Sentencia C-241/12

TIPIFICACION PENAL DEL INCESTO-Constituye una limitación justificada desde la perspectiva constitucional, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en aras de proteger el bien jurídico de la familia

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional/POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites constitucionales

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FORMAL-Concepto

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL MATERIAL-Concepto

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL MATERIAL EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO AMPLIO O LATO-Distinción

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL MATERIAL EN SENTIDO ESTRICTO-Elementos para su configuración

La cosa juzgada material en sentido estricto, que se presenta cuando concurren los siguientes elementos: “1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexequible. 2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexequible. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción, y, por el contrario, si la redacción es igual pero del contexto se deduce un significado normativo distinto, se entiende que no se realizó una reproducción. 3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la “reproducción” haya sido declarado inconstitucional por “razones de fondo”, lo cual significa que la ratio decidendi de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma. 4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el

juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad.”. En consecuencia, cuando se presentan estos cuatro elementos, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental.

COSA JUZGADA MATERIAL EN SENTIDO LATO O AMPLIO-Configuración

La cosa juzgada material en sentido lato o amplio, ocurre cuando existe un pronunciamiento previo declarando la exequibilidad de la norma demandada cuyo contenido normativo es igual al actualmente atacado. Cuando ello sucede, ha indicado la jurisprudencia no se obliga, a la Corte Constitucional a estarse a lo resuelto en la sentencia anterior, pero en cambio, sí se le exige a ésta justificar las razones por las cuales no seguirá dicha sentencia que constituye un precedente específico aplicable a la norma reproducida. Tales razones deben ser poderosas, en los términos que ha señalado la jurisprudencia: “Una vez reproducida la norma exequible, la Corte debe apreciar si en el nuevo contexto dentro del cual fue expedida, ésta adquirió un alcance o unos efectos distintos, lo cual justificaría un fallo de fondo en un sentido diferente al anterior. Lo mismo sucedería en caso de que la Corte encuentre razones poderosas para introducir ajustes en su jurisprudencia o cambiarla.

COSA JUZGADA MATERIAL-Respeto al precedente

PRECEDENTE EN COSA JUZGADA MATERIAL-Casos en que juez constitucional puede apartarse

PRECEDENTE EN COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Criterios/CONSTITUCION VIVIENTE-Concepto

La Corte Constitucional tiene varias opciones. La primera, es respetar el precedente, garantizando la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho, de la seguridad jurídica, del principio de la confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte. Cuando la Corte opta por esta alternativa, decide seguir la ratio decidendi anterior, mantener la conclusión que de ella se deriva, estarse a lo resuelto y, además, declarar exequible la norma demandada. Otra alternativa, es que la Corte llegue a la misma

conclusión de su fallo anterior pero por razones adicionales o diversas. La segunda posibilidad que tiene la Corte, es apartarse del precedente, asumiendo la carga argumentativa que la obliga a justificar por medio de “razones poderosas” que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, que el cambio se hace para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores. Ha dicho esta Corporación que los efectos de la cosa juzgada material de un fallo de exequibilidad son específicos y se enmarcan dentro de la doctrina sobre precedentes judiciales que garantiza la interpretación de la Constitución como un texto viviente.

DEMANDA DE INCONSTITUCONALIDAD-Carga mínima de comunicación y argumentación

POLITICA CRIMINAL-Ámbito de libertad que la Constitución reconoce al Legislador para su regulación

Sobre el ámbito de libertad que la Constitución reconoce al Legislador para la regulación de estas materias expuso la Corte: “En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudirse al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como ultima ratio. Sin embargo, la Corte ha encontrado que en determinados casos, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para su protección, hacen que del ordenamiento constitucional, incorporados en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, se derive el imperativo de criminalizar ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que existe un deber constitucional de sancionar penalmente conductas tales como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas. En el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal. Al margen de esos dos extremos, y dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional impone al legislador en materia penal, existe un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar qué bienes jurídicos son susceptibles de

protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena.

POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE POLITICA CRIMINAL-Límites

POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO-Limitada por los deberes de observar la estricta legalidad, respeto de los derechos constitucionales y de los principios de proporcionalidad y razonabilidad del tipo penal y su sanción

LIMITES AL PODER DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Criterios

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 los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. De modo que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de "control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos", lo cual comporta las siguientes garantías: 1. Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: "nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa". De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. 2. Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad. 3. Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al

establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional. 4. Al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva".

TIPOS PENALES-Comporta una valoración ético-social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas que merecen reproche penal y las penas

LIMITES AL PODER DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Finalidad

La Constitución opera como un mecanismo de control de límites de la competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos, lo cual comporta las garantías estricta legalidad; los tipos penales se conciben como mecanismos extremos de protección de bienes jurídicos; prohibición de tipificar conductas que desconozcan derechos fundamentales, no protejan bienes jurídicos, no presenten idoneidad para su protección; o que su penalización resulte desproporcionada o irrazonable.

INCESTO-Prohibición en diferentes sistemas normativos/INCESTO-Prohibición en el derecho comparado/INCESTO-Grado de generalidad/INCESTO-Prohibición desde la perspectiva sicológica, sociológica y ética

INCESTO-Del bien jurídico que se seleccione como objeto de protección, depende la penalización

Del bien jurídico que se seleccione como objeto de protección, depende la penalización o no, de las relaciones consentidas entre parientes. Cuando el bien jurídico que se pretende tutelar a través de la incriminación es la libertad sexual, la violencia y las relaciones de poder al interior de la familia forman parte de la descripción típica; en este contexto, las relaciones

consentidas entre adultos no se encuentran penalizadas. En tanto que si el interés jurídico protegido es la familia, o la moralidad pública, todas las relaciones entre personas que se hallen en los grados de parentesco previstos, se encuentran sancionadas.

TIPIFICACION PENAL DE INCESTO-Precedente jurisprudencial/PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE DELITO DE INCESTO-Razones en que se fundamenta su aplicación

En la Sentencia C-404 de 1998, la Corte fijó un precedente judicial acerca de la exequibilidad de la norma que tipifica el incesto como delito, que parte del siguiente problema jurídico: ¿constituye la penalización del incesto, en los términos del código penal colombiano un límite injustificado al libre desarrollo de la personalidad, consignado como derecho fundamental en el artículo 16 de la Constitución Política?. La respuesta de la Corte consiste en negar que la tipificación del incesto lesione este derecho por cuanto no ostenta un carácter absoluto y, en consecuencia, puede ser restringido en procura de la protección de un bien jurídico. Siendo la familia un bien jurídico protegido por el Constituyente y encontrándose que "todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella han establecido que el incesto atenta contra ese bien", el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes a través de la penalización del incesto resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia. La Corte no encuentra razones para apartarse del mencionado precedente, y por ende lo reitera en esta oportunidad, toda vez que la restricción del libre desarrollo de la personalidad mediante la penalización del incesto, se muestra necesaria al menos, por tres razones fundamentales. En primer lugar, por cuanto la familia es en sí misma un bien jurídico que merece protección constitucional. En segundo lugar, por las consecuencias negativas que apareja esta práctica en la consolidación de la familia, en tanto espacio de interrelación básico de los individuos en el que se forjan gran parte de sus valores constitutivos. Y en tercer lugar, por que se trata de un asunto sustraído de la órbita privada, autónoma y disponible del individuo, en cuanto involucra la razón pública y los intereses del Estado y de la sociedad.

PENALIZACION DEL INCESTO-Protege el bien jurídico de la familia y los valores e instituciones vinculados a ella/FAMILIA-Definición/FAMILIA-Ámbito de protección especial/FAMILIA-Carácter de pilar fundamental/FAMILIA-Presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado

Esta Corporación ha definido la familia “como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes mas próximos”. El artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos. 23. De acuerdo con el alcance del artículo 42, en la sociedad y el Estado reposa el deber de garantizar la protección integral de la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Esta protección integral que prodiga la Constitución se asegura mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer la importancia de la institución familiar en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales que la orientan, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Ese ámbito de protección especial, tal como lo ha destacado esta Corporación, se manifiesta, entre otros aspectos: (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en el respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos. La institución de la familia ha sido considerada igualmente como un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que ‘[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen.” En este sentido, el orden constitucional vigente le reconoce el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción

universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial.

FAMILIA-Importancia en el derecho internacional/FAMILIA-Elemento natural y fundamental de la sociedad en el derecho internacional

El derecho internacional, en diversos instrumentos (declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales), se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirla. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano.

BIEN JURIDICO DE LA FAMILIA-Afectación en razón de la práctica del incesto, justifica su penalización

La penalización del incesto recoge una posición mayoritaria en Colombia que considera que esta conducta lesiona a la familia, en tanto bien jurídico. El delito del incesto, plasma así un punto de vista generalizado que rechaza las relaciones sexuales entre parientes por cuanto menoscaba el tipo de relaciones y valores que debe configurarse en la familia.

PENALIZACION DEL INCESTO-Resulta compatible con la Constitución

La penalización del incesto resulta compatible con la Constitución por cuanto los fundamentos de esta decisión legislativa coinciden con reglas de conducta que prescribe la moralidad pública, en el sentido de que el tipo de relaciones deseable entre los miembros de la familia, debe caracterizarse por la presencia de valores como la solidaridad, el cuidado fraternal, el auxilio, el respeto recíproco, entre otros. Las relaciones sexuales entre parientes, en cambio, afirman vínculos de dominación y sometimiento entre los miembros de la familia e invierten y distorsionan lo roles familiares. Esta creencia compartida, que se institucionaliza con la penalización del incesto, permite que los miembros de las comunidades cuenten con

un referente objetivo por medio del cual las personas pueden evaluar de manera negativa las conductas incestuosas. La comunidad en general se beneficiaria con la penalización del incesto por cuanto se reafirmaría la convicción de que dicha conducta atenta con la protección de la familia y los valores de solidaridad, y respeto mutuo entre sus miembros.

MORALIDAD PUBLICA-Naturaleza

La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Debe confrontar criterios de moralidad pública

El juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexequibilidad. Esto simplemente significaría que la concepción acogida sobre moral pública no era la que se desprendía de las instituciones constitucionales o la que era necesario implementar con el fin de que ellas tuviesen un desarrollo adecuado en la vida social".

PENALIZACION DEL INCESTO-Acto oficial en que el legislativo establece una norma en la que materializa un criterio moral colectivo que considera a la familia como un bien social que merece protección

PENALIZACION DEL INCESTO-No vulnera el principio de dignidad humana, ni el libre desarrollo de la personalidad

La opción legislativa de erigir en tipo penal las relaciones sexuales entre parientes, no

representa un quebranto al principio de dignidad humana, comoquiera que no persigue la reducción o instrumentalización del ser humano, ni anula las posibilidades del individuo de desarrollar su dimensión sicoafectiva y sexual. La tipificación de esta conducta obedece al propósito de proteger el bien jurídico de la familia, y a las personas que la integran de las afectaciones que sufren, empíricamente demostradas, como consecuencia de las relaciones incestuosas, como son la pérdida de roles, la desestabilización de las relaciones entre las personas que conforman el núcleo familiar, el sentimiento de culpa, o la angustia subsecuente a la prohibición. Se trata de un bien jurídico que trasciende la órbita privada del individuo y su esfera de disposición, e implica a la sociedad y al Estado, toda vez que la protección que a través del incesto se provee a este bien jurídico ha sido corroborada por la razón pública, en diferente culturas y contextos jurídicos, como significativa tanto para el individuo, como para la sociedad. La limitación que dicha prohibición comporta a la libertad de acción del individuo se encuentra plenamente justificada por la entidad del bien que se protege, y la necesidad de salvaguarda frente a las afectaciones reales, empíricamente comprobadas, que las relaciones incestuosas ocasionan en la estructura familiar y en el sistema de relaciones entre los miembros de la familia.

Referencia: expediente D-8531

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 237 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Actor: Oscar Eduardo Borja Santofimio

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Oscar Eduardo Borja Santofimio presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 237 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal colombiano.

Mediante providencia de veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011), el Magistrado sustanciador dispuso rechazar la demanda con fundamento en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, al considerar que existía cosa juzgada constitucional derivada de la sentencia C-404 de 1998 en la cual se declaró la exequibilidad del artículo 259 del Decreto 100 de 1980 que tipificaba el delito de incesto. Se consideró en la providencia de rechazo de la demanda que:"(i) el tipo penal de incesto no ha sufrido modificaciones sustantivas en su descripción, salvo el quantum de la pena, asunto que no es objeto del cargo de inconstitucionalidad; y (ii) las censuras analizadas en la sentencia C-404/98 son asimilables a la contenida en la demanda de la referencia".

Oportunamente el ciudadano demandante interpuso recurso de súplica ante el Pleno de la Corporación, aduciendo que la presente impugnación se basa en fundamentos diferentes que no fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia C-404 de 1998. No solamente se estaría frente a otro artículo, de cara a otra ley inspirada esta en el respeto a la dignidad humana, parámetro que no se tenía en cuenta en el ordenamiento penal derogado.

El asunto fue remitido a la magistrada de la corporación que sigue en turno, tal como lo establece el Decreto 2067 de 1991. Mediante providencia A161 de 2011, la Sala Plena de la Corporación con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa decidió revocar el auto recurrido, y en su lugar admitir la demanda y continuar con el proceso bajo la conducción del magistrado a quien inicialmente correspondió el asunto en reparto.

Para fundamentar esta determinación consideró la Corte que el texto de la norma acusada en esta oportunidad es distinto al del tipo penal de incesto examinado en la sentencia C-404 de 1998, en la medida que el marco punitivo difiere entre una y otra configuración normativa y además ambas regulaciones pertenecen a cuerpos normativos diferentes. Por lo tanto dijo el Pleno de la Corporación "la demanda se dirige contra un acto normativo que no es obvio, evidente o indiscutible que esté cubierto por los efectos de la cosa juzgada constitucional".

Sin embargo, la Sala en el Auto 161 de 2011 estableció que los efectos de su decisión se circunscribían “estrictamente al ámbito de la admisibilidad de la acción “sin perjuicio de la interpretación que la Corporación efectúe en la providencia que ponga fin al presente trámite”.

Por auto de septiembre siete (7) de dos mil once el magistrado sustanciador impartió el trámite correspondiente a la demanda e invitó a participar en el presente juicio a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, Sergio Arboleda, Libre, Eafit de Medellín, de Antioquia, de Ibagué, y del Rosario, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia-, a la Comisión Colombiana de Juristas y al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición integralmente demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 44097 del veinticuatro (24) de julio de 2000:

“LEY 599 de 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

“Por la cual se expide el Código Penal.

El Congreso de la República

DECRETA

TÌTULO VI

DELITOS CONTRA LA FAMILIA

(…)

CAPITULO V

DEL INCESTO

ARTICULO 237. INCESTO. El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses".

III. LA DEMANDA

El ciudadano Oscar Eduardo Borja Santofimio considera que el artículo 237 del Código Penal que penaliza el incesto es inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 1, 5, 12, 13, 16 y 42 de la Constitución. El argumento central de la acusación consiste en señalar que la tipificación de los delitos debe ser compatible con el principio de dignidad humana, de modo que no es aceptable que se sancionen conductas que no trascienden la esfera íntima del individuo y el ejercicio de su libre voluntad. Así la relación de pareja entre parientes, cuando se trata de adultos que expresan libremente su consentimiento, no puede ser objeto de sanción penal, sin con ello vulnerar la Constitución.

Para respaldar esta censura sostiene que la base fundamental del estado social de derecho es el reconocimiento del respeto a la dignidad humana. Por esta razón, el legislador no puede tipificar una conducta sin tener en cuenta que el derecho solo puede imponer sanciones a los comportamientos humanos que interfieran con la órbita de acción de otras personas. La relación íntima y privada entre ascendientes, descendientes, hermanos, adoptante y adoptivo, que involucre acceso carnal u otro acto erótico sexual consentido, no afecta a las demás personas, ni al núcleo familiar, ni ofende la moralidad pública. Se trata de una conducta que únicamente concierne a la moral individual y por ende debe ser inmune a la actuación de las autoridades judiciales. Un acto que no se exterioriza no puede ofender y ni siquiera colocar en peligro bienes del mundo exterior.

La norma acusada quebranta el derecho de los colombianos y colombianas adultos a elegir libremente con quien, cómo y cuándo, pueden sostener relaciones sexuales y sentimentales

sin ser sancionados por el ordenamiento penal. Dado que se está frente a una conducta que cuenta con el consentimiento mutuo de los protagonistas, es imposible determinar quien es la víctima y por ende quien tiene la facultad de denunciar el hecho.

El legislador debe separar el derecho de la moral. Si el incesto es un asunto de moral debe ser declarada inconstitucional la sanción establecida en el artículo 237 del Código Penal.

IV. INTERVENCIONES

1. De entidades públicas

1.1. Del Ministerio de Justicia y del Derecho

Solicita a la Corte emitir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, comoquiera que la norma no tiene el alcance que le da el actor. “No se trata de un delito configurado en relación con una conducta mutua, compartida, sino por una persona individual y autónomamente considerada en relación con otra que padece la conducta y que tiene parentesco con el sujeto activo de la conducta, en los niveles allí consagrados”.

Contrario a la lectura que da el accionante al tipo penal de incesto, el mismo no se refiere exclusivamente a una conducta bilateral, realizada entre personas libres para decidir sobre una relación sexual mutuamente consentida, sino que tiene un alcance mayor y más amplio, incluyendo la conducta unilateral que ejerce un ascendiente, descendiente, hermano o hermana, respecto de una persona que tiene esa relación de parentesco con el autor del delito y que resulta victimizada por el mismo.

La demanda no cumple con el requisito de certeza, puesto que las razones en que se funda no se dirigen contra el sentido real de la norma sino contra un contenido jurídico deducido por el accionante.

1.2. De la Fiscalía General de la Nación

Solicita estarse a lo resuelto en la sentencia C- 404 de 1998, o en su defecto declarar la exequibilidad de la norma. Para sustentar esta última solicitud, transcribe las consideraciones

vertidas en la aludida sentencia sobre la protección de la familia y la solidaridad, como límites al libre desarrollo de la personalidad.

2. De Instituciones Educativas

2.1. De la Universidad Sergio Arboleda

Sugiere a la Corte declarar la cosa juzgada formal, y en consecuencia, estarse a lo resuelto en la sentencia C-404 de 1998, comoquiera que, no obstante que se trata de dos normas penales completas conformadas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, y que existen diferencias en cuanto a la pena, este aspecto no es objeto de discusión, puesto que el argumento central del demandante radica en la necesidad de separar el derecho de la moral.

2.2. De la Universidad de los Andes

– Si el incesto produce consecuencias negativas, no solo en el núcleo familiar sino en las condiciones emocionales de sus miembros, al no existir actualmente otros medios que controlen esta conducta, no es deseable evitar el único recurso para controlarlo.

– El incesto es una conducta que quiebra la estructura familiar, altera el vínculo de pareja y el sistema filial, contrapone el estatus y los roles de madre e hija y distorsiona el sistema de relaciones sicoafectivas y sexuales entre los miembros de la familia. Por tanto no sería conveniente despenalizar el incesto, pues es el único mecanismo legal que existe contra la promiscuidad familiar.

– La despenalización y permisividad del incesto traería efectos nocivos para la salud emocional y mental de las personas. La prohibición que existe actualmente, tiene una razón de ser, evitar el aislamiento de la familia. “En efecto, descartada la hipótesis de los daños genéticos del incesto, o la de Havellock Ellis sobre la ausencia de atracción sexual entre los miembros de una familia, o la de Malinowski sobre el trastorno de la estructura interna de la familia, lo más admitido hoy en día es la teoría de Claude Levi Strauss, para quien la prohibición del incesto es una precaución, no contra el desorden interno de la familia, sino para evitar que se aísle de los demás núcleos familiares”.

2.3. De la Universidad Javeriana

Solicita a la Corte que se esté a lo decidido en la sentencia C-404 de 1998, en razón a que la variación sociocultural que se ha producido en los últimos tiempos no es suficiente para modificar el parámetro de control constitucional en relación con una norma cuya exequibilidad ya determinó la Corte Constitucional, pues esa variación no resulta relevante para decidir si la institución familiar es digna o no de tutela penal. En consecuencia, los argumentos que la Corte esgrimió en 1998 para justificar la existencia jurídica del delito de incesto se mantienen vigentes.

Al proferir la sentencia C-404 de 1998, no limitó ni expresa ni tácitamente los efectos de la cosa juzgada que habría producido esa sentencia, de manera que ha de entenderse que el control de constitucionalidad de la norma demandada se hizo frente a la totalidad de la Constitución y no solo frente a los cargos elevados por el actor.

Para que la Corte proceda a una revisión excepcional de cosa juzgada, los requisitos y la motivación del fallo son más exigentes. Por lo tanto se deben tener razones poderosas que justifiquen un nuevo análisis de la norma que ya fue objeto de revisión. La demanda no presenta un conjunto de ideas suficientemente poderosas que justifiquen un nuevo análisis de la norma para un pronunciamiento de fondo.

2.4. De la Universidad del Rosario

Solicita la exequibilidad de la norma acusada toda vez que la tipificación del incesto es una decisión político criminal que ha tomado el legislador colombiano, así como también se ha llevado a cabo en otras legislaciones. Si se considera que la tipificación del incesto no es legítima en el modelo social colombiano actual, la vía para su despenalización es acudir a una reforma legislativa del código penal colombiano.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante concepto No. 5241 del 27 de octubre de 2011, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 237 de la Ley 599 de 2000, por existir “cosa juzgada material”, y por lo tanto estarse a lo resuelto en la sentencia C-404 de 1998. Sostiene que comparte la postura del Magistrado Ponente expresada en el auto que inicialmente inadmitió la demanda, comoquiera que efectivamente se ha configurado la cosa juzgada constitucional en sentido material, y las

razones expuestas en el auto de Sala Plena que admitió la demanda no son suficientes para inaplicar lo dispuesto en los artículos 243 de la Carta y 6° del Decreto 2067 de 1991.

Sostiene que la diferencia en el marco punitivo previsto en la norma examinada en la sentencia C-404/98 y el contemplado en el precepto ahora acusado, no implica un cambio de contexto que conduzca a que pierda validez el juicio de constitucionalidad ya efectuado por la Corte Constitucional.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, advierte el Procurador que en ocasiones anteriores esta corporación ha declarado la inexistencia de cosa juzgada constitucional en atención a que se hubiere modificado el contenido literal de un precepto o que sea otro el cuerpo normativo al que pertenece la disposición sometida al nuevo escrutinio constitucional.

Bajo estas consideraciones entra a emitir concepto de fondo sobre el problema jurídico planteado por el demandante.

En primer término, el Jefe del Ministerio Público se opone al argumento del demandante quien desde una perspectiva positivista, reclama la necesaria separación que debe existir entre el derecho y la moral, indicando que "la ciencia jurídica y la ciencia moral tienen un objeto común: la realidad moral, el campo de la acción libre del hombre o, en otras palabras, las acciones del hombre que no se rigen por el instinto, las leyes físicas, las leyes biológicas u otras, sino que son decididas libremente por el hombre de conformidad con su razón".

Visto el asunto desde una perspectiva ius naturalista o de realismo jurídico, que comparte el Procurador General de la Nación, "lo que atañe a la libertad del hombre, a su autonomía, a su razón, no es que corresponda al terreno exclusivo de su moral – y de una moral individualista o subjetiva- y, por tanto, escape al derecho o a la ciencia jurídica, sino que, por el contrario, tanto el derecho como la moral, que no son lo mismo, estudian precisamente aquellos actos libres del hombre pero, mientras el primero estudia únicamente los actos libres del hombre en su relación con los demás, el segundo estudia aquellos actos en relación consigo mismo y, en ocasiones, incluso en su relación con Dios (teología moral)".

En lo que atañe a la formación de la ley penal, de acuerdo con esta postura, "no es extraño, novedoso ni problemático que detrás de las normas jurídicas el legislador plasme los

principios y valores morales de la sociedad, ya sea como los valores o principios de las mayorías, en atención al principio democrático o, por lo menos, como aquellos valores o principios que tanto las mayorías como las minorías entienden como los mínimos necesarios para hacer posible la convivencia social en lo que se ha denominado un Estado Social y Democrático de Derecho. Por el contrario, para esta postura lo esencial es que el ordenamiento jurídico positivo, aun cuando incluya valores morales, lo haga atendiendo a criterios racionales".

La tipificación del incesto persigue la protección de un valor o principio moral que es la familia como institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, como lo declaró la Corte en la sentencia C-404/98. La defensa de este bien jurídico es la razón teleológica por la cual existe el tipo penal cuestionado.

Por consiguiente, es proporcionado restringir el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quienes deseen realizar actos sexuales con sus padres, hijos o hermanos, si con ello se pretende defender la concepción particular de la familia reconocida racionalmente por la sociedad como su núcleo y base.

Destaca el Ministerio Público que el hecho de elevar a la categoría de delito el incesto no supone la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, como equivocadamente lo entiende el accionante, quien además, no ofrece elementos de juicio suficientes para poder justificar una eventual discriminación hacia las personas que tienen relaciones sexuales con sus padres, hijos, adoptantes, adoptivos, hermanas o hermanos.

Enfatiza el Procurador, que se ve precisado a solicitar la declaratoria de exequibilidad del precepto acusado, con el propósito de respetar tanto la libertad de configuración del legislador en materia penal, como la norma moral que subyace en el tipo penal demandado, entendiendo por esta la defensa de la familia como institución que, según lo recalca el Procurador, "se constituye por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, y no por la sola presencia de relaciones sexuales y sentimentales." Advierte así nuevamente "la necesidad de reconocer y respetar el sentido que el constituyente primario quiso darle a la trascendental institución y bien jurídico que es la familia, pues, el mismo resulta imprescindible para entender y justificar su protección legal incluso por medio del ius

puniendi”.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia de la Corte

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada forma parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 599 de 2000.

Asunto bajo revisión. Problema jurídico planteado

2. Para el demandante el artículo 237 del Código Penal que penaliza el incesto es inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 1, 5, 12, 13, 16 y 42 de la Constitución. Fundamenta su planteamiento en que la tipificación penal debe ser compatible con el principio de dignidad humana, de modo que no es aceptable que se sancionen conductas que escapan de la esfera íntima del individuo y del ejercicio de su voluntad. Así la relación de pareja entre parientes, cuando se trata de adultos que expresan libremente su consentimiento, no puede ser objeto de sanción penal, sin con ello vulnerar la Constitución.

3. El Procurador General de la Nación y la totalidad de los intervinientes que emitieron concepto de fondo son partidarios de la exequibilidad con fundamento en que la tipificación del delito de incesto protege bienes jurídicos importantes como la familia, la solidaridad y las relaciones filiales.

4. Corresponde a la Corte resolver si la norma que penaliza el incesto constituye un ejercicio legítimo de la potestad de configuración del legislador, o por el contrario vulnera los límites constitucionales que se le imponen para el desarrollo de la cláusula general normativa en materia penal.

Para resolver esta cuestión la Sala, previamente deberá resolver dos cuestiones: la primera, si existe cosa juzgada constitucional plasmada en la sentencia C-404 de 1998, y la segunda, el ámbito del pronunciamiento de la Corte, es decir, si todos los cargos formulados revisten idoneidad para provocar un pronunciamiento de fondo. Si, resueltos estos asuntos, se impone un pronunciamiento de fondo, la Sala (i) recordará su jurisprudencia sobre la potestad de

configuración del legislador en materia penal, los límites constitucionales; (ii) se pronunciará sobre el bien jurídico protegido en el delito de incesto; (iii) indagará en el derecho comparado sobre un criterio de razonabilidad en la tipificación de esta conducta; (iv) pondrá de presente la ratio decidendi de la sentencia C-404 de 1998. Por último, a partir de los parámetros que se obtengan de las anteriores etapas de análisis, se abordará el examen de constitucionalidad del precepto acusado.

Asuntos Previos.

Inexistencia de cosa juzgada formal o material respecto de la sentencia C-404 de 1998

5. Teniendo en cuenta que la eventual existencia de cosa juzgada constitucional fue un asunto de debate en la fase de admisibilidad de este proceso, comoquiera que el magistrado sustanciador inicialmente rechazó la demanda por considerar que se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada formal, dado que se estaría frente a una nueva acusación respecto de un mismo precepto, fundada en los mismos cargos, ya resueltos en la sentencia C-404 de 1998. Estableció que existía identidad formal entre el artículo 259 del Decreto 100 de 1980, objeto de pronunciamiento en la mencionada sentencia, y el 237 de la Ley 599 de 2000, materia del actual reproche. La estructuración de la cosa juzgada formal devendría de la identidad del alcance de las prohibiciones plasmadas en los dos textos, y del hecho de que en las dos oportunidades la censura recayó únicamente en la descripción del tipo penal de incesto, sin que ella se extendiera al marco punitivo, aspecto que sí presenta diversos grados en las dos normas.

6. La Sala Plena, al resolver el recurso de súplica interpuesto por el ciudadano demandante, descartó la existencia de cosa juzgada constitucional, toda vez que consideró que el texto de la norma acusada en esta oportunidad es distinto al del tipo penal de incesto examinado en la sentencia C-404 de 1998, en la medida que el marco punitivo difiere entre una y otra configuración normativa y además ambas regulaciones pertenecen a cuerpos normativos diferentes. Sin embargo, el Pleno de la Corporación circunscribió su pronunciamiento estrictamente al ámbito de la admisibilidad de la acción, sin perjuicio de la interpretación que la Corporación efectúe en la providencia que ponga fin al presente trámite, lo que impone un pronunciamiento al respecto.

7. En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha precisado que de acuerdo a lo establecido

en el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control jurisdiccional gozan de fuerza de cosa juzgada. Ello implica que las decisiones judiciales tomadas por la Corporación en cumplimiento de su misión de garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, adquieren valor jurídico y fuerza vinculante.1

En ese sentido, la cosa juzgada constitucional, además de proteger la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, ya que por medio de esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente.

La cosa juzgada constitucional "se predica tanto de los fallos de inexequibilidad como de los de exequibilidad, vincula a todas las autoridades -incluida la misma Corte Constitucional- y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material – precepto o proposición jurídica en sí misma considerada"2. No obstante, es la misma Corte quien determina los efectos de sus fallos3, en razón a su labor de intérprete directa y autorizada de la Carta.

El alcance de la cosa juzgada constitucional ha sido desarrollado de manera amplía en la jurisprudencia, a través de la definición de categorías independientes con diferencias claras. De esta forma, se han establecido distinciones conceptuales y prácticas entre lo que se entiende por cosa juzgada absoluta y por cosa juzgada relativa, y entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

8. Por el interés que entraña para resolver el presente asunto, conviene recordar que se configura la cosa juzgada formal, en aquellos casos donde existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional4, en tanto se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material cuando a pesar de haberse atacado por medio de una demanda, la constitucionalidad de una norma formalmente distinta, su materia o contenido normativo5 resulta ser idéntico al de otra(s) disposición(es) que ya fue(ron) objeto del análisis de constitucionalidad.6 En este contexto, ha dicho la doctrina constitucional que la cosa juzgada material se predica de la similitud en los contenidos normativos de distintas disposiciones jurídicas, aunque ello no

significa que exista semejanza o coincidencia entre el problema jurídico propuesto y el que fue objeto de pronunciamiento en la decisión precedente7.

Particularmente, en relación a la existencia de cosa juzgada material, la jurisprudencia ha distinguido la ocurrencia de dos eventos8:

“1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexequible.

2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexequible. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción, y, por el contrario, si la redacción es igual pero del contexto se deduce un significado normativo distinto, se entiende que no se realizó una reproducción.

3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la “reproducción” haya sido declarado inconstitucional por “razones de fondo”, lo cual significa que la ratio decidendi de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma.

4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad.”9

En consecuencia, cuando se presentan estos cuatro elementos, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental.

(ii) La cosa juzgada material en sentido lato o amplio, ocurre cuando existe un pronunciamiento previo declarando la exequibilidad de la norma demandada cuyo contenido normativo es igual al actualmente atacado. Cuando ello sucede, ha indicado la jurisprudencia10 no se obliga, a la Corte Constitucional a estarse a lo resuelto en la sentencia anterior, pero en cambio, sí se le exige a ésta justificar las razones por las cuales no seguirá dicha sentencia que constituye un precedente específico aplicable a la norma reproducida.

Tales razones deben ser poderosas, en los términos que ha señalado la jurisprudencia:

“Una vez reproducida la norma exequible, la Corte debe apreciar si en el nuevo contexto dentro del cual fue expedida, ésta adquirió un alcance o unos efectos distintos, lo cual justificaría un fallo de fondo en un sentido diferente al anterior. Lo mismo sucedería en caso de que la Corte encuentre razones poderosas para introducir ajustes en su jurisprudencia o cambiarla”11

En este sentido, el fallo anterior implica un precedente frente al cual la Corte Constitucional tiene varias opciones12. La primera, es respetar el precedente, garantizando la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho, de la seguridad jurídica, del principio de la confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte13. Cuando la Corte opta por esta alternativa, decide seguir la ratio decidendi anterior, mantener la conclusión que de ella se deriva, estarse a lo resuelto y, además, declarar exequible la norma demandada14. Otra alternativa, es que la Corte llegue a la misma conclusión de su fallo anterior pero por razones adicionales o diversas.

La segunda posibilidad que tiene la Corte, es apartarse del precedente, asumiendo la carga argumentativa que la obliga a justificar por medio de “razones poderosas” que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, que el cambio se hace para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores15. Ha dicho esta Corporación que los efectos de la cosa juzgada material de un fallo de exequibilidad son específicos16 y se enmarcan dentro de la doctrina sobre precedentes judiciales que garantiza la interpretación de la Constitución como un texto viviente17.

9. Atendiendo el anterior marco teórico, encuentra la Sala que no se configura cosa juzgada ni formal, ni material, derivada de la sentencia C-404 de 1998. No existe cosa juzgada formal, comoquiera que se está frente a preceptos, disposiciones o textos legales distintos – el artículo 259 perteneciente al código penal de 1980 y el artículo 237 incorporado al código penal expedido en el año 2000, mediante ley 599-. Se trata de preceptos que, aunque contienen una prohibición similar, formalmente son distintos, pertenecen a diversos estatutos punitivos, lo que implica que hayan sido expedidos en contextos jurídicos e históricos distintos. Tampoco se configura la cosa juzgada material, si se tiene en cuenta que

los contenidos normativos, vale decir, las reglas jurídicas contenida en una y otra regulación, son también disímiles, comoquiera que contienen un marco punitivo distinto para la misma prohibición.

No desconoce la Sala que tal como se indicó en el auto que rechazó la demanda, esta no realiza un cuestionamiento específico al marco punitivo previsto para el delito de incesto. Sin embargo, en el ámbito del control constitucional, la norma penal es un todo inseparable. Es posible que desde le punto de vista teórico, y de la sistemática penal, se pueda analizar la norma como una prescripción con dos fragmentos: una hipótesis (o supuesto fáctico) y una pena (o consecuencia jurídica sancionatoria). Esta distinción, que es válida en el ámbito teórico, no siempre lo es en el escenario práctico del control constitucional, pues la constitucionalidad de una intervención de carácter punitivo, no puede evaluarse al margen de la sanción que incorpora.

Si se observa la demanda, se constata que la censura fue dirigida contra la integridad del precepto (art. 237 Cod. P.). Ciertamente, el demandante no presentó unos argumentos específicos dirigidos a cuestionar la cuantificación punitiva establecida para el incesto, y ello no era necesario, toda vez que su reproche se orientaba a poner de manifiesto lo que él considera un exceso en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, al sancionar con pena de prisión una conducta que, a su juicio, no tiene la potencialidad de vulnerar bienes jurídicos valiosos para la colectividad. No parece plausible entonces, reinterpretar la demanda para hacer una disección que la reduce sustancialmente a un cuestionamiento del supuesto fáctico de la norma penal, y sustraer del juicio el marco punitivo dispuesto para quien incurriera en el comportamiento tipificado.

Por tanto, aunque en la redacción del supuesto fáctico ambos tipos penales – 259 del Decreto 100 de 1980 y 237 de la Ley 599 de 2000- parezcan idénticos, los grados punitivos son distintos y el contexto en el cual se insertan es también disímil, lo cual autoriza al juez constitucional a efectuar control sobre el nuevo precepto.

10. Ya la Sala Plena de la Corporación ha descartado, en supuestos similares, la estructuración de la cosa juzgada material. Así en la sentencia C-355 de 2006 a propósito de una nueva demanda sobre la norma que penaliza el aborto, señaló:

“Esto lleva a que el juez constitucional deba evaluar en cada caso concreto las disposiciones demandadas aun en aquellos eventos en que textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad. Así pues, si una nueva ley reproduce enunciados o contenidos normativos ya estudiados por esta Corporación y es acusada, no podrá acudirse de manera automática los efectos de la figura de la cosa juzgada material para resolver los cargos formulados. Como antes se dijo, la constitucionalidad de una disposición no depende solamente de su tenor literal sino también del contexto jurídico en el cual se inserta. Por lo tanto, será siempre necesario hacer un examen de constitucionalidad de la disposición acusada para determinar si subsisten las razones que condujeron al pronunciamiento de exequibilidad en la decisión previamente adoptada.

En conclusión, la identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material, pues dicha figura -entendida como al obligación de estarse a lo resuelto en un pronunciamiento anterior- está supeditada a la concurrencia de los elementos que ha enunciado la jurisprudencia a partir del artículo 243 de la Constitución.

Ahora bien, en este caso concreto si bien los artículos 343 del Decreto 200 de 1980 y 122 de la Ley 599 de 2000 tienen un contenido similar difieren en cuanto a la pena establecida para el delito de aborto. Cabe recordar, que mediante la Ley 890 de 2004, artículo 14, a partir del primero de enero de 2005 se aumentó la pena para el delito de aborto, por lo tanto no son enunciados normativos idénticos.

Adicionalmente, se trata de dos disposiciones contenidas en contextos normativos diferentes pues se trata de dos códigos penales expedidos con casi veinte años de diferencia y que obedecen a una orientación penal diferente”.

A continuación se dilucidará la cuestión relativa a si todos los cargos formulados por el ciudadano cumplen con los requisitos mínimos para provocar un pronunciamiento de mérito sobre la demanda.

Delimitación del ámbito del pronunciamiento.

11. El demandante sostiene que el artículo 237 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de

incesto, quebranta los artículos 1, 5, 12, 13, 16 y 42 de la Constitución Política. Las razones que expone como motivo de la vulneración se pueden sintetizar en que la penalización del incesto, de manera general, sin excluir de su ámbito las relaciones sexuales consentidas entre adultos unidos por vínculos de parentesco, constituye un menoscabo al principio de dignidad humana y al derecho a la libertad del individuo para conducir su vida conforme a su moral individual, toda vez que se trata de conductas que no trascienden su esfera íntima y privada, y por consiguiente no afectan derechos de terceros.

Esta sencilla argumentación apunta a demostrar un quebrantamiento de los artículos 1º y 16 de la Constitución Política, que consagran el principio de dignidad humana, y la cláusula general de libertad individual que garantiza el libre desarrollo de la personalidad.

En reiterada jurisprudencia18, esta Corporación ha señalado la importancia de requerir del ciudadano actor el cumplimiento de unas mínimas cargas de comunicación y argumentación, que provea de razones conducentes para hacer posible el debate, con las que se informe adecuadamente al tribunal constitucional, para que este profiera una decisión de fondo sobre los preceptos legales acusados.

Esto significa que el demandante debe plantear acusaciones comprensibles o claras, que recaigan verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada y en ese orden ser ciertas; mostrar de manera específica cómo la o las disposiciones objeto de demanda vulneran la Carta, utilizando para tales efectos argumentos pertinentes, esto es, de naturaleza constitucional y no legal o doctrinaria ni referidos a situaciones puramente individuales o de conveniencia. Finalmente, la argumentación del demandante debe ser suficiente, en el sentido de ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

A simple vista se advierte que el demandante no aporta ningún argumento que respalde su afirmación sobre la supuesta vulneración de los artículos 5º (la primacía de los derechos inalienables de la persona), 12 (la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes), 13 (el principio de igualdad), y 42 (la protección de la familia). La ausencia absoluta de motivación en torno a la supuesta vulneración de los mencionados preceptos superiores, conduce a la Sala a circunscribir su análisis a la afirmada vulneración del principio de dignidad humana (Art. 1º) y el libre desarrollo de la personalidad (Art. 16).

Advierte la Corte que algunos de los cargos no cumplen con los requisitos mínimos para provocar un pronunciamiento de mérito.

La potestad de configuración del Legislador en materia de política criminal, y sus límites19

12. La configuración de los tipos penales, como aspecto relevante del diseño de la política criminal, comporta una valoración ético-social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir amenazas o lesiones a esos bienes jurídicos, el grado de gravedad de la lesión o de la amenaza que de lugar a la intervención punitiva, y el quantum de la pena que deba aplicarse.

Sobre el ámbito de libertad que la Constitución reconoce al Legislador para la regulación de estas materias expuso la Corte:

“En principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudirse al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como ultima ratio.

Sin embargo, la Corte ha encontrado que en determinados casos, tanto la naturaleza de los bienes jurídicos, como la gravedad de las conductas cuya exclusión se impone como medida para su protección, hacen que del ordenamiento constitucional, incorporados en él los tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad, se derive el imperativo de criminalizar ciertos comportamientos. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que existe un deber constitucional de sancionar penalmente conductas tales como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas20.

En el otro extremo se encontrarían aquellas conductas que, dado que se desenvuelven en ámbitos de libertad constitucionalmente garantizados, o debido a la escasa significación del bien jurídico que afectan, estarían constitucionalmente excluidas de la posibilidad de ser objeto de sanción penal.

Al margen de esos dos extremos, y dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional impone al legislador en materia penal, existe un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar qué bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena21.

13. No obstante, ha reconocido la jurisprudencia que esta prerrogativa del legislador está sujeta a límites. Se dijo al respecto en la sentencia C-038 de 199522:

"Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

"(…)

El Legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución. (…) El Legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal, como última ratio, para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas. El control constitucional, en este caso, es más un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos."

Los criterios sobre los límites al poder de configuración legislativa en materia penal, han sido reiterados en numerosas ocasiones por este tribunal. Así, en la sentencia C-070 de 1996, sobre el particular puntualizó:

“(…) En el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así, al Legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (CP art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (CP art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”

14. 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 los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal23. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. De modo que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”,24 lo cual comporta las siguientes garantías:

“5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material)25 y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”26. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca27.

“5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos28, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional29. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales30, así como

los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia31 y, en general, el bloque de constitucionalidad.

“5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad32 del tipo, así como de la sanción33. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (…).

“(…)

“6. (…) Al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva” 34.

15. En suma, la configuración de los tipos penales, es un aspecto relevante del diseño de la política criminal y comporta una valoración ético-social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas que merecen reproche penal y las penas. La Constitución reconoce un amplio margen de discrecionalidad al legislador en esta materia, potestad que no es ilimitada en tanto que en dicha tarea debe propender por la realización de los fines del Estado y por la eficacia de los derechos constitucionales. La Constitución opera como un mecanismo de control de límites de la competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos, lo cual comporta las garantías estricta legalidad; los tipos penales se conciben como mecanismos extremos de protección de bienes jurídicos; prohibición de tipificar conductas que desconozcan derechos fundamentales, no protejan bienes jurídicos, no presenten idoneidad para su protección; o que su penalización resulte desproporcionada o irrazonable.

La prohibición del incesto en diferentes sistemas normativos. Su grado de generalidad

16. El incesto, entendido como la práctica de relaciones sexuales entre individuos relacionados entre si por parentesco biológico (vínculos de sangre), afinidad (relaciones entre adoptantes y adoptados) y por nexos de orden civil, ha sido una conducta prohibida de manera generalizada, aunque en diversos grados y modalidades, en entornos sociales y grupos humanos pertenecientes a las más diversas culturas, concepciones del mundo y en distintos momentos históricos.

La figura del incesto es antigua, los estudios antropológicos aseveran que estuvo presente en las primeras formas de organización familiar, y no podía ser de otra forma comoquiera que, ante la falta de individuos externos a los clanes, la reproducción no podía realizarse de manera distinta35. Sin embargo, la cuestión del incesto no debe vincularse de manera exclusiva al fenómeno de la reproducción de la especie humana. Hay evidencia histórica que demuestra, que la figura del incesto se practicaba entre los miembros de algunas dinastías, con el objetivo de mantener el poder concentrado en las familias reales36.

17. No obstante su práctica generalizada en antiguas civilizaciones, la figura del incesto empezó a ser cuestionada, en un primer momento por razones biológicas y de orden genético37. Con el paso del tiempo la prohibición se hizo extensiva a quienes no tenían vínculos sanguíneos entre sí, pero pertenecían a la misma familia (a los adoptantes, a los padrastros, hijastros, suegros, cuñados, etc.) por considerar que el incesto, no solo afectaba biológicamente a los hijos fruto de esas uniones, sino que desencadenaba en conflictos al interior de las familias que presentaban esa situación.

Es por ello, que para gran parte de la doctrina moderna, el incesto no necesariamente está asociado a la protección de la especie humana, puesto que los avances científicos han desarrollado métodos de control natal. Actualmente la prohibición de las relaciones incestuosas, tiene fundamento en razones de carácter sociológico, psicológico y ético principalmente.

Desde el punto de vista sociológico se ha explicado que en sociedades antiguas la prohibición del incesto se fundamentó en elementos de economía. Para defender la anterior tesis basta con decir que las primeras sociedades incentivaron la prohibición del incesto, para promover las relaciones de pareja con personas ajenas a la sociedad cerrada en la que permanecieron por muchos años. De esta forma la prohibición del incesto facilitó la

incorporación de varones de otros clanes, que vinieron a formar parte de la nueva familia.

Es por ello que en un primer momento, puede hablarse de familias o sociedades endogámicas, en donde las uniones eran cerradas, permitiéndose la práctica del incesto para la perpetuación de la especie humana. Pero con posterioridad como se ha reseñado, la práctica del incesto fue condenada dándose paso a la constitución de la familia exogámica.

Otra de las razones que, desde la perspectiva sociológica ha explicado la prohibición del incesto hace referencia a la guerra. Al lograr relacionarse con otras sociedades y establecer lazos de sangre, la familia endogámica no solamente consiguió nuevos aliados, sino evitó enfrentamientos con grupos humanos vecinos. La práctica de matrimonios por conveniencia era empleada, como método de disuasión ante las amenazas exteriores.

Posteriormente, con el crecimiento de las ciudades y con la consolidación de la familia como núcleo de la sociedad, la prohibición de la práctica del incesto pasó de ser un asunto de conveniencia, a un asunto relacionado directamente con la moral. La prohibición de uniones entre miembros de la familia corresponde entonces a cuestiones éticas, sociales y psicológicas. Puede decirse entonces que los argumentos biológicos no fueron un asunto principal en las prohibiciones del incesto, puesto que para la manifestación de condiciones anómalas por la acumulación de genes recesivos tuvieron que pasar muchas generaciones38.

Desde este punto de vista, la práctica del incesto, lejos de tener connotaciones eminentemente biológicas o genéticas corresponde al interés de la sociedad de establecer roles claramente definidos al interior de la misma. La protección a la familia es un ejemplo claro de esta aspiración, pues la prohibición de las relaciones sexuales al interior de la familia, ya sea integrada por vínculos de consanguinidad, de afinidad o civiles pretende proteger los roles sociales que desempeña cada individuo en la vida familiar. Por consiguiente, la práctica del incesto tendría repercusiones en los derechos hereditarios, en el establecimiento de responsabilidades, en el ejercicio de la autoridad, entre muchos otros aspectos, que entrarían en contradicción con la intención de erigir la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Desde la perspectiva sicológica, se ha explicado que la repulsión al incesto, no solamente obedece al miedo a atentar contra un sistema de jerarquía establecido a partir del respeto al

tabú, a los sentimiento de culpa que incuba, sino que además el ejercicio de control sobre las relaciones, permite la creación de un sistema cuya finalidad es la asignación de roles a los individuos que conforman la familia. A partir de la creación de lazos afectivos, se designan funciones, responsabilidades y sobre todo se crea el concepto de solidaridad como eje integrador de la misma. En este orden de ideas, la institución de la familia tal y como se concibe en las sociedades contemporáneas pretende construir relaciones afectivas, fomentar la solidaridad y establecer roles al interior de la misma. Todo ello se pone en riesgo con la práctica del incesto.

18. Las razones mencionadas (biológicas, éticas, sociológicas, sicológicas) han servido de fundamento para la prohibición del incesto en diferentes sistemas jurídicos. La proscripción del incesto es una constante social, fuertemente vinculada a la cultura, a las creencias y los valores de los pueblos, "está en el origen mítico o histórico de la enorme mayoría de las sociedades y es una premisa cultural tan fuerte como la de ¨no matarás¨ o ¨no devorarás a tus hijos¨"39

Aunque es posible identificar una cierta universalidad en su prohibición, son de muy diversa índole los bienes jurídicos que se tutelan penalmente a través de la figura del incesto en las diferentes legislaciones, y disímiles también los matices punitivos que se contemplan.

En el sistema jurídico chileno la práctica del incesto se considera en la actualidad como un ultraje público y un atentado contra las buenas costumbres. El código penal chileno (Ley 19.617 del 12 de julio de 1999) tipifica al incesto en el artículo 37541 como un delito bilateral, consensual, y criminalizado por condiciones eugenésicas42 y sociales.

En esta misma orientación se pueden ubicar las legislaciones uruguaya y venezolana, sistemas jurídicos estos que sancionan la práctica del incesto, cuando la conducta traspasa la esfera de dominio privado familiar y se constituye en un hecho notorio, de conocimiento público, con potencialidad para producir perturbación en la sociedad. Así, para la legislación uruguaya43 la configuración del delito de incesto, no corresponde únicamente al acto de la relación sexual en sí misma, sino que a ello debe agregarse la circunstancia del escándalo público. En este mismo sentido, la legislación de Venezuela44, exige como elemento del delito la idoneidad de la conducta para producir escándalo público.

Por su parte, en la legislación cubana se sanciona el incesto como una conducta que afecta el

normal desarrollo de la familia,45 estableciendo diversos matices en la punibilidad, dependiendo de si se trata de ascendiente, descendiente o hermanos.

En similar sentido, en la legislación paraguaya46, el incesto se considera un agravio contra el estado civil, el matrimonio y la familia, que además afecta la convivencia de las personas. Se contempla un mayor reproche para los ascendientes, aunque también se penaliza al descendiente, en un menor grado, y se prescinde de pena para los menores de 18 años.

Las legislaciones alemana, (artículo 173), italiana (artículo 564 del código de 1930); y polaca (artículo 206), contemplan así mismo sanciones para la práctica del incesto47.

19. Para algunos sistemas jurídicos, el incesto no es un delito autónomo sino una circunstancia de agravación de otros delitos como el estupro y principalmente la violación, tal es el caso de Francia, Argentina y Perú.

En el sistema francés48, no están prohibidas las relaciones sexuales entre personas mayores de edad que tengan parentesco, comoquiera que el incesto no está tipificado como un delito autónomo, sino como una circunstancia de agravación del delito de violación (Art. 222-24). Sin embargo, ello no quiere decir, que se permita el matrimonio entre quienes han decidido llevar una vida de pareja, y tengan vínculos familiares.

Se establece además una medida de protección, cuando la violación o el asalto sexual, incestuosos, se cometa en contra de un menor de edad, por una persona que ostenta la patria potestad. El tribunal debe pronunciarse sobre el retiro permanente o transitorio de dicha autoridad en virtud secciones 378 y 379-1 del Código Civil49.

En la legislación argentina el artículo 119 del código penal50 contempla el incesto como un agravante del injusto de abuso sexual, previsto como una categoría de los delitos contra la libertad sexual, en tanto que en el sistema penal peruano51 el incesto es una circunstancia de agravación del delito de violencia sexual.

En el sistema penal colombiano el incesto está contemplado como un atentado contra el bien jurídico de la familia52 y consiste en la realización de actos sexuales con ascendiente, descendiente, adoptante, adoptivo, hermana o hermano. La existencia de relaciones de parentesco constituye así mismo una causal específica de agravación de los delitos de

violencia sexual y actos sexuales abusivos53.

Finalmente, hay que mencionar que el incesto no es considerado delito en Inglaterra, Japón, Dinamarca, España y Rusia.

20. De la reseña efectuada sobre la forma en que los diferentes ordenamientos jurídicos enfrentan la cuestión de las relaciones incestuosas, se puede concluir que es posible identificar una pretensión de universalidad en la proscripción de las prácticas incestuosas. En algunas legislaciones se registra un mayor repudio a la conducta del ascendiente que mantiene relaciones sexuales con su descendiente, y en algunos casos, se establecen medidas de protección para los menores de edad. El fundamento para establecer la prohibición incluye intereses tales como la protección de la moral pública y las buenas costumbres, la preservación de la convivencia, la defensa de la libertad y el desarrollo sexual, y la protección de la institución de la familia y las relaciones familiares.

Del bien jurídico que se seleccione como objeto de protección, depende la penalización o no, de las relaciones consentidas entre parientes. Cuando el bien jurídico que se pretende tutelar a través de la incriminación es la libertad sexual, la violencia y las relaciones de poder al interior de la familia forman parte de la descripción típica; en este contexto, las relaciones consentidas entre adultos no se encuentran penalizadas. En tanto que si el interés jurídico protegido es la familia, o la moralidad pública, todas las relaciones entre personas que se hallen en los grados de parentesco previstos, se encuentran sancionadas.

El precedente fijado en la sentencia C-404 de 1998 sobre el delito de incesto

21. En la Sentencia C-404 de 1998, la Corte fijó un precedente judicial acerca de la exequibilidad de la norma que tipifica el incesto como delito, que parte del siguiente problema jurídico: ¿constituye la penalización del incesto, en los términos del código penal colombiano54 un límite injustificado al libre desarrollo de la personalidad, consignado como derecho fundamental en el artículo 16 de la Constitución Política?. La respuesta de la Corte consiste en negar que la tipificación del incesto lesione este derecho por cuanto no ostenta un carácter absoluto y, en consecuencia, puede ser restringido en procura de la protección de un bien jurídico. Siendo la familia un bien jurídico protegido por el Constituyente y encontrándose que “todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella han establecido que el incesto atenta contra ese bien”55, el desestímulo de las relaciones sexuales entre

parientes a través de la penalización del incesto resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia.

La Corte no encuentra razones para apartarse del mencionado precedente, y por ende lo reitera en esta oportunidad, toda vez que la restricción del libre desarrollo de la personalidad mediante la penalización del incesto, se muestra necesaria al menos, por tres razones fundamentales. En primer lugar, por cuanto la familia es en sí misma un bien jurídico que merece protección constitucional. En segundo lugar, por las consecuencias negativas que apareja esta práctica en la consolidación de la familia, en tanto espacio de interrelación básico de los individuos en el que se forjan gran parte de sus valores constitutivos. Y en tercer lugar, por que se trata de un asunto sustraído de la órbita privada, autónoma y disponible del individuo, en cuanto involucra la razón pública y los intereses del Estado y de la sociedad.

La penalización del incesto protege el bien jurídico de la familia y los valores e instituciones vinculados a ella

23. De acuerdo con el alcance del artículo 42, en la sociedad y el Estado reposa el deber de garantizar la protección integral de la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Esta protección integral que prodiga la Constitución se asegura mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer la importancia de la institución familiar en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales que la orientan, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos.

Ese ámbito de protección especial, tal como lo ha destacado esta Corporación,58 se manifiesta, entre otros aspectos: (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en el respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno

familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos.

La institución de la familia ha sido considerada igualmente como un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que ‘[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen.”59

En este sentido, el orden constitucional vigente le reconoce el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial60.

24. De acuerdo con esta perspectiva, el derecho internacional, en diversos instrumentos (declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales), se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirla. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano.

El legislador penal, siguiendo este mandato constitucional de protección, previsto en el artículo 42 de la Carta y en las normas de derecho internacional reseñadas, describe en el título VI del código penal una serie de conductas que, según sus valoraciones, presentan idoneidad para afectar este bien jurídico, entre las cuales incluye el incesto.

La afectación del bien jurídico de la familia en razón de la práctica del incesto, justifica su penalización

25. Tal como se estableció a través de la importante evidencia recaudada en el trámite que dio origen a la sentencia C-404 de 1998, cuyos fundamentos no fueron controvertidos por el demandante, los estudios siquiátricos, sicológicos, sociológicos y antropológicos advierten de los riesgos y peligros que produce el incesto en las relaciones familiares, al distorsionarlas, y afectar la salud mental y emocional de sus miembros.

En aquella oportunidad, la Corte solicitó su concepto sobre las consecuencias del incesto, a investigadores colombianos de diferentes disciplinas científicas que tienen que ver con el fenómeno61. Sus conceptos técnicos fueron conclusivos en señalar que las relaciones incestuosas, en los términos establecidos por el Código Penal colombiano62, son indeseables desde el punto de vista de la estabilidad, la cohesión y la armonía de la institución familiar. Es oportuno traer de nuevo, algunas de esas conclusiones.

Desde una perspectiva sociológica se indicó que las relaciones incestuosas son definitivamente nocivas para la institución familiar, comoquiera que las que se registran con mayor frecuencia, surgen como formas arbitrarias de poder en aquellos lugares donde existe una idea arraigada de que el padre es el dueño de los hijos y puede hacer con ellos lo que a bien tenga. Las consecuencias negativas de los comportamientos incestuosos, llevan a concluir que no es pertinente eliminar el único mecanismo con el que se cuenta para evitarlo63.

Se consideró igualmente que el “incesto comporta la quiebra de la estructura familiar, que se fundamenta en la exogamia bilateral y en el principio de solidaridad altruista, altera el vínculo de pareja y el sistema filial, contrapone el status y los roles de padres e hijos y distorsiona el sistema de relaciones psico-afectivo y sexual entre los miembros de la familia”.64

Se destacó igualmente la prohibición de las relaciones incestuosas generalmente persigue regular las formas de violencia y de poder en un conglomerado, así como la de garantizar la socialización, la educación, la intimidad y la libertad de sus miembros65.

El enfoque sicoanalista indicó que las personas involucradas en conductas incestuosas sufren de complejos de culpa, que se manifiestan en estados de depresión, angustia, fobias, neurosis de fracaso, búsqueda inconsciente de autocastigo, etc”. Cuando en la práctica de esta conducta concurren menores de edad, sus conclusiones son aún más alarmantes, pues

los niños “pierden la posibilidad de desarrollar procesos de información necesarios para la intencionalidad, la responsabilidad personal y el sentido de control sobre los acontecimientos”66.

De acuerdo a las conclusiones que arrojan los estudios empíricos la lesión que produce la relación incestuosa en el bien jurídico de la familia no representa un peligro hipotético, potencial o remoto, sino que se trata de “un daño actual, específico, identificable mediante criterios tan confiables como los que se usan en las ciencias empíricas: es la pérdida de roles, la desestabilización de las relaciones entre las personas que conforman el núcleo familiar, es el sentimiento de culpa o la angustia subsecuente a la prohibición con todo el peso tradicional que la acompaña, según se desprende de los estudios especializados allegados al proceso”67.

La penalización del incesto recoge una posición mayoritaria en Colombia que considera que esta conducta lesiona a la familia, en tanto bien jurídico. El delito del incesto, plasma así un punto de vista generalizado que rechaza las relaciones sexuales entre parientes por cuanto menoscaba el tipo de relaciones y valores que debe configurarse en la familia68.

En una sociedad en la que cada individuo es responsable del bienestar propio, pero también del bienestar de sus conciudadanos, una norma que penaliza el incesto resulta útil por cuanto, desde la función preventiva del derecho penal, contribuiría a que quienes incurren en conductas incestuosas, puedan rectificar y reformar estas prácticas que atentan contra la familia. Las normas penales deben contribuir a la formación de ciudadanos respetuosos de los derechos de los demás, razón por la cual la tipificación del incesto se encuentra justificada en virtud de su utilidad como elemento instructivo de respeto hacia la familia y los derechos de sus miembros69.

La penalización del incesto resulta compatible con la Constitución por cuanto los fundamentos de esta decisión legislativa coinciden con reglas de conducta que prescribe la moralidad pública, en el sentido de que el tipo de relaciones deseable entre los miembros de la familia, debe caracterizarse por la presencia de valores como la solidaridad, el cuidado fraternal, el auxilio, el respeto recíproco, entre otros. Las relaciones sexuales entre parientes, en cambio, afirman vínculos de dominación y sometimiento entre los miembros de la familia e invierten y distorsionan lo roles familiares. Esta creencia compartida, que se institucionaliza

con la penalización del incesto, permite que los miembros de las comunidades cuenten con un referente objetivo por medio del cual las personas pueden evaluar de manera negativa las conductas incestuosas.

La comunidad en general se beneficiaria con la penalización del incesto por cuanto se reafirmaría la convicción de que dicha conducta atenta con la protección de la familia y los valores de solidaridad, y respeto mutuo entre sus miembros.

26. Frente a los reparos del demandante relativos a que el único fundamento de la penalización del incesto radica en consideraciones de carácter moral, conviene recordar la jurisprudencia de este tribunal en la que ha destacado que la ley, como síntesis de la deliberación democrática no está exenta de valoraciones de contenido ético -social. Incluso, ha admitido que la moralidad pública, articulada en un plano secular, puede ser fuente de restricciones a la libertad, cuando racionalmente resultan indispensables para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible un modelo de democracia constitucional.

Sobre el particular precisó la Corte:

"El Derecho como instrumento de control social no descarta otros sistemas normativos de orientación de la conducta humana. Particularmente, en relación con la moral pública, puede tener una relación en cuya virtud secunde algunos de sus propósitos. El proceso legislativo – esfera pública por excelencia – constituye una instancia permanente de valoración ético-social de las más variadas conductas de la colectividad y, por consiguiente, al mismo acceden todas las creencias y discursos donde lo moral y lo político se entrelazan, como por lo demás corresponde a una sociedad que no es homogénea sino plural y pluralista. La ley es un medio al servicio de la razón pública que sirve desde esta perspectiva al propósito de articular normativamente consensos mínimos en una sociedad integrada por ciudadanos autónomos, libres e iguales, llamados por ello a configurar participativamente el orden político. De ahí que la ley, como una de las más valiosas síntesis de la deliberación y conformación discursiva de la opinión pública, busque encarnar en sus disposiciones una determinada visión de lo que se considera, en un momento dado, como justo para el individuo y la comunidad – ya sea a partir de un ideal ético o político o desde una práctica moral comunitaria -, lo cual, desde luego, como simple aspiración normativa, se somete tanto

al escrutinio de la moralidad crítica individual y social, como al examen de conformidad constitucional.

La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad. El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Esta función del orden público en una democracia constitucional, forzosamente debe predicarse con la misma intensidad de cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, la moralidad pública. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armonización alguna.

Por esta razón, el juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexequibilidad. Esto simplemente significaría que la concepción acogida sobre moral pública no era la que se desprendía de las instituciones constitucionales o la que era necesario implementar con el fin de que ellas tuviesen un desarrollo adecuado en la vida social”70.

27. La penalización del incesto constituye así un acto oficial en el que el órgano legislativo establece una norma en la que materializa un criterio moral colectivo que considera a la familia como un bien social que merece protección. Adicionalmente, y más importante aún, con la penalización del incesto se obtiene un beneficio conjunto en la sociedad colombiana

en la medida que el interés crítico de que la familia sea protegida se ve respaldado con la posibilidad de que algunos de los actos que atentan contra ella, sean objeto de persecución penal por parte del Estado.

La penalización del incesto no vulnera el principio de dignidad humana, ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad

28. La positivización, a través de la norma que proscribe el incesto, de una prohibición social de orden cultural, firmemente cimentada en la moral pública, responde a la necesidad de proteger bienes jurídicos valiosos en una democracia constitucional como es la institución de la familia y los lazos de solidaridad, fraternidad y respeto recíproco entre sus miembros en que se sustenta. La restricción a la libertad de acción que esta protección comporta, no tiene la virtualidad de afectar el núcleo esencial de otros bienes jurídicos de indiscutible relevancia constitucional como son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

La categorización del incesto como injusto penal contra la familia, no ocasiona menoscabo a la dignidad de las personas, comoquiera que la prohibición no persigue un propósito discriminatorio, ni se endereza deliberadamente a ocasionar agravio a un determinado grupo de personas en virtud de sus rasgos, origen o creencias. De otra parte, la prohibición que la norma incorpora no cercena la posibilidad de que los individuos se realicen integralmente como individuos y obtengan satisfacción en el ámbito de la sexualidad, siempre y cuando ello se realice dentro del grupo externo a la familia. En suma, no se advierte que la prohibición de relaciones sexuales entre parientes, se proyecte en una reducción, instrumentalización, o menoscabo esencial del ser humano, como destinatario del mandato restrictivo, o que represente una carga desproporcionada que le obstruya la posibilidad de desarrollarse armónica e integralmente como individuo.

Por su pertinencia, a continuación se registran las reflexiones que la Corte plasmó sobre el particular, en el precedente específico que se ha mencionado en este fallo:

“15. La prohibición del incesto, al incorporar positivamente un criterio de moralidad pública que se busca mantener en el seno familiar, no ocasiona, por sí misma, en cuanto mandato restrictivo, detrimento a la dignidad de las personas. La Corte quiere puntualizar que la prohibición no se endereza de manera deliberada a causar agravio o lesión a determinadas personas por ser portadoras de determinados rasgos o creencias, ni persigue un propósito

discriminatorio e injusto ejercitado y ejecutado por una mayoría contra una minoría o determinadas personas. La renuncia que se sigue a la prohibición, de otra parte, no tiene la entidad de clausura a la satisfacción sexual que en modo alguno se niega si ella se realiza en el ámbito del grupo externo a la familia. El sujeto no queda, por tanto, reducido a objeto ni librado a la ciega instrumentalización por parte de la mayoría, a la cual no puede acusársele de imponer deberes o cargas "supererogatorios", esto es, excesivos, anormales o descomunales"72.

29. En cuanto a la limitación al libre desarrollo de la personalidad que incorpora la prohibición censurada, esta encuentra suficiente justificación en los estudios provenientes de diferentes disciplinas, los cuales arrojan certeza sobre los peligros reales que este tipo de prácticas comportan para la institución de la familia. La norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados tales como la familia, y cada uno de sus miembros, al igual que instituciones sociales de innegable importancia como los sistemas de parentesco. Ha destacado la Corte, que no se trata de un asunto que pueda considerarse perteneciente a la órbita individual y privada del sujeto, y que por ende, pertenezca a la esfera de su libre disposición.

Como se explicó en precedencia, el individuo no escapa completamente a los procesos de socialización y representación social de la realidad, que surgen de los distintos contextos de vida y del cúmulo de experiencias compartidas. La práctica del incesto está asociada a una cadena de afectaciones negativas que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, contrario a lo afirmado por el demandante, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias abusivas en un campo que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada.

En relación con la tensión que puede presentarse entre, de un lado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y de otro, la protección de la familia y los valores e instituciones ligados a ella, la Corte señaló:

"En principio, una norma que restringe el libre desarrollo de la personalidad sólo es legítima si es útil y necesaria para proteger un bien constitucional de la misma entidad que aquél que se limita. Adicionalmente, la restricción debe ser estrictamente proporcionada respecto de la

finalidad perseguida. Siguiendo esta regla, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido la limitación de la libertad, con el fin de proteger, entre otras cosas, derechos constitucionales de terceras personas e, incluso, en casos de imposición de medidas de protección, la propia autonomía del sujeto cuya libertad se limita.73

A este respecto, no sobra indicar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende la facultad del sujeto para organizar autónomamente su existencia conforme a un plan de vida propio. Sin embargo, el ámbito del indicado derecho sólo se extiende a los asuntos que, por su naturaleza, tengan carácter personal y no comprometan los derechos de los demás y el orden jurídico. El artículo 16 de la C.P., por lo expuesto, consagra la libertad general de acción, la cual no está acompañada de un criterio sustancial – diverso del mencionado – que permita delimitar su ámbito antes de la intervención del legislador, el cual no obstante sólo puede promulgar regulaciones que lo afecten cuando ellas sean proporcionales y razonables y, además, persigan objetivos e intereses dignos de protección constitucional.

En consecuencia, (…) la prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia – y cada uno de sus miembros -, e instituciones sociales – como los sistemas de parentesco – de innegable importancia.

(…)

La densa y profusa existencia de evidencias sobre la consideración pública que casi siempre y en todos los lugares, ha tenido el asunto relativo a la prohibición de las relaciones sexuales incestuosas, le resta plausibilidad a la tesis de que este asunto sea privativo de los sujetos individuales y pertenezca a la esfera de su libre disposición, máxime si se considera que en este punto el individuo no escapa completamente a los procesos de socialización y representación social de la realidad, que surgen de los distintos contextos de vida y del cúmulo de experiencias compartidas. La práctica del incesto está asociada a una cadena de daños que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, por consiguiente, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias abusivas en un campo

que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada".

(…)

"De otro lado, ya se ha puesto de presente, la prohibición examinada ha sido corroborada por la razón pública como significativa tanto para el individuo como para la sociedad. Finalmente, cabe resaltar que en esta última el individuo se forma y actúa como sujeto autónomo dotado de capacidades morales para ejercitar sus derechos y cumplir los deberes de la civilidad propios de una comunidad altamente diversificada, pero no por ello privada de consensos reflexivos básicos sobre su común unidad – adoptados desde luego dentro del marco constitucional que postula el respeto a los derechos y libertades fundamentales -, indispensables para articular en una sociedad de libres e iguales, relaciones de mutuo reconocimiento, respeto y reciprocidad"74.

30. En suma, la opción legislativa de erigir en tipo penal las relaciones sexuales entre parientes, no representa un quebranto al principio de dignidad humana, comoquiera que no persigue la reducción o instrumentalización del ser humano, ni anula las posibilidades del individuo de desarrollar su dimensión sicoafectiva y sexual. La tipificación de esta conducta obedece al propósito de proteger el bien jurídico de la familia, y a las personas que la integran de las afectaciones que sufren, empíricamente demostradas, como consecuencia de las relaciones incestuosas, como son la pérdida de roles, la desestabilización de las relaciones entre las personas que conforman el núcleo familiar, el sentimiento de culpa, o la angustia subsecuente a la prohibición. Se trata de un bien jurídico que trasciende la órbita privada del individuo y su esfera de disposición, e implica a la sociedad y al Estado, toda vez que la protección que a través del incesto se provee a este bien jurídico ha sido corroborada por la razón pública, en diferente culturas y contextos jurídicos, como significativa tanto para el individuo, como para la sociedad. La limitación que dicha prohibición comporta a la libertad de acción del individuo se encuentra plenamente justificada por la entidad del bien que se protege, y la necesidad de salvaguarda frente a las afectaciones reales, empíricamente comprobadas, que las relaciones incestuosas ocasionan en la estructura familiar y en el sistema de relaciones entre los miembros de la familia.

31. La Corte declarará la exequibilidad del artículo 237 de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal", reiterando así el precedente establecido en la sentencia C-404 de

1998, cuyos fundamentos no fueron controvertidos, ni desvirtuados por el demandante. Considera la Sala que la penalización del incesto, tal como fue establecida en el precepto acusado, plasma un desarrollo legítimo de la potestad de configuración del legislador en materia de política criminal; que dicha actuación legislativa no quebranta los límites constitucionales que se imponen al legislador, comoquiera que la prohibición se orienta a la protección de un bien jurídico de rango constitucional, valioso tanto para el individuo y para la sociedad, como es la familia y el sistema de relaciones entre sus miembros, basado en el respeto recíproco, la solidaridad y el apoyo mutuo; que la limitación que se genera a la libertad de acción del individuo, se encuentra plenamente justificada en la comprobación de los peligros reales que se ciernen sobre la estabilidad, la cohesión y la armonía de la institución familiar a partir de las relaciones incestuosas, y la necesidad de brindar protección a un bien jurídico de relevancia constitucional; que la prohibición cuestionada se muestra como razonable a la luz de la profusa evidencia sobre la consideración pública que ha tenido este asunto en diferentes culturas y sistemas jurídicos, sustrayéndolo del ámbito privativo y de disposición del individuo, para ubicarlo en un plano mediado por la razón pública que concierne a la sociedad y al Estado, por lo que sus regulaciones al respecto no pueden ser consideradas como injerencias indebidas en un ámbito privativo y autónomo del sujeto.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el artículo 237 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con excusa

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

A LA SENTENCIA C-241/1275

Referencia: expediente D-8531 de 2012

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 237 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, elevada por Oscar Eduardo Borja Santofimio.

Magistrado Ponente:

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena de esta Corporación, aclaro mi voto a la presente providencia.

Si bien comparto la decisión adoptada, esto es, la declaratoria de constitucionalidad del artículo 237 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, que regula el delito de incesto en Colombia, difiero de algunos planteamientos alegados por la mayoría de la Sala.

Como puede observarse, al final de la providencia quedaron consignadas las razones por las cuales fue adoptada la decisión aludida, la mayoría de las cuales comparto. Sin embargo, también en la sentencia fueron plasmados argumentos que me parece necesario cuestionar.

Así pues, los motivos consignados por la Sala Plena pueden se sintetizados de la siguiente manera: (i) la penalización del incesto hace parte del desarrollo de la potestad libre de configuración del legislador; (ii) con tal actuación del poder legislativo no se quebrantan los límites que se le imponen, pues busca la protección de un bien jurídico de rango constitucional, como es la familia; (iii) la limitación a la libertad de acción del individuo se halla plenamente justificada; (iv) la prohibición de esta conducta también ha sido penalizada en diferentes culturas y sistemas jurídicos; y (v) no se trata de una injerencia indebida en el ámbito privado y autónomo del sujeto76. Con todo, también se expuso que se reiteraba el precedente establecido en la sentencia C-404 de 1998 y es sobre este punto frente al cual resulta necesario que aclare mi voto.

En este orden de ideas, considero que en esta oportunidad se debieron cuestionar argumentos adoptados en ese momento, que fueron resaltados por los Magistrados que en aquella ocasión también aclararon su voto. En efecto, en la sentencia C-404 de 1998, uno de los alegatos giró en torno a que la moral pública rechazaba el comportamiento del incesto, sancionado por las normas penales. Para los Magistrados que aclararon el voto sobre este punto77, tal mención -además de ser superflua-, enturbiaba la decisión, dado que no es claro cómo se reconocería tal moralidad, cómo se sabría si realmente clama por sancionar el incesto, cuántas existirían en una sociedad plural como la Colombiana, quién la determinaría y qué alcance tendría, sobre todo en asuntos controvertidos como, por ejemplo, parejas del mismo sexo.

Igualmente, para aquellos Magistrados que cuestionaron algunas de las premisas asumidas por la mayoría de la Sala en ese momento, también era necesario señalar que si los actos sexuales sucedían entre mayores de edad, que libremente consintieran en ello y que no convivieran dentro del mismo núcleo familiar, la pena carecería de justificación, pues no se pondría en peligro el interés jurídico tutelado, ni se lesionaría de manera alguna. Por ello, la conducta no resultaría antijurídica, asunto que -a su juicio- debió plasmarse expresamente en aquella decisión.

Comparto a cabalidad tales alegatos, asunto que -además de plasmar en esta aclaración de voto- quiero desarrollar un poco más. Pues bien, desde ciertas aproximaciones al derecho como fenómeno social, se ha indicado que el mismo es un campo de confrontación donde actores, con disímiles competencias, luchan por un capital social: la posibilidad de definir lo que es el derecho78. Este asunto puede ser evidenciado desde un análisis histórico del mismo.

Así, es claro que ciertos elementos fueron reconocidos dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos gracias a que grupos lograron imponer sus intereses. Ejemplos de ello abundan, como muestra la consagración de un salario mínimo para los trabajadores, el establecimiento de una jornada máxima laboral, la seguridad social79, los derechos ambientales o80, para no ir más lejos, el movimiento por la igualdad en los Estados Unidos de Norte América, relevante para hacer visible las condiciones de la población afro en ese país, que, a pesar de la abolición de la esclavitud, continuaron siendo segregados y marginados81. Como es sabido, esta pugna por la definición se presenta dentro de una

disciplina que tiene normas con textura abierta, donde los jueces entran -al hacer cumplir la Constitución- a definir lo que ellas mismas dicen82. Por ello, resulta tan peligroso utilizar significaciones tan amplias y arbitrarias como lo es moral pública, que, en asuntos controvertidos, como lo sería la definición del concepto de familia -que hoy se comprende como conformada, entre otras, por cualquier pareja independientemente de su orientación sexual83- pueden socavar las libertades de las personas. Así, en un futuro, ¿Sería posible limitar la adopción de parejas del mismo sexo con base en una nebulosa y difícilmente comprobable moralidad pública? ¿Cómo es posible determinarla? ¿A partir de las creencias y concepciones de una mayoría arbitraria? Si tales elementos llegaren a aceptarse, se atentaría contra las bases mismas del constitucionalismo colombiano, que parte del respeto al pluralismo y donde, precisamente, los derechos fundamentales tienen por función, entre otras, servir como límites a las ingerencias de las mayorías.

Ahora bien, en relación con la antijuridicidad, considero que la conducta sexual entre dos personas adultas, que no vivan dentro de un núcleo familiar y que voluntariamente decidan tener relaciones, difícilmente podría afectar el bien jurídico tutelado por la norma penal. Por ello, a mi juicio, lo anterior debió consignarse de manera expresa en la sentencia.

En este sentido, también desde la teoría del derecho, se ha formulado la existencia de una paradoja en relación con la regulación en el sistema jurídico. Así, se ha plasmado que si bien el reconocimiento de derechos fundamentales puede tener incidencia emancipatoria -a pesar de la textura abierta de las normas constitucionales- también conlleva una reconfiguración de relaciones de poder que obedecen a ciertos intereses y que pueden implicar restricciones, así como instrumentos de subordinación84. Para este caso, la protección al bien jurídico familia, sin haber hecho la expresa excepción referida, implica una indebida injerencia en la libertad de dos personas adultas, frente a las cuales, al obrar de manera libre y que en nada afecta a la sociedad, se vislumbra tal paradoja de la regulación.

Por lo anterior, creo que se perdió una oportunidad valiosa para corregir elementos esbozados en la sentencia C-408 de 1998, que habrían permitido desarrollar la jurisprudencia de esta Corporación en los tópicos señalados.

Fecha ut supra,

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

NILSON PINILLA PINILLA

A LA SENTENCIA C-241/12

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Improcedencia por existencia de cosa juzgada material y absoluta (Aclaración de voto)/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA PENAL-Improcedencia de pronunciamiento por cuanto contenido normativo había hecho tránsito a cosa juzgada material y absoluta (Aclaración de voto)

Si bien comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, difiero parcialmente de su argumentación, pues a mi juicio, con base en los postulados teóricos esbozados por la jurisprudencia de esta Corporación respecto al fenómeno de la cosa juzgada material y las normas vigentes que regulan el proceder de este tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que ante él se demandan, el contenido normativo evaluado ya había hecho tránsito a cosa juzgada material y absoluta, dada su simetría con la redacción de la norma examinada por esta Corporación en la sentencia C-404 de 1998, en la que se estudió el tipo penal de incesto consagrado en el artículo 259 del Decreto Ley 100 de 1980, que tiene el mismo contenido normativo del artículo 237 de la Ley 599 de 2000 aquí demandado, en que los supuestos de hecho son normativamente equiparables, pues cuentan con los mismos sujetos activos y pasivos cualificados por su relación de parentesco, iguales verbos rectores de ejecución alternativa, ambos tipos carecen de elementos subjetivos, y cuentan con elementos normativos semejantes, circunstancia que encaja en lo que por vía jurisprudencial esta Corte ha denominado “cosa juzgada material”, pues pese a no tratarse formalmente de la misma norma ya estudiada, cuenta con un contenido normativo idéntico a ella; y en la medida en que en el fallo no se especificó de manera clara y expresa que el examen constitucional efectuado sólo fue parcial frente a la totalidad del contenido de la norma superior, dando cabida a la presunción de cosa juzgada absoluta.

COSA JUZGADA EN MATERIA CONSTITUCIONAL-Objeto (Aclaración de voto)

El reconocimiento de la cosa juzgada en materia constitucional procura seguridad para todos

los operadores jurídicos, certeza e inmutabilidad de las decisiones proferidas por la Corte, igualdad de trato jurídico, integridad normativa de la Constitución y efectiva protección de los derechos fundamentales. El reconocimiento de un asunto como cosa juzgada constitucional resulta congruente con la solidez inexorable de la carta política, puesto que, en virtud de dicha característica, no solo en los eventos en los que se pretende la modificación del texto normativo debe exigirse un mayor esfuerzo por parte del legislador, por virtud de la resistencia que la norma tiene al cambio debido a su vocación de permanencia, siendo indispensable que la interpretación que el tribunal constitucional realice frente a la norma superior no oscile impredeciblemente en el tiempo, sino que tienda a observar, de manera consecuente, el sentido originalmente plasmado en ella.

COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL-Distinción (Aclaración de voto)

COSA JUZGADA MATERIAL-Eventos en que se configura (Aclaración de voto)/COSA JUZGADA MATERIAL-Exime de un nuevo pronunciamiento sobre un mismo contexto normativo (Aclaración de voto)

A diferencia de lo que ocurre con la cosa juzgada formal en que se vuelve a demandar el mismo segmento, artículo o cuerpo normativo, en la cosa juzgada material la disposición que se acusa no es por nomenclatura la misma, pero tiene un contenido normativo idéntico al de otro artículo sobre el cual la Corte ya ha emitido pronunciamiento, por lo que los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables a aquélla y la decisión que habría de adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior. Así, habrá cosa juzgada material cuando se demande la constitucionalidad de una norma que reproduce el contenido jurídico de otra que ya ha sido contrastada con la preceptiva superior, lo cual exime de un nuevo pronunciamiento sobre ese mismo contexto normativo.

COSA JUZGADA ABSOLUTA Y COSA JUZGADA RELATIVA-Distinción (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-8531.

Demandante: Óscar Eduardo Borja Santofimio.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 237 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se

expide el Código Penal”.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, expongo a continuación los argumentos que me condujeron a disentir de la fundamentación de la sentencia referida, ya que, si bien comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, difiero parcialmente de su argumentación.

Como lo manifesté en el salvamento de voto que presenté frente a la admisión de la demanda de constitucionalidad contra la norma examinada (Auto 161 de julio 21 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa), mi divergencia atañe al razonamiento expuesto por la Sala sobre la figura de la cosa juzgada, que en este caso se descartó por la Corte por dos razones, a saber: i) El texto de la norma demandada no era idéntico al de la disposición cuya exequibilidad había sido decidida en sentencia C-404 de 1998; ii) el precepto demandado se encuentra en un cuerpo normativo distinto a aquel que contenía la norma estudiada en la mencionada sentencia de constitucionalidad.

En virtud de tales argumentos, la mayoría de la Sala consideró que en el asunto objeto de decisión no se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, contrariamente a lo que había sido sustentado en el primer auto que decidió sobre la admisión de la demanda, en el que se dispuso su rechazo ante la verificación de tal figura.

Empero, conviene reiterar algunos de los argumentos que expuse para disentir de la admisión de la demanda, ya que, a mi juicio, con base en los postulados teóricos esbozados por la jurisprudencia de esta corporación respecto al fenómeno de la cosa juzgada material y las normas vigentes que regulan el proceder de este tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que ante él se demandan, el contenido normativo evaluado ya había hecho tránsito a cosa juzgada.

Como es sabido, le corresponde a la Corte Constitucional la salvaguarda de la integridad y supremacía de la carta política, razón por la cual se le ha asignado, entre otras, la

competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes y otros estatutos que son objeto de demanda85, en desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad, ora por razones de fondo, ora por razones de procedimiento (art. 241 Const.).

En virtud de dicha competencia, esta Corte se encarga de decidir sobre la constitucionalidad de las normas en cuestión, mediante fallos que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 243 superior, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

En este orden de ideas, es natural y esperable que de la verificación de una cosa juzgada se derive, de suyo, el deber del juez constitucional de ajustar sus decisiones posteriores a los argumentos ya expuestos en un pronunciamiento anterior sobre un mismo asunto, que nuevamente se demanda, pues ya resolvió de manera definitiva la controversia puesta en conocimiento de la autoridad competente para desatarla.

Así, el reconocimiento de la cosa juzgada en materia constitucional procura seguridad "para todos los operadores jurídicos, certeza e inmutabilidad de las decisiones proferidas por la Corte, igualdad de trato jurídico, integridad normativa de la Constitución y efectiva protección de los derechos fundamentales"86.

Adicionalmente, el reconocimiento de un asunto como cosa juzgada constitucional resulta congruente con la solidez inexorable de la carta política, puesto que, en virtud de dicha característica, no solo en los eventos en los que se pretende la modificación del texto normativo debe exigirse un mayor esfuerzo por parte del legislador, por virtud de la resistencia que la norma tiene al cambio debido a su vocación de permanencia, siendo indispensable que la interpretación que el tribunal constitucional realice frente a la norma superior no oscile impredeciblemente en el tiempo, sino que tienda a observar, de manera consecuente, el sentido originalmente plasmado en ella.

Conforme a lo anterior, se ha distinguido entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, circunscribiéndose la primera a los eventos en que se vuelve a demandar el mismo segmento, artículo o cuerpo normativo que ya había sido objeto de pronunciamiento anterior, mientras en la material la disposición que se acusa no es por nomenclatura la misma, pero "tiene un contenido normativo idéntico al de otro artículo sobre el cual la Corte ya ha emitido pronunciamiento, por lo que los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables a

aquélla y la decisión que habría de adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior”87.

En este sentido, habrá cosa juzgada material cuando se demande la constitucionalidad de una norma que reproduce el contenido jurídico de otra que ya ha sido contrastada con la preceptiva superior, lo cual exime de un nuevo pronunciamiento sobre ese mismo contexto normativo, que aplicaría los mismos argumentos expuestos en aquella ocasión, evitando además el riesgo de conculcación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 243 de la carta política.

Con base en lo anterior, cabe reiterar algunos argumentos que se contraponen a las razones expuestas para admitir y decidir la demanda88.

1.1 En el asunto de marras, se evidencia, palmaria e inmediatamente después de la lectura de la norma demandada, su simetría con la redacción de la norma ya examinada por esta corporación en la sentencia C-404 de 1998, en la que se estudió el tipo penal de incesto consagrado en el artículo 259 del Decreto Ley 100 de 1980, el cual, a nuestro juicio, tiene el mismo contenido normativo del artículo 237 de la Ley 599 de 2000 que aquí se demanda.

En efecto, partiendo de la clásica división que de la norma penal ha erigido la doctrina, en supuesto de hecho (conducta) y consecuencia jurídica (pena), se observa que, en el caso de la norma demandada, aquel tiene un contenido normativo equivalente al comportamiento previsto en el artículo 259 del Código Penal de 1980.

En otras palabras, es evidente que los supuestos de hecho de los artículos 237 del C. P. del 2000 y 259 del C. P. de 1980 son normativamente equiparables, pues de su fragmentación se evidencia que cuentan con los mismos sujetos activos y pasivos cualificados por su relación de parentesco, iguales verbos rectores de ejecución alternativa, ambos tipos carecen de elementos subjetivos, y cuentan con elementos normativos semejantes, variando únicamente en la presencia del adjetivo “erótico” que antes acompañaba al carácter sexual de tales actos delictivos, y que fue suprimido por la actual legislación, sin que ello implique que se haya dejado de reprochar penalmente todo acceso carnal o acto sexual realizado con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, tal como lo disponía el artículo 259 del estatuto de 1980.

Como se puede observar, esta circunstancia encaja en lo que por vía jurisprudencial esta Corte ha denominado “cosa juzgada material”, cuando quiera que la norma bajo examen, pese a no tratarse formalmente de la misma ya estudiada con anterioridad, cuenta con un contenido normativo idéntico a ella. Así, la Corte ha sostenido que existe “cosa juzgada material ‘cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos.’ “89 (no está en negrilla en el texto original).

Conforme al razonamiento anterior, es acertado sostener que, cuando una norma reproduce el contenido normativo de otra cuya constitucionalidad fue objeto de examen por parte de la corporación constitucional, existirá cosa juzgada material, aun cuando la norma demandada no corresponda a una reproducción literal del texto de aquella que ya fue objeto de pronunciamiento.

Ello es así, por cuanto el contenido de la norma demandada, al ser el mismo del de la norma examinada previamente por la Corte, ya fue contrastado con el de la carta política, el cual, de no haber variado, debe conducir a un razonamiento idéntico al efectuado en dicha oportunidad. Es decir que, partiendo del hecho de que existe un pronunciamiento constitucional anterior sobre el mismo contenido normativo del artículo que ahora se demanda, es esperable que la Corte proceda a declarar el fenómeno de la cosa juzgada constitucional respecto de tal contenido.

1.2. Ahora bien, interesa conocer los efectos de la sentencia con base en la cual se afirma la existencia de cosa juzgada material del asunto bajo examen, esto es, si se trató de una cosa juzgada absoluta o relativa. Esta diferenciación importa para efectos de la conclusión a extraer, pues la relatividad de la cosa juzgada permitiría un pronunciamiento posterior por parte de la Corte con base en argumentos constitucionales diferentes a los expuestos en el fallo anterior sobre la misma norma, mientras que el carácter absoluto de la cosa juzgada implica una resolución definitiva del asunto que impide la realización de nuevas consideraciones en torno a su constitucionalidad.

En este orden de ideas, considero que, según los postulados normativos vigentes en el ordenamiento en torno al procedimiento para proferir fallos de constitucionalidad por parte de esta Corte, la sentencia C-404 de 1998 hizo tránsito a cosa juzgada material y absoluta,

en lo que respecta al contenido normativo que disponía el supuesto de hecho del artículo 259 del C. P. de 1980, que fue reproducido por el artículo 237 del Código actual.

En mi percepción, para que se concluya en la existencia de cosa juzgada material relativa en lo que respecta a la constitucionalidad de un determinado asunto, es necesario que esta corporación haya especificado, de manera clara y expresa, en el fallo anterior que sobre el mismo contenido normativo emitió, que el examen constitucional que efectuó sólo fue parcial frente a la totalidad del contenido de la norma superior, esto es, que el fallo se emitió únicamente tomando como base los cargos que de manera concreta el demandante expuso, o aquellos a los que la Corte concretamente se limitó. De no proceder de tal manera, debería entenderse que el examen constitucional efectuado por la Corte en una sentencia de constitucionalidad en la que se demandó una norma determinada por razones de fondo, tuvo en cuenta la totalidad del contenido de la carta y, por ende, hizo tránsito a cosa juzgada absoluta en lo que respecta al fondo del asunto constitucional examinado90.

La razón de ser de la presunción de cosa juzgada absoluta cuando la norma ha sido demandada por razones constitucionales de fondo, encuentra su fundamento en el deber que esta Corte tiene, en virtud de la obligación dispuesta de manera general en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, de confrontar las disposiciones sometidas a control constitucional con la totalidad de los preceptos de la carta. Así mismo, como máximo órgano en lo constitucional, esta Corte tiene el deber de proporcionar una solución definitiva a las controversias que sobre la constitucionalidad de las normas demandadas se le presentan, lo cual redunda en la concreción de la estabilidad y seguridad jurídicas que tanto benefician el funcionamiento del sistema judicial colombiano.

En consecuencia, una teorización como la “cosa juzgada relativa tácita” no debe ser implementada por parte de este tribunal, o por lo menos no bajo criterios indeterminados que abarquen todo tipo de hipótesis, sino bajo ciertas circunstancias cuya aplicación impida que la excepción a la regla devenga general, derogando tácitamente la regla misma, según la cual todo fallo de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada absoluta, mientras no sea expreso lo contrario.

Esta posición fue expuesta por la Corte en la sentencia C-489 de 22 de julio de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en los siguientes términos (no está en negrilla en el texto

original):

"… la Corte ha señalado que los efectos de la cosa juzgada constitucional no son siempre iguales y que existen varios tipos que pueden, incluso, modular los efectos vinculantes del fallo. Así, la cosa juzgada constitucional puede ser: i) formal, cuando se predica del mismo texto normativo que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte; ii) material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual; iii) absoluta, en tanto que, en aplicación del principio de unidad constitucional y de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, se presume que el Tribunal Constitucional confronta la norma acusada con toda la Constitución, por lo que, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, en aquellos casos en los que la Corte no limita expresamente la cosa juzgada, se entiende que hizo una comparación de la norma acusada con toda la Carta y, iv) relativa, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior."

En este orden de ideas, se observa que en la sentencia C-404 de 1998, en la que la Corte falló sobre la constitucionalidad del artículo 259 del Decreto 100 de 1980, de igual contenido normativo al del artículo del C. P. de 2000, no efectuó ningún tipo de especificación o salvedad respecto de sus efectos, es decir, no efectuó ninguna modulación del alcance de tal sentencia para que se entendiera que haría tránsito a cosa juzgada relativa, razón por la cual se entiende que obró conforme a lo dispuesto como regla general en el primer inciso del artículo 243 superior y en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991; en consecuencia, dicha providencia hizo tránsito a cosa juzgada material absoluta.

Así las cosas, debo apartarme de la decisión mayoritaria adoptada en el auto de la referencia, en razón a que dicha providencia no hizo alusión alguna a que, tratándose del supuesto de hecho de la norma demandada, exista cosa juzgada material absoluta, sino que las consideraciones efectuadas en la ponencia final se limitaron a exponer la inexistencia de cosa juzgada formal, basándose únicamente en la diferencia existente entre los marcos punitivos de las dos normas, olvidando que sus supuestos de hecho representan contenidos normativos iguales y, por ende, se trata de una cosa juzgada material.

En efecto, la Sala se limitó a sostener que "en esta ocasión se demandan dos preceptos que,

aun cuando tienen similitudes, presentan una diferencia decisiva, pues prevén marcos punitivos distintos”91. Acto seguido, realizó un cuadro comparativo en el que la única diferencia trascendente que resaltó fue la punibilidad asignada a las dos conductas, sin explicar por qué, concretamente en cuanto a la conducta descrita en las dos normas, no debía entenderse que había cosa juzgada material absoluta.

Ahora bien, en lo que respecta a la diferencia en la punibilidad de las normas comparadas, que fue esbozada por la Sala como “diferencia decisiva” entre ellas puede observarse una variación en la consecuencia jurídica de uno y otro artículo respecto del mismo tipo penal, pues en el Código de 1980 el incesto tenía previsto una pena entre 6 meses y 4 años de prisión, mientras que en el de 2000 la sanción oscila entre 16 y 72 meses de prisión, variación punitiva independiente de la descripción de la conducta, en la medida en que fácilmente se coteja la similitud a que antes hice referencia, en lo que respecta al comportamiento delictivo propiamente, resultando incontrastable que existe cosa juzgada constitucional material.

Es decir, si bien hubo una variación en la punibilidad, la decisión de la cual discrepo no tuvo en cuenta que dichas penas son la consecuencia jurídica de haber recorrido un mismo iter criminis, cuya constitucionalidad ya fue analizada por esta corporación.

Ahora, llama la atención que, a pesar de que el demandante en su escrito nunca expuso esta variación punitiva como razón para superar la cosa juzgada material, ni atacó la constitucionalidad del nuevo quantum de la pena asignada al delito de incesto en la Ley 599 de 2000; la única diferencia material que podría existir entre los dos contenidos normativos en comento (art. 259 D. 100 de 1980 y art. 237 L. 599 de 2000), ha sido subrayada oficiosamente como argumento suficiente para sostener que se trataba de dos normas distintas, que excluían la posibilidad de sustentar la cosa juzgada.

Así, el estudio que hizo la Corte acerca de si había o no cosa juzgada en el presente asunto fue meramente parcial, por cuanto tomó una diferencia en el quantum de la pena, que no fue argumentada por el demandante, para excluir la existencia de cosa juzgada, pasando por alto que dicha diferencia punitiva solo excluía la existencia de cosa juzgada formal respecto de una parte de la disposición demandada (la distinta punibilidad), sin que se explicaran los argumentos que excluían la cosa juzgada material respecto de la conducta punible

demandada, lo cual también debió haber sido analizado.

Pese a esta falta de argumentación, a la Sala le bastó con que el demandante hubiese resaltado esta parte de la norma (pues también puso en negrilla la punición) para enmendar la ausencia de razones que tenía para admitir la demanda, contra un asunto que es cosa juzgada material absoluta.

2. El cambio de codificación penal no implica necesariamente una modificación en un contenido normativo cuya exequibilidad ya fue analizada por la Corte Constitucional, es decir, no conlleva per se la superación de la cosa juzgada material.

En cuanto al segundo argumento expuesto en el auto cuya decisión no comparto, en virtud del cual el cambio de ubicación de la norma demandada permite excluir la cosa juzgada, se expuso que uno de los motivos para no predicarla era el hecho de que el precepto atacado ahora se encuentra en un cuerpo normativo diferente de aquél en el que estaba el artículo 259, declarado exequible por esta corporación con anterioridad.

Sin embargo, no todo cambio de codificación en una determinada rama del derecho implica una modificación real en el contenido normativo de un precepto determinado. No debe perderse de vista que, por definición, los códigos son organizaciones sistemáticas de normas según la materia que tratan, de un mismo ámbito del Derecho, lo cual no excluye la posibilidad de que una nueva codificación reproduzca contenidos normativos vigentes bajo el código anterior, que ya hayan sido estudiados por esta Corte.

No pretendo afirmar que el Código Penal del 2000 no haya representado novedad sustancial respecto al anterior, pues ello sería contrariar lo que resulta evidente en varios aspectos, que no es del caso recordar; empero, tratándose de la parte especial del estatuto penal, destinado a tipificar una serie de conductas antijurídicas, el cambio de codificación no reportó para el delito de incesto, una variación que hiciera posible la superación de la cosa juzgada material en la que he insistido.

En efecto, no considero que, para el caso del incesto, el cambio de codificación haya incidido en la configuración del tipo penal en concreto pues, como se ha observado, la conducta descrita en una y otra codificación reporta la misma esencia. Adicionalmente, entre los múltiples cambios en la parte general de la Ley 599 de 2000, ninguno hace variar el

contenido normativo del mencionado tipo penal, esto es, lo que debe entenderse por cada uno de los elementos que componen la tipificación en cuanto conducta penalmente reprochada. Además, se ha constatado que la previsión continúa recayendo sobre los mismos sujetos, que incurren en las mismas conductas reseñadas en el artículo 259 del anterior estatuto.

Lo propio sucedió con la sentencia C-133 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell, en la que se examinó la constitucionalidad de la conducta punible de aborto dispuesta en el artículo 122 del Decreto 100 de 1980, razón por la cual he estimado que, en lo que respecta a dicho artículo, había cosa juzgada material y, por consiguiente, en una sentencia posterior no era factible esbozar consideraciones distintas a aquellas expuestas en dicha oportunidad solo por el hecho de ubicarse en una nueva codificación, tal como se hizo en la sentencia C-355 de 2006, decisión en la que no tuve oportunidad de participar.

Bajo estas ideas, cabe formular la siguiente inquietud: si la ideación de la cosa juzgada "material" nació como contraposición a la de carácter "formal", para significar que la cosa juzgada puede también predicarse de un determinado contenido normativo, aun cuando éste sea reproducido en un precepto que no es formalmente idéntico a aquél en el que se encontraba al momento de ser estudiado por esta Corte, ¿qué sentido tiene continuar teorizando sobre la cosa juzgada material, si cada vez que se expida una nueva codificación, la Corte estudiará, nuevamente, las acciones de inconstitucionalidad que contra las normas allí contenidas se dirijan, aun cuando ellas reproduzcan contenidos normativos sobre los cuales esta corporación ya se ha pronunciado, cuando estaban ubicadas antes en otros cuerpos normativos?

En este orden de ideas, teniendo en cuenta la cosa juzgada material que concretamente se evidencia en el presente asunto, la novedad de la norma solo radicaba en el procedimiento surtido para su expedición, esto es, en las formalidades que no han sido objeto de valoración constitucional, las cuales podrían ser blanco de la acción pública de inconstitucionalidad, no siendo el caso del contenido material de la norma aquí demandada, que ya fue contrastado con la carta política en la sentencia C-404 de 1998, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

Reitérese, de otra parte, que la diferencia en la punibilidad de las conductas descritas en

ambos códigos, ni el trámite en la formación de la norma actual fueron argumentados por el demandante, como razones por las cuales podría descartarse la cosa juzgada para esos aspectos en concreto, por consiguiente, la demanda debió haber sido rechazada.

3. Por último, dado que la carta no ha variado en cuanto al contenido que puede ser relacionado con la punición del incesto, la única posibilidad que resta para excluir la ocurrencia de la cosa juzgada constitucional sobre el fondo del contenido normativo que fue demandado, esto es, el hecho de que la normatividad penal considere como conducta punible el incesto, sería el advenimiento de una realidad o un contexto fenomenológico sustancialmente distinto.

No puede ignorarse que pueden sobrevenir eventos en los que previamente se ha fallado sobre la constitucionalidad de un determinado precepto, pero en un contexto social muy distinto del momento de demandar nuevamente la misma norma o una con contenido normativo equiparable.

En tales eventos, por demás excepcionalísimos, se estará frente a un cambio sustancial en el ámbito de aplicación de la norma que fuerza a una reinterpretación del contenido de la carta frente a la disposición ya demandada. En tal hipótesis, la mutación fenomenológica debe presentar tal magnitud, que requiera un nuevo pronunciamiento por parte del tribunal constitucional.

La menor sustancialidad o seriedad de este cambio fenomenológico será la que garantice el mantenimiento de la rigidez propia de la norma superior, puesto que, de tratarse de una pequeña transformación que no alcanza a tocar la esencia del contenido de la Constitución, no habrá justificación alguna para emitir una sentencia en otros términos sobre el mismo asunto, o para desgastar el aparato jurisdiccional con la emisión de un fallo sobre argumentos iguales a otro anterior que ya resolvió la misma controversia.

En este orden de ideas, es menester que la Corte fije criterios para determinar cuándo debe entenderse que se ha producido un cambio fenomenológico lo suficientemente significativo como para motivar la emisión de un nuevo fallo sobre un asunto ya abordado, para lo cual probablemente deba auxiliarse de datos estadísticos sobre la realidad que se regula, experiencias del derecho comparado, cambios normativos paralelos que inciden en la aplicación del precepto y otros criterios semejantes que puedan informar a la Corte sobre un

cambio real y sustancial que exija un nuevo pronunciamiento al respecto.

Ello no acaece en el asunto sub examine, pues el mantenimiento del reproche jurídico penal a una misma conducta descrita en equivalentes términos en ambas codificaciones, refleja la estabilidad de la voluntad democrática y política dirigida a reprimir penalmente, como última ratio, a quienes accedan carnalmente o realicen actos sexuales con ciertas personas, que el comportamiento repercute también contra el bien jurídico familia, merecedor de máxima protección.

Además, ninguna variación de esa magnitud fue referida en la providencia de la que admitió la demanda, contraria al acertado criterio que llevó al Magistrado sustanciador, en un principio, al condigno rechazo.

En los anteriores términos, dejo resumidas las razones de mi disentimiento.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

1 Cfr, entre otras, las siguientes providencias: Sentencias C-310 de 2002, C-397 de 1995 y C-774 de 2001 ; los Autos A-174 y A-289ª de 2001. SU-047 de 1999.

2 Sentencia C-301 de 1993.

3 En la Sentencia C-113de 1993 la Corte precisó que: “sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad”.

4 Cfr, Al respecto se ha pronunciado esta Corte en las sentencias C-457 de 2004, C-394 de 2004 , C-1148 de 2003, C-627 de 2003, C-210 de 2003, C-030 de 2003, C-1038 de 2002, C-1216 de 2001, C-1046 de 200, C-774 de 2001, C-489 de 2000 y C-427 de 1996.

5 Tal como lo establece la sentencia C-1046 de 2001, “es posible distinguir entre, los enunciados normativos o las disposiciones, esto es, los textos legales y, de otra parte, los

contenidos normativos, o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto o la disposición es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas, los contenidos materiales o las proposiciones normativas son el resultado de la misma. El primero hace referencia a un precepto específico, consagrado en una disposición determinada. El segundo, por su parte, refiere al contenido normativo y a las consecuencias jurídicas que se derivan de una norma, pero no se reduce a un precepto específico."

6 Cfr, entre otras, las Sentencias C-427 de 1996, C-447 de 1997, C-774 de 2001 y C-1064/2001.

7 En este sentido, ver las sentencias C-427 de 1996 y C-1064 de 2001.

8 Cfr. Sentencia C-1189 de 2005.

9 Cfr. Sentencia C-1173 de 2005.

10 Cfr. Sentencia C-096 de 2003.

11 C-311 de 2002.

12 Sentencia C-447 de 1997.

13 Sentencias C-131 de 1993, C-083 de 1995, T-123 de 1995, SU-047 de 1999, SU-168 de 1999.

15 Sentencia C-774 de 2001.

16 Sentencia C-096 de 2003.

17 En la sentencia C-774 de 200 se indicó que "[e]l concepto de 'Constitución viviente' puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, -que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma."

18 En particular, desde la sentencia C-1052 de 2001 que recogió y sintetizó la línea decantada por años, se ha establecido un precedente que ha sido reiterado y consolidado en pronunciamientos posteriores. Ver al respecto las sentencias C-370 de 2006, C-922 de 2007, C-940 de 2008 y C-761 de 2009.

19 En numerosas sentencias la Corte Constitucional ha hecho referencia a la libertad de configuración del legislador en materia de política criminal, así como a los límites constitucionales que se imponen a esta potestad. En la sentencia C-442 de 2011 se realizó una completa compilación de las reglas que la Corte ha establecido en esta materia, las cuales fueron reiteradas en la sentencia C-121 de 2011. En esta oportunidad se sigue en lo esencial, la línea de argumentación desarrollada en las mencionadas providencias.

20 Ver sentencias C-225 de 1995, C-368 de 2000, C-177 de 2001 y C-226 de 2002.

21 Corte Constitucional, sentencia C-442 de 2011.

22 La sentencia declaró la constitucionalidad de un aparte del artículo 201 del Decreto 100 de 1980, que sancionaba el tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal.

23 Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, entre otras.

24 Sentencia C-038 de 1995.

25 Sentencia C-996 de 2000.

26 Sentencia C-996 de 2000, C-177 de 2001, entre otras.

27 Sentencia C-1164 de 2000.

28 Sentencia C-587 de 1992.

29 Sentencia C-456 de 1997.

30 Sentencia C-125 de 1996, C-239 de 1997, entre otras. En relación con los aspectos procedimentales, la Corte ha fijado igual criterio en relación con la iniciación de la investigación penal; ver sentencia C-459 de 1995, C-404de 1998.

31 Sobre el particular ver sentencias C-587 de 1992, C-404 de 1998, C-177 de 2001.

32 En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad. Ver sentencia C-125

de 1996.

33 Sentencia C-070 de 1996.

34 Sentencia C-939 de 2002. En esta providencia se declaró la inexequibilidad del Decreto 1900 de 2002, dictado por el Presidente de la República en virtud de la declaratoria del estado de conmoción interior y con el cual había creado distintos tipos penales dirigidos a combatir el hurto y el contrabando de hidrocarburos. Aunque su objeto se circunscribió al análisis de la validez constitucional de tipos penales expedido mediante facultades de excepción, presenta una compilación de las reglas sobre los límites a la potestad de configuración del legislador ordinario.

35 Freud, Sigmund (1913). Tótem y tabú. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos (del O. Totem und Tabu. Einige Überinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker).

36 En la dinastía egipcia, por ejemplo, Cleopatra mantuvo relaciones incestuosas con su hermano, para dejar en manos de su hijo la corona, y la dinastía de los Habsburgo del sacro imperio Romano Germánico.

37 Se consideraba que los hijos de personas vinculadas por parentesco sanguíneo nacían con problemas de salud que hoy conocemos como retraso mental, mucopolisacaridosis, homocistinuria, fibrosis quística y sordomudez.

38 Ibídem.

39 Concepto del antropólogo Guillermo Páramo Rocha, emitido en el proceso de

constitucionalidad que concluyó en la sentencia C-404 de 1998.

40 “Libro segundo, título decimoquinto. Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Capítulo III. Incesto. Artículo 272. Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.” (Código Penal Federal de México).

41 Ley 19.617 de 1999. “Artículo 375. El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”

42 La eugenesia tal como lo menciona Osborn es una filosofía social que defiende la mejora de los rasgos hereditarios humanos mediante varias formas de intervención. OSBORN (1937: 389). Llama la atención, que en la comisión constitucional del proyecto de reforma al código penal que culminó con la expedición de la Ley 19617, se hable de “condiciones eugenésicas” puesto que la doctrina eugenésica fue duramente criticada, en la posguerra de la segunda guerra mundial, puesto que hay evidencia histórica, que demuestra que parte de ideología de limpieza racial de los Nazis estaba inspirada, en razones eugenésicas. En concordancia con lo anterior la comunidad internacional prendió las alarmas contra esta filosofía (para algunos también una ciencia) y construyó mecanismos de derecho, para la protección de la diversidad racial. Como una muestra de lo anterior puede observarse la Declaración Sobre las Razas de La Unesco de 1950 (también hay una posterior en 1978), y el Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la ONU.

43 Código Penal de la Republica del Uruguay. Ley 9155. Artículo 276: Del Incesto: Cometen incesto los que, con escándalo público mantienen relaciones sexuales con los ascendientes legítimos y los padres naturales reconocidos o declarados tales, con los descendientes legítimos y los hijos naturales reconocidos o declarados tales, y con los hermanos legítimos. Este delito será castigado con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

44 “Código Penal de la República de Venezuela. Artículo 381º.Todo individuo que, en

circunstancias capaces de causar escándalo público, tenga relaciones incestuosas con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo, con algún afín en línea recta o con un hermano o hermana, hermanos, consanguíneos o uterinos, será castigado con presidio de tres a seis años".

45Capitulo II: Delitos contra el normal desarrollo de la familia.

Sección Primera. Del Incesto: Artículo 304. 1.- El ascendiente que tenga relaciones sexuales con el descendiente, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años. La sanción imponible al descendiente es de seis meses a dos años de privación de libertad.

2. Los hermanos que tengan relaciones sexuales entre sí, incurren en sanción de privación de libertad de tres meses a un año, cada uno. 3. Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que los hechos no constituyan un delito de mayor entidad".

46 Código Penal de la República del Paraguay. Ley 1.160 de 1997. "Título IV. Delitos contra la convivencia de las personas. Capítulo I. Hechos punibles contra el estado civil, el matrimonio y la familia. Art. 230. Incesto. 1°. El que realizare el coito con un descendiente consanguíneo, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta cinco años.

2° El que realizare el coito con un ascendiente consanguíneo, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta dos años. La misma pena se aplicará cuando el coito haya sido realizado entre hermanos consanguíneos.

3° No será aplicables los incisos anteriores a los descendientes y hermanos, cuando al tiempo de realización del hecho no hayan cumplido 18 años".

47 Silva Silva Hernán (1995). Medicina legal y psiquiatría forense. Tomo II. Alfabeta. Editorial Jurídica de Chile. ISBN 956-10-1082-8.

48 "Livre II: Des crimes et délits contre les personnes.

TITRE II: Des atteintes à la personne humaine.

Section 3: Des agressions sexuelles.

Paragraphe 1: Du viol.

3° Lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur.

4° Lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait.

5° Lorsqu'il est commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions" (Code Pénal Français. Versión consolidée au 18 février 2012).

49 Article 222-31-2 Créé par LOI n°2010-121 du 8 février 2010 – art. 1

Lorsque le viol incestueux ou l'agression sexuelle incestueuse est commis contre un mineur par une personne titulaire sur celui-ci de l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité en application des articles 378 et 379-1 du code civil.

Elle peut alors statuer sur le retrait de cette autorité en ce qu'elle concerne les frères et sœurs mineurs de la victime.

Si les poursuites ont lieu devant la cour d'assises, celle-ci statue sur cette question sans l'assistance des jurés.

50 "Titulo III. Delitos Contra La Integridad Sexual. Articulo 119. – Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

(..)

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

(…)

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda”;

51 “Artículo 170.- Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos.

2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima. (Se destaca).

52 Código Penal. Artículo 237. INCESTO. El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses”.

53 Código Penal. Art. 211, numeral 5º: “Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando: (…) 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”.

54 El artículo 259 del Decreto 100 de 1980 prescribe el incesto como conducta penal en los siguientes términos: “El que realice acceso carnal violento u otro acto erótico sexual con descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con hermano o hermana, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años”.

55 Corte Constitucional, Sentencia C-404 de 1998.

56 En esta sentencia se toman las consideraciones efectuadas sobre la protección constitucional a la familia en el orden jurídico colombiano, plasmadas en la sentencia C-840 de 2011.

57 Sentencias C-271 de 2003 y C-821 de 2005.

58 Cfr. Sentencia C-289 de 2000.

59 Sentencia C-271 de 2003.

60 Sentencia C-821 de 2005.

61 Por invitación de la Corte se recibieron conceptos de los médicos genetistas Emilio Yunis Tejada y Rafael Elejalde; de las sociólogas Ligua Echeverri Ángel y Virginia Gutiérrez de Piñeres; del sicoanalista Gustavo Ángel Villegas; de la sicóloga Margarita Sierra de Jaramillo, y los antropólogos Esther Sánchez Botero y Guillermo Páramo Rocha.

62 Auque los conceptos tienen como punto de referencia el texto del artículo 259 del código penal contenido en el Decreto 100 de 1980, los elementos descriptivos de este tipo penal presentan gran similitud con los contenidos en el artículo 237 del código penal establecido en la Ley 599 de 2000, objeto de la presente demanda.

63 Concepto de la socióloga Ligia Echeverry Angel.

64 Concepto de la socióloga Virginia Gutiérrez de Piñeres.

65 Antropólogo Guillermo Páramo Rocha.

67 Sentencia C-404 de 1998.

68 En su libro La comunidad liberal Ronald Dworkin, aborda la cuestión de si la ética convencional puede ser impuesta por medio de la ley penal, a partir del análisis del caso Bowers vs. Hardwick, en el cual la Corte Suprema de EE.UU declara la constitucionalidad de la sodomía como delito. A su juicio, la vida de un individuo depende de lo aporte al bienestar de la comunidad: “las personas deberían identificar sus intereses propios con

aquellos de la comunidad política a la cual pertenece". (Dworkin, Ronald. La Comunidad Liberal. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores. 1996).

69 Para Dworkin la comunidad es una asociación en la que cada individuo se preocupa por el bienestar de los demás como si fuera asunto propio. ("Comunidad e interés". En La Comunidad Liberal.)

70 Corte Constitucional, sentencia C-404 de 1998. Fundamentos jurídicos 5 a 14.

71 Esta perspectiva recoge el punto de vista que Dworkin denomina "la integración con la comunidad". En este ensayo, se refiere a la crítica en contra de la tolerancia liberal por cuanto establecería una división tajante entre bienestar de las personas y el de la comunidad política a la cual pertenece. La vida individual y la de la comunidad se encuentran integrada, de tal suerte que el éxito crítico de las vidas individuales constituye un aspecto de la bondad de la comunidad como un todo. (Op. Cit.).

72 Corte Constitucional, sentencia C-404 de 1998.

73 Sobre el concepto de medidas de protección de la autonomía de las personas, véase la sentencia C-309 de 1997.

74 Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 1998.

75 Colaboró: Javier Francisco Arenas Ferro.

76 Página 35, considerando 31, sentencia C-241 de 2012.

77 Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Alejando Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz. Cabe aclarar que frente a la sentencia se presentó una segunda aclaración de voto, en relación con otro elemento que también será expuesto en este escrito, como lo es la necesaria atipicidad de cierto acto que debió ser expresamente mencionado en la sentencia. Esa aclaración sólo fue elevada por Antonio Barrera Carbonell, Alejandro Martínez Caballero y por Carlos Gaviria Díaz.

78 Al respecto: Bourdieu, P. (2005), "Elementos para una sociología del campo jurídico", en: La fuerza del Derecho, Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar de la Universidad

Javeriana, Siglo del Hombre editores (primera edición 2000), pp. 153-220.

79 Al respecto: Buitrago Guzmán, M. R (2009), “Análisis comparado de los inicios del constitucionalismo social”, en: Marquardt, B. (ed.), Constitucionalismo comparado: Acercamientos metodológicos, históricos y teóricos, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), pp. 391 a 422.

80 Sobre las luchas sociales relacionadas con asuntos ambientales, puede consultarse a: Marquardt, B. (2009), “La cuestión ecológica de la revolución industrial y la habilidad para el futuro de la civilización industrial”, en: Revista Pensamiento Jurídico, No. 25, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), pp. 29-76.

81 Al respecto: Williams, P. (2003), “La Dolorosa Prisión del Lenguaje de los Derechos”, en: Brown, W., Williams, P. y Jaramillo, I.C., (2003) La Crítica de los derechos, Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, pp. 43-72.

82 Cepeda, M.J. (1993), “Los derechos y la interpretación de la Constitución: hacia un nuevo derecho”, en: Cepeda, M.J, (ed.) (1993), La Constitución de 1991: los grades temas y sus implicaciones en la enseñanza del Derecho, Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

83 Al respecto, ver la sentencia C-577 de 2011.

84 Brown, W. (2003), “Lo que se pierde con los derechos”, en: Brown, W., Williams, P. y Jaramillo, I.C., (2003) La Crítica de los derechos, Bogotá: Universidad de los Nades, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, pp. 75-146.

85 Salvo excepciones en que ésta no es requerida.

86 Cfr. Sentencia C-489 de julio 22 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

87 Auto 027A de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

88 Expuestos en el salvamento de voto al auto A-161 de 2011, mediante el cual prosperó el recurso de súplica y se admitió la demanda, inicialmente rechazada con acierto por el

Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

89 C-489 de mayo 4 del 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

90 Ha de limitarse la ocurrencia de la cosa juzgada absoluta a los eventos en que se presentan demandas de inconstitucionalidad contra determinadas normas por razones de fondo, esto es, si los argumentos que sustentan la aparente inconstitucionalidad de la norma demandada exclusivamente atacan su validez por vicios de forma (art. 21 D. 2067 de 1991: “La declaratoria de constitucionalidad de una norma por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo.”)

91 Corte Constitucional, Sala Plena, auto 161 de julio 21 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, pág. 7.

——————

————————————————————

——————

————————————————————