos de los física y mentalmente desfavorecidos y de asegurar su bienestar y rehabilitación (..) 3. El retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil (..)” -20 de diciembre de 1971, Resolución 2856/XXVI.

28 Ibídem, “Teniendo presente la necesidad de prevenir la incapacidad física y mental y de ayudar a los impedidos a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, así como de fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal, (..) Proclama la presente Declaración de los Derechos de los Impedidos y pide que se adopten medidas en los planos nacional e internacional (..) 1. El término “impedido” designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia congénita o no. De sus facultades físicas o mentales. 5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible. 8. El impedido tiene derecho a que se tengan

en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social. 9.El impedido tiene derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que lo substituya y a participar en todas las actividades sociales, creadoras y recreativas. (..) 10. El impedido debe ser protegido contra toda explotación, toda reglamentación o todo trato discriminatorio, abusivo o degradante. (..) -9 de diciembre de 1975, Resolución 3447/XXX-.

30“Los presentes principios se aplicarán sin discriminación alguna (..). 3. Toda persona que padezca de una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en comunidad.(..) 7. 1. Todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive.(..) 9.4. El tratamiento de cada paciente estará destinado a preservar y estimular su independencia personal (..). Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991.

31 Al respecto ver entre otras las sentencia C-410/01 y C /03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

32 Además del artículo 127 sub examine en dicho capítulo se regulan los siguientes supuestos:

ARTICULO 128. ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

ARTICULO 129. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD Y ATENUANTE PUNITIVO. No habrá lugar a responsabilidad penal en las conductas descritas en los artículos anteriores, cuando el agente o la madre recoja voluntariamente al abandonado antes de que fuere auxiliado por otra persona, siempre que éste no hubiere sufrido lesión alguna.

Si hubiere sufrido lesión no habrá lugar a la agravante contemplada en el inciso 1 del artículo siguiente.

ARTICULO 130. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. Si de las conductas descritas en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte.

Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad.

33 Así por ejemplo cabe recordar el texto de los siguientes artículos:

“ARTICULO 251. CUIDADO Y AUXILIO A LOS PADRES. Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.

ARTICULO 252. DERECHOS DE OTROS ASCENDIENTES. Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia o de insuficiencias de los inmediatos descendientes.

ARTICULO 253. CRIANZA Y EDUCACION DE LOS HIJOS. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.

ARTICULO 254. CUIDADO DE LOS HIJOS POR TERCEROS. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos.

ARTICULO 257. CRIANZA, EDUCACION Y ESTABLECIMIENTO. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas que, tratando de ella, se dirán.

<Inciso segundo modificado por el artículo 19 del Decreto 2820 de 1974, el nuevo texto es el siguiente:> Si el marido y la mujer vivieren bajo estado de separación de bienes, deben contribuir a dichos gastos en proporción a sus facultades.

Pero si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y, en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales

en cuanto sea posible.

ARTICULO 258. GASTOS A FALTA DE UNO DE LOS PADRES. Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos, tocarán al sobreviviente en los términos del inciso final del precedente artículo.

ARTICULO 259. REVOCACION DE LAS RESOLUCIONES. Las resoluciones del juez, bajo los respectos indicados en los artículos anteriores, se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas; y podrán también modificarse o revocarse por el juez en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo.

ARTICULO 260. OBLIGACIONES DE LOS ABUELOS. La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos legítimos (expresión declarada INEXEQUIBLE Sentencia C-105/94 M.P.. Jorge Arango Mejía.) por una y otra línea conjuntamente.

El juez reglará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.

ARTICULO 261. ASISTENCIA DEL MENOR POR TERCEROS. <Artículo modificado por el artículo 20 del Decreto 2820 de 1974, el nuevo texto es el siguiente:> Si el hijo menor de edad, ausente de la casa de sus padres, se halla en urgente necesidad en que no pueda ser asistido por éstos, se presumirá la autorización de los mismos para las suministros que se le hagan por cualquier persona en razón de alimentos, habida consideración a la capacidad económica de aquellos.

<Inciso 2o. modificado por el artículo 3o. del Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente:> El que haga las suministros deberá dar noticia de ellas, lo más pronto posible, a cualquiera de los padres; si el menor estuviere al cuidado de otra persona, también a ésta. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar las consiguientes responsabilidades.

Lo dicho en los incisos precedentes se extiende, en su caso, a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo.

34 A título de ejemplo cabe recordar igualmente los siguientes artículos

ARTICULO 428. DEFINICION DE TUTELAS Y CURADURIAS. Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.

ARTICULO 429. PREVALENCIA DE DISPOSICIONES ESPECIALES. Las disposiciones de este título y de los dos siguientes están sujetas a las modificaciones y excepciones que se expresarán en los títulos especiales de la tutela y de cada especie de curaduría.

ARTICULO 430. EXTENSION DE LAS TUTELAS Y CURADURIAS. La tutela y las curadurías generales se extienden no sólo a los bienes sino a las personas de los individuos sometidos a ellas.

ARTICULO 431. TUTELA DE IMPUBERES. Están sujetos a tutela los impúberes.

ARTICULO 432. PERSONAS SUJETAS A CURADURIA. Están sujetos a curaduría general los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, y los sordomudos que no pueden darse a entender.

35 En particular cabe hacer énfasis en el texto del artículo 31 que alude específicamente a las personas encargadas por la Ley del cuidado de los menores

ARTICULO 31. Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando:

1. Fuere expósito.

2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la Ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.

3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituido en que hubiere ingresado, por las personas a quiénes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación.

4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando uno u otros lo toleren.

5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la Ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia.

6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social.

7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquiera otros motivos.

PARAGRAFO 1o. Se presume el incumplimiento de que trata el numeral 2 del presente artículo, cuando el menor está dedicado a la mendicidad o a la vagancia, o cuando no convive con las personas llamadas por la Ley a tener su cuidado personal. Esta presunción admite prueba en contrario.

PARAGRAFO 2o. Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se consideran como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al intensificar la angustia y la incertidumbre inherentes a esta situación vayan en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o desapego hacia alguno de sus progenitores. (subrayas fuera de texto).

Así mismo cabe hacer énfasis en los artículo 32 y 33 que señalan

ARTICULO 32. Toda persona que tenga conocimiento de la situación de abandono o peligro en que se encuentre un menor, deberá informarlo al Defensor de Familia del lugar más cercano o, en su defecto, a la autoridad de policía para que se tomen de inmediato las medidas necesarias para su protección.

36 Vid. T-02 de 1992 y T-230 de 1994, entre muchas otras.

37 Ver, entre muchas otras la sentencia C-530 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

38 Vid. Sentencias C-530 de 1993, T- 230 de 1994, C-318 y C-445 de 1995, C-037/03, entre otras.

39 Ha dicho la Corte “Es importante anotar, que si bien el test exige que el intérprete evalúe la necesidad del medio para el logro del fin perseguido, esta facultad no puede entenderse como una exclusión de la potestad plena del legislador para elegir entre diferentes alternativas las que, a su juicio, mejor satisfagan el fin propuesto. En otras palabras, si los medios utilizados son adecuados y proporcionados, el legislador podrá escoger el que estime más conveniente, sin necesidad de probar que la medida elegida es la única disponible para alcanzar su objetivo”. Sentencia C-337 de 1997. En el mismo sentido la Corte ha señalado lo siguiente “59- El control judicial del respeto de la igualdad de trato es una operación compleja, por cuanto el análisis realizado por el juez, cuando ejerce el control, en cierta forma se superpone a unas consideraciones sobre la igualdad realizadas previamente por el Legislador o por la autoridad administrativa cuando expidieron el acto sujeto a control. En efecto, al expedir el acto, la autoridad política juzgó que para obtener un objetivo era válido establecer una determinada diferenciación. Esto significa que para esa autoridad, esa diferenciación no es discriminatoria. Posteriormente, al examinar la constitucionalidad de esa regulación, debe el juez estudiar si esa apreciación de la autoridad respeta o no la igualdad de trato, según la cual debe tratarse de manera igual aquello que es igual, y en forma distinta a las personas y situaciones que son distintas.

El gran problema para aplicar esa máxima es que, como lo han destacado en forma insistente los filósofos³⁹ y lo ha reconocido esta Corte, no existen en sí mismas situaciones o personas que sean totalmente iguales o totalmente distintas. Y eso es así porque ninguna

situación ni persona es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación y la misma persona; y, en ese mismo contexto, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos, como puede ser al menos el hecho de que son eventos, o entre las personas, como es el hecho de tener ciertos rasgos comunes. En tales circunstancias, las desigualdades o igualdades entre las personas o las situaciones no son nunca absolutas sino siempre parciales, esto es, desigualdades o igualdades desde cierto punto de vista. Por ejemplo, supongamos que hay dos jugadores de baloncesto, Juan, que es colombiano y Pedro, que es venezolano, y el primero ha cometido un crimen. Sus situaciones son entonces iguales pues ambos son deportistas y latinoamericanos. Pero sus situaciones son también distintas, en la medida en que tienen nacionalidades diversas y uno de ellos ha cometido un hecho punible.

60- Conforme a lo anterior, para precisar si el trato diferente a dos grupos de situaciones o personas desconoce o no la igualdad es necesario establecer un criterio o *tertium comparationis* a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales. Ahora bien, es obvio que ese criterio no puede ser arbitrario sino que debe ser relevante, de acuerdo a la finalidad misma que persigue el trato normativo que se analiza. Así, no podría, por ejemplo, Juan alegar que se violó la igualdad porque él fue condenado penalmente, mientras que Pedro no, y ambos son deportistas, pues es obvio que esa identidad entre ellos en ese aspecto, no es relevante para determinar si se les debe imponer o no sanción criminal. Igualmente, no podría exigir Pedro que se le dejara votar en Colombia como Juan, alegando que ambos son deportistas, por lo cual tienen los mismos derechos, pues lo relevante en este caso es que sólo uno de ellos es nacional colombiano, y por eso bien puede el ordenamiento restringirle al otro el derecho al voto.

61- El anterior análisis ya permite precisar un poco más el alcance de la igualdad, en los siguientes términos: este principio exige que deben ser tratadas de la misma forma dos situaciones que sean iguales, desde un punto de vista o *tertium comparationis*, que sea relevante, de acuerdo a la finalidad perseguida por la norma, o por la autoridad política. El problema que subsiste, en materia de control judicial del respeto a la igualdad es que los jueces deben evaluar si el trato diferente llevado a cabo por el órgano político se funda o no en situaciones diferentes. Ahora bien, es obvio que al adelantar ese trato diferente, la autoridad política utilizó algún criterio para diferenciar las situaciones y las personas. Por consiguiente, el juez entra a evaluar si ese criterio invocado por la ley es o no relevante y

válido para diferenciar las situaciones. En el fondo, el escrutinio judicial de la igualdad es un juicio judicial de igualdad que se superpone a un juicio político previo adelantado por la autoridad política. Sin embargo, la dificultad es que, al hacer tal análisis, el juez podrá, en cualquier caso, incurrir en dos vicios extremos, igualmente perjudiciales: la inocuidad del derecho a la igualdad o su dominio absoluto sobre los otros principios y valores constitucionales.

Así, siempre podría el juez considerar que el criterio de diferenciación invocado por la autoridad política es relevante, y que por ende, la autoridad política podía establecer el trato distinto. Pero también puede la igualdad tornarse un derecho “imperial”, que es capaz de acabar con la totalidad del ordenamiento jurídico, pues frente a cualquier trato distinto, podría el juez invocar un criterio igualador que supuestamente exigiría un trato igual.

62- El anterior análisis muestra que una de las grandes dificultades en el control del respeto a la igualdad es hasta qué punto debe el juez respetar el criterio de diferenciación usado por las autoridades políticas, a fin de evitar un análisis demasiado estricto, que podría aniquilar el ordenamiento legal, o por el contrario adelantar un escrutinio demasiado respetuoso del legislador, que vacíe de eficacia este derecho. La única forma de superar esa dificultad es modular la intensidad del juicio de igualdad, teniendo en cuenta el grado de libertad de que goza la autoridad política. Esto conduce a una regla elemental pero trascendental, que podría ser formulada así: entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional del respeto de la igualdad, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el Legislador utiliza criterios o regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución.”Sentencia C- 1191/01 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

40 Al respecto Ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, C-022 de 1996, C-093/01 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1108/01 MP Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1176/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1191/01 M.P. Rodrigo Uprimny Yépes , C-1114- y C-043/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

41 Dichos elementos fueron establecidos en la Sentencia C-530/1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero y reiterados en numerosas ocasiones. Sobre ese tema puede encontrarse un completo recuento en la sentencia C-093 de 2001.

42 En múltiples oportunidades esta Corporación ha explicado que. “la aplicación de los “tests” de razonabilidad y proporcionalidad se efectúa en etapas consecutivas y ordenadas (...)El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior.”Ver Sentencia C-022/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz En el mismo sentido, ver sentencias T-230 de 1994, T-563 de 1994, C-337 de 1997, T-454 de 1998, T-861 de 1999, C-445 de 1995, C-673 de 1999, C-093 de 2001, C-586/01, C-742/01, C-233/02, C-1116/03, entre muchas otras.

43 Corte Constitucional. Sentencia C-221/92 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

44 Ver Sentencia C-1063/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

45 Ver entre otras las sentencias C-543/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido ver, entre otras las sentencias C-246/01 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-410 y C-739/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-1064/01M.P. Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño, C-041/02 y C-780/03 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-374/04 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

46 Sentencia C-188 de 1996 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

47 Sentencia C-067/99 M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

48 Sentencia C-410/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

49 Sentencia C-555 de 1994. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

50 Ibídem.

51 Sentencia C-146/98 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

52 Así por ejemplo en relación con el delito de inasistencia alimentaria en la Sentencia C-016 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis la Corte se abstuvo de adicionar el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, que la hubiera llevado a introducir una modificación en un elemento estructural del tipo penal, a saber el sujeto activo del delito, y se limitó a exhortar al Congreso para que en ejercicio de sus competencias y en el marco de la Constitución

adicionara el tipo penal de inasistencia alimentaria para adecuarlo a los mandatos constitucionales.

53 Sentencia C-939/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

54 Sobre dicho tipo de sentencias ver, entre otras las sentencias C-109/95 y C-690/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-183/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-688/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-043/03 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

55 Ver al respecto, entre otros, Francisco Javier Díaz Revorio. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1º edición , 2001, pags 220 y ss.

56 Como lo ha explicado la Corte de manera reiterada dicho principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances dentro de las que cabe destacar i) la reserva legal, ii) la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas, iii) el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Principio que tiene a su vez dos implicaciones a) la prohibición de la analogía in malam partem y b) la proscripción de los tipos penales ambiguos. Ver al respecto, entre otras la Sentencia C-559/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Al respecto ver igualmente la Sentencia C-1080/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis en la que se señaló lo siguiente: “La predeterminación por el Legislador constituye entonces la esencia del respeto del principio de legalidad en materia de fijación de las penas, dado que el Legislador está en la obligación no solamente de estructurar claramente los elementos del tipo penal, delimitando su alcance de acuerdo a los bienes que deben ser objeto de tutela por el ordenamiento jurídico-penal, e imponiendo la determinación del sujeto responsable y de sus condiciones particulares y especiales, sino que debe establecer con idéntica claridad las penas que deben aplicarse en cada caso”.

57 Ver, entre otras las sentencias T-125/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-246/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-252/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. S.V. M. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra. y C-071/04

M.P. Álvaro Tafur Galvis.