

Sentencia C-093/21

DELITO DE ABANDONO-Agravación punitiva desconoce principio de legalidad penal

Tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad penal exige que la tipificación de las conductas punibles y de sus respectivas sanciones se realice de manera clara, específica y precisa. Las circunstancias de agravación constituyen tipos penales dependientes o subordinados de un tipo penal básico. En el caso objeto de estudio, no es inequívoco si aquella pretende serlo de los autónomos tipificados en los arts. 127 y 128 -abandono- o del dispuesto en el art. 103 -homicidio-, todos ellos del Código Penal. En tal sentido, el mandato de *lex stricta*, consustancial al principio constitucional de legalidad, resulta claramente desconocido.

CULPABILIDAD-Proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva

INTEGRACION NORMATIVA-Eventos en que procede

INTEGRACION NORMATIVA-Procedencia

POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-Competencia del Legislador

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHO PENAL-Sujeción a la Constitución

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHO PENAL-Límites

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Dimensiones

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Límites

ABANDONO-Características del tipo penal

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL-Fijación de tipos y definición de conductas de manera clara, precisa e inequívoca por parte del legislador

## LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

(...) si bien el principio de libertad de configuración legislativa confiere un margen de actuación al Legislador al momento de crear tipos penales, ello no es irrestricto o absoluto, ya que no puede ejercer esa competencia para invadir consecuentemente las facultades del fiscal y el juez en su tarea de elaborar un correcto juicio de adecuación típica del caso concreto al hecho descrito en la ley, sugiriendo a modo imperativo una adecuación típica neta y estrictamente objetiva.

## RESPONSABILIDAD PENAL-Establecimiento a partir de la verificación de culpabilidad

(...) son el dolo o la culpa aquello que obliga a una u otra adecuación típica ya que, de conformidad con el principio constitucional de culpabilidad, la responsabilidad subjetiva demarca el camino de la acción del fiscal y del juez, para efectos de la escogencia de la tipicidad y de la pena consiguiente, una vez se determina, además, que el hecho es antijurídico. Dicho de otro modo, la conexión subjetiva -voluntad- del agente del delito, signada como dolo o culpa, enfatiza la existencia de una exigencia sine qua non -la responsabilidad subjetiva- como elemento del principio de culpabilidad.

Referencia: expediente D-13.722

Demanda de inconstitucionalidad en contra del art. 130 (parcial) de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal"

Demandantes: Herney Hoyos Garcés y William Alexander Londoño

Magistrados sustanciadores:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Y

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, en especial de la prevista en el art. 241.4 de la Constitución, y cumplidos los trámites y requisitos dispuestos en el Decreto 2067 de 1991, decide sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, presentada por

los ciudadanos Herney Hoyos Garcés y William Alexander Londoño en ejercicio de la acción pública regulada en el art. 40.6 de la Constitución.

## I. DISPOSICIÓN DEMANDADA

1. La siguiente corresponde a la transcripción del art. 130 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, conforme a la subrogación de que fue objeto por el art. 41 de la Ley 1453 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”, esta última publicada en el Diario Oficial 48.110 de junio 24 de 2011, y se resaltan las expresiones que se demandan:

“Artículo 130. Circunstancias de agravación. 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 el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley” (se resalta la expresión demandada).

## I. DEMANDA Y CARGO

1. Los demandantes solicitaron la declaratoria de inexecutable de la expresión resaltada al presuntamente desconocer el principio de presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, de que tratan el art. 29 de la Constitución.

1. Para los accionantes, la expresión afecta las citadas garantías constitucionales, al estatuir un supuesto de “imputación objetiva”, al suponer un “juicio de culpabilidad basado en la sola comisión material de la conducta, sin la conjunción de la comisión subjetiva de la misma”<sup>2</sup>. Lo anterior, en la medida en que, conforme a esta disposición, para la configuración de la “tentativa de homicidio” sería suficiente acreditar el elemento objetivo de que trata el inciso 2° del art. 130, esto es, que el abandono se hubiese producido “en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro”, de tal forma que exime a la Fiscalía General de la Nación de probar el elemento subjetivo, relacionado con “los elementos volitivo y cognoscitivo del dolo”<sup>3</sup>. Así las cosas, el aparte acusado, “introduce implícitamente, sin hesitación, la presunción de dolo directo”<sup>4</sup> en la conducta de tentativa de homicidio, ya que del aparte demandado se infiere que del abandono del “recién nacido”, en las circunstancias allí descritas, “se sigue necesaria o lógicamente que el agente activo haya tenido la voluntad de cometer homicidio”<sup>5</sup>.

1. Además, de esta manera, precisan los demandantes, la disposición desplaza la “carga de la prueba que en un proceso penal de tendencia acusatoria y permeado por las disposiciones constitucionales corresponde a la fiscalía”<sup>6</sup>. Esto es así, según indican, por cuanto, “al disponer que ‘se constituirá la tentativa de homicidio’, como se ha analizado en precedencia, no solo presume el dolo en la actuación del agente activo, sino que obliga a este, en virtud de esa presunción, a demostrar que no concurría en su conducta los elementos volitivo y cognoscitivo del dolo”<sup>7</sup>. De allí que, respecto de este, se exima de su prueba a la Fiscalía General de la Nación<sup>8</sup>.

1. En suma, para los demandantes, el aparte demandado es contrario al art. 29 constitucional, por cuanto,

“toda forma de responsabilidad objetiva está proscrita, de manera que al órgano acusador le corresponde probar el dolo o dolo eventual para endilgar la responsabilidad penal al sindicado. De esta manera, cuando la norma dispone que se constituirá tentativa de homicidio aduce que, de alguna manera, probado el abandono en las circunstancias ya conocidas, corresponde, pues, a la defensa, acreditar la no existencia del dolo, cuando

realmente es la Fiscalía la encargada de demostrar todos los elementos que integran la tipicidad, máxime si se trata de las modalidades de la conducta”<sup>9</sup>.

## I. INTERVENCIONES Y CONCEPTOS

1. A continuación, se enuncia el sentido de las intervenciones y del concepto del Procurador General de la Nación. Luego, se describen las razones que fundamentan cada postura:

Mérito del cargo

Exequibilidad

Exequibilidad condicionada

Inexequibilidad

Ministerio de Justicia y del Derecho

Harold Eduardo Sua Montaña

Procurador General de la Nación

Academia Colombiana de Jurisprudencia

Universidad Libre (seccional Bogotá)

1. Autoridades que dictaron o participaron en la elaboración o expedición de la disposición demandada<sup>10</sup>

1. Ministerio de Justicia y del Derecho

1. Solicita declarar la exequibilidad de la disposición. Consideró que el agravante que estipula es razonable y proporcionado, en la medida en que “atiende a criterios objetivos referidos a la gravedad de la conducta ilícita y la alta repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tiene en el orden social”<sup>11</sup>. En relación con lo primero, precisa que, “la aplicación del agravante, contemplado en la norma acusada, requiere una serie de valoraciones probatorias que [sic] a diferencia de lo afirmado en la demanda, garantizan plenamente el derecho de defensa y la presunción de inocencia”<sup>12</sup>. En relación con lo segundo, indica que, “El sustento constitucional de la norma acusada se encuentra en lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política”, conforme al cual, “los derechos de los niños [prevalecen] sobre los derechos de los demás”<sup>13</sup>. En consecuencia, para el interviniente, “El abandono por quien tiene el deber de asistir al menor, además de constituir un acto inhumano, lleva implícita la desprotección y negación de los derechos de los niños, lo cual desconoce el principio de interés superior y prevalencia de los mismos y, además, justifica que la conducta conlleve agravantes punitivos”<sup>14</sup>.

## 1. Intervenciones ciudadanas<sup>15</sup>

### 1. Harold Eduardo Sua Montaña

1. Solicita declarar la exequibilidad condicionada del inciso 2° del artículo 130 de la Ley 599 de 2000, en el sentido de que:

“(i) el ente acusador debe probar que el sujeto activo de la conducta era consciente del riesgo al que exponía al recién nacido o dicho error era previsible al ser el delito de abandono un delito cuyo agente delincuencia es una persona que se encuentre legal y actualmente obligada a prestar asistencia o socorro a otra y (ii) la tentativa de homicidio que establece la norma es de carácter preterintencional por el hecho de ir más allá de la intención del agente la trasgresión del bien jurídico de la vida”<sup>16</sup>.

1. Para el interviniente, el citado condicionamiento se fundamenta en los siguientes dos razonamientos: de un lado, que,

“el ente acusador debe siempre demostrar la ocurrencia de los elementos configurativos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y el supuesto fáctico del tipo penal permitiéndole al indiciado, acusado o procesado refutar o controvertir los argumentos, evidencia física o elementos materiales probatorios [...] y manteniéndose la presunción de inocencia mientras no la desvirtué el juez según las pruebas aportadas del ente acusador”<sup>17</sup>.

1. De otro lado, señala que,

“La tentativa de homicidio consagrada en el artículo 130 del Código Penal toma como presupuestos fácticos un resultado delincuencial previsible originado de una intención criminal distinta del sujeto activo de la conducta punible habiéndole dado implícitamente el legislador una modalidad preterintencional”<sup>18</sup>.

1. Entidades públicas, organizaciones privadas y expertos invitados<sup>19</sup>

1. Pontificia Universidad Javeriana (Semillero en Derecho Penitenciario)<sup>20</sup>

1. Para la interviniente, el aparte demandado efectivamente estatuye un supuesto de responsabilidad objetiva, contrario a la presunción de inocencia, en la medida en que, “la consecuencia jurídica allí consagrada (tentativa de homicidio), se desprende de una tipicidad subjetiva diferente al dolo que demandan los delitos de abandono y personas desvalidas”<sup>21</sup>. En consecuencia, la facultad que atribuye el aparte demandado es contraria al derecho de defensa, al desconocer el “principio de congruencia”, “coherencia” o “correlación entre

acusación o sentencia”<sup>22</sup>, ya que “sorprende” “a la defensa, con una eventual condena por un delito de tentativa de homicidio, frente al cual no tuvo la oportunidad de debatir”<sup>23</sup>.

1. Para ilustrar el argumento anterior, a lo largo de la intervención, hace referencia a la diferencia que existe entre el dolo “de abandono” y el dolo “de matar”. A partir de esta distinción, precisa lo siguiente:

“en caso de que el delito no se consume por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, la imputación – en ejercicio del ius puniendi – debe ser por el delito de tentativa de homicidio y no por el delito de abandono agravado, utilizando para este último, la fórmula mágica consagrada en la norma demandada, evadiendo así el juicio de adecuación típica correcto”<sup>24</sup>.

1. Academia Colombiana de Jurisprudencia<sup>25</sup>

1. Señala que la expresión demandada debe declararse inexecutable al estatuir un supuesto de responsabilidad objetiva, desconocer el derecho de defensa y la presunción de inocencia. Para fundamentar esta tesis, indica:

“En este evento el fallador, de encontrar responsable al agente del punible por haber abandonado a un menor, le condenará por homicidio en grado de tentativa sin intranquilizarle si obró con el animus necandi de que hablan los tratadistas, pues la norma le impone: ‘se constituirá la tentativa de homicidio’, olvidando el mandamiento radical de la proscripción de responsabilidad objetiva. || Tan radical mandato le impedirá al Juez, o al menos le eximirá, de comprobar el grado de culpabilidad del agente, en particular la intencionalidad dolosa de matar, con lo cual se agravia el derecho sustancial a la defensa también de arraigo constitucional. Se invertirá la carga de la prueba y con ello la presunción de inocencia”<sup>26</sup>.

1. Universidad Libre (seccional Bogotá)<sup>27</sup>

1. En la medida en que el aparte demandado da lugar a una falta de congruencia entre la imputación, la acusación y el juzgamiento desconoce no solo el derecho de defensa del procesado (art. 29 constitucional), en su expresión de “igualdad de armas”<sup>28</sup>, sino también el interés superior del menor, al posibilitar “indebidas condenas o impunidad”<sup>29</sup>. En particular, precisa:

“Con ocasión en los argumentos presentados se hace necesario que se declare la Inconstitucionalidad de la norma demandada por evidenciarse indebida técnica legislativa, a fin de que se disponga en garantía del procesado y del recién nacido la protección de sus derechos, por lo que el abandono agravado en concepto del observatorio, debe establecer las consecuencias jurídicas pertinentes, sin que generen confusión en el análisis legal y judicial con un tipo penal autónomo y con características diferentes como ocurre con el homicidio en su modalidad tentada”<sup>30</sup>.

1. La tesis de la inexequibilidad, la fundamenta en el siguiente razonamiento:

“Frente al aparte subrayado el observatorio de intervención ciudadana constitucional considera que le asiste razón a los demandantes por cuanto: || 1. Como se indicó, el abandono constituye un delito de mera conducta, peligro y es pluriofensivo, mientras que el homicidio, por el contrario, es un delito de lesión, resultado y mono ofensivo. || 2. Al hacerse alusión en el artículo 130 referente al abandono de recién nacido, si se realiza en sitio o circunstancias que coloquen en peligro la vida del menor como constitutivo del delito de tentativa de homicidio, de manera clara se tendrían que estudiar y probar dos verbos rectores autónomos, de un lado el abandono y de otro el matar. || 3. La tentativa de homicidio como delito autónomo se constituye cuando se inicie la ejecución de la conducta mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación del resultado, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo, lo que implica que la tentativa de homicidio supone que se puede probar que inequívocamente se buscaba el resultado muerte, empero si se está hablando del abandono agravado, lo que las partes entran a probar es un actuar diferente, cual es, el abandono, por lo que la presunción de inocencia frente a la tentativa de homicidio en el artículo 130 del Código Penal Colombiano, entraría a ser objeto de vulneración como

elemento fundante del debido proceso. (...) || Requiriendo el derecho a la presunción de inocencia como elemento fundante del debido proceso, que se tenga claridad sobre el delito para de esta manera aportar las pruebas pertinentes y demostrar la congruencia en el fallo, situación que de acuerdo con el artículo 130 de la ley 599 conlleva a condenar por tentativa de homicidio, pero probar el delito de abandono”<sup>31</sup>.

## 1. Concepto del Procurador General de la Nación<sup>32</sup>

1. Como argumento principal, solicita que la Corte se declare inhibida, por no satisfacer el cargo la exigencia de certeza. Según precisa, el cargo parte “de una premisa que no se desprende de la expresión normativa acusada, sino de una proposición deducida por el accionante”<sup>33</sup>, por cuanto, a diferencia de este –según el cual la disposición en que se contiene el aparte demandado constituye una circunstancia de “agravación punitiva”–,

“para la Procuraduría General de la Nación el inciso segundo del artículo 130 del Código Penal no es en estricto sentido una circunstancia de agravación punitiva, sino que es una descripción de la consecuencia jurídica del abandono en el evento en que de esa conducta punible se ponga en peligro la vida del recién nacido, es decir que tipifica como otros delitos (tentativa de homicidio y homicidio) la configuración de esas circunstancias. || Así las cosas, en el inciso segundo del artículo 130, el legislador le indicó a la Fiscalía qué delitos debe imputar en casos en que el sitio o las condiciones fácticas del abandono generan la muerte del recién nacido o ponen en peligro su vida. Así, se trata del ejercicio de la competencia constitucional (arts. 1, 3 CP) del legislador sobre el diseño de la política criminal del Estado, lo que incluye la definición de las conductas punibles, las penas a imponer y el procedimiento de aplicación de las sanciones penales. [...] || Ahora bien, y como se explicó, aunque la norma acusada únicamente está describiendo la forma en que se debe imputar determinado delito por la comisión de una conducta punible, el demandante asume que esto implica la anulación de las garantías propias del debido proceso”<sup>34</sup>.

1. De manera subsidiaria, solicita se declare la exequibilidad del aparte demandado, a partir del siguiente razonamiento:

“[...] como se explicó, de esta no se desprende la posibilidad de anular las garantías constitucionales derivadas del derecho al debido proceso, y adicionalmente, la norma tampoco incluye la potestad de eliminar las obligaciones constitucionales que materializan la presunción de inocencia y el derecho de defensa, pues es evidente que se mantiene incólume el mandato superior de llevar a cabo un juicio justo, transparente, en cumplimiento del principio de legalidad y de la protección de los derechos fundamentales de los acusados”<sup>35</sup>.

## I. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de la referencia, de conformidad con lo dispuesto por el art. 241.4 de la Constitución.

1. Cuestión previa: aptitud de la demanda e integración normativa al estudio de constitucionalidad de la totalidad del inciso 2° del art. 130 del Código Penal

1. En primer lugar, el Procurador General de la Nación solicita como petición principal que la Corte se declare inhibida para pronunciarse de fondo por falta de certeza del cargo. Según precisa, “el inciso segundo del artículo 130 del Código Penal no es en estricto sentido una circunstancia de agravación punitiva, sino que es una descripción de la consecuencia jurídica del abandono en el evento en que de esa conducta punible se ponga en peligro la vida del recién nacido, es decir que tipifica como otros delitos (tentativa de homicidio y homicidio) la configuración de esas circunstancias”<sup>36</sup>. Este argumento más que justificar la falta de

certeza del cargo implica una interpretación acerca del contenido normativo de la disposición que, de hecho, es contraria a su tenor literal. Dado que asumir la falta de certeza a partir de una interpretación del contenido normativo supone una valoración sustancial –como se precisa más adelante–, no es posible considerarla como un argumento suficiente para justificar la falta de aptitud de la demanda. En todo caso, dado que se trata de un argumento relevante para comprender el alcance de la disposición, a esta interpretación se hará referencia en el título 4.1 infra.

1. En segundo lugar, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6, inc. 3°, del Decreto 2067 de 1991<sup>37</sup>, la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad excepcional de integrar al estudio de constitucionalidad otras disposiciones no demandadas en los siguientes supuestos:

“(i) cuando se demande una disposición cuyo contenido deóntico no sea claro, unívoco o autónomo, (ii) cuando la disposición cuestionada se encuentre reproducida en otras que posean el mismo contenido deóntico de aquella, y (iii) cuando la norma se encuentre intrínsecamente relacionada con otra disposición que pueda ser, presumiblemente, inconstitucional”<sup>38</sup>.

1. En el presente asunto, a pesar de que se demanda la expresión “se constituirá la tentativa de homicidio” del inciso 2° del art. 130 del Código Penal, la Sala integrará a la revisión constitucional la totalidad del inciso, al considerar que las razones de la demanda son igualmente predicables del otro supuesto que regula la disposición, relacionado con la aplicación de la pena contemplada para el “homicidio”, si como consecuencia del abandono “sobreviniere la muerte”<sup>39</sup>.

1. Según se precisa en la demanda, la expresión “se constituirá la tentativa de homicidio” permite imputar –en el caso de la Fiscalía General de la Nación– y condenar –en el caso del juez penal– por el delito de “tentativa de homicidio” sin que sea necesario acreditar el elemento subjetivo –dolo– del tipo de penal de “homicidio”; en otros términos, que, para los mismos fines, es suficiente acreditar la circunstancia objetiva que tipifica, sin aquellos

elementos propios de los delitos de abandono que pretende agravar –arts. 127 y 128 del Código Penal<sup>40</sup>–.

1. Para la Sala, un razonamiento idéntico permite también cuestionar la constitucionalidad de la segunda parte del inciso 2° del art. 130 del Código Penal, razón que justifica la integración normativa en el presente caso. Esto es así si se tiene en cuenta que la expresión, “si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley” también da lugar al mismo cuestionamiento respecto de la falta de certeza del comportamiento que tipifica, a la vez que también puede interpretarse como una cláusula que exonera de valorar la culpabilidad en la comisión del ilícito, al ser suficiente acreditar las circunstancias objetivas que prescribe, sin que se requiera, por tanto, acreditar el elemento subjetivo que exige el tipo penal de “homicidio”, al tratarse de una circunstancia de agravación de los delitos de abandono.

1. Así las cosas, se trata de otro contenido normativo que puede ser “presumiblemente inconstitucional” al ser igualmente válidas las razones de la demanda respecto de este otro supuesto, relacionadas con el posible desconocimiento del art. 29 de la Constitución. Por tanto, en atención a lo dispuesto por el art. 6 del Decreto 2067 de 1991, para efectos de garantizar la efectividad del control constitucional, la coherencia del orden jurídico y el principio de economía procesal, se revisará la constitucionalidad de la totalidad del inciso 2° del art. 130 del Código Penal.

## 1. Problema jurídico

1. Le corresponde a la Sala decidir si el inciso 2° del art. 130 del Código Penal satisface las exigencias adscritas a los principios de legalidad y culpabilidad, integrantes del debido proceso penal (art. 29 constitucional), al estatuir dos circunstancias de agravación –“tentativa de homicidio” y “homicidio”– para los delitos de abandono que regulan los arts.

127 y 128 del Código Penal.

## 1. Solución del problema jurídico

1. Para la Sala, el inciso 2° del art. 130 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, conforme a la subrogación de que fue objeto por medio del art. 41 de la Ley 1453 de 2011, desconoce los principios de legalidad y culpabilidad penal (art. 29 de la Constitución). Ello se da al no satisfacer las exigencias de claridad, especificidad y precisión que requiere la tipificación de una circunstancia de agravación; en efecto, la disposición genera incertidumbre acerca del carácter del comportamiento que tipifica –principio de legalidad– y del contenido del elemento subjetivo que exige para su configuración –principio de culpabilidad–.

1. La solución del problema jurídico supone precisar los límites constitucionales, materiales y formales, a la competencia legislativa para definir los delitos y las penas, y, a partir de estos, explicar cómo el inciso 2° del art. 130 del Código Penal no solo desconoce el mandato de *lex stricta*, definitorio del principio constitucional de legalidad penal –título 4.1 infra–, sino que, como consecuencia de la falta de claridad, especificidad y precisión en la descripción típica se desconoce el mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del principio constitucional de culpabilidad penal –título 4.2 infra–.

1. El inciso 2° del art. 130 del Código Penal desconoce el mandato de *lex stricta*, definitorio del principio constitucional de legalidad penal

1. La política criminal comprende 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”<sup>41</sup>. Uno de los medios para su concreción lo constituye el ejercicio de la competencia legislativa para tipificar qué conductas constituyen delitos y cuáles deben ser las penas aplicables, como medida idónea, necesaria y proporcional para proteger determinados bienes jurídicos.

1. En la misma línea de argumentación, siempre debe recordarse que los principios constitucionales obran como barreras y diques de contención del trabajo legislativo, para evitar todo exceso –y en esa medida cabe hablar de un principio de interdicción del exceso punitivo–. De esa manera el derecho penal como derecho constitucional aplicado, resulta de imposible construcción de espaldas al Texto Fundamental de una democracia<sup>42</sup>.

1. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, esta competencia encuentra límites materiales y formales de carácter constitucional: los primeros se asocian, de un lado, a su ejercicio necesario, ligado al concepto de ultima ratio del derecho penal<sup>43</sup>, y tendiente al cumplimiento de las funciones o fines de la pena<sup>44</sup>, y, de otro, a las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad<sup>45</sup>. Los segundos, especialmente relevantes para el caso que ocupa la atención de la Sala, obligan, entre otras, a que la tipificación de las conductas punibles y sus sanciones se realice de manera clara, específica y precisa<sup>46</sup>, exigencia adscrita al principio de legalidad penal<sup>47</sup>. En relación con uno de los límites formales, según se precisa en la Sentencia C-181 de 2016, que, a su vez, se fundamenta en la Sentencia C-599 de 1999, al principio de legalidad penal se adscriben las siguientes reglas y subprincipios:

“i) la reserva legal, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al Legislador y no a los jueces ni a la administración; ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; iii) el principio de legalidad en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el Legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a

la adecuación de la conducta reprochada en la descripción abstracta realizada por la norma [...]”.

1. En relación con esta última exigencia adscrita al principio de legalidad penal, en la sentencia en cita se señala, además:

“En conclusión, la tipicidad es un principio constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el Legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones”<sup>48</sup>.

1. Dado que las circunstancias de agravación constituyen tipos penales dependientes o subordinados de un tipo penal básico<sup>49</sup>, la competencia legislativa para su tipificación también se sujeta a estos límites materiales y formales y, en particular, son exigibles en su ejercicio los estándares de claridad, especificidad y precisión que se derivan del principio de legalidad penal.

1. En el presente asunto, el legislador estatuyó el inciso 2° del art. 130 del Código Penal a modo de tipo penal dependiente de los autónomos tipificados en los arts. 127 y 128 –abandono–, no así del art. 103 –homicidio–, lo cual se deriva de la ubicación de la disposición, de su denominación y del contenido dogmático que la conceptualiza como agravante. Sostener lo contrario, es decir, que se está ante un tipo penal autónomo –como lo propuso el Procurador General de la Nación– y no ante una circunstancia de agravación expresamente consagrada respecto de los delitos de abandono desconoce, de un lado, la clasificación de la tipología en materia penal y, de otro, da un alcance independiente a una disposición que depende para su aplicación de tipos penales básicos, se insiste, de aquellos regulados en los arts. 127 y 128 de la codificación penal.

1. Lo dicho es consecuente, además, de un lado, con la estructura típica del delito de abandono, que no es equiparable a la del homicidio, y con las razones propuestas en el trámite legislativo que dio lugar a la expedición de la disposición demandada.

1. En relación con lo primero, así lo precisaron en sus intervenciones el Procurador General de la Nación<sup>50</sup>, Harold Eduardo Sua Montaña<sup>51</sup>, la Pontificia Universidad Javeriana (Semillero en Derecho Penitenciario)<sup>52</sup> y la Universidad Libre (seccional Bogotá)<sup>53</sup>. En efecto, el delito de homicidio protege el bien jurídico de la vida, no supone un sujeto cualificado –como agente del delito, ni como sujeto pasivo del mismo– y la conducta o acción delictuosa es la de matar a otro; a diferencia de este, en los términos de la jurisprudencia constitucional, el delito de abandono tiene la siguiente estructura<sup>54</sup>:

“(i) El bien jurídico protegido, son la vida y la integridad personal; (ii) el agente del delito, es calificado, pues debe tratarse de una persona que se encuentre legal y actualmente obligada a prestar asistencia o socorro a otra, siendo la fuente principal de estas obligaciones las derivadas del parentesco familiar<sup>[55]</sup>; (iii) el sujeto pasivo, es también calificado, en tanto se trata de los menores de 12 años [como se precisa en el pie de página siguiente, se trata de los menores de 18 años] y otras personas distintas de los menores, concretamente los desvalidos que no estén en condiciones de asistirse por sí mismos, como puede ser el caso de los adultos mayores, los enfermos mentales o los discapacitados físicos. (iv) la conducta o acción delictuosa, es precisamente el abandono, entendido como la desprotección absoluta en que se deja a una persona a la que se le debe cuidado, es decir, que incurre en abandono, el que se sustrae a las obligaciones de asistencia y socorro que legalmente tiene con menores de edad o con personas desvalidas”<sup>56</sup>.

1. En relación con lo segundo, esto es, que el Legislador dispuso el inciso 2° del art. 130 del Código Penal a modo de tipo penal dependiente de los autónomos tipificados en los arts. 127 y 128 –abandono–, no así del art. 103 –homicidio–, también es consecuente con las razones propuestas en el trámite legislativo que dio lugar a la expedición de la disposición demandada. Si bien, de los antecedentes legislativos del art. 41 de la Ley 1453 de 2011 no es posible identificar que el Legislador hubiese perseguido una específica finalidad con la

modificación del inciso 2° del art. 130 de la Ley 599 de 2000, dado que la disposición no hizo parte del proyecto de ley inicial<sup>57</sup>, no tenía relación con los fines generales de la iniciativa<sup>58</sup>, ni existió alguna discusión específica acerca de su conveniencia, sí es posible encontrar algunas referencias a la necesidad de crear nuevas causales de agravación punitiva. En efecto, en cuanto a las reformas al Código Penal, se indicó en los antecedentes legislativos que estas “tienen que ver principalmente con la creación de nuevos tipos penales y el endurecimiento de algunos delitos para que no sean excarcelables”<sup>59</sup>. En cuanto a la justificación general de las medidas penales que se pretendía regular, se anunciaron nuevas causales de agravación y justificaciones generales para la inclusión o modificación de medidas con fundamento en la “potestad legislativa”; en especial, al hacer referencia a la “viabilidad constitucional” de todas ellas, se indicó:

“[...] La creación de nuevos tipos penales se encuentra fundamentada de igual manera en la Carta Magna, en donde se establecen los derechos de los niños (delito de tráfico de menores) y los fines de la seguridad social (delito de tráfico de medicamentos). [...] Las demás medidas de carácter penal tienen como fundamento la potestad del legislador de expedir las presentes en la Sentencia de la Corte Constitucional C-312 de 2002”<sup>60</sup>.

1. Ahora bien, antes de la expedición del art. 41 de la Ley 1453 de 2011 la regulación de las circunstancias de agravación de los delitos de abandono era clara, específica y precisa y, por tanto, inequívoca, en que lo era únicamente de estos delitos autónomos –arts. 127 y 128 del Código Penal–. En efecto, antes de esta modificación, el art. 130 del Código Penal –Ley 599 de 2000–, disponía: “Circunstancias de agravación. 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”. Una redacción análoga se contemplaba en el art. 348 del Decreto Ley 100 de 1980 –anterior Código Penal–, en los siguientes términos: “Abandono seguido de lesión o muerte. Si del hecho descrito 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”.

“Por su parte, el 348 consagra una agravación de la pena para el caso del abandono cuando el niño expósito sufre lesiones o muerte como consecuencia de aquél, en una disposición que de ninguna manera puede tacharse de contraria a las prescripciones fundamentales, pues mediante ella no se hace nada diferente de atribuir unos efectos sancionatorios más fuertes cuando la lesión causada reviste mayor gravedad y causa peores efectos”<sup>61</sup>.

1. La Sala justificó este razonamiento en las siguientes premisas:

“La verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces. [...]

Así las cosas, mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, 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. [...]

Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes -que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas”<sup>62</sup>.

1. Así las cosas, las regulaciones anteriores únicamente pretendieron “atribuir unos efectos

sancionatorios más fuertes”<sup>63</sup> –“el aumento [de la pena] será de una tercera parte a la mitad”– ante la mayor lesión –“Si sobreviniere la muerte”– a los bienes jurídicos que buscaban proteger los tipos penales de abandono. A diferencia de ellas, de la regulación actual no es posible inferir de manera inequívoca si las circunstancias de agravación que estipula pretenden serlo de los delitos autónomos tipificados en los arts. 127 y 128 –abandono– o del dispuesto en el art. 103 –homicidio–, de allí que la disposición no satisfaga las exigencias de claridad, especificidad y precisión, adscritas al principio de legalidad penal. Esta falta de precisión torna incierta su aplicación, dando lugar a hipótesis ilimitadas de subsunción, como aquellas propuestas por el demandante y la mayoría de los intervinientes, a las que se hizo referencia en el acápite de “III. Intervenciones y conceptos”. En tal sentido, el mandato de *lex stricta* consustancial al principio constitucional de legalidad, adscrito a las garantías del debido proceso que regula el art. 29 constitucional, resulta desconocido, al igual que el mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del principio constitucional de culpabilidad penal, como pasa a explicarse.

1. La falta de claridad, especificidad y precisión en la descripción típica del inciso 2° del art. 130 del Código Penal da lugar a que se desconozca el mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del principio constitucional de culpabilidad penal

1. Como lo plantearon los intervinientes, tal falta de precisión permite que la Fiscalía General de la Nación y el juez penal, respectivamente, puedan imputar y condenar por “tentativa de homicidio” u “homicidio” sin que sea necesario acreditar el elemento subjetivo –dolo– de este tipo penal, o que, para los mismos fines, sea suficiente acreditar la circunstancia objetiva que tipifica, sin aquellos elementos propios de los delitos de abandono, que pretende agravar.

1. Son el dolo o la culpa aquello que obliga a una u otra adecuación típica ya que, de conformidad con el principio constitucional de culpabilidad, la responsabilidad subjetiva demarca el camino de la acción del fiscal y del juez, para efectos de la escogencia de la tipicidad y de la pena consiguiente, una vez se determina, además, que el hecho es

antijurídico<sup>64</sup>. Dicho de otro modo, la conexión subjetiva –voluntad– del agente del delito, signada como dolo o culpa, enfatiza la existencia de una exigencia sine qua non –la responsabilidad subjetiva– como elemento del principio de culpabilidad<sup>65</sup>.

1. Así las cosas, la disposición demandada es un caso paradigmático de una incongruencia dogmática que amalgama un tipo penal completo de resultado –art. 103 del Código Penal– o de uno tentado –arts. 27 y 103 del Código Penal– con un tipo penal subordinado de mera conducta –arts. 127 y 128 del Código Penal–, pues difícil e indeterminado resulta que del solo abandono en lugar despoblado se infiera el animus necandi –ánimo de matar–, al paso que se desconoce el aspecto subjetivo de la circunstancia de agravación. Si ello es así, entonces, cuando el Legislador dispone que, “Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley”, no apenas invade el ámbito de los juicios de desvalor sobre la conducta concreta que han de efectuar el fiscal y el juez–en cuya virtud articulan la descripción objetiva de la conducta (tipo objetivo) con la forma como se ha manifestado la voluntad del agente del delito (tipo subjetivo)–, sino que, además, desconoce el mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del ya enunciado principio constitucional de culpabilidad –art. 29 constitucional–. Es, precisamente, esta razón adicional –a aquella tratada en el título 4.1 supra–, que justifica la declaratoria de inexequibilidad del inciso 2° del art. 130 del Código Penal.

1. Finalmente, en consonancia con lo dicho, precisa la Sala que esta disposición sugiere una subsunción determinada y vinculante para la fiscalía y el juez penal, que desconoce la naturaleza de las circunstancias de agravación, es decir, la de ser tipos penales subordinados y de su relación inescindible con los tipos penales básicos y completos. En relación con este último aspecto, si bien el principio de libertad de configuración legislativa confiere un margen de actuación al Legislador al momento de crear tipos penales, ello no es irrestricto o absoluto, ya que no puede ejercer esa competencia para invadir consecuentemente las facultades del fiscal y el juez en su tarea de elaborar un correcto juicio de adecuación típica

del caso concreto al hecho descrito en la ley, sugiriendo a modo imperativo una adecuación típica neta y estrictamente objetiva.

## 1. Conclusión

1. El tipo penal básico y completo –el homicidio–, al ser de medios abiertos, reprocha la causa de la muerte con independencia del medio que dé lugar a tal resultado. De esta manera, si el iter criminis tiene como causa el “abandono en lugar solitario”, y, por tanto, se trata de la conducta por medio de la cual se ejecuta el homicidio, el sujeto activo del delito no puede ser favorecido con una consecuencia jurídica de menor reproche, tal es el caso del abandono. En todo caso, en tal supuesto, los elementos subjetivos –los grados del elemento volitivo del dolo– permiten al fiscal y al juez, según el caso, decantarse por el dolo de consecuencias necesarias o el dolo eventual, teniendo en cuenta tesis como las de la “representación”, la “posibilidad” o la “probabilidad”.

1. Así las cosas, con la decisión que adoptará la Sala Plena en esta oportunidad no se está dejando una laguna de punibilidad respecto de todos aquellos resultados en los cuales el agente tenga por intención –dolo directo o eventual– al abandonar a un menor, lograr como resultado su muerte; esto por cuanto tal circunstancia se tipificaría con independencia del abandono, en un tipo penal de homicidio, o en una tentativa de homicidio en caso de que el resultado buscado por el agente –muerte del menor– no se concrete por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

## 1. Síntesis

1. Previa integración normativa de la totalidad del inciso 2° del art. 130 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, conforme a la subrogación de que fue objeto por el art. 41 de la Ley 1453 de 2011, concluye la Sala Plena que la disposición desconoce los principios de legalidad y culpabilidad penal –art. 29 de la Constitución–. Ello se da al no satisfacer las exigencias de claridad, especificidad y precisión que requiere la tipificación de una circunstancia de agravación; en efecto, la disposición genera incertidumbre acerca del carácter del comportamiento que tipifica y del contenido del elemento subjetivo que exige para su configuración. Esta falta de precisión torna incierta su aplicación, dando lugar a hipótesis ilimitadas de subsunción, como aquellas propuestas por el demandante y la mayoría de los intervinientes.

1. Tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad penal exige que la tipificación de las conductas punibles y de sus respectivas sanciones se realice de manera clara, específica y precisa. Las circunstancias de agravación constituyen tipos penales dependientes o subordinados de un tipo penal básico. En el caso objeto de estudio, no es inequívoco si aquella pretende serlo de los autónomos tipificados en los arts. 127 y 128 –abandono– o del dispuesto en el art. 103 –homicidio–, todos ellos del Código Penal. En tal sentido, el mandato de *lex stricta*, consustancial al principio constitucional de legalidad, resulta claramente desconocido.

1. Como lo plantearon los intervinientes, tal falta de precisión permite que la Fiscalía General de la Nación y el juez penal, respectivamente, puedan imputar y condenar por “tentativa de homicidio” u “homicidio” sin que sea necesario acreditar el elemento subjetivo –dolo– de este tipo penal, o que, para los mismos fines, sea suficiente acreditar la circunstancia objetiva que tipifica, sin aquellos elementos propios de los delitos de abandono, que pretende agravar. En efecto, son el dolo o la culpa aquello que obliga a una u otra adecuación típica ya que, de conformidad con el principio constitucional de culpabilidad, la responsabilidad subjetiva demarca el camino de la acción del fiscal y del juez, para efectos de la escogencia de la tipicidad y de la pena consiguiente, una vez se determina, además, que el hecho es antijurídico. Dicho de otro modo, la conexión subjetiva –voluntad– del agente del delito,

signada como dolo o culpa, enfatiza la existencia de una exigencia sine qua non –la responsabilidad subjetiva– como elemento del principio de culpabilidad.

1. Si ello es así, entonces, cuando el Legislador dispone que, “Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley”, no apenas invade el ámbito de los juicios de desvalor sobre la conducta concreta que han de efectuar el fiscal y el juez deben efectuar sobre el hecho concreto –en cuya virtud articulan la descripción objetiva de la conducta (tipo objetivo) con la forma como se ha manifestado la voluntad del agente del delito (tipo subjetivo)–, sino que, además, desconoce el mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del ya enunciado principio constitucional de culpabilidad. Se trata, además, de un precepto normativo que sugiere una subsunción determinada y vinculante para la fiscalía y el juez penal, que desconoce la naturaleza de las circunstancias de agravación, es decir, la de ser tipos penales subordinados y de su relación inescindible con los tipos penales básicos y completos.

1. En relación con este último aspecto, el principio de libertad de configuración legislativa aun cuando confiere un margen de actuación al Legislador al momento de crear tipos penales, ello no es irrestricto o absoluto, ya que no puede ejercer esa competencia para invadir consecuentemente las facultades del fiscal y el juez en su tarea de elaborar un correcto juicio de adecuación típica del caso concreto al hecho descrito en la ley, sugiriendo a modo imperativo una adecuación típica neta y estrictamente objetiva.

1. En el presente asunto, el Legislador estatuyó el inciso 2° del art. 130 del Código Penal a modo de tipo penal dependiente de los autónomos tipificados en los arts. 127 y 128 –abandono–, no así del art. 103 –homicidio–, lo cual se deriva de la ubicación tópica de la disposición, de su denominación y del contenido dogmático que la conceptualiza como agravante. Sostener lo contrario, es decir, que se está ante un tipo penal autónomo –como lo

propuso el Procurador General de la Nación- y no ante una circunstancia de agravación expresamente consagrada respecto de los delitos de abandono sería desconocer, de un lado, la clasificación de la tipología en materia penal y, de otro, dar un alcance independiente a una norma que, aunado a que no soporta el análisis de constitucionalidad a partir del principio de estricta tipicidad y legalidad, depende para su aplicación de tipos penales básicos, se insiste, de los arts. 127 y 128 de la codificación penal.

1. La disposición demandada es un caso paradigmático de una incongruencia dogmática que amalgama un tipo penal completo de resultado -art. 103 del Código Penal- o de uno tentado -arts. 27 y 103 del Código Penal- con un tipo penal subordinado de mera conducta -arts. 127 y 128 del Código Penal-, pues difícil e indeterminado resulta que del solo abandono en lugar despoblado se infiera el animus necandi -ánimo de matar-, al paso que se desconoce el aspecto subjetivo de la circunstancia de agravación.

1. Finalmente, precisa la Sala que la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso en mención no elimina la tipicidad del abandono. Con el inciso 1° del art. 130 del Código Penal se cubren todas las modalidades de abandono y con el art. 103 del Código Penal se cubre el resultado muerte, en caso de que este se siga del abandono.

1. El tipo penal básico y completo -el homicidio-, al ser de medios abiertos, reprocha la causa de la muerte con independencia del medio que dé lugar a tal resultado. De esta manera, si el iter criminis tiene como causa el “abandono en lugar solitario”, y, por tanto, se trata de la conducta por medio de la cual se ejecuta el homicidio, el sujeto activo del delito no puede ser favorecido con una consecuencia jurídica de menor reproche, tal es el caso del abandono. En todo caso, en tal supuesto, los elementos subjetivos -los grados del elemento volitivo del dolo- permiten al fiscal y al juez, según el caso, decantarse por el dolo de consecuencias necesarias o el dolo eventual, teniendo en cuenta tesis como las de la “representación”, la “posibilidad” o la “probabilidad”.

## I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el inciso 2° del art. 130 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, conforme a la subrogación de que fue objeto por el art. 41 de la Ley 1453 de 2011.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase,

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

No participa por impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Mediante auto de junio 18 de 2020, el magistrado sustanciador admitió únicamente el cargo propuesto en contra del art. 130, inciso 2°, de la Ley 599 de 2000, por el presunto desconocimiento del art. 29 constitucional, y rechazó los demás cargos contra este artículo y las restantes disposiciones demandadas. La decisión no fue suplicada. En el mismo auto, se ordenó comunicar el inicio del proceso a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, a la ministra de Justicia y del Derecho y a la secretaria Jurídica de la Presidencia de la República. Igualmente, invitó a participar a la Fiscalía General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Colegio de Abogados Penalistas de Colombia, a la Comisión Colombiana de Juristas, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las facultades de Derecho de las universidades Nacional de Colombia, Los Andes, de Antioquia, Externado de Colombia, Libre (Seccional Cúcuta), EAFIT y Javeriana. Por último, dio traslado al Procurador General de la Nación y ordenó fijar en lista el proceso, para que los ciudadanos intervinieran.

2 Fl. 8 de la demanda.

3 Ibid.

5 Fl. 6 de la demanda.

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Fl. 8 de la demanda.

9 Ibid.

10 Cfr., los arts. 244 de la Constitución y 11 del Decreto 2067 de 1991.

11 Fl. 5 del documento electrónico que contiene la intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

12 Ibid., fl. 8.

13 Ibid., fl. 6.

14 Ibid., fl. 8.

15 Cfr., los arts. 242.1 de la Constitución y 7 del Decreto 2067 de 1991. En cuanto al carácter de las intervenciones ciudadanas, cfr., las sentencias C-194 de 2013 y C-1155 de 2005 y los autos A-243 de 2001 y A-251 de 2001.

16 Fl. 3 de la intervención de Harold Eduardo Sua Montaña.

17 Ibid.

18 Ibid.

19 Cfr., el art. 13 del Decreto 2067 de 1991.

20 La intervención está suscrita por Norberto Hernández Jiménez y Guillermo Jaramillo Angarita, respectivamente, profesor (tutor del semillero) y estudiante (miembro del semillero).

21 Fl. 3 del documento electrónico que contiene la intervención.

22 Para la interviniente, esta corresponde a “una garantía a favor del procesado (...) que blinda la posibilidad de ser sorprendido en la sentencia frente a hechos y delitos que no fueron endilgados en su contra por parte del ente acusador y por los cuales no se tuvo oportunidad efectiva de controversia”. Ibid.

23 Ibid.

24 Ibid., fl. 4. Para diferenciar ambos tipos de dolo, en el contexto normativo específico del aparte demandado, acude a los siguientes ejemplos tomados de la doctrina. Para ilustrar el dolo “de matar”, citando a José F. Botero, señala: “‘En principio, ni fáctica ni jurídicamente es dable, según quien escribe, pensar que quien abandona a un recién nacido, en circunstancias que pongan en riesgo (amenaza) su vida está actuando con el dolo de simplemente abandonar, por el contrario, su actuar está orientado por un dolo eventual respecto de la muerte del menor como sería el caso de la persona que deja al recién nacido en un basurero o de la persona que deja al recién nacido entre escombros un día lluvioso y muy frío; frente a tal situación, las personas que dejan a esos recién nacidos se han representado como posibles las muertes de los menores dejando librado al azar la no ocurrencia de tan fatales resultados, lo que constituye, dogmáticamente, un dolo eventual de matar (C. P., artículo 22)’”. Para ilustrar el dolo de “abandono”, citando al mismo autor, indica: “Contrario sensu, el caso de ‘la madre que deja a su hijo recién nacido en un sitio solitario y a la intemperie un día muy lluvioso previendo que su hijo posiblemente morirá pero confiando imprudentemente en que habrá de pasar aquella persona que todos los días trota por ese lugar solitario, de manera tal que habrá de recoger a su hijo y llevarlo a un lugar seguro’ [...] En este caso el dolo es de abandono y no sería dable considerar este comportamiento como una tentativa de homicidio, a pesar que se actualiza el comportamiento descrito en el inciso 2° del artículo 130 del Código Penal”. Ibid.

25 La intervención está suscrita por Augusto Trujillo Muñoz, presidente de la organización.

26 Fl. 6 del documento electrónico que contiene la intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

27 La intervención está suscrita por Jorge Kenneth Burbano Villamarín y Claudia Patricia Orduz Barreto, respectivamente, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho y miembro del citado observatorio.

28 Fl. 7 del documento electrónico que contiene la intervención de la Universidad Libre (seccional Bogotá).

29 Ibid.

30 Ibid.

31 Ibid., fls. 5-6.

32 Cfr., lo dispuesto en los arts. 242.2 de la Constitución y el art. 7 del Decreto 2067 de 1991.

33 Fl. 4 del documento electrónico que contiene el concepto del Procurador General de la Nación.

34 Ibid., pp. 5-6.

35 Ibid., p. 6.

36 Fl. 5 del documento electrónico que contiene el concepto del Procurador General de la Nación.

37 El citado inciso dispone: “El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”.

38 Cfr., entre otras, las sentencias C-579 de 2013, C-286 de 2014, C-246 de 2017, C-394 de 2017 y C-120 de 2018.

39 El inciso citado prescribe: “Artículo 130. Circunstancias de agravación. [...] || Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley”.

40 Simple “abandono”, en el tipo penal regulado en el art. 127 y “abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”, en el tipo que se regula en el art. 128. In extenso, los citados artículos disponen lo siguiente: “Artículo 127. Abandono. El que abandone a un menor 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”; “Artículo 128. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo 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”.

41 Sentencia C-646 de 2001, reiterada, entre otras, en las sentencias C-936 de 2010 y C-224 de 2017.

42 Que ello es así, no apenas desde los tiempos del constitucionalismo del siglo XX sino desde mucho antes, lo demuestra en su capítulo “constitucionalización del derecho penal” el profesor M. S. Grosso García, en: Principio de legalidad. Un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del derecho penal. Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de F. 2019, p. 230.

43 Como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, el ejercicio de la competencia para definir los delitos y las penas debe orientarse a que “la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate” (Sentencia C-559 de 1999) y, por tanto, el recurso a esta exige, por regla general, que antes de acudir a ella, se recurra “a otros controles menos gravosos existentes” (Sentencia C-742 de 2012), “igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad” (Sentencia C-070 de 1996). Es por estas razones que la dignidad humana (cfr., en particular, la Sentencia C-407 de 2020) y los demás valores, principios y derechos fundamentales no solo son límites sustantivos al ius puniendi, sino que constituyen un parámetro teleológico de racionalización de su ejercicio (cfr., al respecto, lo señalado en la Sentencia C-468 de 2009), del cual se sigue que el derecho penal no puede tonarse en el mecanismo prima ratio de la política criminal, si se tiene en cuenta que en el Estado social de Derecho “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” (Sentencia C-070 de 1996). Así las cosas, dado que “los tipos penales son comportamientos humanos, que se erigen en delitos [...] (mandato de determinación)” (Sentencia C-407 de 2020), establecer que una conducta sea susceptible de sanción penal y, por tanto, deba ser reprimida mediante la limitación de la libertad no puede ser sino la excepción, que no la regla. Solo de esta manera el ejercicio del poder punitivo es compatible con la dignidad humana, que exige comprender que cada persona “es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él” (Sentencia C-542 de 1993).

44 Sentencia C-646 de 2001, reiterada, entre otras, en las sentencias C-936 de 2010 y C-224 de 2017. En relación con este límite material, de manera reciente precisó la Sala que, “las penas no son fines en sí mismas; la consagración de la dignidad de la persona humana como fundamento del jus puniendi, hace que las mismas lleven adscritas específicas funciones y, por ello, excluyen el capricho legislativo o judicial” (Sentencia C-407 de 2020). De este límite se sigue que el Legislador no tiene “la obligación imperativa de criminalizar”, ya que bien puede “despenalizar, sin violar por ello la Constitución” (Sentencia C-226 de 2002). Garantizar el cumplimiento de la ultima ratio del derecho penal concuerda con la necesidad de que la pena cumpla ciertos fines o funciones (art. 4 del Código Penal), de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (cfr., en relación con el alcance de estas la Sentencia T-275 de 2017, reiterada en la Sentencia C-407 de 2020), las cuales, al estar “atadas a los contenidos de dignidad humana, se ofrecen como una limitación al ejercicio del ius puniendi en todas sus expresiones (legislativa, judicial y de ejecución)” (Sentencia C-407 de 2020).

45 La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre límites explícitos e implícitos de esta competencia legislativa. Entre los primeros se encuentra que “Sería inconstitucional la decisión política de imponer la pena de muerte (CP art. 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12), la esclavitud (CP art. 17), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP art. 34)”. Entre los implícitos, se ha indicado que “el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Sentencia C-108 de 2017 que, a su vez, cita a las sentencias C-070 de 1996 y C-468 de 2009). Igualmente, ha precisado que, en su

ejercicio, el Legislador debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales de que trata el inc. 1° del art. 93 de la Constitución, los criterios atinentes a la prohibición de exceso, relacionados con la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y el principio de estricta legalidad. En relación con esto último, cfr., en lo pertinente, las sentencias C-742 de 2012, C-488 de 2009 y C-108 de 2017.

46 Estas exigencias fueron especialmente consideradas por el constituyente para la aprobación definitiva del actual art. 29 constitucional. En el informe N° 1 de la Secretaría de la Comisión IV, “De justicia”, de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo referencia a que uno de los “principios mínimos de derecho penal” era el siguiente: “2- Las leyes penales deben describir conductas punibles de manera precisa e inequívoca, sin dejar duda sobre la prohibición o el deber de actuar”. Gaceta constitucional No. 74 del 15 de mayo de 1991, p. 9.

47 Cfr., al respecto las sentencias C-559 de 1999, C-742 de 2012 y C-181 de 2016.

48 Sentencia C-181 de 2016. En un sentido semejante, al definir el alcance del principio de “estricta legalidad o tipicidad”, en la Sentencia C-742 de 2012, que, a su vez, se fundamenta en las sentencias C-559 de 1999, C-843 de 1999, C-739 de 2000, C-1164 de 2000, C-205 de 2003 y C-897 de 2005, la Sala precisó: “(i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: ‘nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa’. De manera que el legislador está obligado no sólo a definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca, sino que además debe respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad). Mediante este principio, ha precisado la Corte, se busca proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad material de las personas frente al poder punitivo y sancionador del Estado”.

49 De un lado, los tipos penales básicos describen de forma completa un supuesto de hecho, como acaece con el delito de homicidio (art. 103 del Código Penal) o los delitos de abandono (arts. 127 y 128 del mismo código). De otro, las circunstancias de agravación amplifican el supuesto de hecho de los tipos penales básicos y de los autónomos. Un ejemplo de este último -tipo penal autónomo- es el delito de feminicidio (art. 104 del Código Penal); este

contiene el supuesto de hecho básico, además de otros elementos que le otorgan autonomía.

51 Al fundamentar la solicitud de exequibilidad condicionada de la disposición.

52 Al diferenciar el dolo en los supuestos típicos de homicidio y abandono (fl. 4 del documento electrónico que contiene la intervención de la Pontificia Universidad Javeriana).

53 Al precisar que la disposición demandada generaba “confusión en el análisis legal y judicial con un tipo penal autónomo y con características diferentes como ocurre con el homicidio en su modalidad tentada” (fl. 7 del documento electrónico que contiene la intervención de la Universidad Libre, seccional Bogotá).

54 Se hace referencia al tipo penal de “abandono”, que regula el art. 127 del Código Penal: “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 treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses”. Como se precisa más adelante, la expresión tachada fue declarada inexecutable en la Sentencia C-468 de 2009.

55 En la Sentencia C-034 de 2005 la Corte Constitucional declaró executable la expresión “legal”, contenida en el art. 127 del Código Penal. El demandante señaló que dicha expresión daba lugar a un tratamiento diferente entre quienes estuviesen protegidos por un deber “legal” y por un deber “jurídico”. La Corte descartó lo alegado al considerar que “es improcedente exigir el mismo tratamiento jurídico frente a supuestos de hecho diversos”. Según precisó, para atribuir una responsabilidad penal no es posible equiparar a quienes “la ley de manera explícita y concreta atribuye la obligación de asumir el cuidado” con “cualquier otra persona respecto de la cual eventualmente pudiera predicarse [...] un supuesto e indeterminado ‘deber jurídico’”.

56 Sentencia C-468 de 2009. En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “de doce (12) años” contenida en el art. 127 del Código Penal, “con el fin de excluir del ordenamiento, el límite de edad previsto por el legislador para el delito de abandono frente a menores de edad, ya que, como ha sido expuesto, la condición de menor se extiende a toda persona que no ha cumplido los 18 años, y son ellos, niños y adolescentes, quienes indistintamente deben tener la condición de víctimas del tipo penal”.

La Sala consideró que “la distinción impuesta por el legislador (...) no encuentra justificación constitucional alguna”. Puntualmente, indicó que “el criterio distintivo utilizado por el legislador en la norma acusada, basado exclusivamente en la edad del niño, no resulta entonces razonable y proporcional al fin perseguido con la medida: la protección del menor”. Así, en línea con el alcance de la función legislativa frente al marco constitucional señaló que: “aun cuando la Constitución Política le reconoce al legislador un margen de discrecionalidad relativamente amplio para desarrollar la política criminal del Estado, la validez de las medidas que en ese escenario se adopten, depende de que las mismas sean compatibles con los valores superiores del ordenamiento, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, debiendo entonces mantener un margen de razonabilidad y proporcionalidad con respecto al fin para el cual fueron concebidas. (...) || Siendo la penalización la forma más lesiva de control social, por el alto grado de afectación a la libertad personal y otras garantías, en caso de que el legislador advierta que la adopción de una medida de ese tipo no contribuye al perfeccionamiento de una política dirigida al logro de los fines perseguidos, debe prescindir de ella, pues, de lo contrario, la misma se tornaría ilegítima, forzando la intervención del juez constitucional para disponer su retiro del ordenamiento jurídico”.

57 El debate legislativo de lo que sería la Ley 1453 de 2011 comenzó en el Senado de la República (proyecto de ley 164 de 2010, Senado y 160 de 2010, Cámara). La disposición demandada se incluyó en el “informe de ponencia para primer debate” en la Cámara de Representantes (cfr., Gaceta del Congreso No. 43 de 2011). En este documento se hizo referencia al texto aprobado por el Senado de la República y se publicó el “texto para discusión”, con las modificaciones propuestas en comisión (cfr., Gaceta del Congreso No. 43 de 2011, fl. 37), entre ellas, la adición del art. 81 –que finalmente sería el art. 43 de la ley en cita–, en el Capítulo VI sobre “Otras medidas para garantizar la seguridad ciudadana” (cfr., Gaceta del Congreso No. 43 de 2011, fl. 52). Posteriormente, en el “informe de ponencia para segundo debate” ante la plenaria de la Cámara de Representantes y en el “texto para discusión” se incluyó en el Capítulo I “Medidas penales para garantizar la seguridad ciudadana”, en el cual se mantendría el texto propuesto hasta su aprobación.

58 Según se indicó en la exposición de motivos, el proyecto de ley pretendía “prevenir y enfrentar el terrorismo y la criminalización organizada” (cfr., Gaceta del Congreso No. 737 de 2010, Senado de la República, fl. 14 y Gaceta del Congreso No. 43 de 2011, Cámara de Representantes, fl. 43). Por tanto, los objetivos de la reforma fueron los siguientes: “1.

Eliminar la impunidad; 2. Luchar contra la criminalidad organizada; 3. Incrementar la efectividad del proceso penal, del proceso de extinción de dominio y la responsabilidad de los jóvenes, y 4. Vincular a la comunidad en la prevención de la criminalidad y la violencia y convivencia ciudadana”. Para alcanzar estos objetivos se propusieron medidas penales, de procedimiento penal, algunas relacionadas con la extinción de dominio, otras con el Código de Infancia y Adolescencia, con la prevención del terrorismo y, finalmente, algunas para garantizar la seguridad ciudadana. Para justificar la adopción de medidas penales se hizo énfasis en la necesidad de eliminar la impunidad, las dificultades relacionadas con la vigilancia de las detenciones domiciliarias y vigilancia electrónica y la verificación de existencia de salvoconductos de armas de fuego, problemas asociados a la conformación de grupos ilegales, fraudes inmobiliarios, redes ilegales de medicamentos, delitos relacionados con la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, dosis personal, falencias en la tipificación del tráfico de precursores químicos, el aumento de penas relacionadas con delitos como la simulación de investidura o cargo público, la utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, la perturbación de actos oficiales y la usurpación de funciones públicas con fines terroristas, entre otros.

59 Gaceta del Congreso No. 194 de 2011, Cámara de Representantes, fl. 2.

60 Cfr., gacetas del Congreso No. 043 y 194 de 2011, Cámara de Representantes.

61 Sentencia C-013 de 1997.

62 Ibid.

63 Como lo precisó la Sala en la sentencia en cita –C-013 de 1997–.

64 Tal como lo advirtió la Sala en la Sentencia C-181 de 2016, “La culpabilidad es aquel juicio de reproche sobre la conducta del actor que permite imponer una sanción penal a su acción típica y antijurídica. Tiene como fundamento constitucional la consagración del principio de presunción de inocencia y el avance hacia un derecho penal del acto, conforme al artículo 29 Superior. En ese sentido, el desvalor se realiza sobre la conducta del actor en relación con el resultado reprochable, más no sobre aspectos internos como su personalidad, pensamiento, sentimientos, temperamento entre otros. Conforme a lo anterior, está proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues la base de la imputación es el juicio de reproche de

la conducta del sujeto activo al momento de cometer el acto. Por último, la culpabilidad permite graduar la imposición de la pena de manera proporcional, puesto que el análisis no se agota en la verificación del dolo, la culpa o la preterintención, sino que además, debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto”.

65 Según dispone el art. 22 del Código Penal, “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Por su parte, el art. 23 de la misma codificación prescribe: “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo” (enfatisa la Sala).