

AGRAVACION PUNITIVA-Exequibilidad condicionada de causal de agravación en delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce (14) años

Esta Corporación concluyó que al aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 7, del Código Penal, en lo relativo a que la conducta se cometiere sobre personas menores de 14 años en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, a quienes incurran en los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita, viola el principio del non bis in idem (CP art. 29), al desconocer los precedentes reiterados de la Corte que prohíben establecer simultáneamente como elemento del tipo y como elemento para agravar la pena, la misma circunstancia de hecho, que, en el caso bajo examen, se concreta en que la víctima sea una persona en situación de vulnerabilidad por ser menor de 14 años. Por este motivo y una vez acreditado que la conducta agravada recaía sobre un bien jurídico igual al protegido por el comportamiento punible, que ambos institutos son parte del mismo ordenamiento punitivo, que sus finalidades son idénticas y que la agravación carecía de un móvil que la justificara con independencia de la edad, se decidió –siguiendo el precedente señalado en la Sentencia C-521 de 2009 y en aplicación del principio de conservación del derecho–, que lo procedente era declarar la exequibilidad condicionada de la expresión: “Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad” contenida en el numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

LEGITIMACION DE PERSONA CONDENADA PARA FORMULAR ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Jurisprudencia constitucional

A partir del Auto 242 de 2015, este Tribunal realizó un cambio en la jurisprudencia sobre la materia, en el sentido de advertir que la imposición de una condena, no excluye el derecho de las personas a que todas las leyes se ajusten al ordenamiento superior, por lo que resulta indispensable asegurarles la posibilidad institucional de controvertir su alcance, ante los jueces, cuando ellas desborden los límites previstos en la Constitución Política.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Concepto de violación

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Jurisprudencia constitucional sobre oportunidad procesal para definir la aptitud de la demanda

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Límites

Con respecto a los límites a los que se encuentra sometido el legislador en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, la Corte ha precisado que éstos son de dos tipos: explícitos, entendidos como las prohibiciones que de manera expresa le fija la Constitución al legislador en la materia, e implícitos, con los cuales se identifican las limitaciones regulatorias que surgen de la lectura y aplicación sistemática de la Carta Política. En virtud de los primeros, y por expreso mandato de la Constitución, al legislador le está prohibido establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como también someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (C.P. art. 12). Por su parte, en lo que corresponde a los límites implícitos, ellos se materializan en el deber del Congreso de expedir normas que sean acordes con la realización de los fines esenciales del Estado (CP art. 2), cuyo contenido se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y que garanticen la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (CP arts. 2 y 5).

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Alcance/PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Principios de especialidad, subsidiaridad y consunción

AGRAVACION PUNITIVA-Causal de agravación en delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce (14) años vulnera el principio non bis in ídem/AGRAVACION PUNITIVA-Causal de agravación en delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce (14) años conlleva a que la misma circunstancia se convierta a la vez en elemento del tipo penal y en causa de agravación

Referencia: Expediente D-12881

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 208, 209 y 211, numeral 7, de

la Ley 599 de 2000, conforme a las modificaciones introducidas por las Leyes 1236 y 1257 de 2008

Demandante:

Jorge Augusto Escobar Porras

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento 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 desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, el señor Jorge Augusto Escobar Porras presentó demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 208, 209 y 211, numeral 7, de la Ley 599 de 2000, de conformidad con las modificaciones introducidas por las Leyes 1236 y 1257 de 2008.

En Auto del 21 de septiembre de 2018, el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, ordenó su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. De igual manera dispuso comunicar la iniciación del presente proceso de inconstitucionalidad al Ministerio de Justicia y del Derecho; a la Fiscalía General de la Nación; a la Defensoría del Pueblo; al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; al Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Externado, Libre, Cooperativa de Bogotá, Eafit de Medellín y Nariño, para que, si lo consideraban conveniente, intervinieran en el proceso con el propósito de impugnar o defender las disposiciones acusadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 del Texto Superior y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de los preceptos legales demandados, destacando y subrayando los apartes cuestionados:

“LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

(...)

Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

(...)

Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

3. Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.

4. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años[[1]].

5. <Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

6. Se produjere embarazo.

8. <Numeral adicionado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Si el hecho se cometiere con la intención de generar control social, temor u obediencia en la comunidad”.

III. DEMANDA

En criterio del actor, los artículos 208 y 209 del Código Penal, al tipificar los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, implícitamente están reconociendo la condición de fragilidad propia de la víctima, en razón de su edad. Dicha situación se deriva de las distintas normas que amparan a los niños, como ocurre, por ejemplo, con el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

En este orden de ideas, a su juicio, cuando una persona es juzgada por alguno de los punibles en mención, no puede aumentarse su pena aplicando el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal, en lo referente a la agravación por cometerse la conducta sobre una persona en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, toda vez que es claro que tal agravante ya se encuentra incluido dentro de los elementos de adecuación típica de los delitos bajo estudio, cuando allí se señala que la víctima debe ser menor de 14 años.

De permitir su aplicación, como se deriva de la interpretación en conjunto de los artículos

cuestionados, lo que se presenta es una violación al principio del non bis in idem, como lo advirtió la Corte en la Sentencia C-521 de 2009[2], al pronunciarse sobre un caso con identidad al que ahora se expone, excluyendo la obligatoriedad de los artículos 208 y 209 del Código Penal, respecto de la causal de agravación prevista en el numeral 4 del artículo 211 del estatuto en cita, relativa al aumento de la pena por incurrir en las conductas allí descritas frente a una persona menor de 14 años[3].

Ello salta a la vista en el asunto bajo examen, pues la condición física y psicológica de un menor de 14 años está directa y estrechamente relacionada con la situación de vulnerabilidad en razón de su edad, “de lo que surge la inaplicabilidad a la luz de la Constitución, del agravante establecido en el artículo 211 # 7, cuando el punible obedece a los arts. 208 y 209 ibídem”[4], pues, de lo contrario, se vulneraría la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, en los términos previstos en el artículo 29 del Texto Superior[5].

Con todo, la norma no pierde su vigencia cuando el delito corresponde a una víctima mayor de edad, como ocurre, a manera de ejemplo, con las personas de la tercera edad, cuya fortaleza física o psicológica igualmente puede verse diezmada por el paso del tiempo.

En conclusión, la línea argumentativa del actor se resume en el siguiente apartado:

“La base de la inaplicación del agravante establecido en el # 7 del art. 211 del C.P., respecto de lo[s] punible[s] establecido[s] tanto en el art. 208 como en el art. 209 del C.P (...), por las razones de derecho expuestas anteriormente, consiste en que cuando el legislador penó tales conductas antijurídicas, típicas y culposas, y en la construcción de los artículos 208 y 209 utilizó la expresión: “(...) en menor de 14 años”, dejó inmerso el agravante establecido en el # 7 del art. 211 ibídem, en el entendido de que ‘la situación de vulnerabilidad en razón de la edad’ obedece precisamente a ‘su condición de menor de edad’, dado que se trata de una persona en desarrollo, tanto de su personalidad (estructura psicoemocional), como de su aspecto físico/atlético, eventos estos que hacen inaplicable tal agravante”[6].

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

La Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho solicita a la Corte declararse inhibida para adoptar una decisión de fondo. Por una parte, considera que el juicio propuesto se enfoca realmente en un problema de adecuación típica y en la tasación que hacen los jueces de las penas, sin que exista un reproche directo de naturaleza constitucional[7]. Y, por la otra, afirma que el principio de non bis in idem se refiere en concreto al derecho que tiene un sindicado a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, lo que no ocurre en el caso objeto de demanda, pues es distinta la comisión de los delitos que tienen como sujeto pasivo a los menores de 14 años, respecto del aumento punitivo que se prevé en la norma acusada, cuando tales ilícitos se cometieren frente a personas puestas en situación de vulnerabilidad. En conclusión, para el interviniente, la garantía constitucional invocada por el accionante no cabe en el asunto sub-judice, pues ella lo que prohíbe es que “(...) después de que ha terminado [un juicio] conforme a derecho, posteriormente se abra una investigación por el mismo hecho dentro la misma jurisdicción”[8].

4.2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

4.2.1. La Directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación solicita, en primer lugar y en cuanto a los artículos 208 y 209 del Código Penal, que la Corte se declare inhibida para decir de fondo o, en subsidio, que se esté a lo resuelto en la Sentencia C-876 de 2011[9], frente a las expresiones: “persona menor de catorce (14) años” y “con persona menor de catorce (14) años”, tal como fueron modificadas por la Ley 1236 de 2008, dada la existencia de una cosa juzgada constitucional. Y, en segundo lugar, en lo que refiere al artículo 211 del estatuto en cita, pide declarar la exequibilidad condicionada de la palabra “su edad”, en el entendido que no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

4.2.2. Para comenzar, el interviniente refiere precisamente a estos dos últimos artículos, en el sentido de poner de presente que el actor no cumplió con una de las cargas mínimas previstas en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, relativa a concretar una acusación de alcance constitucional contra las normas impugnadas, pues su demanda se enfoca en “desvirtuar la constitucionalidad de la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal”[10], por lo que no cabe proferir una decisión de fondo sobre los citados artículos 208 y 209, al no cumplirse con los requisitos

argumentativos requeridos para provocar un juicio de constitucionalidad.

En todo caso, la Fiscalía destaca que, dado que en la Sentencia C-876 de 2011[11], esta Corporación no delimitó en la parte resolutive los efectos de su fallo[12], se entiende que se configuró una cosa juzgada absoluta respecto de las expresiones: “persona menor de catorce (14) años” y “con persona menor de catorce (14) años” contenidas en los artículos 208 y 209 del Código Penal, tal como fueron modificados por la Ley 1236 de 2008. De ahí que, incluso en caso de considerar que existe un cargo que avale un pronunciamiento de la Corte, es su deber estarse a lo resuelto en la providencia en cita.

4.2.3. A continuación, la Fiscalía se detiene en el examen del numeral 7 del artículo 211 del Código Penal, en el aparte que fue objeto de demanda, para poner de presente que los menores de 14 años son personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, como lo ha admitido la Corte, al disponer que son sujetos de especial protección constitucional[13], “(...) por la situación de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez (...)”[14].

Sobre esta base, el interviniente se pregunta si se viola el principio del non bis in idem, cuando el legislador establece, simultáneamente, como ocurre en el caso bajo examen, un elemento constitutivo del tipo penal como circunstancia de agravación punitiva (la vulnerabilidad en razón de la edad para menores de 14 años), y de la cual no podrá sustraerse quien realice la conducta.

Para dar respuesta a este interrogante, se recurre por la Fiscalía al desarrollo conceptual que sobre el citado principio se ha formulado en la jurisprudencia de la Corte, para destacar que este implica: “(...) la prohibición de (i) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada -absuelta o condenada- en un proceso penal anterior terminado; (ii) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia en firme; (iii) penar a una persona por un hecho por el cual ya había sido penada por una sentencia en firme; y, (iv) agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal”[15].

Esta doctrina se asumió en la Sentencia C-521 de 2009[16], la cual constituye un precedente para la resolución del presente caso, pues en ella se examinó el agravante consagrado en el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, en el que se disponía que la pena se aumentaría de una tercera parte a la mitad, entre otras, frente a los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita, cuando “(...) 4. Se realizare sobre persona menor de catorce años.”

Destaca la Fiscalía que la Corte concluyó que la norma allí demandada violaba el principio del non bis in idem, en el evento de que el agravante se aplicase a las conductas descritas en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, porque “(...) (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico”. Con fundamento en lo anterior, según se afirma, esta Corporación declaró exequible el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, “en el entendido de que dicha causal no aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto”.

En este contexto, la Fiscalía resalta que la Sentencia C-521 de 2009 contiene una regla judicial directamente aplicable al caso sub-examine, pues lo que se plantea es el mismo problema constitucional. Por consiguiente, a juicio del interviniente, “(...) si las conductas estipuladas en los artículos 208 y 209 del Código Penal cualifican al sujeto pasivo del tipo penal como un menor de 14 años, que es una persona en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, dicha circunstancia de agravación punitiva específica, contenida en el artículo 30 de la Ley 1236 de 2018, modificadorio del numeral 7 del artículo 211 del Código Penal, no puede aplicarse a esta clase de delitos”[17], so pena de vulnerar el principio del non bis in idem, de ahí que deba declararse la exequibilidad condicionada de la expresión “su edad”, en el entendido de que no puede agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del ya mencionado Código Penal.

4.3. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El profesional designado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal solicita que se declare la exequibilidad de las normas acusadas. Para empezar, no se advierte cargo alguno

respecto de lo previsto en los artículos 208 y 209 del Código Penal, toda vez que la demanda se enfoca en la causal de agravación señalada en el numeral 7 del artículo 211 del estatuto en cita, en lo que atañe a la posible vulneración del principio del non bis in idem.

A juicio del interviniente, en el caso bajo examen, no se presenta la violación que se invoca, ya que la situación de vulnerabilidad no se genera por la edad, como lo sugiere el actor, sino por la existencia de un determinado riesgo que está asociado a la condición de la víctima. Así, en su criterio, el menor de 14 años, por el solo hecho de serlo, no se encuentra en una “situación de vulnerabilidad ipso facto”[18], sino cuando, por ejemplo, su edad se relaciona con la de ser un niño habitante de la calle o que está bajo la protección del ICBF.

4.4. Intervención de la Universidad Libre

Una profesora del área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, junto con un estudiante de dicho centro universitario, solicitan a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del numeral 7 del artículo 211 del Código Penal. En su opinión, “agrar la situación de un condenado por uno de los punibles establecidos en los artículos 208 y 209 de [la Ley 599 de 2000], al aplicarle también el numeral 7 del artículo 211 ibídem, constituye una efectiva violación a los principios del debido proceso y non bis in idem, pues, tal y como lo argumenta el accionante, es claro que el criterio que usó el legislador para la creación de la circunstancia de agravación (...) fue el mismo que tuvo en cuenta para [la tipificación de los comportamientos descritos en] los artículos 208 y 209 ibídem”[19]. Por ende, la expresión “en razón de su edad” debe ser condicionada, en el entendido que no puede agrar las conductas previstas en los citados artículos 208 y 209 del Código Penal, “en [las] cuales el legislador tuvo en cuenta la minoría de edad (14 años) para la creación de [dichos] delito[s] autónomo[s]”[20].

4.5. Intervención del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia

La docente designada por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia pide a la Corte declarar la exequibilidad del numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, “en el entendido de que la expresión: ‘en situación de vulnerabilidad en

razón de su edad' no puede ser endilgada como agravante de la conducta punible cuando se hayan imputado los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y de actos sexuales abusivos con menor de catorce años"[21].

En particular, luego de referir a la Sentencia C-521 de 2009, la interviniente aclara que el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal no puede aplicarse a los tipos penales descritos en los artículos 208 y 209 del mismo estatuto, siempre que la agravación verse o tenga fundamento en la minoría de edad y no en las otras causales, pues es allí cuando se vulnera la prohibición de la doble valoración de una circunstancia, como parte del principio del non bis in idem. En efecto, la etnia, la discapacidad física, psíquica o sensorial, la ocupación u oficio, son hipótesis de mayor punibilidad distintas a la que origina la controversia sometida a decisión.

Por otra parte, afirma que pueden darse situaciones en las que la edad se constituya en una causal de situación de vulnerabilidad, como puede ser el caso de las personas de la tercera edad, a quienes también se les considera sujetos de especial protección constitucional, y respecto de los cuales cabría la agravación en delitos como el acceso carnal violento.

Por ello, a fin de conservar el texto jurídico sometido a demanda, frente a otras circunstancias en las cuales cabe su aplicación, a juicio del interviniente, "(...) es necesario que la constitucionalidad del agravante contenido en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal (...) sea condicionada, en el sentido de que la interpretación constitucionalmente admisible, [es] la de que no se puede agravar la pena en los casos previstos en los arts. 208 y 209 del mismo estatuto, cuando la situación de vulnerabilidad sea la relacionada con la edad, en el entendido [de] que los tipos penales ya contemplaron tal situación"[22].

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

5.1. El Procurador General de la Nación solicita declarar la exequibilidad de las normas demandadas. En particular, respecto de los artículos 208 y 209 del Código Penal, sostiene que su consagración se origina en el ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador que, en el asunto sub-judice, responde a la imperiosa necesidad de proteger el interés superior de los niños.

5.2. Por otra parte, en lo que atañe a las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 211 del Código Penal, se advierte que su aplicación genera el aumento de las penas por la comisión de los delitos contemplados en el Título IV de ese estatuto, circunscrito a las conductas contra la libertad, integridad y formación sexuales, por lo que la causal de agravación que es objeto de demanda, relativa a que el comportamiento punible se cometiende “sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio”, es común a los tipos penales de acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, actos sexuales con menor de catorce años, acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir y acoso sexual.

Para la Procuraduría, en el caso bajo examen, no se presenta la identidad de sujetos, entre los mencionados en los artículos 208 y 209, y los que se derivan de la hipótesis de agravación prevista en el numeral 7 del artículo 211, ya que la referencia a los menores de 14 años tiene establecida su propia causal en el numeral 4 del citado artículo, por lo que debe entenderse que la prevista en el numeral demandado es para los sujetos que superan dicha edad. Así las cosas, la controversia planteada ya fue solucionada con la Sentencia C-521 de 2009, pues allí se condicionó el numeral 4 del artículo 211, en el sentido de que no aplica respecto de los citados artículos 208 y 209 del Código Penal, por la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal. En este sentido, a juicio de la Vista Fiscal, el cargo no está llamado a prosperar, ya que se deriva de una errónea interpretación de la norma acusada. Para profundizar en este punto, se afirma que:

“(…) la situación de vulnerabilidad en razón de la edad, que constituye [el] calificativo de protección especial para el tratamiento jurídico diferenciado, involucra a otros grupos de individuos que no se hallen dentro de las restantes causales del artículo 211 ibídem, y que a su vez sean eventuales víctimas de los delitos contemplados en el Título IV -delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales- (...) por ejemplo, las conductas de acceso carnal violento (artículo 205), acto sexual violento (artículo 206) y acoso sexual (artículo 210) no tienen sujeto pasivo calificado y, en consecuencia, esta causal de agravación estaría dirigida a grupos tales como: los adultos mayores, quienes de conformidad con el artículo

46 constitucional son sujetos de especial protección y asistencia en razón de su edad, o los menores de edad contemplados entre los 15 y 18 años.

Como resultado de lo anterior, se evidencia que las normas cuestionadas no son contrarias al principio non bis in idem, en tanto no se presenta la identidad de sujetos del elemento básico del tipo penal y de la circunstancia de agravación punitiva, y en consecuencia, no puede presentarse en la práctica la aplicación simultánea del supuesto de hecho: delito cometido en persona menor de 14 años, agravada por la situación de vulnerabilidad en razón de la edad, por estar el contenido de este último [numeral] dirigido a otros grupos de individuos diferentes, en la medida en que existe la causal agravante específica que contempla a los menores de 14 años (numeral 4 del art. 211 ibídem)”[23].

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

En virtud de lo previsto en el numeral 4 del artículo 241 del Texto Superior, esta Corporación es competente para conocer sobre la demanda planteada contra los artículos 208, 209 y 211, numeral 7, del Código Penal, de acuerdo con las modificaciones introducidas por las Leyes 1236 y 1257 de 2008, ya que se trata de preceptos de carácter legal que se ajustan en su expedición a la atribución consagrada en el numeral 2 del artículo 150 de la Constitución[24].

Por otra parte, cabe advertir que la demanda se presentó ante la Corte por una persona que se encuentra cumpliendo una pena privativa de la libertad, como expresamente lo afirma en el escrito impugnatorio[25], circunstancia que no la inhabilita para promover el uso de la acción pública de inconstitucionalidad, al tratarse de un recurso judicial que tan solo exige acreditar la condición de ciudadano, la cual consta con el sello del INPEC que acredita la identificación del actor, acompañado de su huella, con fecha del 22 de agosto de 2018[26].

En efecto, a partir del Auto 242 de 2015[27], este Tribunal realizó un cambio en la jurisprudencia sobre la materia, en el sentido de advertir que la imposición de una condena, no excluye el derecho de las personas a que todas las leyes se ajusten al ordenamiento superior, por lo que resulta indispensable asegurarles la posibilidad institucional de

controvertir su alcance, ante los jueces, cuando ellas desborden los límites previstos en la Constitución Política. De ahí que, en criterio de la Corte, las demandas que se formulen por las personas privadas de la libertad deben ser objeto de análisis por esta Corporación, tanto en la etapa de admisibilidad como al momento de proferir una sentencia, (i) porque la Constitución solo exige ostentar la calidad de ciudadano para proceder a su ejercicio[28]; (ii) porque si bien se trata de un derecho político, es también fruto del derecho de acceso a la administración de justicia, que en el marco actual es un derecho universal; y (iii) porque la justicia constitucional se rige por los principios de informalidad y de garantía del derecho sustancial, lo que exige que se preserve una vía de defensa judicial para garantizar la efectividad de todos los demás derechos constitucionales[29]. Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias C-387 de 2015[30], C-026 de 2016[31] y C-223 de 2016[32].

6.2. Estructura de la presente sentencia

Antes de proceder con la formulación del problema jurídico y en cuanto hace a la posibilidad de este Tribunal de emitir una decisión de fondo, siguiendo los escritos de intervención radicados por la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Justicia y del Derecho, y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, es preciso, en primer lugar, que se examine si la demanda se ajusta a los mínimos argumentativos de los cuales depende la prosperidad del juicio abstracto de constitucionalidad respecto de normas de naturaleza legal[33], en virtud de su carácter predominantemente rogado y no oficioso[34].

A continuación, en segundo lugar, de existir acusaciones que permitan llevar a cabo un juicio de fondo respecto de todas las normas cuestionadas, es necesario verificar si frente a los artículos 208 y 209 del Código Penal se está en presencia de una cosa juzgada constitucional, pues tal y como lo advierte la Fiscalía General de la Nación[35], ya fueron objeto de un control previo de constitucionalidad en la Sentencia C-876 de 2011[36]. Este paso no cabría respecto del artículo 211, numeral 7, del estatuto en cita, toda vez que no ha sido sometido con anterioridad a juicio de constitucionalidad.

Tan solo en el caso de que existan acusaciones que cumplan con las cargas mínimas del juicio de constitucionalidad y que, además, no estén amparadas bajo la figura de la cosa juzgada, se procederá, en tercer lugar, con su examen de fondo, previo planteamiento del

problema jurídico y de la fijación de las materias susceptibles de pronunciamiento.

6.3. Cuestión Previa. Examen sobre la aptitud de la demanda

6.3.1. La Corte ha establecido de manera reiterada que aun cuando la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, los demandantes tienen unas cargas mínimas que deben satisfacer para que se pueda promover el juicio dirigido a confrontar el texto de un precepto legal con la Constitución. Precisamente, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los siguientes requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad: (i) el señalamiento de las normas acusadas, bien sea a través de su transcripción literal o de la inclusión de un ejemplar de una publicación oficial de las mismas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) la exposición de las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando ello resultare aplicable, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual esta Corporación es competente para conocer de la demanda.

En lo referente a las razones de inconstitucionalidad, este Tribunal ha insistido en que el demandante tiene la carga de formular un cargo concreto de naturaleza constitucional contra la disposición acusada[37]. En este contexto, en la Sentencia C-1052 de 2001[38], la Corte señaló que las razones presentadas deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

Son claras cuando existe un hilo conductor en la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se soporta. Son ciertas cuando la acusación recae sobre una proposición jurídica real y existente, y no sobre una deducida por el actor o implícita. Son específicas cuando el actor expone las razones por las cuales el precepto legal demandado vulnera la Carta Fundamental. Son pertinentes cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia. Y son suficientes cuando la acusación no solo es formulada de manera completa, sino que, además, es capaz de suscitar en el juzgador una duda razonable sobre la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

“Si un ciudadano demanda una norma, debe cumplir no sólo formalmente sino también materialmente estos requisitos, pues si no lo hace hay una ineptitud sustancial de la

demanda que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impide que la Corte se pronuncie de fondo. En efecto, el artículo 241 de la Constitución consagra de manera expresa las funciones de la Corte, y señala que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo. Según esa norma, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal”.

Si bien por regla general el examen sobre la aptitud de la demanda se debe realizar en la etapa de admisibilidad, el ordenamiento jurídico permite que este tipo de decisiones se adopten en la sentencia[40], teniendo en cuenta que en algunas ocasiones no es evidente el incumplimiento de las exigencias mínimas que permiten adelantar el juicio de constitucionalidad, lo que motiva un análisis con mayor detenimiento y profundidad por parte de la Sala Plena[41]. Por lo demás, no sobra recordar que un fallo inhibitorio, lejos de afectar la garantía de acceso a la administración justicia (CP art. 229), constituye una herramienta idónea para preservar el derecho político y fundamental que tienen los ciudadanos de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución (CP arts. 40.6 y 241), al tiempo que evita que la presunción de constitucionalidad que acompaña al ordenamiento jurídico sea objeto de reproche a partir de argumentos que no suscitan una verdadera controversia constitucional. En estos casos, como se expuso en la Sentencia C-1298 de 2001[42], lo procedente es “adoptar una decisión inhibitoria que no impide que los textos acusados puedan ser nuevamente objeto de estudio a partir de una demanda que satisfaga cabalmente las exigencias de ley”.

6.3.2. En el caso bajo examen, la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal señalan que el accionante no propone cargo alguno dirigido a cuestionar las expresiones “persona menor de catorce (14) años” y “con persona menor de catorce (14) años” previstas en los artículos 208 y 209 del Código Penal, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la Ley 1236 de 2008. Tales expresiones hacen parte de la adecuación típica de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años[43] y de actos sexuales con menor de catorce años[44].

Al mirar el contenido de la demanda, de las demás intervenciones y teniendo en cuenta el concepto del Procurador General de la Nación, la Corte advierte que el actor realmente no controvierte la constitucionalidad de las expresiones demandadas, pues no se observa que haya brindado razón alguna para inferir que exista una oposición objetiva y verificable entre dichas normas y el Texto Superior. En efecto, en ninguno de los apartados de la demanda se explica por qué dichos preceptos son contrarios al debido proceso o por qué suponen una lesión al principio del non bis in idem. Su mención se realiza únicamente para justificar la acusación que constituye el objeto puntual de la demanda, reproche que, como ya se verá más adelante, recae de forma específica sobre el numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

En este sentido, considera la Corte que no cabe adelantar un examen de fondo frente a los preceptos acusados de los artículos 208 y 209 del Código Penal, toda vez que se incumple con el requisito previsto en el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, conforme al cual se exige que en las demandas que dan lugar al ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se expongan “las razones por las cuales dichos textos se estiman violados”. En consecuencia, este Tribunal se inhibirá de realizar un pronunciamiento sobre los artículos ya señalados, dada la ineptitud sustantiva de la acusación realizada, lo que de paso excluye la necesidad de verificar si sobre dichas normas se presenta o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, como solicitud subsidiaria formulada por la Fiscalía General de la Nación. Esta decisión se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

6.3.3. Sobre la base de lo expuesto, esta Corporación encuentra que el cargo recae exclusivamente en la agravación contenida en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal, aplicable a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, por virtud de la cual se dispone que las penas a imponer se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando las conductas que protegen el citado bien jurídico se cometieren “sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio”. En concreto, se trata de los tipos penales de acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, actos sexuales con menor de catorce años, acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir y acoso sexual.

En particular, el actor no cuestiona el quantum punitivo, ni la referencia a la etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio de una persona, ya que su reproche solo cobija a la causal de agravación, en la que se aumenta la pena cuando se cometiere el delito sobre una persona en situación de vulnerabilidad por “razón de su edad”, siempre que corresponda a las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal, que, como ya se dijo, refieren a los punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y de actos sexuales con menor de catorce años. El análisis que se propone excluye entonces la agravación por un motivo distinto a la edad y en relación con delitos diferentes a los ya mencionados.

En este sentido, la acusación que se formula por el accionante parte de la base de considerar que, cuando se cometen las conductas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, no cabe aplicar el agravante que aumenta la pena por ser la víctima una persona en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, al advertir que este último concepto implicaría sancionar dos veces a una persona por un mismo hecho, pues la circunstancia agravación es al mismo tiempo un elemento constitutivo del tipo, en contravía del principio del non bis in idem.

Para la Sala Plena, el cargo propuesto satisface las cargas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, como se advierte por la mayoría de los intervinientes y el concepto de la Vista Fiscal. Ello es así, porque a pesar de la falta de un conocimiento especializado en el actor, la acusación permite entender el objeto de la demanda y las razones que la explican, como lo exige la carga de claridad[45]. Además, su alcance se justifica en una proposición jurídica real y existente, como se explicó con anterioridad, según lo reclama la carga de certeza. Finalmente, la oposición que se propone surge del empleo de argumentos de naturaleza constitucional y que suscitan una duda razonable sobre la exequibilidad de la disposición acusada, incluso con la invocación de un caso que señala como precedente (Sentencia C-521 de 2009[46]), tal y como lo imponen las cargas de especificidad, pertinencia y suficiencia.

Por último, en criterio de la Corte, ninguna de las dos razones formuladas por el Ministerio de Justicia y del Derecho justifican la adopción de un fallo inhibitorio respecto del numeral 7 del artículo 211 del Código Penal. Por una parte, porque si bien el problema propuesto alude a la adecuación típica y a la tasación de las penas, no se trata de un juicio que se

soporte en la aplicación de las normas acusadas o que busque utilizar la acción de inconstitucionalidad para dar respuesta a una controversia en particular, lo que se demanda es la protección del principio del non bis in idem (CP art. 29), con enfoque dirigido a asegurar la integridad del orden jurídico constitucional y a velar por el derecho al debido proceso de quienes son sometidos a una causa penal. Y, por la otra, porque el argumento que se plantea en relación con el contenido del principio en mención, el cual, para el interviniente, solo prohíbe que “después de que ha terminado [un juicio] conforme a derecho, posteriormente se abra una investigación por el mismo hecho dentro de la misma jurisdicción”[47], al final de cuentas lo que está proponiendo es una razón de fondo para justificar la exequibilidad de la norma acusada, aspecto que debe ser objeto de análisis en la sentencia.

6.3.4. En consecuencia, este Tribunal limitará su pronunciamiento al numeral 7 del artículo 211 del Código Penal, únicamente en lo que atañe a la expresión: “si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad”, en tanto actúa como agravante frente a los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita.

6.4. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a la Corte establecer si se vulnera el principio del non bis in idem previsto en el artículo 29 del Texto Superior, cuando el legislador dispone, en relación con los punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y de actos sexuales con menor de catorce años, que uno de los elementos constitutivos de ambos delitos (ser el sujeto pasivo menor de 14 años) opere a su vez como una circunstancia de agravación punitiva (la vulnerabilidad en razón de la edad, al no superar la víctima el número de años previamente señalado), y de la cual no podrá sustraerse quien incurra en tales conductas, en virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal.

6.5. Del principio del non bis in idem y del precedente consagrado en la Sentencia C-521 de 2009

6.5.1. Este Tribunal ha sostenido, de forma reiterada[48], que el legislador goza de un importante margen de discrecionalidad en el ejercicio de la función de configuración

normativa en materia punitiva, en virtud de lo previsto en los artículos 28, 29, 114 y 150 del Texto Superior[49]. En ejercicio de esta facultad, el Congreso se halla autorizado para (i) crear, modificar o suprimir figuras delictivas; (ii) introducir clasificaciones entre ellas; (iii) graduar las penas y fijar su clase y magnitud; (iv) establecer regímenes para la atenuación o agravación punitiva; y (v) consagrar reglas para el juzgamiento y tratamiento de los delitos, de acuerdo con las garantías del debido proceso.

Aun cuando la libertad de configuración en materia penal es amplia, la propia jurisprudencia constitucional ha precisado que, sin embargo, tal potestad no puede entenderse ni ejercerse en términos absolutos, ya que ella se encuentra sujeta al sistema de valores, principios y derechos consagrados en el Texto Superior, los cuales le impiden al legislador proceder de manera arbitraria.

6.5.2. Uno de los principios que se erigió en la Carta de 1991 al rango de garantía constitucional es el denominado *non bis in idem*, el cual se encuentra previsto en el artículo 29 del Texto Superior, cuando al referir a los elementos que integran el derecho fundamental al debido proceso, señala que “[q]uien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Este mandato ha sido aplicado en la dogmática penal, sin perjuicio de su exigibilidad en todo el universo del derecho sancionatorio, en el sentido de impedir una doble imputación y/o un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho, independientemente de si la persona fue absuelta o condenada. Precisamente, al analizar el alcance del citado artículo 29 de la Carta, este Tribunal señaló que el ámbito de protección del referido principio no se dirige a prohibir únicamente la doble sanción, pues no existe justificación válida para someter a una persona a juicios sucesivos soportados en una misma conducta. En este sentido, en criterio de la Corte, la expresión “juzgado”, que se utiliza como soporte del principio del *non bis in idem*, debe interpretarse en un sentido amplio, en el cual se involucren “las diferentes etapas del proceso y no solo la instancia final, es decir, la correspondiente a la decisión”[57].

En línea con lo anterior, esta Corporación ha identificado que dicho principio acarrea para el legislador la prohibición de “(i) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada -absuelta o condenada- en un

proceso penal anterior terminado[[58]]; (ii) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia en firme[[59]]; (iii) penar a una persona por un hecho por el cual ya había sido penada por una sentencia en firme[[60]]; y, (iv) agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal”[61].

6.5.3. Esta última causal, que concuerda con la que se alega en el asunto bajo examen, ha sido objeto de explicación por la Corte en las Sentencias T-575 de 1993[62], C-229 de 2008[63] y C-521 de 2009[64]. Particularmente, en la primera de las providencias en mención, este Tribunal expuso que:

“[e]l principio que prohíbe someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta, es expresión directa de la justicia material. En virtud de este principio, no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad. [En este sentido] (...) [e]l principio non bis in idem actúa (...) como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial”[65].

Luego, en la Sentencia C-229 de 2008[66], siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, este Tribunal señaló que una de las expresiones del non bis in idem, es la proscripción de que una misma circunstancia pueda dar lugar a dos o más consecuencias penales en contra del procesado o condenado, como ocurriría en el caso en el que se decida aplicar una causal de agravación punitiva sustentada en un hecho, que a su vez ya fue tomado en cuenta como elemento constitutivo del tipo, a partir de lo que se conoce como la prohibición de la doble o múltiple valoración.

Por último, en la Sentencia C-521 de 2009[67], de manera previa a la definición de un caso que guarda similitud con el que ahora es objeto de examen, la Corte se refirió al sustento de esta prohibición y a los requisitos para que ella proceda. Por tal razón, a continuación, esta Corporación se detendrá en la explicación de los argumentos allí expuestos y de la decisión

finalmente adoptada.

6.5.4. En cuanto al primer punto, este Tribunal señaló que el principio del non bis in idem busca afianzar la seguridad jurídica y la justicia material en el Estado Social de Derecho. De ahí que, cuando se prohíbe que una misma circunstancia se convierta en un elemento integrante del tipo y a su vez en un supuesto que conduzca al aumento de la pena, el citado principio pretende evitar que las causales de agravación, sujetas en su consagración al mandato de autonomía legislativa, se impongan de manera arbitraria e injustificada a quienes sean responsables de un delito.

En este contexto, en la Sentencia C-521 de 2009 se explica que mientras los elementos constitutivos de una infracción penal soportan la existencia de una responsabilidad de tipo personal, las causales de agravación modifican –precisamente– dicha responsabilidad, de modo que estas últimas tan solo se justifican en la ley, cuando el ilícito es cometido en supuestos que se estiman más reprochables porque, por ejemplo, suponen un mayor peligro o lesión para el bien jurídico. Por ello, a juicio de la Corte, “no es justificable una agravación punitiva necesariamente imponible al autor del delito, pues eso supone que en realidad no se aumenta la pena de aquel que cometa el comportamiento punible en ciertas circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren una mayor lesividad del bien, sino que en todos los casos se impondría la modificación de la sanción penal imponible.”[68] En la práctica, tal proceder implicaría una violación del principio del non bis in idem, pues una persona no puede ser sometida a dos o más reproches de naturaleza penal en los que se pretenda valorar y sancionar su comportamiento, cuando éste, al final de cuentas, se fundamenta en un mismo hecho.

6.5.5. En lo que atañe a los requisitos para que se configure esta prohibición que subyace en el principio del non bis in idem, este Tribunal manifestó que, además de que se consagre por el legislador una causal de agravación basada en una circunstancia que a su vez es tomada en cuenta como elemento del tipo, es indispensable que se cumplan con las siguientes exigencias:

(i) Que la conducta agravada recaiga sobre el mismo bien jurídico que el comportamiento punible.

(ii) Que la investigación y/o sanción a imponer se fundamenten en idénticos ordenamientos

punitivos, puesto que, como lo ha señalado la Corte, la prohibición en comento “no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades”[69].

(iii) Que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico.

(iv) Que la causal de agravación carezca de un móvil que la justifique, de suerte que en realidad no pueda considerarse que se trata de una modificación a la responsabilidad sustentada en circunstancias de tiempo, modo y lugar que acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico protegido.

6.5.6. En la Sentencia C-521 de 2009[70], esta Corporación se pronunció sobre el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, en el que se incluye una de las causales de agravación de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Textualmente, la norma que en dicha ocasión fue objeto de demanda señala que:

“Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...). 4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años”.

Al verificar el contenido de la causal de agravación respecto de los delitos en mención, la Sala Plena concluyó que efectivamente el legislador estableció simultáneamente como elemento de los tipos penales consagrados en los artículos 208 y 209 del Código Penal y como elemento para agravar la sanción derivada por dichos punibles, la misma circunstancia de hecho, esto es, “que la víctima sea una persona menor de 14 años (...)”[73].

Ante esta situación, la Corte señaló que la agravación se vislumbraba como contraria al principio del non bis idem, siendo necesario contrastar, a fin de determinar su constitucionalidad, si se acreditaban el resto de requisitos que fueron mencionados en el acápite 6.5.5 de esta providencia. Al llevar a cabo dicho examen, este Tribunal acreditó que:

- En primer lugar, tanto el comportamiento agravado, como los hechos punibles previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, ofenden el mismo bien jurídico: la libertad e integridad en la formación sexual de las personas menores de 14 años.
- En segundo lugar, tanto las normas penales que consagran los citados delitos y les fijan una pena, como la causal de agravación, comparten el mismo fundamento normativo, al tener su origen en el ordenamiento penal colombiano.
- En tercer lugar, la norma que contempla la causal de agravación (Código Penal, art. 211, núm. 4) persigue la misma finalidad que los preceptos que consagran los tipos penales bajo análisis, pues lo que reprochan penalmente “son los contactos o las relaciones sexuales que una persona pudiera tener con personas menores de catorce años”[74].
- Finalmente, la causal de agravación –analizada a partir de su aplicación respecto de los delitos previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal– no respondía a ningún móvil que la justificara, pues, con independencia de la edad, no se observaba base alguna para modificar la responsabilidad o para agravar la conducta, a partir de una circunstancia que la dotara de mayor lesividad respecto del bien jurídico protegido.

Así las cosas, la Corte concluyó que, “[al] aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 4, a quienes cometan los delitos consagrados en los artículos 208 –Acceso carnal abusivo con menor de catorce años– y 209 –Actos sexuales con menor de catorce años– [se les vulnera] el derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (art. 29 C.P.), y por ese motivo, en esas circunstancias, [la norma demandada era] inconstitucional. No obstante, como quiera que la causal de agravación también es aplicable a otros artículos del Código Penal que no fueron demandados (...), [se tornaba] necesario [analizar] si deb[ía] ser declarada inexecutable o si, por el contrario, proced[ía] (...) una exequibilidad con algún condicionamiento.”[75]

Frente a este último interrogante y como solución planteada en el resolutivo, esta Corporación expuso que: “(...) desde un punto de vista teleológico, el artículo 211, numeral 4, del Código Penal es constitucional, al interpretarlo en el sentido de que no está llamado a agravar conductas que no requieren agravación puesto que ya de suyo la lesividad del comportamiento fue valorada por el legislador en el tipo penal. Pero, además, desde una perspectiva sistemática, el artículo 211, numeral 4, tiene un efecto útil, ya que

[es viable su aplicación], siempre que sea posible, en presencia de alguno cualquiera de los demás artículos del título IV [del Código Penal, referente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales]. (...) Por consiguiente, en aplicación del principio de conservación del derecho, es preciso circunscribir el presente pronunciamiento a los cargos planteados en la demanda, y por lo mismo, declarar EXEQUIBLE el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto.”[76]

6.5.7. Ahora bien, cabe aclarar que, en ciertas oportunidades, el juez penal también puede enfrentarse a hipótesis en las que una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes (concurso aparente), o simultáneamente en un delito y en una causal de agravación que reprimen y sancionan el mismo comportamiento. En circunstancias como la expuesta, ante la imposibilidad jurídica de aplicar coetáneamente la ley penal sin violar el principio del non bis in idem, la autoridad judicial tendrá que determinar cuál de los tipos recoge íntegramente la conducta reprochable o, dado el caso, decidir si cabe o no aplicar la causal de agravación. Para ello, la doctrina ha planteado tres principios que guían la actividad del juez: el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción.

Conforme al primero, esto es, el de especialidad, se aplica la máxima del artículo 5, numeral 1°, de la Ley 57 de 1887, por virtud de la cual: “la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”[77], lo que se traduce en que siempre debe priorizarse la aplicación de un tipo especial en relación con otro tipo básico que tenga sus mismos elementos constitutivos, pues la carencia de los requisitos particulares que identifican al primero, le impiden al segundo adecuarse plenamente a la conducta reprochable. Tal sería el caso, explica la doctrina[78], de quien mata a su padre para poner fin a intensos sufrimientos ocasionados por unas lesiones corporales, comportamiento que, al adaptarse a los tipos de homicidio simple (Código Penal, art. 103[79]) y homicidio piadoso (Código Penal, art. 106[80]), obliga al juez a acoger este último, por el carácter especial que lo identifica.

No obstante, de igual manera, el principio de subsidiariedad también aplica cuando el tipo menos gravoso se encuentra a la vez previsto como un elemento constitutivo o como una circunstancia agravante de otro delito. Un ejemplo de ello, y que a la vez constituye un caso

de subsidiaridad tácita, como lo destaca la doctrina[84], se advierte en la hipótesis del hurto calificado por el ingreso arbitrario a un domicilio (Código Penal, art. 240, núm. 3[85]), cuya adecuación típica subsume el punible de violación de habitación ajena (Código Penal, art. 189[86]).

Por último, el denominado principio de consunción se utiliza cuando un tipo determinado incluye en sí mismo el desvalor de otro, por lo que excluye su función punitiva[87]. Como regla general, su uso tiene aplicación respecto del delito consumado frente a la tentativa, pues la sanción que abarca el primero contiene la incriminación que se deriva del segundo[88]. De otra parte, también cabe acudir a su auxilio en los casos en que un tipo básico o especial absorbe la ejecución de otro delito en relación con el mismo sujeto[89], como sucede, por ejemplo, cuando se presenta el hecho punible de las lesiones personales como parte de la consumación del delito de homicidio[90].

6.5.8. Como se deriva de lo expuesto, si bien existen casos en los que la violación del principio non bis in idem se deriva del carácter imperativo de varias normas jurídicas que le imponen al juez la doble o múltiple valoración de una misma conducta, como sucedió en el precedente incorporado en la Sentencia C-521 de 2009, en donde el legislador estableció simultáneamente como elemento de los tipos penales previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal[91] y como elemento para agravar la sanción derivada por esos punibles, la misma circunstancia de hecho, esto es, que la víctima sea una persona menor de 14 años; lo cierto es que también pueden presentarse otras hipótesis, en las que la autoridad judicial puede solucionar directamente la aparente vulneración del citado principio, con ocasión de la existencia de casos en los que se aprecia una supuesta aplicación coetánea de la ley penal, que al no exigirse de manera forzosa, le permiten al juez acudir por vía interpretativa al uso de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, para resolver los problemas derivados del proceso de adecuación típica, en los términos descritos en el numeral anterior.

Así las cosas, la Sala Plena continuará con el examen del caso concreto, teniendo en cuenta las consideraciones trazadas y, en especial, el precedente ya descrito y la solución adoptada en la referida Sentencia C-521 de 2009[92].

6.6. Examen del caso concreto

6.6.1. Como se expuso en el acápite referente al examen sobre la aptitud de la demanda, para el actor, cuando se cometen las conductas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años[93], no cabe aplicar el agravante que aumenta la pena por ser la víctima una persona en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, en los términos previstos en el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal, al advertir que este último concepto implicaría sancionar dos veces a una persona por un mismo hecho, pues la circunstancia de agravación envuelve a la vez un elemento constitutivo del tipo –al ser el sujeto pasivo una persona menor de 14 años vulnerable por su edad– desconociendo con ello el principio del non bis in idem, como lo advirtió la Corte en la citada Sentencia C-521 de 2009[94].

Los intervinientes, en su mayoría[95], solicitan a esta Corporación declarar la exequibilidad condicionada de la disposición previamente mencionada, en el sentido de excluir la aplicación de la causal de agravación en estudio respecto de los delitos que protegen la libertad e integridad de la formación sexual de los menores de 14 años, previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, al estimar que, como punto de partida, (i) dichos sujetos son personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, por tratarse de individuos que, como lo ha fijado la Corte, gozan de especial protección constitucional; (ii) de ahí que, si las conductas estipuladas en los artículos 208 y 209 del Código Penal cualifican al sujeto pasivo del tipo como un menor de 14 años; (iii) lo que ocurre, en la práctica, es que la circunstancia que asumió el legislador para agravar la pena (la vulnerabilidad en razón de la edad, que en este caso sería no superar la víctima el número de años ya señalado), termina siendo la misma que tuvo en cuenta para tipificar las conductas, en contravía del principio del non bis in idem.

No obstante, otros intervinientes consideran que la norma demandada debe ser declarada exequible[96], para lo cual afirman (i) que el citado principio solo tiene aplicación después de que se ha terminado un juicio y siempre que se pretenda abrir una investigación por el mismo hecho; (ii) aunado a que la situación de vulnerabilidad no se limita únicamente a la edad, pues requiere estar acompañada de otra condición fáctica, como, por ejemplo, ser un niño habitante de la calle o estar la protección del ICBF.

Por último, el Procurador General de la Nación considera que la lectura de la norma es errada, pues la referencia a los menores de 14 años ya tiene una causal propia establecida

en el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, por lo que debe entenderse que la prevista en el numeral demandado es para los sujetos que superan dicha edad. Así las cosas, la controversia planteada ya fue solucionada en la Sentencia C-521 de 2009, toda vez que la aplicación de la causal impugnada refiere a otros sujetos, tales como, “(...) los adultos mayores, quienes de [acuerdo] con el artículo 46 constitucional son sujetos de especial protección y asistencia en razón de su edad, o los menores contemplados entre los 15 y 18 años.”[97]

6.6.2. Para empezar, no cabe duda de que los artículos 208 y 209 del Código Penal tienen como sujeto pasivo de los delitos allí contemplados a la persona menor de 14 años. Ello se deriva de lo que se consagra en dichas normas y de lo que advirtió la Corte en la citada Sentencia C-521 de 2009. Ahora bien, en lo que atañe a la causal de agravación, aun cuando el Procurador General de la Nación tiene razón en que existe una causal específica que se vincula con dicha edad y que se aplica a los delitos que protegen la libertad, integridad y formación sexuales, como lo es la regulada en el numeral 4 del artículo 211[98], sobre la que ya se pronunció este Tribunal en la referida sentencia, en el sentido de excluir su aplicación respecto de los punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años; no es menos cierto que la redacción del numeral 7 del precepto legal en cita, y que es objeto de demanda, no realiza distinción alguna respecto de los sujetos a los cuales va dirigida la causal de agravación en razón de la edad, o lo que es lo mismo, no categoriza el grupo poblacional al cual le resulta aplicable el aumento de la pena.

En este sentido, la disposición impugnada textualmente establece que:

“Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...) 7. Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio”[99].

Esto implica que, así como la norma comprende a los adultos mayores y a los adolescentes entre los 14 y 18 años, como lo sostiene la Vista Fiscal, también se aplica respecto de los menores de 14 años, ya que el legislador no excluyó dicha posibilidad, al prever una causal de agravación con un contenido amplio, general y abierto, no limitado en la edad, como ya

se dijo, a un grupo poblacional en específico. Por lo demás, a diferencia de lo expuesto por uno de los intervinientes[100], la citada disposición no exige una condición fáctica adicional a la situación de vulnerabilidad en razón de la edad, pues es esta última circunstancia, por sí sola, la que constituye el supuesto legal que permite el aumento de las penas. En efecto, a juicio de la Corte, en virtud del alcance de los principios de legalidad y de tipicidad, no puede el intérprete adicionar requisitos no previstos en la ley o que no se infieran directamente de su contenido normativo.

Desde esta perspectiva, es claro que el agravante incluye dentro de su rigor normativo a los menores de 14 años, sin diferenciar la situación particular en la que ellos se encuentran, por lo que le es exigible a los operadores jurídicos aplicarla en tal sentido, como lo afirman el actor y el resto de intervinientes[101].

6.6.3. En línea con lo expuesto, como se deriva de la explicación dada con anterioridad, cabe afirmar que el único requisito para que la norma acusada pueda ser objeto de aplicación a los menores de 14 años, es que esa categoría de sujetos, en razón de su edad, se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Sobre este particular, como lo afirma la Fiscalía, este Tribunal ya tomó una decisión, al prescribir que las personas menores de 14 años son sujetos de especial protección constitucional, como se deriva de lo previsto en el artículo 44 del Texto Superior, “(...) por la situación de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez (...)”[102].

Desde la Constitución, los niños han sido categorizados como sujetos de especial protección constitucional (CP art. 44[105]), asignando al Estado y a la sociedad el deber de protegerlos y de velar por sus derechos. En respuesta a esta finalidad, la jurisprudencia de la Corte ha seguido un criterio uniforme, por virtud del cual se considera que los menores se encuentran en situación de vulnerabilidad al tratarse de una población frágil, en proceso de formación y en desarrollo de sus facultades y atributos personales, circunstancia que los hace merecedores de especial atención[106]. En este contexto, en la Sentencia T-466 de 2006[107], al hacer referencia a los principios de protección especial de la niñez y de promoción de su interés superior, este Tribunal explicó que los cuidados diferenciados que se deben tener respecto de los niños se originan de su “falta de madurez física y mental”,

lo que los pone en una situación de indefensión frente a cualquier tipo de riesgo.

De igual manera, en la Sentencia C-318 de 2003[108], esta Corporación señaló que las razones que fundamentan la protección especial que demandan los niños, entre ellos, los menores de 14 años, son: “(i) el respeto de la dignidad humana (...); (ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social; y, (iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos.”[109]

A la luz de los citados pronunciamientos, es claro que los menores de 14 años son personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, y lo son por ese simple hecho, puesto que su proceso de desarrollo físico, emocional y mental los pone en condición de indefensión.

6.6.4. Por consiguiente, en la medida en que los menores de 14 años hacen parte de las personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, tal como lo exige el artículo 211, núm. 7, del Código Penal, no cabe duda de que el legislador consagró como causal de agravación punitiva una circunstancia que ya había sido tomada en cuenta como elemento constitutivo de los tipos penales consagrados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita, en los que como sujetos pasivos de las conductas allí descritas, esto es, el acceso carnal abusivo y los actos sexuales, se exige que la persona titular del bien jurídico afectado sea un menor de 14 años. De ahí que, siguiendo las explicaciones realizadas en los numerales 6.5.2 y subsiguientes de esta providencia, la norma acusada infringiría el principio del non bis in idem, al desconocer la prohibición de establecer simultáneamente como elemento del tipo y como elemento para agravar la pena, la misma circunstancia de hecho, esto es, que la víctima sea una persona en situación de vulnerabilidad por ser menor de 14 años.

No se trata entonces de un aparente problema de aplicación coetánea de la ley penal que pueda ser solventado con el uso de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, pues es claro que la agravación punitiva se impone necesariamente de manera forzosa al autor del delito, y que el juez penal se encuentra sujeto a su aplicación en tal sentido, sin poder recurrir a las citadas herramientas interpretativas propias del proceso de adecuación típica.

En todo caso, para que se configure la vulneración del citado principio del non bis in idem, siguiendo la jurisprudencia reiterada de este Tribunal[110], es preciso verificar (i) que la conducta agravada recaiga sobre el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) que la investigación y/o sanción a imponer se fundamenten en idénticos ordenamientos punitivos; (iii) que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo; y (iv) que la causal de agravación carezca de un móvil que la justifique, de suerte que en realidad no pueda considerarse que se trata de una modificación a la responsabilidad sustentada en circunstancias de tiempo, modo y lugar que acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico protegido.

Al examinar estos requisitos respecto del caso concreto, en primer lugar, se advierte que el comportamiento agravado (en lo que atañe a la posibilidad de abarcar en su aplicación a los menores de 14 años) como los hechos punibles previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, afectan el mismo bien jurídico, esto es, la libertad e integridad en la formación sexual de dichos menores de edad. En segundo lugar, tanto las normas que consagran los tipos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, así como la causal de agravación, tienen su origen en el ordenamiento penal colombiano, por lo que comparten el mismo régimen normativo.

En tercer lugar, las finalidades que se persiguen por ambos instrumentos (los tipos penales ya descritos y la causal de agravación a partir de la posibilidad de incluir en su aplicación a los menores de 14 años) son una misma, esto es, reprochar penalmente las relaciones o contactos sexuales que alguien pudiera tener con una persona en situación de vulnerabilidad por ser menor de 14 años. Finalmente, no se observa que la causal de agravación tenga un móvil que la justifique, pues, al igual que se resolvió en la Sentencia C-521 de 2009, con independencia de la edad, no se aprecia supuesto alguno para modificar la responsabilidad o para agravar la conducta, a partir de una circunstancia que la dote de mayor lesividad respecto del bien jurídico protegido.

En consecuencia y siguiendo lo expuesto, es claro que aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 7, del Código Penal, en lo relativo a que la conducta se cometiere sobre personas menores de 14 años en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, a quienes incurran en los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita, viola el principio del non bis in idem (CP art. 29) y, por ese motivo, en esas circunstancias,

es inconstitucional. No obstante, como quiera que la causal de agravación es aplicable frente a otros tipos que protegen el mismo bien jurídico (como ocurre con el acceso carnal violento, el acoso sexual, o el acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir), y que, además, su rigor normativo incluye otros sujetos distintos a los menores de 14 años, como sucede con los adultos mayores o los adolescentes entre 15 y 18 años, no cabe proceder a su expulsión del ordenamiento jurídico, por lo que siguiendo el precedente consagrado en la Sentencia C-521 de 2009[111] y en aplicación del principio de conservación del derecho, lo que procede, tal como lo solicitan varios de los intervinientes, es declarar la exequibilidad condicionada de la expresión: “Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad” contenida en el numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

6.7. Síntesis

En esta oportunidad, la Corte se pronunció sobre una demanda interpuesta contra los artículos 208, 209 y 211, numeral 7, del Código Penal. Una vez examinada la aptitud de los cargos propuestos, se advirtió que respecto de las dos primeras normas en mención no se cumplió con el requisito previsto en el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, conforme al cual se exige que en las demandas que dan lugar al ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se expongan “las razones por las cuales dichos textos se estiman violados”, por lo que esta Corporación decidió inhibirse de realizar un pronunciamiento sobre los artículos señalados, dada la ineptitud sustantiva de la acusación realizada. Por el contrario, este Tribunal constató que sí cabía realizar un pronunciamiento sobre el numeral 7 del artículo 211 del Código Penal, en el aparte pertinente a la causal de agravación que dispone el aumento de las penas cuando las conductas se cometieren sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, únicamente en lo que concierne a su aplicación respecto de los punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

En concreto, la acusación que se formuló por el accionante parte de la base de considerar que, cuando se cometen las conductas ya descritas no cabe aplicar el agravante que aumenta la pena por ser la víctima una persona en situación de vulnerabilidad en razón de

su edad, al advertir que este último concepto implicaría sancionar dos veces a una persona por un mismo hecho, pues la circunstancia agravación es al mismo tiempo un elemento constitutivo de los tipos –esto es, ser el sujeto pasivo una persona menor de 14 años vulnerable por su edad–, en contravía del principio del non bis in idem.

Luego de examinar el contenido de la norma acusada, la Corte señaló que el agravante incluye dentro de su rigor normativo a los menores de 14 años, toda vez que dicha alternativa no se encuentra exceptuada y, por ello, le es exigible a los operadores jurídicos aplicarla en tal sentido. Por lo demás, a la luz de los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la materia, es innegable que los menores de 14 años son personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, y lo son por ese simple hecho, ya que su proceso de desarrollo físico, emocional y mental los pone en condición de indefensión.

Con sujeción a lo anterior, esta Corporación concluyó que al aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 7, del Código Penal, en lo relativo a que la conducta se cometiere sobre personas menores de 14 años en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, a quienes incurran en los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita, viola el principio del non bis in idem (CP art. 29), al desconocer los precedentes reiterados de la Corte que prohíben establecer simultáneamente como elemento del tipo y como elemento para agravar la pena, la misma circunstancia de hecho, que, en el caso bajo examen, se concreta en que la víctima sea una persona en situación de vulnerabilidad por ser menor de 14 años.

Por este motivo y una vez acreditado que la conducta agravada recaía sobre un bien jurídico igual al protegido por el comportamiento punible, que ambos institutos son parte del mismo ordenamiento punitivo, que sus finalidades son idénticas y que la agravación carecía de un móvil que la justificara con independencia de la edad, se decidió –siguiendo el precedente señalado en la Sentencia C-521 de 2009 y en aplicación del principio de conservación del derecho–, que lo procedente era declarar la exequibilidad condicionada de la expresión: “Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad” contenida en el numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

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

RESUELVE

Primero.- Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de los artículos 208 y 209 del Código Penal, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión: “Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad” contenida en el numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

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

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Presidente

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

Magistrado

Ausente con excusa

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-164/19

DERECHO DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Legitimación para interponer demanda de inconstitucionalidad (Aclaración de voto)

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Legitimación para interponerla (Aclaración de voto)

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Es necesario considerar el concepto de la acción y la interpretación sistemática de la Carta Política para entender la noción de ciudadanía que faculta a los sujetos a interponerla (Aclaración de voto)

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Derecho político (Aclaración de voto)/ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Finalidad objetiva (Aclaración de voto)

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y PRINCIPIO DEMOCRATICO-Presentación por ciudadano (Aclaración de voto)

CIUDADANIA-No puede ser confundida con nacionalidad (Aclaración de voto)/CIUDADANIA-Atributo fundamental para el ejercicio de derechos políticos (Aclaración de voto)

CIUDADANIA Y PRINCIPIO DEMOCRATICO-Relación hace que interdicción de derechos políticos sea admisible y genere que posibilidad de demandar en acción pública de inconstitucionalidad sea restringido temporalmente (Aclaración de voto)

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Interpretación sistemática de la Constitución muestra razones para que sujetos condenados penalmente con interdicción de derechos civiles y políticos no la puedan interponer (Aclaración de voto)

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-No es absoluto (Aclaración de voto)

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL-No se agota en la acción pública por cuanto existen varias acciones constitucionales para la defensa de derechos subjetivos (Aclaración de voto)

ACCION DE TUTELA-No tiene ninguna restricción de acceso a la justicia por ser mecanismo por excelencia para la defensa de derechos (Aclaración de voto)

LEGITIMACION PARA INTERPONER ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-No parece equitativo ni justo que quien ha decidido romper las reglas de la legalidad y la democracia no pueda ser destinatario de una restricción temporal en el ejercicio de un derecho político (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-12881

Asunto: demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 208, 209 y 211, numeral 7°, de la Ley 599 de 2000, conforme a las modificaciones introducidas por las Leyes 1236 y

1257 de 2008.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del 10 de abril de 2019.

2. Mediante la Sentencia C-164 de 2019[112], la Corte Constitucional decidió inhibirse de fallar de fondo en relación con los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, puesto que el cargo de la demanda por violación del principio de non bis in idem solo estaba dirigido en contra del numeral 7º del artículo 211 de esa misma ley y no en contra de estas dos disposiciones. Asimismo, la Corte decidió declarar la exequibilidad condicionada del numeral 7º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 en el entendido de que “la circunstancia allí contemplada no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal”. Lo anterior debido a que el principio de non bis in idem prohíbe agravar una pena por una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

3. Si bien comparto el sentido de la providencia, discrepo de que la Corte haya aceptado y reiterado, como lo ha hecho desde el Auto 242 de 2015[113], que una persona privada de su libertad por estar cumpliendo una pena esté legitimada para presentar una acción de inconstitucionalidad.

4. En esencia, la providencia con respecto a la cual aclaro el voto retomó el Auto 242 de 2015, que cambió la jurisprudencia vigente hasta ese momento, y consideró que los ciudadanos condenados a pena privativa de la libertad que tienen suspendidos sus derechos políticos, como pena principal o accesoria, tienen legitimidad para instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad, por las siguientes tres razones:

a. La Constitución solo exige ostentar la calidad de ciudadano para presentar demandas de inconstitucionalidad.

b. El derecho político a instaurar acciones de inconstitucionalidad es fruto del derecho de

acceso a la administración de justicia que es un derecho universal.

c. La justicia constitucional se rige por los principios de informalidad y de garantía del derecho sustancial, lo que exige que se preserve una vía de defensa judicial para garantizar la efectividad de todos los demás derechos constitucionales.

5. En mi opinión, los argumentos de la mayoría dejaron de considerar varios elementos constitucionales importantes para analizar la legitimación para interponer la acción pública de inconstitucionalidad. Como consecuencia, estimo que la posición de la mayoría de la Sala Plena no es coherente en términos conceptuales ni sistemáticos. En efecto, la posición mayoritaria resulta extra-inclusiva y genera confusiones sobre varios temas: la noción de la acción pública de inconstitucionalidad, la interpretación sistemática de la Carta Política, el entendimiento del concepto de ciudadanía y de los derechos políticos, así como la comprensión de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

6. Sostengo que la tesis más adecuada es la que esta Corporación adoptó por 23 años, según la cual los sujetos condenados penalmente, que también sean destinatarios de penas principales o accesorias de interdicción de derechos civiles y políticos, no deberían estar habilitados para interponer acciones públicas de inconstitucionalidad por razones relacionadas con: (i) el principio democrático y la noción de ciudadanía desde una interpretación sistemática de la Constitución; (ii) la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad y el derecho de acceso a la administración de justicia; y (iii) la comprensión integral de las potencialidades y límites de la acción pública.

7. Voy a sustentar mis afirmaciones a través del análisis de los tres argumentos presentados en la Sentencia C-164 de 2019, para lo cual reproduzco apartes de mi salvamento de voto a la Sentencia C-387 de 2015[114]. Esta metodología me permitirá mostrar las imprecisiones y contradicciones que estos tres argumentos generan.

8. Con respecto al primer argumento que afirma que la Constitución no hace distinciones entre los ciudadanos para efectos de habilitarlos para interponer la acción pública de inconstitucionalidad, es necesario considerar el concepto de la acción -como forma de activar el control judicial de constitucionalidad- y la interpretación sistemática de la Carta Política para entender la noción de ciudadanía que faculta a los sujetos a interponer

la acción pública.

La acción pública de inconstitucionalidad es un derecho político y, por ende, una conquista democrática. Su finalidad es la defensa del orden constitucional objetivo. Es un mecanismo que busca garantizar la integridad y la supremacía constitucionales. Tales propósitos implican que este instrumento no tiene como fin directo la defensa de derechos subjetivos, aunque esta pueda ser una consecuencia derivada de su ejercicio, resultado que puede ser más notorio en Estados con carencias institucionales fuertes. Por lo tanto, ya que se trata de una finalidad objetiva, no existiría un perjuicio para los derechos fundamentales de los ciudadanos que no puedan ejercerla de manera temporal como resultado de la interdicción de derechos políticos impuesta como pena principal o accesoria.

Ahora bien, la ciudadanía no puede ser confundida con la nacionalidad. La ciudadanía, tal y como lo reconocen la filosofía política, el derecho internacional, la Constitución y la ley, suele ser un atributo fundamental para el ejercicio de los derechos políticos, en la medida en que es precisamente ella la que da cuenta de que una persona forma parte de una comunidad política. Por esa razón, la ciudadanía puede ser sometida a requisitos y limitaciones, generales o específicos, como, por ejemplo, a condiciones de edad para sufragar o de pertenencia a un determinado país, lo que ofrecería restricciones para la toma de ciertas decisiones democráticas, por ejemplo, a los extranjeros. Por lo tanto, no se trata de un conjunto de potestades ilimitado o en cabeza de todos los sujetos que se encuentran en el territorio de un Estado.

De hecho, la propia Constitución ha determinado que la ciudadanía es un atributo que puede ser suspendido temporalmente en virtud de decisión judicial (artículo 98 Superior). Efectivamente, quienes han sido condenados penalmente resultan, por lo general, sometidos a penas accesorias de interdicción de sus derechos políticos aquí y en otros países del mundo, tradicionalmente durante el tiempo de cumplimiento de la pena. Desde una perspectiva ligada a la teoría política, se considera que estas medidas tienen sentido porque sus destinatarios son personas que, al cometer delitos, desconocieron las reglas democráticas de su comunidad y, bajo ese supuesto, solo pueden formar parte del juego democrático nuevamente una vez hayan cumplido las sanciones correspondientes.

De acuerdo con esta perspectiva, el concepto de ciudadanía y su relación con el principio

democrático hacen que la interdicción de derechos políticos sea admisible y que el ejercicio de uno de ellos -la posibilidad de demandar una norma en acción pública de inconstitucionalidad- pueda ser restringido temporalmente, sin que ello sea antidemocrático o violatorio del derecho a la ciudadanía. Por el contrario, se trata de la aplicación de una regla que establece una sanción limitada ante la conducta de un sujeto que ha roto las reglas del sistema democrático.

Por otra parte, la interpretación sistemática de la Constitución -y no sólo del artículo de la acción pública tomado de manera aislada- muestra que hay buenas razones para que los sujetos condenados penalmente con interdicción de derechos civiles y políticos no puedan interponer acciones públicas de inconstitucionalidad. Así, la calidad de ciudadano implica deberes (artículo 95 de la Constitución) y, por eso, la ciudadanía se puede suspender por decisión judicial (artículo 98 Constitucional). Si bien la Constitución no establece expresamente en el numeral 6° del artículo 40 de la Carta que los legitimados para interponer acción de inconstitucionalidad deben ser ciudadanos en ejercicio, al revisar la Constitución puede verse que esta solo habla de ciudadanos en ejercicio cuando establece la ciudadanía como un requisito para acceder a ciertos cargos públicos (artículos 172, 177, 191, 232, entre otros, de la Carta). De tal suerte que el argumento literal no es muy fuerte para adelantar un ejercicio hermenéutico completo, mientras que el argumento sistemático revela elementos que sí apoyan la posibilidad legítima de establecer ciertas limitaciones al ejercicio de la ciudadanía, entre ellas, la posibilidad de presentar la acción de inconstitucionalidad.

Como lo reconoció el Auto 242 de 2015, en el que se fundamentó la decisión en la que aclaro mi voto, la jurisprudencia constitucional había sostenido hasta ese momento que quienes estuviesen condenados por sentencia en firme a sanciones principales o accesorias, que incluyan la interdicción de derechos civiles o políticos, carecen de legitimación para interponer acciones públicas de inconstitucionalidad. Esa tesis se había fundado, en que:

- a. Toda pena de prisión lleva como accesoria una de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas, en virtud de la ley penal.
- b. El derecho a instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad tiene la connotación de un derecho político, susceptible de ejercerse únicamente por quienes hayan alcanzado la

ciudadanía y además estén en el ejercicio de ella.

c. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, aunque la ley podría concederles a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en determinadas elecciones y consultas populares (artículo 100 de la Constitución).

d. La sola titularidad de estos derechos por parte de los nacionales no los habilita automáticamente para ejercerlos, ya que necesitan también adquirir la ciudadanía, lo cual se logra con la mayoría de edad y se acredita con la cédula.

e. La ciudadanía puede perderse de hecho cuando se renuncia a la nacionalidad y “su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley” (artículo 98 Superior).

f. La ley ha dispuesto que en ciertos casos se puede suspender el ejercicio de la ciudadanía a causa de la comisión de un delito sancionado con pena (principal o accesoria) de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas.

g. Si se suspende el ejercicio de la ciudadanía en virtud de una sentencia penal que imponga una condena de esa naturaleza, se pierde también legitimidad para interponer acciones públicas, por tratarse de un derecho político.

Considero que en este momento no existe un cambio constitucional que favorezca una interpretación de los derechos políticos de los colombianos o del concepto de ciudadanía diferente a la sostenida por la Corte hasta el Auto 242 de 2015. Tanto aquella providencia como esta en la que aclaro mi voto insistieron en que la Carta no hizo ninguna distinción en el artículo 40 entre ciudadanos. Pero llegar a esa conclusión supone desconocer la Constitución y su análisis sistemático y olvida que el artículo 95 regula los deberes del ciudadano y el 98 establece límites a la ciudadanía. Pues bien, el cambio jurisprudencial realizado en el Auto 242 de 2015 se fundamentó en un solo artículo constitucional, mientras que antes se había hecho una interpretación sistemática cuyas fuentes no han sido reformadas.

9. En relación con el segundo argumento, según el cual el derecho político a interponer acciones de inconstitucionalidad materializa el derecho de acceso a la

administración de justicia que es universal, no tiene en cuenta el hecho de que ningún derecho es absoluto y que, por consiguiente, todos admiten limitaciones. Adicionalmente, el derecho fundamental de acceder a la justicia se puede materializar de diversas maneras y no solo a través de la acción pública de inconstitucionalidad. En efecto, los requerimientos para el acceso a la administración de justicia, en general, y a la constitucional, en particular, no son, per se, inconstitucionales o desproporcionados. Por otra parte, la justicia constitucional no se agota en la acción pública, pues existen varias acciones constitucionales para la defensa de derechos subjetivos. El mecanismo por excelencia es la acción de tutela, que justamente por esa razón no tiene ninguna restricción de acceso. No es válido entonces reducir la justicia constitucional a una sola acción que ni siquiera pretende, de manera directa, proteger derechos subjetivos. Por lo tanto, no hay un sustento plausible que fundamente la obligación de que el ordenamiento garantice que cualquier ciudadano pueda acceder, sin ningún límite o requisito, a la justicia constitucional por medio de la acción pública de inconstitucionalidad. Sostener lo contrario llevaría al absurdo de considerar contrario a la Constitución el diseño de otras acciones, como la acción de nulidad por inconstitucionalidad y de otros mecanismos de defensa de derechos que establecen límites y requisitos propios.

Además de la posición reduccionista que asimila la justicia constitucional a la acción pública de inconstitucionalidad y de la falta de consideración de la posibilidad de establecer límites y requisitos razonables a la misma, la Sentencia C-164 de 2019 estableció una diferenciación indebida en el ejercicio de los derechos políticos al señalar que existe un derecho fundamental a acceder a la justicia, a través de la acción de inconstitucionalidad, para dejar de lado una reflexión paralela sobre los demás derechos políticos de los sancionados penalmente, como son el derecho a elegir, a ser elegido y a acceder a cargos públicos. Si la suspensión de la ciudadanía no es relevante para analizar la legitimación para presentar una acción de inconstitucionalidad, ¿por qué habría de serlo para elegir y ser elegido? ¿Acaso no hay también un derecho fundamental a elegir y ser elegido? ¿Por qué ese derecho sí puede ser limitado? La argumentación de la sentencia no respondió a ninguna de estas preguntas.

Una lectura sistemática de la Carta desde criterios de razonabilidad constitucional justifica que quienes se encuentren inhabilitados para ejercer derechos y funciones públicas no puedan votar, no puedan ser elegidos y tampoco puedan interponer acciones de

inconstitucionalidad. En efecto, se trata de sujetos que tienen restringido, en general, el ejercicio de sus derechos políticos, sin que ello afecte su derecho de acceso a la justicia, pues existen otras acciones que pueden proteger de mejor manera sus derechos fundamentales, como, por ejemplo, la acción de tutela.

Sumado a lo anterior, la tesis defendida por la mayoría de la Sala Plena puede conducir a consecuencias absurdas. En efecto, el artículo 98 de la Carta autoriza suspender la ciudadanía por decisión judicial, con base en la ley. La posición de la Sala supondría que de ninguna forma podría limitarse, en virtud de la ley, el acceso a la acción de inconstitucionalidad porque habría un derecho fundamental a poder presentar esas acciones en defensa objetiva de la Constitución. Si eso es así, los menores de edad también podrían interponer acción de inconstitucionalidad, sin restricciones, porque el mismo argumento opera para ellos y un derecho fundamental es un derecho exigible por cualquier persona sin importar su edad.

En mi opinión, la postura de la providencia de acuerdo con la cual las personas condenadas penalmente están legitimadas para promover acciones de inconstitucionalidad partió de una idea errada del derecho de acceso a la justicia, el cual tiene diferentes límites y restricciones -el procedimiento que señala oportunidades para realizar actos procesales, la caducidad, la necesidad de estar representado por un abogado, entre otros- que no implican un obstáculo para su ejercicio. El acceso a la justicia, como otros derechos, no es absoluto. Por lo tanto, restringir el ejercicio de derechos políticos y, por ende, la posibilidad de presentar la acción de inconstitucionalidad, no es un límite irracional al acceso a la justicia.

10. Con respecto al tercer argumento de la providencia, que defiende la idea de que la habilitación a las personas condenadas penalmente de presentar acciones de inconstitucionalidad garantiza la efectividad de sus derechos constitucionales, no tiene en cuenta que, aun si a estas personas se les suspende el derecho a interponer tales acciones, de todas formas tienen canales, que también se rigen por el principio de informalidad, para acceder a la justicia constitucional y lograr la defensa de sus derechos subjetivos por medio de la acción de tutela, que, en contraste con la acción de inconstitucionalidad, fue diseñada para defender derechos subjetivos. Al parecer, la argumentación de la sentencia pretende darle a la acción de inconstitucionalidad un alcance que no tiene, dados sus

límites como instrumento de defensa objetiva del ordenamiento. De hecho, puede ser la acción menos adecuada para la protección y salvaguarda rápida e inmediata de los derechos fundamentales de la población condenada penalmente, si se tiene en cuenta su naturaleza y finalidad. Así que limitar la presentación de acciones de inconstitucionalidad por parte de las personas condenadas penalmente no lesiona desproporcionadamente la efectividad de sus derechos constitucionales.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] En la Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, se declaró exequible este numeral, “en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto”.

[2] M.P. María Victoria Calle Correa.

[3] La norma en cita dispone que: “Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. <Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...) 4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años”. En la Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, se declaró exequible este numeral, “en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto”.

[4] Folio 4.

[5] En el aparte pertinente, la disposición en mención establece que: “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (...)”.

[6] Folio 5.

[7] En particular, el Ministerio refiere al siguiente aparte de la demanda: “(...) Se hace imperativo un pronunciamiento de esa alta Corporación, partiendo del hecho de este tipo de vulneraciones de [derechos] y garantías de parte tanto de la FGN, jueces y magistrados, como de la inacción por parte del [Ministerio Público] / Defensoría en la salvaguarda [de los mismos](...) por la violación al principio universal del non bis in idem, en el entendido que tal principio hace parte del debido proceso, [como quiera que] (...) la mala práctica de parte de la justicia ordinaria en cabeza de jueces y magistrados, de agravar con la aplicación del artículo 211 # 7 en los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 C.P, [está generando] eventos nefastos para la población carcelaria (...), las condiciones de hacinamiento, [la falta de atención en salud], [etc.] // (...) Cuando el legislador penó conductas antijurídicas, típicas y culposas, y en la construcción de los artículos 208 y 209 utilizó la expresión: ‘(...) en menor de 14 años’, dejó inmerso el agravante establecido en el numeral 7 del artículo 211 ibídem, en el entendido de que tal ‘situación de vulnerabilidad en razón de la edad’, obedece precisamente a la condición de menor de edad (> 14 años) (...) eventos estos que hace[n] inaplicable tal agravante (...)”. Folio 46.

[8] Folio 47.

[9] M.P. Mauricio González Cuervo.

[10] Folios 59 y 60.

[11] M.P. Mauricio González Cuervo.

[12] Expresamente se dice que: “Primero. Declarar EXEQUIBLES las expresiones “...de catorce (14) años...” contenidas en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000.”

[13] Se citan las Sentencias C-318 de 2003, T-466 de 2006, C-149 de 2009 y C-683 de 2015.

[14] Explicación de la Fiscalía en la que se toma como base la Sentencia T-029 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[15] Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa. Énfasis del interviniente.

Esta prohibición se conoce en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la imposibilidad de realizar una doble o múltiple valoración. Por virtud de la cual, el juzgador no puede “(...) valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto AP2150-2018 del 30 de mayo de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, radicación No. 51741.

[16] M.P. María Victoria Calle Correa.

[17] Folios 67 y 68.

[18] Folio 35.

[19] Folio 40.

[20] Ibídem.

[21] Folio 83.

[22] Folio 89.

[23] Folios 95 y 96.

[24] “Artículo 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”.

[25] Folio 1.

[26] Folio 6.

[27] M.P. María Victoria Calle Correa.

[28] CP arts. 40.6 y 241.

[29] En este punto, en el Auto en cita, la Corte expuso que: “(...) Suspenderle a un ciudadano, (...) el derecho político a interponer acciones de inconstitucionalidad supone (...) recortar los medios de acceso a la justicia, que es una institución esencial para garantizar la

efectividad de los demás derechos y límites del poder público (...)."

[30] M.P. María Victoria Calle Correa.

[31] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[32] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[33] CP art. 241.4 y Decreto 2067 de 1991, arts. 2 y 6)

[34] En la Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se manifestó que: "el control de constitucionalidad de las leyes es una función jurisdiccional que se activa, por regla general, a través del ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos, para lo cual se exige la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, sin perjuicio de los casos en los que la propia Constitución impone controles automáticos, como ocurre con las leyes aprobatorias de tratados internacionales o las leyes estatutarias."

[35] Intervenciones de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, la Universidad de Nariño y la Universidad Externado de Colombia.

[36] M.P. Mauricio González Cuervo.

[37] Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-447 de 1997, C-509 de 1996 y C-236 de 1997.

[38] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[39] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[40] Decreto 2067 de 1991, art. 6.

[41] Sobre el particular, la Corte ha dicho que: "[Si] bien el momento procesal ideal para pronunciarse sobre la inexistencia de cargos de inconstitucionalidad es la etapa en la que se decide sobre la admisibilidad de la demanda, por resultar más acorde con la garantía de la expectativa que tienen los ciudadanos de recibir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas por ellos, esta decisión también puede adoptarse al momento de proferir un fallo, pues es en esta etapa procesal en la que la Corte

analiza con mayor detenimiento y profundidad las acusaciones presentadas por los ciudadanos en las demandas de inconstitucionalidad”. Sentencia C-874 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias C-954 de 2007, C-623 de 2008, C-894 de 2009, C-055 de 2013 y C-281 de 2013. En esta última expresamente se expuso que: “Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del magistrado ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (CP art. 241-4-5).” M.P. Mauricio González Cuervo.

[43] “Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.

[44] “Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurra en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

[45] Entre otras, cabe mencionar que el actor enfocó la cuestión en el agravante, como se señala en la parte final del escrito acusatorio, cuando afirma que: “(...) Considero que la falta de pronunciamiento y claridad respecto de la aplicabilidad del agravante sub-examine, se ha prestado sin duda para que funcionarios (...) actúen en contra del penado dentro de la actuación procesal agravando de manera ilegal la situación de éste, (...) lo que hace imperioso el pronunciamiento -insisto- desde [la] (...) Corte Constitucional en pro de los derechos y garantías de las personas privadas de la libertad, así como del ordenamiento jurídico colombiano”. Folio 6.

[46] M.P. María Victoria Calle Correa.

[47] Folio 47.

[48] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-038 de 1995, C-034

de 2005, C-468 de 2009, C-575 de 2009 y C-501 de 2014.

[49] “Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. (...)” “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” “Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. (...)” “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes. // 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. (...)”.

[50] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-013 de 1997, C-840 de 2000 y C-034 de 2005.

[51] “Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”.

[52] “Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. (...)”.

[53] “Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

[54] “Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la

prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (...)”

[55] Sobre el particular, se ha dicho que: “La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal.” Sentencia C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[56] “Artículo 2. (...) 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.” “Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

[57] Sentencia C-478 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[58] Esta manifestación del principio non bis in idem se origina de lo previsto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en la que la prohibición se vincula de forma estrecha con el carácter delictivo de la conducta ya enjuiciada. Expresamente, en la norma en cita se dispone que: “Artículo 14. (...) 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

[59] En este caso, la prohibición no está restringida a la hipótesis de que una persona hubiera sido condenada o absuelta por el mismo delito, sino que impide que se adelante una nueva investigación o que se someta a un nuevo enjuiciamiento a una persona, que ya había sido absuelta por una decisión judicial en firme, por el mismo hecho. Al respecto, el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Artículo 8. Garantías judiciales. (...) 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

[60] Esta hipótesis está llamada a operar en los casos no regulados por las dos prohibiciones anteriores. Se aplica en aquellos eventos en los cuales el Estado investiga, acusa, enjuicia, condena y sanciona penalmente a una persona por un delito por el cual, si bien no había sido juzgada, la conducta reprochada sí constituyó el fundamento de la condena impuesta en relación con otro comportamiento punible.

[61] Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa. Énfasis por fuera del texto original.

[62] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[63] MP. Jaime Araújo Rentería..

[64] M.P. María Victoria Calle Correa.

[65] Énfasis por fuera del texto original.

[66] MP. Jaime Araújo Rentería..

[67] M.P. María Victoria Calle Correa.

[68] Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa. Énfasis por fuera del texto original.

[69] Sentencia C-478 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[70] M.P. María Victoria Calle Correa.

[71] Como se ha señalado en varias oportunidades en esta providencia, se trata de los delitos de acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, actos sexuales con menor de catorce años, acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir y acoso sexual.

[72] “Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”. “Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos

sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurra en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

[73] Énfasis por fuera del texto original.

[74] Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

[75] Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

[76] Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa. Énfasis por fuera del texto original.

[77] Énfasis por fuera del texto original.

[78] REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 148.

[79] “Artículo 103. Homicidio. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.”

[80] “Artículo 106. Homicidio por piedad. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.”

[81] “Artículo 265. Daño en bien ajeno. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[82] “Artículo 416. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. El Servidor público que

fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.” Énfasis por fuera del texto original.

[83] “Artículo 229. Violencia intrafamiliar. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1850 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[84] REYES, Op.cit., p. 149.

[85] “Artículo 240. Hurto calificado. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere: (...) 3. Mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores. (...)”.

[86] “Artículo 189. Violación de habitación ajena. El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes, incurrirá en multa.”

[87] REYES, Op.cit., p. 149. El autor sigue la explicación de: PUIG PEÑA, Federico, Colisión de normas penales, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, p. 45.

[88] Al respecto se ha dicho que: “(...) desde el momento en que se opera la consumación, por definición se excluye toda punibilidad por tentativa (...)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, y otros, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 786.

[89] NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1966, p. 291.

[90] REYES, Op.cit., p. 149.

[91] Se trata de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y de actos

sexuales con menor de catorce años

[92] M.P. María Victoria Calle Correa.

[93] Código Penal, arts. 208 y 209.

[95] Se trata de las intervenciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación; la Universidad Libre y el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

[96] El Ministerio de Justicia y del Derecho y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

[97] Folio 95.

[98] “Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...) 4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años”.

[99] Énfasis por fuera del texto original.

[100] Se trata de la intervención del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

[101] Se trata de las intervenciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación; la Universidad Libre y el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

[102] Explicación de la Fiscalía en la que se toma como base la Sentencia T-029 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Folio 62.

[103] Véanse, entre otras, las Sentencias T-495 de 2010, T-167 de 2011, T-014 de 2012 y T-736 de 2013.

[104] “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos

discriminados o marginados. // El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

[105] “Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

[106] Sentencias C-172 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, y T-200 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[107] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[108] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[109] Énfasis por fuera del texto original. Este pronunciamiento fue reiterado en la Sentencia C-172 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[110] Tal como se explicó en el acápite 6.5.5 de esta providencia.

[111] M.P. María Victoria Calle Correa.

[112] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[113] M.P. María Victoria Calle Correa.

[114] M.P. María Victoria Calle Correa.