

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

Ha precisado la Corte que dicha competencia, si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad. Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

POLITICA CRIMINAL-Alcance de las competencias del Congreso y la Corte Constitucional

TIPO PENAL-Establecimiento de elementos por el legislador

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL DELITO Y LA SANCION-Improcedencia de sentencias aditivas o integradoras/INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DE TIPO PENAL-Aumento de punibilidad

La Corte consideró que si bien, para respetar el principio de legalidad de los delitos y las sanciones la Corporación no puede proferir una sentencia aditiva o bien una sentencia integradora, nada impide que, para asegurar el respeto de un derecho fundamental, se declare la inexequibilidad parcial de una disposición determinada, así ello implique el aumento de punibilidad del tipo penal de que se trate. Así las cosas, es claro que si se hace necesario declarar la inexequibilidad parcial de una disposición que tipifica determinado delito para asegurar la plena vigencia de los principios constitucionales, la Corte debe proceder a dicha declaratoria.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

DERECHOS DEL NIÑO-Protección constitucional especial referida a todo menor de dieciocho años

NIÑO, ADOLESCENTE Y MENOR-Alcance conceptual

NIÑEZ-Protección integral

La intención del Constituyente al hacer la distinción entre niños y adolescentes en los artículos 44 y 45 superiores, no fue la de excluir a estos últimos de la protección integral otorgada a la niñez, sino de ofrecerles espacios de participación respecto de las decisiones que los conciernen.

ADOLESCENTE-Protección y formación integral

MENOR DE EDAD EN MATERIA PENAL-Protección integral sin diferencia de trato entre los menores

INASISTENCIA ALIMENTARIA-Causal de agravación punitiva que establece diferencia de trato entre los menores/NIÑO Y ADOLESCENTE-Protección integral/ALIMENTOS DEL MENOR DE EDAD-No diferencia de trato entre menores por encontrarse en la misma situación/INASISTENCIA ALIMENTARIA-Diferencia de trato entre menores al establecer agravación punitiva en menor de catorce años

Al establecer una causal de agravación punitiva que no los concierne a todos, está efectivamente estableciendo una diferencia de trato entre los menores que frente al mandato de los artículos 44 y 45 superiores de ofrecer una protección integral tanto para los niños como para los adolescentes resulta discriminatoria y vulnera la Constitución (art. 13 C.P.). En estas circunstancias ninguna justificación constitucional existe para la diferencia de trato aludida por cuanto en materia de alimentos como en relación con los demás derechos a que alude el artículo 44 superior todos los menores se encuentran en la misma situación y cualquier norma que desconozca la prevalencia de los mismos, en los términos allí señalados, va en contravía del espíritu de la Carta y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional.

Referencia: expediente D-4747

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal”

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil cuatro (2004).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Miller Alfonso Ramírez Solórzano presentó demanda contra la expresión “de catorce (14) años” contenida en el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal.

Mediante auto del 6 de agosto de 2003, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda en relación con los cargos por violación de los artículos 13, 44 y 93 constitucionales y la inadmitió en relación con la supuesta vulneración del artículo 5 superior, toda vez que la misma no reunía los presupuestos exigidos por el numeral tercero, artículo 2, del Decreto 2067 de 1991, por lo que concedió un término de 3 días al accionante para que corrigiera la demanda.

Así mismo dispuso correr traslado de la demanda al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista las normas acusadas para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, y al Presidente del Congreso de la República, así como también a los Ministros del Interior y de Justicia, al Fiscal General de la Nación y al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a fin de que, de estimarlo oportuno, conceptúen sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

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

Considerando que el accionante dentro del término legal no corrigió la demanda, mediante auto del 20 de agosto de 2003, ésta fue finalmente rechazada en relación con el cargo por la

presunta vulneración del artículo 5 constitucional.

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

II. NORMAS DEMANDADAS

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

“ LEY 599 DE 2000”

(julio 24)

por la cual se expide el Código Penal.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

LIBRO SEGUNDO

PARTE ESPECIAL

DE LOS DELITOS EN PARTICULAR

(...)

TITULO VI

DELITOS CONTRA LA FAMILIA

(...)

CAPITULO PRIMERO

De la violencia intrafamiliar

(...)

Artículo 233. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años.

I. LA DEMANDA

Para el demandante la expresión “de catorce (14) años” contenida en el segundo inciso del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 vulnera los artículos 13, 44 y 93 de la Constitución.

El actor afirma que la expresión acusada desconoce particularmente el mandato previsto en el artículo 44 superior que en su criterio obliga al Estado a brindar una protección especial a los menores sin distinción alguna, al tiempo que desconoce la Convención sobre Derechos de los Niños aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 que alude a la misma obligación¹.

En ese orden de ideas indica que la expresión acusada en cuanto establece una agravación punitiva exclusivamente para el caso en que se incumpla la obligación alimentaria en relación con quienes tengan menos de catorce años, resulta discriminatoria, toda vez que, los mayores de catorce años y menores de dieciocho años también comparten la condición de menores y por tanto son acreedores de idéntica protección por parte del Estado, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 45 superior, prevé para los adolescentes la misma protección que el artículo 44 superior establece para los niños. Al respecto cita la sentencia C-092 de 2002.

Afirma finalmente al respecto que: "...se avenía más con la Constitución el derogado artículo 270 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) 2, pues en el mismo no se discriminaba al menor por razón de la edad, para que el obligado legalmente fuera sancionado más drásticamente...".

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

El Ministerio referido actuando a través de apoderada judicial interviene en el presente proceso y solicita que se declare la constitucionalidad de la expresión acusada, a partir de las consideraciones que enseguida se sintetizan.

La interviniente señala que con la expresión acusada se trata de amparar "la edad más vulnerable del niño que tradicionalmente comprende la etapa inferior de los 14 años, puesto que esta etapa es de enorme trascendencia para el desarrollo del menor, dada la ordinaria imposibilidad de éste de atender no solamente su congrua subsistencia, sino también sus necesidades básicas y la defensa de sus propios intereses...". Al respecto cita un aparte de la sentencia C-144 de 2001.

En ese sentido considera que la expresión acusada no desconoce el artículo 13 superior sino por el contrario lo desarrolla, pues éste dispone que el Estado protegerá especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Explica al respecto entonces que la intención del legislador es la de proteger con mayor eficacia a los menores de 14 años que se encuentran en un grado de desprotección mayor, comparados con los adolescentes que se encuentran en la etapa entre los 14 a 18 años, pero sin que ello pueda significar el desconocimiento de las obligaciones del Estado en materia de protección de los niños (art 44 C.P.) ni de los tratados internacionales ratificados por Colombia en esta materia (art. 93 C.P.).

2. Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación interviene en el presente proceso para solicitar a la Corte que declare la inexecutable de la expresión acusada, a partir de los argumentos que se

resumen a continuación.

Recuerda que: "...El delito de inasistencia alimentaria no es nuevo en nuestro estatuto penal, toda vez que ya estaba consagrado en el Título XIX del Código Penal anterior o Decreto 100 de 1980 en su artículo 263. En la Ley 599 de 2000 guardó las mismas características del anterior, a pesar de que le introdujo circunstancias de agravación punitiva como la consagrada en el inciso segundo del artículo 233, cuando el delito se cometa en contra de un menor de catorce años..."

En ese sentido considera que el agravante punitivo previsto en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 en sí mismo considerado no resulta inconstitucional, y por el contrario se ajusta a los principios orientadores de protección y amparo a los más necesitados, en esta caso de quienes no han llegado a la mayoría de edad; pero estima que lo que sí contraviene los preceptos superiores es el límite de 14 años fijado en la norma, pues genera una discriminación injusta e irracional respecto de los menores que se encuentran entre los catorce y los dieciocho años, quienes merecen la misma protección del legislador por cuanto continúan siendo menores. Al respecto cita algunos apartes de las sentencias C-013 de 1997 y C-146 de 1994.

Afirma que la expresión acusada transgrede además de los preceptos constitucionales señalados por el actor en su demanda, el artículo 98 superior que prevé la mayoría de edad a los 18 años, toda vez que, si el Constituyente estimó que son mayores de edad las personas que hayan cumplido 18 años, lógico es colegir que las personas que no hayan alcanzado ese límite son menores, y por tanto se les deben amparar y reconocer sus derechos sin ningún tipo de limitación. Al respecto cita la sentencia C-479 de 1992.

Advierte que: "...no existe un motivo o razón suficiente que justificara al legislador fijar el límite de catorce años, para establecer el agravante punitivo en caso de inasistencia alimentaria. Resulta por tanto odiosa, discriminatoria y caprichosa la expresión demandada, por cuanto como se ha dicho reiteradamente, aquél que no ha cumplido la mayoría de edad -18 años- a pesar de haber cumplido los 14 años, es menor y por tanto sujeto acreedor de la protección a sus derechos...", especialmente si se tiene en cuenta que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Cita como sustento de sus aseveraciones apartes de la sentencia C-092 de 2002.

Afirma finalmente que la expresión acusada no solamente desconoce la Constitución sino convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia relacionados con los derechos de los niños. Alude particularmente a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, a la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 12 de 1991, y al Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, suscrito en La Haya, el 29 de mayo de 1993 y aprobado por la Ley 265 de 1996.

3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Secretaria General de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, atendiendo la invitación hecha por esta Corporación, hizo llegar el concepto que preparó el académico Carlos Fradique Méndez, solicitando la constitucionalidad de la expresión demandada, el que se resume a continuación.

El interviniente recuerda que según la Constitución y los Tratados Internacionales en Colombia son menores de edad quienes no han cumplido aún 18 años. Así mismo afirma que de conformidad con la normatividad civil los menores de 18 años se clasifican en infantes, impúberes y púberes, adultos o menores adultos, de forma tal, que está claramente definido que los infantes e impúberes son más frágiles que los adultos púberes.

Aduce que: “...Agravar la pena cuando se comete contra persona menor de 14 años y no siempre cuando se comete contra menores que sean adultos, tiene como finalidad proteger al ser humano en su primera etapa de la vida en la que se presume que no puede autoabastecerse por ser más frágil y estar más desprotegido que la persona adulta...”.

Estima que si la Corte Constitucional declara la inexecutable de la expresión acusada, por vía jurisprudencial establecería una circunstancia de agravación punitiva para el delito de inasistencia alimentaria que se cometa contra un menor de 18 años y mayor de 14, facultad que legalmente está vedada a la Corte y por tanto de llegar a darse, vulneraría el principio constitucional de favorabilidad en derecho penal y desconocería también la facultad privativa que tiene el Congreso de dictar las leyes.

Considera que con la expresión acusada no se desprotege el bien jurídico familia en cuanto el delito de inasistencia alimentaria contra el mayor de 14 años se sanciona así sea con una

pena menor, al tiempo que la diferencia de trato que se establece en la norma se justifica en la medida en que el menor adulto es persona no tan frágil ni desprotegida como los menores de 14 años.

Finalmente señala que la expresión acusada no quebranta los artículos 44 y 93 constitucionales, sino que los desarrolla; el primero, al proteger de manera efectiva a los menores porque aún cuando niño en términos generales es el menor de 18 años, la realidad es que necesitan mayor protección los niños menores de 14 años, y el segundo, ya que los Tratados Internacionales prevén múltiples diferencias entre las distintas clases de menores de edad.

Advierte que si bien ésta Corporación mediante sentencia C-984 de 2002 declaró exequible en su totalidad el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, lo que en principio daría lugar a la configuración del fenómeno de la cosa juzgada material, cabe considerar que en el presente proceso se encuentran elementos nuevos que no fueron objeto de pronunciamiento en sentencias anteriores y que por tanto es necesario analizar en el presente proceso.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Señor Procurador General de la Nación, allegó el concepto número 3390, recibido el 20 de octubre de 2003, en el que solicita a la Corte declarar la inexecutable de la expresión acusada, contenida en el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 599 de 2000, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Advierte que el Constituyente de 1991 se preocupó especialmente por la situación real de los niños en relación con el reconocimiento, protección y defensa de sus derechos con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral.

Afirma que dentro de ese contexto se impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño en aras de garantizar el ejercicio pleno de su derechos, con la advertencia de que éstos prevalecen sobre los derechos de los demás. Al respecto cita la sentencia C-1064 de 2000.

Precisa que: “el deber de la asistencia alimentaria se establece sobre dos supuestos fácticos: i) la necesidad del derecho-habiente y ii) la capacidad económica del deudor, sin que ello

implique el sacrificio de su propia existencia, en atención al principio de solidaridad (artículos 1º y 95 numeral 2º)”.

Frente a los cargos planteados por el actor considera que estos deben prosperar por cuanto la expresión acusada efectivamente establece un trato discriminatorio que no resulta razonable ni proporcional en relación con los mayores de 14 años y menores de 18, quienes tienen idéntico derecho en materia de alimentos que los menores de 14 años. Al respecto cita la sentencia C-1191 de 2001.

Hace énfasis en que nada justifica la diferencia de trato establecida por el Legislador en este caso y en que con ella no solamente se vulnera el artículo 44 superior que ordena la protección integral de los niños sino también el artículo 45 constitucional que ordena idéntica protección para los adolescentes.

Recuerda que: “El artículo 263 del Decreto 100 de 1980, Código Penal vigente hasta la expedición de la Ley 599 de 2000, tipificaba el delito de inasistencia alimentaria. El artículo 270 del Decreto 2737 de 1989 –Código del Menor-, modificó la precitada disposición en el sentido de agravar la pena en los eventos que dicho delito se comenta contra un menor, precepto legal que fue reproducido por el artículo 233 del actual Código Penal (Ley 599 de 2000), con la salvedad que hoy es objeto de debate constitucional, es decir, que la circunstancia de agravación punible sólo es predicable respecto de los menores de catorce (14) años...”.

Al respecto considera que la realidad social no ha cambiado en este punto en términos que justifiquen la modificación hecha por el Legislador, pues igual perjuicio se sigue causando al menor de 14 años que al menor de 18 con el incumplimiento de la obligación alimentaria.

Afirma que una muestra de la importancia de dicha obligación para el pleno ejercicio de los derechos de los menores y de la imposibilidad de establecer diferencias entre los mismos se desprende de las consideraciones hechas por la Corte en la sentencia C-092 de 2002 donde se declaró inexecutable la expresión “la quinta causa de” contenida en el numeral 5 del artículo 2495 del Código Civil, y la exequibilidad condicionada del resto de la misma disposición, en el entendido que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de menores, prevalecen sobre todos los

demás de la primera clase.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. La materia sujeta a examen

Para el actor la expresión “de catorce (14) años” contenida en el segundo inciso del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 desconoce los artículos 13, 44, y 93 superiores, por cuanto establece una diferencia de trato entre los menores de 14 años y aquellos que se encuentran entre esta edad y los 18 años, que resulta contraria a la Constitución (art. 13 C.P.), pues ésta no establece ninguna distinción entre los menores en cuanto a la protección integral que les es debida (arts. 44 y 45 C.P.), como tampoco las normas internacionales aprobadas por Colombia en la materia (art. 93 C.P.).

Para los intervinientes en representación del Ministerio del Interior y de Justicia y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia no asiste razón al demandante por cuanto el Legislador puede establecer una protección especial para los menores de 14 años, dado que ellos se encuentran en una situación de fragilidad mayor que los demás menores, y dado que tanto en la legislación nacional como internacional se establecen diferencias entre los menores (infantes, impúberes, púberes, menores adultos) que bien podía tener en cuenta en este caso el Legislador como responsable de la política criminal. El último interviniente citado afirma además que la Corte no tendría competencia para establecer por vía jurisprudencial una circunstancia de agravación punitiva, como sucedería en este caso si se declarara la inexequibilidad solicitada.

El Fiscal General de la Nación solicita la declaratoria de inexequibilidad de la expresión acusada por cuanto considera que con ella efectivamente se vulneran los artículos superiores invocados por el actor, así como el artículo 45 constitucional que señala la obligación de

protección integral de los adolescentes, de la misma manera que se desconocerían las normas internacionales sobre derechos de los menores suscritas por Colombia en las que no se establece diferencia entre los menores a proteger.

Por las mismas razones el Procurador General de la Nación solicita que se declare la inexecutable de la expresión acusada. La vista fiscal hace énfasis además en que no encuentra justificación para la modificación hecha por el Legislador respecto de la regulación que en esta materia contenía el Código Penal anterior, que no establecía ninguna diferencia entre los menores.

Así las cosas la Corte debe examinar si la expresión “de catorce (14) años” en cuanto señala una agravación punitiva para el delito de inasistencia alimentaria solamente en relación con los menores de 14 años, establece o no una diferencia de trato contraria a la Constitución respecto de los menores que se encuentran entre 14 y 18 años, con lo que se vulnerarían los artículos 13, 44 y 93 superiores.

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte considera necesario efectuar algunas precisiones relativas a: i) la ausencia de cosa juzgada constitucional ii) el alcance de la potestad de configuración normativa del legislador en materia penal, iii) la jurisprudencia constitucional sobre la protección de los derechos de los niños y los adolescentes y sobre la noción de menor para efectos de dicha protección, y iv) el contenido y alcance de la norma en la que se contiene la expresión acusada, que resultan pertinentes para el análisis de los cargos planteados en la demanda.

3.1 La ausencia de cosa juzgada

La Corte constata que mediante sentencia C-984 de 2002 se declaró la executable de la totalidad del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 “por las razones expuestas en esta providencia y únicamente en relación con los cargos formulados en la demanda”. Cargos que aludían a la supuesta vulneración de los artículos 13 y 28 de la Constitución Política por cuanto, de una parte, el ordenamiento constitucional proscribía la prisión por deudas -y la privación de la libertad por incumplimiento de la obligación alimentaria sería uno de tales casos -, y del otro, porque con esa medida legal se establecería una diferencia de trato,

contraria al régimen constitucional, entre los deudores de la obligación alimentaria y los de otro tipo de créditos civiles.

Dado que la Corte limitó los efectos de la sentencia C-984 de 2002 a los cargos analizados en esa oportunidad y que estos difieren sustancialmente de los planteados por los actores en el presente proceso, es claro para la Corte que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que impida adelantar el juicio de constitucionalidad propuesto.

Así las cosas, la Corte procederá a efectuar el análisis de los cargos formulados en la demanda en contra de la expresión acusada del artículo 233 de la Ley 599 de 2000.

3.2 El alcance de la potestad de configuración normativa del legislador en materia penal

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en afirmar que es al Legislador a quien corresponde establecer la política criminal del Estado³ y en este sentido es a él a quien la Constitución le confiere la competencia para determinar cuáles conductas constituyen delitos y señalar las respectivas sanciones⁴.

Así ha dicho la Corporación que:

“En principio, por virtud de la cláusula general de competencia legislativa que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Carta, el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, como lo ha reconocido ampliamente esta Corporación, dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores.”⁵

En este sentido ha precisado la Corte que dicha competencia, si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los

principios de racionalidad y proporcionalidad a los que se ha referido igualmente de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación⁶. Ha dicho al respecto la Corte lo siguiente:

“(E)n 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”⁷.

Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso⁸.

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

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

Dijo la Corporación:

“(D)ebe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni

mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático⁹. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

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

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

De acuerdo con ello, si la decisión del legislador de tipificar conductas punibles se estima equivocada por reflejar una política criminal que no se comparte, tal divergencia de criterio es irrelevante para efectos de cuestionar la legitimidad constitucional de esas disposiciones. De allí que el cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas que tipifican el tráfico

de estupefacientes no deba hacerse genéricamente cuestionando una política criminal que se estima equivocada sino específicamente, esto es, considerando cada una de las reglas de derecho contenidas en esas disposiciones y confrontándolas con el Texto Superior para evidenciar su incompatibilidad.

Este enfoque permite colocar las cosas en su punto: Si el legislativo es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de tipificación de conductas punibles y si el único límite que existe para el ejercicio de esa facultad está determinado por el sistema de valores, principios y derechos fundamentales previsto en el Texto Superior, el demandante no puede pretender que la Corte, a través de sus fallos, imponga el modelo de política criminal que ha de seguir el Estado pues sólo le está permitido confrontar con la Carta las normas legales que, habiendo sido demandadas, desarrollen ese modelo para retirar del ordenamiento aquellas que lo contraríen y mantener aquellas que lo respetan”¹⁰.

Al respecto cabe recordar además que en materia penal la Corte se ha abstenido de proferir sentencias condicionadas¹¹, o sentencias integradoras¹², que puedan llegar a tener el alcance de desconocer el principio de legalidad de los delitos y las sanciones, que se expresa en el aforismo latino “nulla crimen nulla pena sine previa lege” y que como se ha hecho énfasis en la doctrina¹³, exige que todos los elementos del tipo penal sean establecidos por el Legislador¹⁴.

Así en relación precisamente con el delito de inasistencia alimentaria en la Sentencia C-014 de 2004 la Corte se abstuvo de adicionar el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, que la hubiera llevado a introducir una modificación en un elemento estructural del tipo penal, a saber el sujeto activo del delito, y se limitó a exhortar al Congreso para que en ejercicio de sus competencias y en el marco del artículo 42 superior adicionara el tipo penal de inasistencia alimentaria para adecuarlo a los mandatos constitucionales¹⁵.

Al respecto debe recordarse el siguiente aparte de la Sentencia C-939 de 2002 citado en la referida sentencia C-014 de 2004 en el que se precisó que:

“16.1 La posibilidad de declarar exequible de manera condicionada una disposición, está sujeta a que exista al menos una interpretación de la disposición que resulte compatible con la Constitución y que las restantes (sea una o varias) la quebranten¹⁶. Ahora bien, la interpretación compatible con la Constitución ha de ser, además, una que refleje el querer

del legislador (ratio legis).

Para que la exequibilidad condicionada sea posible en materia de tipos penales es menester que la interpretación compatible con la Constitución se derive directamente del tipo penal y que no tenga como efecto aumentar el campo de punibilidad. Dicho aumento únicamente puede ser el resultado de declaraciones de inexequibilidad¹⁷ parciales del tipo penal, siempre y cuando dicho aumento de punibilidad resulte necesario para la protección de un derecho fundamental. Lo anterior por cuanto únicamente el legislador puede definir cuáles conductas son consideradas punibles (ratio legis).”¹⁸ (subrayas fuera de texto).

En dicha sentencia la Corte consideró entonces que si bien, para respetar el principio de legalidad de los delitos y las sanciones la Corporación no puede proferir una sentencia aditiva o bien una sentencia integradora, nada impide que, para asegurar el respeto de un derecho fundamental, se declare la inexequibilidad parcial de una disposición determinada, así ello implique el aumento de punibilidad del tipo penal de que se trate.

Así las cosas, es claro que si se hace necesario declarar la inexequibilidad parcial de una disposición que tipifica determinado delito para asegurar la plena vigencia de los principios constitucionales, la Corte debe proceder a dicha declaratoria.

3.3 La jurisprudencia constitucional sobre la protección de los derechos de los niños y de los adolescentes y la noción de menor para efectos de dicha protección

3.3.1 De acuerdo con el artículo 44 superior, “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

Bajo estos lineamientos, en su segundo inciso dicho artículo señala que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, debiendo toda persona

denunciar ante la autoridad competente el incumplimiento del deber de asistencia a los niños, para así lograr la respectiva sanción a sus infractores.

La misma disposición en su tercer inciso señala enfáticamente que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

En concordancia con el artículo 44 citado, el artículo 50 superior establece que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.

Por su parte el artículo 45 constitucional establece que “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral”. Así mismo que “El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

En relación con dichos preceptos superiores la jurisprudencia de la Corte ha explicado que la Constitución, con el propósito de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales como fin esencial del Estado social de derecho, estableció una protección especial para algunos sectores de la población, dentro de los que se cuentan, entre otros, la mujer, los niños, los adolescentes, los ancianos, las personas con algún tipo de discapacidad (arts. 43, 44, 45, 46 y 47 C.P.), en atención a la vulnerabilidad de su situación, a la discriminación de que han sido objeto, o a la situación de indefensión en que pueden llegar a encontrarse¹⁹.

La Corte ha puesto de presente que en relación con los derechos de los niños el Constituyente estableció específicamente un mandato expreso para que sus derechos prevalezcan sobre los derechos de los demás (art 44. C.P.), previsión que encuentra justificación en que la población infantil es vulnerable y la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento agravan su condición de indefensión²⁰.

A través de dicha protección especial se busca, ha explicado la Corte, que la población infantil alcance un desarrollo armónico e integral, obedeciendo al principio de la prevalencia del interés superior del menor, desarrollado por la jurisprudencia constitucional en

concordancia con los mandatos superiores a que se ha hecho referencia²¹ .

Sobre dicho principio, definido como la prevalencia jurídica que es otorgada a los menores, con el fin de darles un tratamiento preferencial²², la Corte hizo las siguientes consideraciones en la sentencia T-408 de 1995 reiterada por la Corporación en varias sentencias²³.

Dijo La Corte:

“el “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

(...)

La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”²⁴

Cabe señalar que dicho principio encuentra sustento en numerosos instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Así tanto la Declaración de los Derechos del Niño de 1959²⁵, como la Convención sobre Derechos del Niño²⁶, incorporada al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991 consagran expresamente dicho principio. De igual manera debe tenerse en cuenta que el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya, el 29 de mayo de 1993 y aprobado por la Ley 265 de 1996, la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Declaración

Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, han establecido igualmente la obligación de proteger a los niños y han consagrado la prevalencia de sus derechos.

En el ordenamiento interno a su vez los artículos 20 y 22 del Código del Menor reproducen explícitamente el mismo principio²⁷.

3.3.2 Ahora bien, para los efectos del presente proceso resulta relevante recordar que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años.

Así lo explicó claramente la Corporación en la Sentencia C-092 de 2002 en la que examinó el alcance de las expresiones niño, adolescente y menor, a que alude la Constitución en diferentes artículos, así como a las referencias que a ellos se hacen en los instrumentos internacionales²⁸ y en la legislación nacional²⁹ y concluyó que en Colombia, los adolescentes gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños y que en este sentido todo menor de 18 años tiene derecho a la protección superior establecida en la Carta.

Dijo la Corte:

“El artículo 44 de la Constitución establece los derechos fundamentales de los “niños”, entre los cuales se destacan el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al cuidado, a la educación, a la cultura y a la recreación y todos los demás derechos consagrados en la Carta, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Así mismo, dispone que deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia, explotación laboral, y consagra la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, afirmando, en el aparte final, que los derechos de los niños

prevalecen sobre los derechos de los demás.

Para efectos de determinar cuáles son los sujetos pasivos a quienes cubre este precepto superior, es necesario definir qué se entiende por niño, ya que la Constitución diferencia entre niño, adolescente y menor, sin definir el alcance de estas expresiones.

El Diccionario de la Lengua Española (Real Academia de la Lengua) define los conceptos de niñez, pubertad y adolescencia así: Niñez es el “período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”. Pubertad es “la primera fase de la adolescencia en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta”. Adolescencia es la “edad que sucede a la niñez y que transcurre desde la pubertad hasta el completo desarrollo del organismo.” Por su parte, el legislador colombiano consagra las siguientes definiciones en el artículo 34 del Código Civil: el infante o niño es aquél que no ha cumplido siete años de edad, impúber el varón mayor de siete y menor de 14 años y la mujer entre los siete y los doce, y es menor adulto el varón de catorce a dieciocho y la mujer entre doce y dieciocho años de edad. Así mismo, de acuerdo con el artículo 28 del Código del Menor, “se entiende por menor quien no haya cumplido los 18 años.”

Ahora bien, dada la diversidad de nociones en relación con estas etapas, veamos qué dice la Constitución al respecto. En efecto, el artículo 45 de la Constitución consagra el derecho de los adolescentes a la participación en organismos públicos encargados de adoptar y desarrollar políticas públicas de orden social, económico, educativo y familiar relacionadas con la juventud. El concepto de adolescente no se encuentra claramente definido. En los debates de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente se discutió sobre la necesidad de señalar el límite de edad para efectos de la protección contenida en el artículo 44 superior, lo cual finalmente no fue objeto de consideración alguna, apareciendo simplemente breves alusiones al tema, existiendo una serie de variables que dificultan tal delimitación. En este sentido, se expresó:

“¿Quién es joven en el mundo? Joven es aquel niño pasado de 10 años, según dicen algunos países hasta que otros, en su extremo, dicen que joven es aquel que, no pasando los 40 años, se conserva aún soltero; extremos en donde es difícil ubicarnos, pero nosotros decimos simplemente que jóvenes son todos los que están sometidos a la protección y formación moral, física, psicológica, intelectual, sexual y social por parte del Estado y la sociedad.”³⁰

De este modo, la Carta utiliza el término adolescentes para referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado aún la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia. Lo que se buscó con tal consagración fue pues garantizar la protección y la formación física, psicológica, intelectual y social, así como la participación activa de los jóvenes en la vida cultural, deportiva, política, laboral y económica del país, promoviendo su intervención en las decisiones de los organismos que tienen a su cargo políticas respecto de ese grupo de la población. Así, la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación. La intención del constituyente no fue excluir a los adolescentes de la protección especial otorgada a la niñez, sino hacerla más participativa respecto de las decisiones que le conciernen.

La Constitución también hace referencia a los menores, al consagrar en el artículo 42 el deber de los padres de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores o impedidos; utiliza también el término en el artículo 50, al establecer el derecho que tienen los menores de un año a que se les brinde atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, cuando no estén cubiertos por algún tipo de protección o seguridad social; así mismo, cuando determina una protección especial para el menor trabajador, en el artículo 5331 y cuando consagra la facultad de los padres de escoger la educación de sus hijos menores en el artículo 68 superior.

En este orden de ideas, dado que se trata de un saber jurídico que admite conceptos diversos y teniendo en cuenta la falta de claridad respecto de las edades límites para diferenciar cada una de las expresiones (niño, adolescente, menor, etc.), la Corte, con un gran sentido garantista y proteccionista ha considerado que es niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, que en su artículo 1º establece:

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobada mediante la Ley 265 de 1996, las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos:

“El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c) 32, antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.”

Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)”³³ En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años³⁴”³⁵. (Subrayas fuera de texto).

La Corporación consideró en efecto en dicha sentencia -en la que declaró la inexecutable de la expresión “la quinta causa de” contenida en el numeral 5 del artículo 2495 del Código Civil³⁶, y la executable condicionada del resto de la misma disposición, en el entendido que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de menores, prevalecen sobre todos los demás de la primera clase-, que para hacer efectiva la prevalencia otorgada a los derechos de los niños en el artículo 44 superior, debía entenderse por éstos tanto a los infantes como a los adolescentes, esto es, a “todo menor de dieciocho (18) años”³⁷.

Al respecto no sobra precisar que si bien en la Sentencia C-170 de 2004 la Corte declaró la executable de algunas expresiones del artículo 238 del Decreto 2737 de 1989 que autorizan en determinadas circunstancias el trabajo de los menores de 14 años³⁸, ello no puede interpretarse en un sentido que contradiga la obligación que existe en relación con todos los menores de 18 años en materia de alimentos. Debe tenerse en cuenta igualmente que para efectos de la configuración o no del delito de inasistencia alimentaria en las circunstancias a que alude dicha sentencia, deberá examinarse en cada caso la situación de los menores trabajadores y de las personas obligadas a prestar los alimentos.

3.4 El contenido y alcance de la disposición en la que se contiene la expresión acusada

En el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, contenido en el capítulo primero sobre “violencia intrafamiliar”, del título VI sobre “delitos contra la familia”, del Libro segundo del Código Penal, el Legislador tipificó el delito de inasistencia alimentaria.

Dicho artículo establece que el que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El segundo inciso de dicho artículo establece una causal de agravación punitiva para el caso en que el delito se cometa contra un menor de 14 años.

Así, “La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años”.

Ésta última expresión, -de catorce (14) años-, es la que el actor considera inconstitucional pues en su criterio establece una discriminación entre los menores, a los que sin ninguna distinción se debe asegurar una protección integral por parte del Estado y por tanto es en relación con todos ellos que el Legislador ha debido establecer la referida causal de agravación y no solamente respecto de los menores de 14 años.

4. Análisis de los cargos

4.1 La vulneración de los derechos de los mayores de 14 y menores de 18 años respecto de los cuales la Constitución no establece ninguna diferencia en materia de protección integral

Como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia la intención del Constituyente al hacer la distinción entre niños y adolescentes en los artículos 44 y 45 superiores, no fue la de excluir a estos últimos de la protección integral otorgada a la niñez, sino de ofrecerles espacios de participación respecto de las decisiones que los conciernen³⁹.

Al respecto el artículo 45 constitucional señala claramente que el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral, mandato que reitera la Corte debe concordarse

necesariamente con el artículo 44 superior en el que se establecen dentro de los derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. De la misma manera que se establece la obligación de protegerlos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Al tiempo que se establece la obligación para la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, dentro de los que se cuentan además de los consagrados en la Constitución, los que se establecen en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Las obligaciones así establecidas no pueden entonces predicarse solamente respecto de determinados menores sino de todos, y en consecuencia de todos los adolescentes en tanto no hayan cumplido 18 años⁴⁰.

En ese orden de ideas es claro para la Corte que el Legislador en ejercicio de su potestad de configuración legislativa en materia penal en cuanto decidió establecer como delito la inasistencia alimentaria y decidió señalar como causal de agravación punitiva el hecho de que dicho delito se cometa contra determinadas personas – en este caso menores de 14 años –, para el efecto no podía establecer diferencias entre los menores, pues es en relación con todos que la Constitución ordenó una protección integral.

En este sentido al establecer una causal de agravación punitiva que no los concierne a todos, está efectivamente estableciendo una diferencia de trato entre los menores que frente al mandato de los artículos 44 y 45 superiores de ofrecer una protección integral tanto para los niños como para los adolescentes resulta discriminatoria y vulnera la Constitución (art. 13 C.P.).

En estas circunstancias ninguna justificación constitucional existe para la diferencia de trato aludida por cuanto en materia de alimentos como en relación con los demás derechos a que alude el artículo 44 superior todos los menores se encuentran en la misma situación y cualquier norma que desconozca la prevalencia de los mismos, en los términos allí señalados, va en contravía del espíritu de la Carta y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional⁴¹.

Téngase en cuenta que si bien la potestad de configuración del Legislador en materia penal es amplia, ella debe respetar los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales⁴² y que en este sentido no puede desconocer los mandatos contenidos en los artículos 44 y 45 superiores, de los que se desprende, en concordancia con las normas internacionales sobre la materia⁴³ y en particular con la Convención sobre Derechos del Niño, incorporada al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991⁴⁴, la igual protección que se debe a todos los menores en materia de alimentos.

Así las cosas la Corte declarará la inexecutable de la expresión “de catorce (14) años” contenida en el segundo inciso del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

VII. DECISION

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

R E S U E L V E:

Declarar INEXEQUIBLE la expresión “de catorce (14) años” contenida en el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 599 de 2000 “por la cual se expide el Código Penal.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el Honorable Magistrado doctor MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión en el exterior debidamente autorizado por la Sala Plena de esta Corporación.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

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

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

1 Al respecto cita concretamente el artículo 19 de dicha Convención que establece: “Artículo 19. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo:”.

2 “...Artículo 270. Cuando el delito de inasistencia alimentaria se cometa contra un menor, la pena será de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos legales...”.

3 Ver entre otras las sentencias C-070/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz , C-592/98 M.P. Fabio Morón Díaz , C-420/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño , C-939 /02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-551/01 y C-689/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

4 Ver Sentencia C- 1080/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis

5 Sentencia C-1404/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis

6 En relación con el principio de proporcionalidad ver entre otras las sentencias C-591/93, C-070/96 y C-118/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Sentencia C- 070/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz .

8 Al respecto, ver la Sentencia C-1404 de 2000 MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Alvaro Tafur Galvis.

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

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

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

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

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

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

15 La parte resolutive de dicha sentencia fue en efecto del siguiente tenor:

“Primero.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos formulados la expresión “cónyuge” contenida en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000.

Segundo.- DECLARAR la existencia de una omisión legislativa en relación con la tipificación del delito de inasistencia alimentaria contenida en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 en cuanto dicha norma no incluye, debiendo hacerlo de acuerdo con los principios constitucionales a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho y en consecuencia EXHORTAR al Congreso de la República para que en ejercicio de las competencias que le atribuye la Constitución (art. 150 C.P.) y dentro del marco fijado por el artículo 42 de la Constitución adicione dicho tipo penal y lo adecúe a los mandatos

superiores.”

16 Sentencia C-499 de 1998, C-1062 de 2000, C-410 de 2001, entre otras

17 Sentencia C-177 de 2001.

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

19 Ver entre otras las sentencias T-330/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C- 371/00 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-410/01, C-401/03 y C- /04 M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-044/04 M.P. Jaime Araujo Rentería

20 Ver al respecto, entre otras las sentencias C-092/02 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-510/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 Ver, entre otras, las sentencias T-514/98 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-408/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-979/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-510/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

22 Sentencia T-477 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

23 Ver al respecto la sentencia C-092/02 M.P. Jaime Araujo Rentería

24 Sentencia T-408 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

25 La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece en el principio 2º: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño.”

26 La Convención sobre Derechos del Niño consagra en su artículo 3º:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

27 Decreto ley 2737 de 1989 (Código del Menor), artículo 20: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. || artículo 22: “La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor”.

28 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991 “para efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”.

29 El artículo 1º de la Ley 27 de 1977 establece que “para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años”; el artículo 28 del Decreto ley 2737 de 1989 (Código del Menor) establece que “se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años”, en tanto que el artículo 157. del mismo Código señala que “los alimentos que se deben de acuerdo con este Código se entienden concedidos hasta que el menor cumpla dieciocho (18) años”.

30 Actas de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, Transcripción de sesiones, presidencia de la República, Plenaria, Junio 10 de 1991, pag. 68

31 La Corte, mediante sentencia C-325 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, declaró la exequibilidad del Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, la cual prevé desde su primer artículo que “todo Estado para el cual entre en vigor el referido instrumento se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de

los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al trabajo hasta un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores. Para esos efectos, estipula que todo Estado que ratifique el Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo en su territorio, la cual no podrá ser inferior a aquella en la que termina la obligación escolar o, en todo caso, los quince años de edad. La edad señalada podrá ser modificada posteriormente, señalando una más elevada.”

32 Este apartado reza: “En el Estado de origen sólo se podrá confiar el niño a los futuros padres adoptivos si: c) las Autoridades centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.”

33 Sentencia C-019 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón

34 Ver también las sentencias T-415 y T-727/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

35 Sentencia C-092/02 M.P. Jaime Arujo Rentería.

36 “Artículo 2495. La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que enseguida se enumeran:

1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.
2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.
3. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor. Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia.
4. Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo. (Subrogado. L. 165/41, art. 1º, L. 50/90, art. 36)
5. Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses.

El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

Los créditos por alimentos en favor de menores pertenecen a (la quinta causa de) los créditos de primera clase y se regulan por las normas del presente capítulo y, en lo allí no previsto, por las del Código Civil y de Procedimiento Civil. (Adicionada. D. 2737/89, art. 134).

6. Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados”.

37 Sentencia C-092/02 M.P. Jaime Araujo Rentería

38 La parte resolutive de dicha sentencia en el aparte pertinente fue en efecto del siguiente tenor:

“Segundo.- Declarar exequibles las expresiones “prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años y es obligación de sus padres disponer que acudan a los centros de enseñanza”, contenida en el inciso segundo del artículo 238 del Decreto 2737 de 1989.

Tercero.- Declarar exequibles las expresiones “Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce (12) años podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo” bajo el entendido que los menores podrán trabajar dando estricto cumplimiento a las edades mínimas y a los requisitos contenidos en el Convenio 138 de la O.I.T. y que no podrán hacerlo bajo ninguna circunstancia en las actividades a que se refiere el Convenio 182 de la O.I.T.”
Sentencia C-170/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

39 Sentencia C-092/02 M.P. Jaime Araujo Rentería.

40 Ibidem Sentencia C-092/02 M.P. Jaime Araujo Rentería. Ver también, entre otras, las sentencias C-019 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón, T-415 y T-727/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

41 Sentencia C-092/02 M.P. Jaime Araujo Rentería

42 Sentencia C-420/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño

43 Declaración de los Derechos del Niño de 1959; el Convenio relativo a la protección del

niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya, el 29 de mayo de 1993 y aprobado por la Ley 265 de 1996, la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

44 La Convención sobre Derechos del Niño consagra en efecto en su artículo 1° que: “para efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”.

El artículo 3 por su parte establece lo siguiente:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”