

Sentencia C-829/14

DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Menor punibilidad, no vulnera el derecho a la igualdad, ni implica desprotección del derecho a la vida o del interés superior del menor/PUNIBILIDAD REDUCIDA EN DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Trato diferenciado

La Corte abordó el análisis de los cargos de la demanda encontrando que: i) la menor punibilidad de los tipos penales demandados no implica violación del principio y el derecho a la igualdad, pues la situación regulada atiende a las circunstancias de particular vulnerabilidad emocional de la madre que lleva a cabo la conducta, quien previamente ha sido también víctima de una grave agresión catalogada como delito, a partir de lo cual su situación no resulta comparable con la de una madre que ha dado a luz un hijo después de un embarazo pacífico y deseado, o al menos consentido; ii) por las mismas razones, no puede hablarse de atentado ni desprotección del derecho a la vida de la criatura concebida en tan extremas circunstancias, pues el legislador ciertamente reprocha la conducta de la madre, en cuanto lesiona altos intereses y valores jurídicos, aunque por las ya anotadas razones de desigualdad fáctica, lo hace mediante el anuncio e imposición de una pena más benigna que la que de no concurrir tales circunstancias sería aplicable; iii) tampoco se desvanece ni invalida el principio sobre interés superior del menor, por cuanto, se insiste, el legislador sí desapueba y reprocha la conducta que atenta contra los derechos de aquél, y la menor punibilidad no obedece a ninguna situación atribuible al niño, sino a las graves circunstancias que afectan a la madre, pues además el referido principio implica prioridad o preferencia sobre los derechos de las demás personas, pero no su negación o anulación, que es a lo que llevaría el desatender la particular situación de la madre.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos/ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Necesidad de un mínimo de argumentación/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y

suficientes/PRINCIPIO PRO ACTIONE-Aplicación

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Definición

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Requisitos para su configuración

De este modo, según la jurisprudencia de la Corte, el fenómeno de cosa juzgada se configura bajo dos requisitos: (i) que se proponga examinar la constitucionalidad del mismo contenido normativo, de la misma proposición jurídica ya estudiada en una sentencia anterior; y (ii) que se plantee dicho examen con fundamento en las mismas razones (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), ya estudiadas en una sentencia anterior. Es decir, que solo en presencia de estas dos condiciones se aplica la prohibición de volver a pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal y se genera a su vez, la obligación de estarse a lo resuelto en la sentencia anterior.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance y efectos

Recientemente se ha sostenido en la jurisprudencia de esta Corte, que el alcance y los efectos de la cosa juzgada “comprende todas las sentencias adoptadas por esta Corporación. Conforme a ello ese efecto acompaña no solo a las decisiones de constitucionalidad o inconstitucionalidad simple sino también a aquellas que adoptan alguna forma de modulación tal y como ocurre, por ejemplo, con las sentencias de constitucionalidad condicionada, las sentencias integradoras por adición, las sentencias integradoras por sustitución o las sentencias de exhortación. Igualmente se extiende a las decisiones que modulan los efectos temporales de la decisión adoptada, tal y como ocurre, por ejemplo, con las sentencias con efectos retroactivos o las sentencias de inexecutable diferida.”. De ahí que, una decisión de constitucionalidad que plantee una interpretación o fije una condición, sirve de apoyo hermenéutico para identificar el alcance que tuvo la decisión previa; es decir, para determinar si el estudio de constitucionalidad pendiente ya ha sido adelantado en la decisión anterior y con ello, se ha configurado cosa juzgada.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Tipos

COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL-Distinción

La Corte ha establecido que se presenta la cosa juzgada formal, cuando existe un

pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior estudio constitucional, por los mismos cargos de inconstitucionalidad formulados en la nueva demanda. Por su parte, la cosa juzgada material se presenta cuando se analiza una disposición legal con contenidos normativos idénticos a otra que ya fue objeto de análisis de constitucionalidad y sobre la cual la Corte ha emitido pronunciamiento. 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 precedente. Este supuesto se aproxima más a la denominada cosa juzgada relativa, en la medida que en la primera sentencia se resolvieron unos cargos distintos a los planteados en la nueva demanda.

COSA JUZGADA MATERIAL-Comprende decisiones de exequibilidad o inexequibilidad

COSA JUZGADA MATERIAL EN SENTIDO ESTRICTO Y COSA JUZGADA MATERIAL EN SENTIDO AMPLIO-Diferencias

COSA JUZGADA MATERIAL DE UN FALLO DE EXEQUIBILIDAD-Requisitos para su configuración

La jurisprudencia constitucional ha señalado una serie de requisitos que deben ser acreditados para la verificación de la cosa juzgada material en los casos en los que se ha declarado anteriormente la exequibilidad de un contenido normativo idéntico al que se vuelve a estudiar:“(i) Que exista una sentencia previa de constitucionalidad sobre una disposición con idéntico contenido normativo a la que es objeto de demanda, esto es, que los efectos jurídicos de las normas sean exactamente los mismos”. (ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud. (iii) Que la declaratoria de constitucionalidad se haya realizado por razones de fondo. (iv) Que no se hayan producido reformas constitucionales frente a los preceptos que sirvieron de base para sustentar la decisión; y que se esté ante el mismo contexto fáctico y normativo. En efecto, como en reiteradas ocasiones lo ha señalado este Tribunal, el juez constitucional tiene la obligación de tener cuenta los cambios que se presentan en la

sociedad, pues puede ocurrir que un nuevo análisis sobre normas que en un tiempo fueron consideradas exequibles a la luz de una nueva realidad ya no lo sean.”

PRECEDENTE EN SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD-Opciones ante fallo previo sobre la misma materia

Se ha señalado por parte de este Tribunal, que cuando existe un pronunciamiento previo que declara la exequibilidad de la norma demandada cuyo contenido normativo es igual al actualmente atacado, no es obligatorio para la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia anterior. Por el contrario, tiene varias opciones: (i) puede respetar el precedente, con lo cual decide seguir la ratio decidendi anterior, mantener la conclusión que de ella se deriva, estarse a lo resuelto y por tanto declarar exequible la norma demandada. (ii) Otra alternativa, es abordar un análisis de fondo a través del cual la Corte puede llegar a la misma conclusión de su fallo anterior, pero por razones adicionales o diversas. Por otra parte, si la pretensión de la Sala es la de apartarse de tal decisión, existe la imperiosa necesidad de justificar las razones por las cuales no se sigue el precedente que constituye la sentencia anterior. En este sentido, la Corte ha expresado que “[u]na 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”. Esta posibilidad evita la petrificación de la jurisprudencia y funge como un mecanismo que aunque respeta el precedente y garantiza la seguridad jurídica, no conduce a indeseables injusticias.

POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO-Amplia libertad de configuración legislativa

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-No es absoluta/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

La potestad de configuración de los delitos y las penas no es absoluta ni ilimitada, pues siendo el derecho penal extrema y ultima ratio, el legislador no puede consagrar como delito cualquier conducta, ni fijar de forma injustificada un sistema de penas, pues la tipificación penal debe estar precedida de un juicio de antijuridicidad, sobre las conductas que desbordan el respeto a los derechos humanos y afectan valores constitucionales que

han sido reconocidos como preponderantes en un contexto determinado y que, por tanto, deben ser protegidos mediante el poder punitivo estatal. Es decir, el legislador sólo puede reprochar penalmente conductas que vulneren bienes jurídicos suficientemente relevantes -examinados en un contexto social y temporal determinado y a partir de los derechos fundamentales y valores implícitos en la Constitución- y que no son controlables mediante otros instrumentos de intervención estatal menos caros para los derechos de las personas.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Sujeción al principio de necesidad/ LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Sujeción al principio de estricta legalidad/ LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Sujeción al principio de culpabilidad/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

La Corte ha señalado que el ejercicio del legislador en materia penal, debe seguir parámetros muy claros que se resumen en el respeto a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad. Al respecto, este Tribunal ha sintetizado dichos requisitos en los siguientes términos: El deber de respetar los derechos constitucionales y, en especial, su núcleo esencial, implica tener en cuenta que los tipos penales son mecanismos de protección de estos derechos y, al mismo tiempo, son restricciones severas al ejercicio de otros derechos. En ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Así, pues, al redactar los tipos penales, el Legislador debe especialmente tener en cuenta el contenido material de los derechos constitucionales que con ellos se busca proteger y los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad. El deber de obrar conforme al principio de necesidad de la intervención se concreta en asumir que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio, de tal suerte que para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves. El deber de obrar conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que el derecho penal está instituido para proteger valores esenciales de la sociedad, determinados conforme a la política criminal del Estado. El deber de obrar conforme al principio de estricta legalidad es relevante para la

creación del tipo penal, que es una competencia exclusiva del legislador y que obedece a una reserva de ley en sentido material; para la prohibición de la analogía: “nullum crimen, nulla poena sine lege stricta”; para la prohibición de emplear el derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena “nullum crimen, nulla poena sine lege scripta”; para la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley: “nullum crimen, nulla poena sine lege praevia”, salvo que se trate de una norma más favorable, en cuyo caso debe aplicarse en razón del principio de favorabilidad; para la prohibición de establecer tipos penales o penas indeterminados: “nullum crimen, nulla poena sine lege certa”; para el principio de lesividad del acto: “nulla lex poenalis sine iniuria”. El deber de obrar conforme al principio de culpabilidad comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente; la configuración del elemento subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad. El deber de obrar conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad es relevante tanto para el tipo penal como para la pena. En caso de haber una diferencia de trato, que pueda ser prima facie contraria al principio de igualdad, es menester aplicar un juicio estricto de proporcionalidad al tipo penal y a la pena, en el cual se analice, entre otros elementos de juicio, la idoneidad de del tipo penal.

IGUALDAD-Triple papel en el ordenamiento constitucional/ IGUALDAD-Carece de contenido material específico/IGUALDAD-Carácter racional

La jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado que desde el punto de vista constitucional, la igualdad goza de una triple calidad: es un valor, un principio y un derecho. Su consagración en diversos artículos de la Constitución, indica que carece de un contenido material específico, lo que quiere decir que permea toda esfera de actividad humana, por lo que puede ser alegado en cualquier situación en la que exista un trato diferenciado injustificado. De igual modo, la igualdad tiene un carácter relacional, esto es, que las situaciones que se alegan desiguales se vean frente a un aspecto de conjunción. De esta forma, cuando se trata de resolver un cargo por desconocimiento del principio de igualdad, el análisis debe ser relacional en el que se tenga en cuenta no solo la ajuste de la norma demandada al parámetro constitucional sino que involucra un término de comparación entre las situaciones que se consideran desiguales. Esta compleja situación ha llevado a la

Corte a desarrollar herramientas metodológicas como el test de igualdad.

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Criterio de comparación o tertium comparationis

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA-Proscripción constitucional

PROSCRIPCION CONSTITUCIONAL DE TODA FORMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA-  
Jurisprudencia Constitucional

DERECHO PENAL DEL ACTO-Alcance/PRINCIPIO DE CULPABILIDAD-Acto como hecho voluntario

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION PENAL-Alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Contenido

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Función hermenéutica

DERECHOS DEL NIÑO-Protección reforzada

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deber de familia, sociedad y Estado de brindarles asistencia y protección

DERECHOS DEL NIÑO-Protección internacional

PROTECCION DEL MENOR DE EDAD-Deberes del legislador

En virtud de la protección que le es propia de manera prevalente a los menores, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que al legislador le asisten ciertos deberes: "(i) adecuar las normas existentes, para que no vulneren los derechos fundamentales de los niños y no ignoren o dejen por fuera medidas adecuadas de protección que sean indispensables para asegurar un desarrollo libre, armónico e integral; e (ii) incluir las medidas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados a los que se ha

hecho referencia.”. En todo caso, el legislador dentro de su amplio margen de configuración cuenta con un extenso margen de apreciación de las circunstancias para diseñar las formas de protección en los que los menores se encuentren inmersos, “estas deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines”.

Referencia: expediente D-10171

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Demandantes: Mónica María Pedraza Rodríguez, Ana Yuliana Cortés González, Ana María Barón Mendoza, David Andrés Gómez Fajardo y Nicolás Eduardo Ramos Calderón.

Magistrada (e) Ponente:

Bogotá D.C., cinco (5) de noviembre de dos mil catorce (2014)

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 presente sentencia con fundamento en los siguientes

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio del mecanismo consagrado en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Mónica María Pedraza Rodríguez, Ana Yuliana Cortés González, Ana María Barón Mendoza, David Andrés Gómez Fajardo y Nicolás Eduardo Ramos Calderón, interpusieron acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por cuanto, a su juicio, vulneran lo consagrado en los artículos 11, 13 y 44 de la Constitución Política, así como lo estipulado en los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, normativa perteneciente al bloque de constitucionalidad.

## II. NORMAS LEGALES DEMANDADAS

A continuación se transcriben los artículos anteriormente mencionados:

LEY 599 DE 2000

(Julio 24)

Diario Oficial No. 44097 de 24 de julio de 2000

Por la cual se expide el Código Penal.

ARTICULO 108. MUERTE DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS. [El texto incluye el incremento de la pena establecido por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005] La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses.

(...)

ARTICULO 128. ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS. [El texto incluye el incremento de la pena establecido por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005]. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

### III. LA DEMANDA

Los demandantes consideran que los artículos acusados desconocen abiertamente los derechos a la igualdad y a la vida, así como el interés superior del menor. Señalan, siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, que los recién nacidos están en mayor riesgo que los demás niños, es decir, reclaman mayor cuidado y que en Colombia existe la obligación que emana de la Convención sobre los Derechos de los Niños, de proteger a los menores por igual como sujetos de derechos prevalentes.

Sobre el derecho a la igualdad, señalan que los artículos demandados hacen una clara

diferenciación entre el niño que nace fruto de una fecundación consentida por la madre y el niño que es “fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas” contemplándose penas menores en estos últimos casos. Consideran que se vulnera la igualdad de los niños con la diversa penalización de los supuestos fácticos contemplados en el artículo 108 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) y la establecida en los artículos 103 y 104 del mismo Código, al igual que en el caso del abandono del menor, según lo regulado en los artículos 127 y 128 ibídem.

Desde esta perspectiva, la igualdad como principio y derecho, “prohíbe cualquier tipo de acción injustificada constitucionalmente que implique algún grado de discriminación respecto de cualquier persona”[3]. Por tanto, concluyen los demandantes, “para el legislador el hecho de que el niño haya nacido como fruto de un acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, es suficiente causal para hacer diferenciaciones en la protección de los niños. Esta desigualdad se hace evidente, entonces, en la [sic] diferencias de pena para los delitos de homicidio y abandono de los niños dependiendo de cómo el niño fue concebido. Definitivamente, a la luz del artículo 13 de la Constitución colombiana, no hay justificación alguna para dicha distinción.”[4]

En relación con el interés superior del menor, los demandantes insisten en que el constituyente no hace ninguna distinción entre los niños fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, con aquellos que no lo son”; por el contrario, los derechos de todos los niños son preferentes, es decir, el legislador deberá protegerlos por igual, “dando penas iguales a las madres que los abandonen o cometan homicidio sobre ellos, independiente de si lo hacen dentro de los ocho primeros días o si son fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas”[5]. Por consiguiente, para estos ciudadanos, los tipos penales acusados desconocen abiertamente el mandato constitucional de proteger los derechos de los niños, de manera prioritaria sobre los derechos de las demás personas, “por el solo hecho de ser niños, sin ninguna otra consideración diferente”[6]. De igual modo, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, estiman que “los niños y adolescentes deben ser protegidos prevalentemente en todo momento hasta que cumplan la mayoría de edad, sin consideración de las circunstancias de su

concepción”[7].

Por otro lado, en relación al derecho a la vida los ciudadanos demandantes señalan que “el legislador está otorgando a las madres una forma de deshacerse de sus hijos y pagar una pena muy inferior, por un hecho que nada tiene que ver con el niño”[8]. En este sentido, exponen que las mismas razones por las que consideran que las normas demandadas atentan contra el interés superior del niño, atentan contra su derecho a la vida.

Finalmente, los actores aluden a la ponderación entre los derechos del niño y de la madre, toda vez que con esta demanda, “no se pretende desconocer los derechos de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad, a la autonomía o su libertad reproductiva”[9], pero sí recordar, que se encuentran limitados por los derechos de los demás, en este caso, particularmente por los de los niños. Al respecto, consideran que “si la madre, por su propia cuenta, decidió no hacer uso de la causal de justificación elaborada por la Corte para dar fin al embarazo en un momento en el que aún no se habla de persona sino de nasciturus, sino (sic) que decidió seguir adelante y tener al bebé no se justifica que tenga una pena diferente a la de cualquier otra madre que cometa los tipos penales de homicidio o abandono según sea el caso.”[10].

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Ministerio de Justicia y del Derecho

Dentro del término previsto, Fernando Arévalo Carrascal, en calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, intervino en el proceso en referencia para solicitar a la Corte Constitucional que se declaren exequibles las normas acusadas.

El Representante del Ministerio comienza por hacer referencia a los antecedentes que se encuentran en la sentencia C-013 de 1997 que declaró exequibles los artículos 328 y 347 del derogado Decreto Ley 100 de 1980, los cuales guardan similitud en la redacción con los que ahora se encuentran sub iudice, por lo que considera que se está ante la cosa juzgada material en sentido lato.

Por otro lado, estima que las normas acusadas no vulneran los derechos a la vida e

igualdad, ni los prioritarios de la niñez. Aduce, que si se analiza a profundidad el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, se encuentra que no eliminó ni sustituyó el tipo básico de aborto, en tanto solo agregó unas circunstancias que justifican la conducta, es decir, “las circunstancias que llevan a la justificación del aborto (tercer supuesto), son las mismas de atenuación de los delitos descritos en los artículos 108 y 128 del Código Penal”[11]. Por ello, para el Ministerio de Justicia y del Derecho resulta contradictorio, que los demandantes justifiquen las circunstancias específicas para la despenalización del aborto (artículo 122), más no las de los artículos demandados, los cuales esperan se retiren de la normativa siempre que no estén relacionadas con el autor, pues de ser así, considera que se podría convertir lo allí regulado en un delito más grave.

En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho señala que los tipos penales que se pretenden comparar, cuales son, el tipo penal básico de homicidio y el tipo penal agravado, están estructurados de forma diferente, con circunstancias o elementos disímiles, sin que el legislador esté discriminando a algún sector en detrimento de otro. Al respecto, considera que la diferencia de protección injustificada que alegan los demandantes no es manifiesta ni se demuestra en su argumentación.

En cuanto al interés superior del menor, el interviniente considera que la configuración por parte del legislador de tipos penales privilegiados o atenuados dentro del ordenamiento, no lleva consigo necesariamente discriminación. Haciendo referencia a la sentencia C-355 de 2006, arguye que en los casos de infanticidio y de abandono del niño recién nacido por parte de la madre se atempera la sanción, no por no estimar que el daño a la vida y a la integridad no merezca protección o deba ser inferior, sino que se atienden exclusivamente a los antecedentes que el mismo tipo incluye y a las circunstancias en medio de las cuales la madre puede cometer esos delitos.

Por su parte, frente a la consideración de la presunta vulneración del derecho a la vida, el interviniente destaca que “no aparece demostrado que el legislador haya renunciado a su deber de establecer sanciones para el delito de infanticidio o abandono de un menor concebido dentro de las condiciones de los artículos 108 y 128 del C.P.[12], de forma que la atenuación de la sanción no implica que esta no exista. Por consiguiente, el delito contra la

vida de un neonato, se castiga en virtud de la protección especial que merecen los niños según el ordenamiento jurídico colombiano.

Considera el Ministerio de Justicia y del Derecho, que lo que pretenden los actores es que el legislador desconozca el infortunio de las mujeres, y en consecuencia ignore las circunstancias que pueden conducir al ilícito, obligándolas a comportarse como si el hecho no hubiese sucedido, al nivel de revictimizarlas. Estima que “en una sociedad donde se presume que todos somos libres e iguales ante la ley, no podemos proponer bajo ningún punto de vista que las relaciones sexuales voluntarias y haciendo uso de la autonomía personal, se equiparen a las anormales violentas o contra la autonomía personal de una mujer.”[13]

Concluye el interviniente, indicando que los demandantes no lograron desvirtuar la seguridad jurídica y la presunción constitucional de las normas acusadas, siendo procedente por tanto, la declaratoria de exequibilidad de las mismas.

## 2. Defensoría del Pueblo

Dentro del término legal, Luis Manuel Castro Novoa, Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, solicitó a la Corte Constitucional declarar la excepción de cosa juzgada material. Al mismo tiempo, emite concepto de fondo a favor de la constitucionalidad de los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. A diferencia de lo argumentado por los actores, esta entidad indica que en el presente caso, “lo que se debe determinar es si en estas normas se ha excedido el principio de libertad de configuración legislativa en materia penal otorgada de acuerdo con los artículos 114 y 150 de la Carta Política al legislador.”[14]. A su juicio, lo acusado se encuentra dentro de los límites de esta configuración, como quiera que los argumentos presentados por los demandantes no permiten concluir que haya existido arbitrariedad al momento de asignar las penas a los respectivos tipos penales. De hecho, dicha asignación se basó en los derechos constitucionales fundamentales de las personas y en el control que se ejerce sobre el poder punitivo del Estado.

Por ello, para la Defensoría, “el legislador no excedió los parámetros constitucionales”[15], toda vez que aplicó en debida forma el principio de necesidad de la intervención penal, en

la medida en que las disposiciones demandadas son subsidiarias a otro tipo de acciones sancionatorias –vgr. Las establecidas en el Código de Infancia y Adolescencia–.

Respecto a lo determinado en la sentencia C-355 de 2006, el interviniente observa que es evidente que para los demandantes, “toda mujer que se encuentre dentro de las causales allí fijadas, deberá interrumpir efectivamente su embarazo”[16], sin considerar casos en los que se sabe de tal estado en forma tardía, siendo médicamente dificultoso acudir a esta opción, además de presentarse obstáculos judiciales. En otras palabras, las mujeres que deciden continuar con su embarazo a pesar de la posibilidad de interrumpirlo, deben ser sancionadas si cometen las conductas descritas en las normas acusadas, en tanto han perdido la oportunidad de un trato flexible, conclusión sin soporte, en la medida en la que la “disminución de la intensidad del reproche punitivo se justifica por las circunstancias a las que se vio sometida la mujer”[17]

Así mismo, la entidad interviniente advierte que las normas desarrollan el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La tipificación de la conducta se orienta a la protección de la vida y la integridad personal del hijo, sin que la intensidad del reproche penal pueda considerarse inferiormente desproporcionada[18]. Plantea que “lo que determina el menor reproche son las circunstancias del sujeto activo de la conducta y no una desvaloración del bien jurídico protegido”[19].

Por otro lado, las normas bajo examen cumplen con el principio de legalidad, bajo el entendido de que “tanto la conducta como la sanción a imponer se encuentran establecidas de forma clara e inequívoca en los tipos penales descritos”[20].

De igual modo, las disposiciones impugnadas respetan el principio de culpabilidad, toda vez que se valoraron las circunstancias especiales en las que se encuentra la mujer víctima de acceso carnal violento o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas; es decir, la diferencia de trato se evidencia, vuelve a puntualizar, en la madre, no el hijo.

En consideración a los anteriores parámetros, la Defensoría del Pueblo solicita la declaratoria de constitucionalidad de los apartes demandados, por ser una expresión del principio de libertad de configuración legislativa en materia penal y no haberse presentado argumento que demostrara arbitrariedad en la definición de los tipos penales,

especialmente en la dosificación de la pena, la cual no implica un trato discriminatorio, sino especial, teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias peculiares del sujeto activo.

### 3. Universidad Sergio Arboleda

Dentro de la oportunidad procesal prevista, la Universidad Sergio Arboleda intervino en el presente proceso, por intermedio del Director del Departamento de Derecho Penal, Fernando Velásquez y la Asistente Académica del mismo Departamento, Ingrid Bibiana Muñetones Rozo, para solicitar a la Corte Constitucional proferir sentencia inhibitoria y en el caso de entrar a considerar el fondo del asunto, declarar exequibles las normas demandadas.

Luego de exponer el problema que se debate según el tenor de la acusación, los intervinientes presentaron algunas observaciones sobre la forma de la demanda de constitucionalidad. Señalaron que no reúne las condiciones que exige la legislación, ya que carece de concreción respecto del contenido normativo que es objeto de la demanda, del concepto de la violación y la razón por la cual la Corte debe conocer del asunto.

En cuanto al fondo, la Escuela de Derecho interviniente, expuso algunas precisiones respecto de distintos argumentos de la demanda. Particularmente, se refirió a la facultad de configuración punitiva por parte del legislador, anotando que este tiene la “libertad” de fijar las penas correspondientes a los delitos, según lo cual determinó que este goza de amplio margen de configuración para el diseño de política criminal de Estado. Igualmente, hizo referencia al alcance del control constitucional frente al monto de una pena para constatar que “no es posible por vía de la acción pública de inconstitucionalidad sacar del ordenamiento jurídico una norma con el argumento de que la pena fijada es insuficiente, desigual, ineficaz o, como en el presente caso lo alegan los demandantes, que se torna permisiva.”[21]

Otro extremo sobre el cual hizo precisión, es el que se refiere a los alcances del derecho a la igualdad. Al respecto, la universidad interviniente consideró que la demanda resulta contradictoria por cuanto se está en presencia de circunstancias fácticas que no son iguales. Al respecto, señaló que “una mujer que da a luz un hijo fruto de una relación o concepción consentidas NO es el mismo que aquella que queda en embarazo fruto de una

situación no consentida y en que ha quedado comprometida su integridad”[22].

Adicionalmente, y luego de hacer las precisiones anotadas, la interviniente observó que en el presente caso existe cosa juzgada constitucional. Indicó, que en el Decreto Ley 100 de 1980, existieron dos artículos que se encontraban enmarcados en el mismo bien jurídico tutelado y contaban con un tratamiento punitivo muy similar a los que hoy son objeto de demanda, sobre los cuales este Tribunal se pronunció en sentencia C-013 de 1997. En desarrollo de este punto, la interviniente precisó la diferencia entre cosa juzgada relativa y cosa juzgada absoluta, la primera circunscrita a los preceptos constitucionales confrontados en la sentencia y que se da en mayor medida de forma tácita y la segunda, realizada frente a todo el contenido de las disposiciones de la Constitución Política, la cual debe darse de forma expresa.

Todo esto, para verificar que los cargos que se despliegan en esta demanda son muy similares a los tratados en la sentencia C-013 de 1997, por lo tanto, existe cosa juzgada frente a lo invocado por los demandantes en esta sentencia, lo que imposibilita a la Corte realizar un nuevo pronunciamiento de fondo.

#### 4. Universidad Libre

Jorge Kennet Burbano Villamarín actuando como ciudadano y director del observatorio de intervención ciudadana constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá y Vadith Orlando Gómez Reyes, como ciudadano y docente del área de derecho penal de esa Facultad, por medio de su intervención solicitaron a la Corte Constitucional declarar exequibles los artículos demandados.

En cuanto a la presunta violación al derecho a la igualdad, los intervinientes consideran que en los casos previstos en las normas demandadas, esto es, a causa de haber sido sometida a fecundación en contra de su voluntad, o afectando gravemente su vida o integridad por el acto violento o no consentido que llevó a su embarazo, la madre se encuentra en un estado de perturbación física y psicológica que conduce a una circunstancia muy diferente de quien sí concibió al hijo con su consentimiento.

Frente al derecho fundamental a la vida de los menores, los intervinientes consideran que el legislador valoró las circunstancias extremas en que se encuentra la madre, por lo que en

uso de la libertad de configuración, “tomó en cuenta la situación de la madre y atendiendo a su grado de culpabilidad decidió disminuir el quantum punitivo.”[23]. Por lo anterior, los intervinientes concluyen que es imposible dar un trato igual y la misma punibilidad a una mujer que decide concebir un hijo, que a la mujer que ha sido víctima de una conducta delictiva, como resultado de la cual queda en estado de embarazo.

Los intervinientes aducen además, que para que exista la culpabilidad la persona debe comprender la ilicitud de su acto, con plena capacidad mental. La madre que actúa bajo un condicionante como los que establecen las normas demandadas, atenúan su culpabilidad, no la eliminan por completo, por lo que el legislador estableció un punto medio de pena, entre el homicidio agravado y la ausencia de responsabilidad por falta de culpabilidad.

Por último, respecto a la presunta violación a los derechos de los menores, indican que en ningún momento se ven afectados, pues el legislador no ha determinado que la vida de los niños que nacen a raíz de las circunstancias descritas en los artículos demandados sea menos valiosa que la de los niños en la que la madre aceptó la concepción. Así, no existe ningún hecho discriminatorio, simplemente, se aplica una diferencia que atenúa la pena cuando las conductas se comenten bajo las especiales circunstancias que señala el tipo.

## 5. Casa de la Mujer

La interviniente advierte una confusión de los delitos de peligro y de resultado respecto de la interpretación dada al artículo 128 demandado. Incluso, el afirmar que la diferenciación existente otorga una protección más deficiente al niño que nace de una fecundación o relación consentida, ponen en duda la prudencia del legislador al amparar el bien jurídico de la vida, “al punto de señalar que la legislación colombiana no ha tenido en cuenta el peligro que corre un menor al ser abandonado, y que obvia los resultados que esta acción pueda ocasionar”[25]. Además, en concepto de esta Institución, los demandantes confunden las normas que velan por los derechos de las mujeres en general y los derechos específicos a interrumpir voluntariamente el embarazo de acuerdo a la sentencia C-355 de 2006. Al respecto, equiparan el sujeto activo del delito de abandono o muerte del nacido, con el de una interrupción de un no nacido, siendo poco rigurosos con la hermenéutica exigida, como quiera que tampoco tuvieron presente los impactos psicológicos, morales y físicos que la violencia sexual tiene en cualquier individuo, y más aún en la mujer-madre. Se recuerda

que la pena de este tipo penal se incrementó, por lo que estará a disposición del juez que la dicte, sin plantearse la posibilidad de la exoneración.

En concepto de la interviniente, los demandantes no formulan de manera correcta la relación entre los derechos de las mujeres -estipulados en normas vigentes nacionales y en el bloque de constitucionalidad- y los derechos de las mujeres a interrumpir voluntariamente el embarazo de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006. A su juicio, es claro el desconocimiento de los derechos de las mujeres, pues no se cita en ningún momento la Ley 1257 de 2008; por el contrario, se enfoca en su totalidad sobre la sentencia C-355 de 2006, "equiparando de esta manera la muerte y abandono del nacido con el aborto de un nasciturus. Esto hace que se profundicen de alguna manera los preconceptos sociales sobre las mujeres y sus derechos a la autonomía y libertad sexual y reproductiva." [26]. De ahí que sea el Estado quien deba garantizar estos derechos y no los individuos, quienes podrán sancionar moralmente a la mujer, sin tener en cuenta las circunstancias que la llevaron a la comisión del ilícito. Observa, que aunque los demandantes no lo admitan, censuran a la mujer por el hecho de no haber elegido la opción de interrumpir el embarazo [27].

#### 6. Corporación SISMA MUJER y la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres.

Dentro de la oportunidad legal, la institución y el colectivo intervienen en el proceso de referencia, para solicitar a la Corte Constitucional que se declaren exequibles las normas acusadas. Resaltan, en primer lugar, que la demanda no establece una contradicción jurídica entre el texto acusado y la Constitución por lo que no cumple con el estricto análisis de constitucionalidad objetivo [28]. Con ello, los demandantes desconocieron que las penas que tasa el legislador para los diferentes tipos penales no están sujetas únicamente de la valoración que se haga de los bienes jurídicos a proteger, sino de los diversos factores que influyan en el sujeto activo. Por tanto, desconocen el "estado de especial afectación que la mujer en su condición de víctima sexual ostenta" [29].

Por otro lado, se evidencia que la potestad de graduación de la pena por parte del legislador no viola el principio de igualdad, encontrándose de tal forma ajustada a los límites constitucionales. Es así como, las normas acusadas son aptas para proteger el bien jurídico en cuestión, se ajustan a la necesidad de que este se ampare en consideración a las

especiales circunstancias del sujeto activo, al punto de justificar un tratamiento a través de una pena menos gravosa para los derechos fundamentales ya trasgredidos de la mujer violentada sexualmente e implican un mayor beneficio social para la madre cuya autonomía reproductiva se ha visto vulnerada.

En otro punto, respecto al derecho a la igualdad, puntualizan que “la aplicación de tal principio autoriza el tratamiento distinto a situaciones diferentes basadas en el análisis de hechos en el ámbito social”[30]. Estiman, que si se trae a colación la sentencia C-355 de 2006, la decisión en ella contenida no podría relacionarse de ninguna manera con los artículos demandados, pues no solo el sujeto activo es distinto, también el pasivo, variando de igual forma el objeto de la protección y el supuesto fáctico descrito. Tales distinciones deben ser evidentes en la medida en que la situación que se debe abordar en la sentencia, se relaciona con el fenómeno de violencia de género, lo que conlleva una directa vulneración de derechos humanos y perpetua el irrespeto por la dignidad de la mujer, al punto de afectar su integridad y desarrollo personal.

Por consiguiente, solicita la declaratoria de constitucionalidad de los apartes demandados, en razón de considerar que (i) no se establece un adecuado análisis de constitucionalidad objetiva; (ii) el establecimiento de las conductas y de la pena por parte del legislador no transgrede los límites constitucionales y no vulnera el principio de igualdad; (iii) y la violencia sexual contra las mujeres es una expresión de discriminación que justifica el tratamiento diferenciado.

## 7. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal por intermedio de Juan David Riveros Barragán presentó fuera del término de fijación en lista, intervención en el juicio de constitucionalidad que hoy se suscita, solicitando a la Corte Constitucional dictar sentencia inhibitoria en relación con el derecho a la vida y el interés superior del menor, pero con referencia al derecho de igualdad, declarar la exequibilidad de las normas demandadas.

En cuanto al derecho de igualdad, sostiene el Instituto que existe una diferencia inequívoca entre este concepto y el trato diferenciado, la cual radica en las condiciones exactas en las que se da la situación, puesto que la igualdad no tiene un contenido específico material y no se da una protección mecánica o inmóvil. Indica, que el hecho de que medie o no el

consentimiento de la madre en la concepción, constituye y justifica la diferencia fundamental en el trato.

Frente al punto de los requisitos de la demanda, el Instituto destaca la inobservancia de los demandantes en cuanto a la claridad, pertinencia, suficiencia y especificidad del cargo por violación del derecho a la vida. Precisa, que no se concretan los cargos en las disposiciones demandadas y no se desarrolla un examen pormenorizado de cada uno de los artículos que son cuestionados por los demandantes. Por último, observa que no se realiza un análisis minucioso del interés superior del menor, ni tampoco de los derechos de las mujeres. Concluye que la argumentación es insuficiente, para generar una duda real de la constitucionalidad de los artículos demandados frente a estos dos últimos cargos.

## 8. Intervenciones ciudadanas

8.1. En forma oportuna, intervinieron los ciudadanos Angela Viviana Esteban Carvajal, Stefany Rojas Topaga, Libia Sonia Silva, Andrés Felipe Guerra Castillo y Héctor Alfonso López, en defensa de la constitucionalidad de las normas demandadas, con fundamento en los siguientes argumentos:

a. La demanda presentada no cumple con las exigencias jurisprudenciales necesarias respecto de la demanda en forma, en particular, con la especificidad y certeza de los cargos que se formulan. Al respecto, afirman que “[r]esulta cuestionable el trato indiferente que se le da a los dos tipos de conductas -Abandono y muerte del hijo que sido fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas- pues solo se enfoca en la pena atribuible a cada una de ellas, lo que lleva a unas observaciones que no justifican de fondo la violación real existente ni la aclaración de por qué no es correcta la atenuación. Es claro que los tipos penales en cuestión, atienden a unas condiciones fácticas que ponen en situación de agravio psicológico y físico a la mujer, por lo que, no exoneran de responsabilidad a los sujetos activos de la conducta sino que mengua, la pena derivada. De hecho existe una condición que genera diferencia, en un caso se habla de un menor ya nacido, mientras que en el otro de aquel que está por nacer”[31]

b. Si la Corte considera que la demanda cumplió con los mínimos requeridos, se advierte que la materia ya fue abordada por esta Corporación, la cual se pronunció sobre la

exequibilidad de las normas demandadas en sentencia C-013 de 1997. Por ello, se está ante una cosa juzgada formal que la Corte debe declarar. En todo caso, se oponen a la presente demanda por considerar que las disposiciones legales acusadas no son violatorias de los derechos y principios enunciados.

En conclusión, solicitan la declaratoria de exequibilidad de los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, en tanto el bien jurídico a proteger, se ampara de manera efectiva, sin que la distinción lo afecte.

8.2. De manera oportuna, en el caso a tratar, intervino el ciudadano Jairo Andrés Rincón Bojacá, en apoyo de los argumentos desarrollados por los demandantes. Adujo el interviniente, que si se declaran inexequibles los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, no se vulnera el derecho de libertad reproductiva de las mujeres, ya que estas normas “dan lugar u ocasión a una discreción arbitraria (supuestamente legal) de otorgar a esa mujer que fue accedida sexualmente contra su voluntad, la importantísima y delicada responsabilidad de decidir arbitrariamente privar de la vida al recién nacido (niño), una vez lo ha dado a luz, y quien ha dejado atrás su calidad de nasciturus”[32]. Manifestó, que se debe tener en cuenta que en la ponderación de los derechos, tienen mayor protección los derechos del recién nacido, teniendo que ceder los derechos de la madre.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 242.2 y 278 del texto constitucional, el Procurador General de la Nación presentó concepto de constitucionalidad Nº 5778 del 4 de junio de 2014, en el proceso de la referencia, en el cual solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de los preceptos acusados.

Luego de sintetizar los argumentos de la demanda, consideró oportuno en primer lugar, determinar si en el presente caso existía cosa juzgada constitucional y de concluir que no se configura, se referiría al fondo de la cuestión.

En concepto del Procurador, no existe cosa juzgada constitucional en el presente caso en relación con la sentencia C-013 de 1997. Este fallo examinó una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 328, 345, 347 y 348 del Código Penal de 1980, que trataban del delito de muerte de hijo de fruto de acceso carnal violento, abusivo o de

inseminación artificial no consentida, de ciertas circunstancias específicas de atenuación del delito de aborto, del delito de abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, así como el agravante de este delito consistente en el abandono del hijo seguido de lesión o muerte.

Considera en su intervención, que si bien los cargos pueden parecerse a los de la demanda de inconstitucionalidad que se debate, deben ser considerados como relativos y no alcanzan a cubrir el presente proceso constitucional toda vez que, como lo ha afirmado la Corte Constitucional, “cuando un contenido normativo declarado exequible por la Corte y reproducido en una nueva disposición, es demandado por las mismas razones que dieron lugar al pronunciamiento anterior; en estos casos, si bien no existe cosa juzgada porque los contenidos normativos hacen parte de preceptos diferentes, la Corporación debe seguir el precedente fijado en el fallo primigenio, salvo que existan razones poderosas para apartarse, en los términos de la jurisprudencia constitucional”[33].

La Procuraduría estima que en el presente caso, existe una razón que permite a la Corte apartarse del precedente del año 1997. Considera que los hechos de los dos casos que se deben fallar tienen diferencias, particularmente referidas al contexto en el que se aplican las disposiciones demandadas. En efecto, considera en su intervención que a partir de la sentencia C-355 de 2006 la Corte cambió la línea jurisprudencial sostenida hasta el momento en cuanto a que el nasciturus era titular del derecho a la vida[34]. Señala que en 1997 existía una mayor protección al nasciturus concebido en contra de la voluntad de la madre ya que el aborto aún en circunstancias excepcionales estaba prohibido. Así, continua argumentando, “la menor protección sobre las personas que están por nacer y cuya existencia ha sido fruto de un acción que desconoce la libertad de la mujer, cambia el contexto e incluso pone en tela de juicio la razón de ser de la normas demandadas todas vez que es posible decir que la protección del niño recién nacido que ha sido fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, ya no sólo sufre una mengua por la menor punibilidad en el caso de su muerte o abandono, sino que durante su permanencia en el vientre de la madre no tiene protección alguna toda vez que su existencia puede terminarse sin más razones que la causa forzada de su concepción.”[35].

La Vista Fiscal aduce, que el cargo esgrimido por el accionante es diferente del presentado

por el demandante en el proceso que culminó con la sentencia C-013 de 1997. Considera que en el presente caso los demandantes añaden un argumento nuevo consistente en que a partir de la sentencia C-355 de 2006 “la madre tiene la ‘oportunidad’ o posibilidad de interrumpir su embarazo en los casos en los cuales la concepción sea consecuencia de un acto contrario a su voluntad. En tal sentido, anotan los actores, no se justifican los tipos penales si se tiene en cuenta que la mujer pudo haber recurrido a esa opción”[36].

Por otro lado, al analizar el fondo del asunto, estima que se presenta la violación de los principios de igualdad, el derecho a la vida y el interés superior del niño, dado que, no se aplica en su totalidad la libertad de configuración en materia penal de la que goza el legislador, basándose en los artículos 114 y 150 de la Constitución Nacional, puesto que deja en evidencia la desproporción con la que se castiga a una madre que atenta contra la vida de su hijo que ha sido concebido con su consentimiento y contra la progenitora del infante que ha sido concebido sin su consentimiento, presupuesto que quebranta el principio de igualdad.

Considera que los artículos censurados establecen atenuantes a los delitos de homicidio y de abandono, por lo que se pregunta si esa distinción punitiva a conductas similares quebranta el principio de igualdad. Plantea que la posible respuesta podría ser la misma consideración contenida en la sentencia C-013 de 1997 que justificaba el tratamiento punitivo diferenciado en la concreta situación de la mujer que ha sido víctima de una conducta punible. Sin embargo, considera que dicha interpretación debe ser desechada con base en la existencia de circunstancias que “el ordenamiento jurídico penal ya ha previsto un elenco de figuras e instituciones que no solo atenúan la pena, sino que, en algunos casos, atendiendo a la situación del sujeto activo de la conducta, permiten deducir que no hay culpabilidad y que, por lo mismo, resulta factible prescindir de la pena.”[37]. Al respecto hace referencia a los artículos 33, 55 a 57 y el 61 del Código Penal.

En concepto del Ministerio Público, descartada la situación de la madre como criterio diferenciador del trato penal, lo que queda de fundamento es el origen del niño y su edad los cuales constituyen criterios sospechosos que conducen a que el legislador haya sobrepasado los límites constitucionales de su potestad legislativa y que por el contrario son aspectos que ameritan un tratamiento más favorable. [38]

En conclusión, el Procurador General de la Nación solicita que se declare la inexecutable de los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”, que fueron modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por considerar que se presenta un desconocimiento de las garantías mínimas que el legislador posee en cuanto a la configuración en materia penal. En este caso, se hace referencia a la desproporción con la que son castigadas las madres que atentan contra la vida de los hijos que han sido concebidos sin su consentimiento y las progenitoras que atentan contra los menores que conciben con su pleno consentimiento.[39]

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. La competencia y el objeto del control

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, los cuales fueron modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

### 2. Problema jurídico

En atención a los cargos formulados en el escrito de la demanda, la Corte debe resolver si los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, al establecer una diferenciación punitiva en los casos en que la madre da muerte o abandona al hijo fruto de un hecho ajeno a su voluntad, frente a los casos en que se incurre en homicidio o el abandono de hijos procreados con el consentimiento, se vulneran los derechos a la igualdad, a la vida y el interés superior del menor.

Antes de disponer los temas a desarrollar para resolver el problema jurídico descrito, considera la Sala Plena pertinente analizar dos cuestiones previas. La primera, respecto de la admisibilidad de la demanda. La segunda, si se presenta el fenómeno de la cosa juzgada frente a la sentencia C-013 de 1997. Esto, como quiera que algunos de los intervinientes, llamaron la atención tanto sobre la posible carencia de aptitud de la demanda frente algunos de los requisitos que la Corte ha desarrollado para considerar el análisis de constitucionalidad, como sobre el hecho de que los cargos desplegados en la presente demanda son muy similares a los ya analizados en la sentencia referida.

### 3. Primer asunto preliminar: Aptitud de la demanda

En este apartado, es oportuno analizar si los demandantes han formulado un verdadero cargo de inconstitucionalidad que cumpla con los requisitos legales para admitir el estudio de constitucionalidad y que la Corte ha desarrollado por vía jurisprudencial, sin dejar de lado el principio *pro actione* que debe presidir el análisis de admisibilidad de la acción pública de constitucionalidad.

El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 contiene las condiciones formales para la admisibilidad del cargo de inconstitucionalidad, uno de los cuales es el consignado en el numeral tercero de la citada disposición. En este se encuentra la formulación de las razones que sustentan la acusación, aspecto respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha determinado un grupo de requisitos sustantivos mínimos, destinados a que la argumentación que formule la demanda ofrezca un problema jurídico discernible, que permita a su vez un pronunciamiento de fondo. Esto, por cuanto, si bien es cierto que la acción pública de inconstitucionalidad no está sometida a mayores rigorismos y por tanto, prevalecer la informalidad, deben cumplirse requisitos y existir contenidos mínimos que permitan a este Tribunal la realización satisfactoria del estudio de constitucionalidad; es decir, el líbello acusatorio debe ser susceptible de generar una verdadera controversia constitucional.

La Corte ha sistematizado las exigencias materiales que debe cumplir la demanda y ha señalado que sin caer en formalismos técnicos, incompatibles con la naturaleza popular y ciudadana de la acción de inconstitucionalidad, los cargos formulados por el demandante deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes[40].

Esto significa que la acusación debe ser suficientemente comprensible (claridad) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (certeza). Además el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada (suficiencia).

En el presente caso, los ciudadanos demandantes dirigen la acción de inconstitucionalidad

a través de una serie de argumentos que permiten identificar una censura nítida contra los artículos 108 y 128 del Código Penal. Conforme a lo alegado por los actores, estos artículos vulneran el derecho a la igualdad y el interés superior del menor y desconocen el derecho a la vida consagrados respectivamente en los artículos 13, 44 y 11 de la Constitución Política, así como los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño[41].

Los ciudadanos exponen que la violación al derecho a la igualdad se presenta en razón a la injustificada diferencia entre la pena para la madre que da muerte al hijo que ha nacido producto de un hecho ajeno a su consentimiento y la pena que se impondría a una madre que da muerte al hijo nacido fruto de una fecundación consentida. Tal distinción, según los demandantes, conduce a entender que para el ordenamiento jurídico la vida del recién nacido fruto de una fecundación o relación no consentida tiene menor valor que la vida del resto de niños, lo que se traduce en menor protección.

Por su parte, frente a la acusación por violación del precepto constitucional que consagra el interés superior del menor (artículo 44), advierten que la protección imbricada no hace distinción entre los niños, por lo que resulta contradictorio que el homicidio de los menores de más de ocho días de nacidos tenga una pena mayor que da una mejor protección que los niños que no alcanzan este período, cuando son fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Al respecto, sostienen los demandantes, que la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás consagrada en la Carta no hace distinción entre un niño u otro, estando el legislador obligado a protegerlos a todos por igual y en consecuencia, las penas que deban imponerse a las madres que los abandonen o que cometan homicidio sobre ellos, deben ser iguales sin atender a consideraciones respecto a la situación de aquella.

Por la misma razón, los demandantes aducen que también se vulnera el derecho a la vida de los niños fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Aseguran, que la imposición de una pena menor es una prerrogativa que indica que las vidas de aquellos niños valen menos durante los primeros ocho días después de su nacimiento, lo que le da origen a la posibilidad para las madres de cometer los tipos penales cuestionados pagando una pena inferior por un hecho que no tiene que ver con el niño.

De esta forma, las acusaciones resultan ciertas y no son producto de una inferencia errónea de los demandantes o sobre un contenido legal que no sea verificable.

Igualmente, los demandantes presentan razones de orden constitucional por las cuales la norma podría resultar contraria a la Carta Política. Alegan, que las disposiciones demandadas vulneran no solo los artículos 11, 13 y 44 de la Carta, sino que introducen un argumento relacionado con el cambio de contexto normativo a partir de la sentencia C-355 de 2006. Al respecto, exponen que esta jurisprudencia les da la razón en la medida que la madre, de manera previa, tiene la oportunidad de interrumpir su embarazo y al no hacerlo, no puede recibir una pena más benigna conforme a los delitos tipificados en las normas demandadas.

Toda esta argumentación en conjunto, además de garantizar la especificidad del cargo redundante en la pertinencia, ya que las razones que exponen los demandantes a priori, son enteramente de orden constitucional y no legales o doctrinarias, ni basadas en análisis de conveniencia, ajenas al tenor de la normatividad superior.

Finalmente y como corolario del cumplimiento de los demás parámetros analizados, la demanda suscita una duda frente a la constitucionalidad de la norma. Con la argumentación expuesta, se intenta persuadir de la inconformidad con la Constitución de las normas demandadas logrando despertar una duda mínima sobre la exequibilidad de las mismas. Por lo tanto, sin perder el sentido del control de constitucionalidad y en aplicación del principio pro actione, la Sala concluye que la demanda cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia de esta Corte por lo que considera conducente proseguir con el estudio de la demanda para analizar a profundidad si la presunción de constitucionalidad que le es propia a toda norma legal resulta desvirtuada.

4. Segundo asunto preliminar: Existencia o no de cosa juzgada en relación con lo decidido en la sentencia C-013 de 1997

#### 4.1 Cosa Juzgada en materia de control de constitucionalidad

A raíz de las distintas intervenciones en el presente proceso de constitucionalidad que señalan la posible existencia de la cosa juzgada, la Corte procede a hacer el respectivo análisis. A continuación, se recordará brevemente la descripción del fenómeno de la cosa

juzgada en materia de control de constitucionalidad, con especial énfasis en la cosa juzgada material.

En términos generales ha dicho la Corte Constitucional que existe Cosa Juzgada "... cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a estudio..."[42], frente a lo cual al Juez constitucional no se le permite volver a estudiar y pronunciarse sobre la norma acusada. Sin embargo, la Corte ha insistido también, en que si en la declaratoria de exequibilidad se expresa la limitación de su pronunciamiento a los cargos estudiados, entonces la norma puede ser considerada nuevamente en aquellos aspectos que no hicieron parte de los cargos analizados en el primer examen[43].

De este modo, según la jurisprudencia de la Corte, el fenómeno de cosa juzgada se configura bajo dos requisitos: (i) que se proponga examinar la constitucionalidad del mismo contenido normativo, de la misma proposición jurídica ya estudiada en una sentencia anterior; y (ii) que se plantee dicho examen con fundamento en las mismas razones (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), ya estudiadas en una sentencia anterior. Es decir, que solo en presencia de estas dos condiciones se aplica la prohibición de volver a pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal y se genera a su vez, la obligación de estarse a lo resuelto en la sentencia anterior.

A lo largo del estudio del fenómeno de cosa juzgada en materia de control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte, se ha avanzado en el sentido de entender que las distintas clases de cosa juzgada, son en realidad diferentes supuestos alrededor del cumplimiento de los dos requisitos mencionados. Por ejemplo, cuando la sentencia anterior ha declarado una exequibilidad, si se cumple el supuesto (i) y no el (ii), quiere decir que no hay cosa juzgada y se presenta la situación que la Corte ha denominado como cosa juzgada relativa.

También, recientemente se ha sostenido en la jurisprudencia de esta Corte, que el alcance y los efectos de la cosa juzgada "comprende todas las sentencias adoptadas por esta Corporación. Conforme a ello ese efecto acompaña no solo a las decisiones de constitucionalidad o inconstitucionalidad simple sino también a aquellas que adoptan alguna forma de modulación tal y como ocurre, por ejemplo, con las sentencias de

constitucionalidad condicionada, las sentencias integradoras por adición, las sentencias integradoras por sustitución o las sentencias de exhortación. Igualmente se extiende a las decisiones que modulan los efectos temporales de la decisión adoptada, tal y como ocurre, por ejemplo, con las sentencias con efectos retroactivos o las sentencias de inexecutabilidad diferida.”[44]. De ahí que, una decisión de constitucionalidad que plantee una interpretación o fije una condición, sirve de apoyo hermenéutico para identificar el alcance que tuvo la decisión previa[45]; es decir, para determinar si el estudio de constitucionalidad pendiente ya ha sido adelantado en la decisión anterior y con ello, se ha configurado cosa juzgada.

Así, el alcance de la cosa juzgada constitucional ha sido desarrollado de manera amplia en la jurisprudencia, mediante la precisión de distintas categorías que establecen diferencias conceptuales con efectos prácticos entre lo que se entiende por cosa juzgada absoluta y por cosa juzgada relativa y entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Para efectos de adelantar el presente análisis, la Sala se referirá a la última distinción, esto es, a la diferencia existente entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

La Corte ha establecido que se presenta la cosa juzgada formal, cuando existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior estudio constitucional, por los mismos cargos de inconstitucionalidad formulados en la nueva demanda[46]. Por su parte, la cosa juzgada material se presenta cuando se analiza una disposición legal con contenidos normativos idénticos a otra que ya fue objeto de análisis de constitucionalidad[47] y sobre la cual la Corte ha emitido pronunciamiento[48]. 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 precedente[49]. Este supuesto se aproxima más a la denominada cosa juzgada relativa, en la medida que en la primera sentencia se resolvieron unos cargos distintos a los planteados en la nueva demanda.

En cuanto a la cosa juzgada material, se ha diferenciado los casos en los que la decisión previa establece la inexecutabilidad y los que se declara la exequibilidad de la norma demandada[50]. En el primer evento, la jurisprudencia constitucional hace referencia a la

cosa juzgada material en sentido estricto y deriva, ante el incumplimiento de los dos requisitos que la jurisprudencia ha establecido[51], en la obligatoria declaración de inexecutable, con fundamento en el mandato constitucional contenido en el artículo 243 de la Carta. En el segundo caso, se hace referencia a la cosa juzgada material en sentido lato o amplio[52]. En esta última circunstancia, como lo ha señalado la Corte, los argumentos jurídicos que fundamentaron la decisión de executable resultan aplicables al segundo caso por lo cual pueden ser aplicados e incluso complementados. Ante tal evento, y en aras de garantizar los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad, la Corte deberá llegar a la necesaria conclusión de que debería adoptarse la misma decisión que se tomó en la sentencia anterior[53] a menos que como lo ha señalado esta Corporación, se presenten circunstancias excepcionales que debiliten la cosa juzgada[54].

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional ha señalado una serie de requisitos que deben ser acreditados para la verificación de la cosa juzgada material en los casos en los que se ha declarado anteriormente la executable de un contenido normativo idéntico al que se vuelve a estudiar[55]:

“(i) Que exista una sentencia previa de constitucionalidad sobre una disposición con idéntico contenido normativo a la que es objeto de demanda, esto es, que los efectos jurídicos de las normas sean exactamente los mismos”[56].

(ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud.

(iii) Que la declaratoria de constitucionalidad se haya realizado por razones de fondo.

(iv) Que no se hayan producido reformas constitucionales frente a los preceptos que sirvieron de base para sustentar la decisión; y que se esté ante el mismo contexto fáctico y normativo. En efecto, como en reiteradas ocasiones lo ha señalado este Tribunal, el juez constitucional tiene la obligación de tener cuenta los cambios que se presentan en la sociedad, pues puede ocurrir que un nuevo análisis sobre normas que en un tiempo fueron consideradas executable a la luz de una nueva realidad ya no lo sean[57].”[58] (Se resalta fuera del texto)

También se ha señalado por parte de este Tribunal, que cuando existe un pronunciamiento previo que declara la exequibilidad de la norma demandada cuyo contenido normativo es igual al actualmente atacado, no es obligatorio para la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia anterior[59]. Por el contrario, tiene varias opciones[60]: (i) puede respetar el precedente, con lo cual decide seguir la ratio decidendi anterior, mantener la conclusión que de ella se deriva, estarse a lo resuelto y por tanto declarar exequible la norma demandada. (ii) Otra alternativa, es abordar un análisis de fondo a través del cual la Corte puede llegar a la misma conclusión de su fallo anterior, pero por razones adicionales o diversas.

Por otra parte, si la pretensión de la Sala es la de apartarse de tal decisión, existe la imperiosa necesidad de justificar las razones por las cuales no se sigue el precedente que constituye la sentencia anterior[61]. En este sentido, la Corte ha expresado que “[u]na 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”[62]. Esta posibilidad evita la petrificación de la jurisprudencia y funge como un mecanismo que aunque respeta el precedente y garantiza la seguridad jurídica, no conduce a indeseables injusticias.

#### 4.2. Inexistencia de cosa juzgada frente a la sentencia C-013 de 1997

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, la Corte llega a la conclusión de que en el presente caso procede un análisis y pronunciamiento de fondo sobre la nueva demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, por las siguientes razones:

##### a. Similitud más no identidad de los contenidos normativos

En el presente asunto, se verifica un contenido normativo no idéntico sino similar respecto de las normas demandadas que dieron origen a la sentencia C-013 de 1997. En dicha oportunidad, se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 328, 345, 347 y 348 del Código Penal anterior. (Decreto 100 de 1980). Particularmente, se relacionan con las normas que ahora se encuentran sub iudice, los artículos que tipificaban originalmente la

muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida (artículo 328) y el abandono en las mismas circunstancias (artículo 347).

Decreto 100 de 1980

Ley 599 de 2000

Artículo 328. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida

La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento a abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años

Artículo 108. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo o de inseminación artificial no consentida o transferencia de óvulo fecundado no consentidas incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a (108) meses.

Decreto 100 de 1980

Ley 599 de 2000

Artículo 347. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida.

La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto

de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses a tres años.

Artículo 128. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro meses (54) meses

Como se advierte, al comparar las dos normatividades penales, se encuentra que difieren en tres aspectos: (i) tanto el tipo penal de muerte como el de abandono del hijo recién nacido concebido sin el consentimiento de la madre, contemplan en el Código Penal vigente un nuevo elemento, cual es, la transferencia de óvulo fecundado no consentida; (ii) en ambas conductas punibles se agrega la especificación acerca de que el acceso carnal o acto sexual ha sido sin consentimiento de la madre; y (iii) actualmente, la pena para estos delitos es superior: en el Código Penal de 1980, la muerte del hijo en esas circunstancias, se sancionaba con arresto de uno a tres años y en el Código vigente, con prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses, de acuerdo con el incremento punitivo.

Podría aducirse que las diferencias indicadas no son relevantes y que en esencia, el contenido normativo análogo de estos dos tipos en ambos estatutos penales, conduciría necesariamente a la configuración de cosa juzgada material. En efecto, como se observa por alguno de los intervinientes, la adición del supuesto de transferencia de óvulo fecundado no consentida en nada modificaría los elementos cardinales de las conductas que se reprocha en los preceptos demandados, pues solo obedece a la incorporación de un avance científico en materia de fecundación. A su vez, aunque se incrementan las penas con que se sanciona estas conductas, se advierte que se mantiene la política criminal de atenuación punitiva de las mismas, atendiendo a determinadas circunstancias.

Sin embargo, debe recordarse que la identidad o similitud entre un enunciado normativo declarado exequible y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el

argumento concluyente y automático para no entrar a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material, toda vez que esta figura está supeditada a la concurrencia de otros elementos que ha enunciado la jurisprudencia a partir del artículo 243 de la Constitución. A lo anterior, se agrega que en relación al quantum de la pena prevista, esta Corte ha considerado que constituye un elemento cardinal del tipo penal y por lo mismo, su modificación no es irrelevante en la valoración de su constitucionalidad.

#### b. Inclusión de las normas acusadas en el nuevo Código Penal

Ciertamente, la reproducción de los tipos penales de muerte y abandono del hijo recién nacido concebido sin consentimiento en un nuevo Código Penal refuerza la idea de que no se está necesariamente frente a la figura de la cosa juzgada material. Además, de las diferencias anotadas entre los artículos 328 y 347 del Código de 1980 y los artículos 108 y 128 del Código de 2000 acusados, que establecen los mismos delitos de muerte y abandono del recién nacido concebido sin el consentimiento de la madre, el cambio de código podría tener transcendencia en el control de constitucionalidad a cargo de este Tribunal.

Al presentarse el proyecto ante la Cámara de Representantes para primer debate se expuso que “El perfil del nuevo código queda moldeado sobre la teoría del delito y de la función de la pena, consistente con los avances dogmáticos que no responsabilizan al delincuente por lo que es, si no que visualiza el problema en el acto de reproche, por lo que se eliminó (sic) todos los rasgos peligrosos”. [63] En relación con la punibilidad, se indicó que se introducían importantes modificaciones, buscando reducir la discrecionalidad judicial en tal materia, por lo cual se impone la necesidad del operador jurídico de justificar la pena tanto cualitativa como cuantitativamente.[64]

De igual modo, cabe resaltar la diferencia estructural que se advierte entre el Código Penal de 1980 y el Código de 2000, la cual evidencia el cambio de concepción a que se hizo referencia en el curso del debate parlamentario. Es así como, el Código anterior comenzaba la Parte Especial -de los delitos en particular- con el título de los “Delitos contra la existencia y seguridad del Estado”, lo que indicaba la preeminencia que se daba a este sobre los ciudadanos y sus derechos. En el Código actual, no es casual que la Parte Especial esté encabezada con los “Delitos contra la vida y la integridad personal” y que en una sucesión lógica y acorde con una concepción marcadamente protectora de los derechos

fundamentales, fundada en la dignidad humana, se continúe con la tipificación de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y los delitos contra la libertad personal y otras garantías. Después de ser el Título I de la parte especial del Código de 1980, los delitos contra la existencia y seguridad del Estado pasaron al último título (XVIII) que cierra la parte especial del Código Penal actual.

En efecto, el que las normas demandadas hagan parte de un Código Penal distinto, justifica el ejercicio de un control de fondo sobre norma demandadas que ahora hacen parte de un estatuto legal diferente. Así lo ha reconocido la Corte en diversas oportunidades, en las que al margen de pronunciamientos anteriores de exequibilidad sobre contenidos normativos similares, ha asumido un nuevo examen de constitucionalidad. Entre otras providencias, la misma sentencia C-355 de 2006, invocada por los demandantes y el Procurador General en su concepto, como argumento principal de la inexistencia de cosa juzgada material, adoptó esa posición para proferir una sentencia de fondo sobre los artículos 122, 123 y 124 de la Ley 599 de 2000, que tipificaban diversas modalidades del delito de aborto, con punibilidades distintas, habida cuenta que la sentencia C-013 de 1997 se había pronunciado respecto de los mismos enunciados normativos, pero cuando formaban parte de un Código Penal distinto. También en este caso, ha de tenerse en cuenta el incremento de las penas establecido por la Ley 890 de 2004 que modifica un elemento esencial de las conductas punibles que se atacan en la presente demanda.

Aunque las razones o cargos que llevaron a la anterior demanda son similares a los ahora presentados (dignidad humana, derechos a la vida e igualdad y el interés superior del menor), difieren en cuanto a que los primeros estaban dirigidos en conjunto, no solo a cuestionar las conductas punibles que atentan contra el recién nacido, sino que incluían un reproche contra las normas que regulaban el aborto en determinadas circunstancias, el cual no es objeto de la presente demanda. De esta forma, el reproche que los demandantes hacían en 1997 estaba ligado a la vigencia de las normas que en ese entonces penalizaban el aborto en todas las circunstancias.

Por lo mismo, el análisis que desarrolló la Corte en dicha oportunidad -hace más de tres lustros- se hizo argumentativamente en conjunto, atando su razonamiento al análisis de los otros tipos penales demandados y bajo un contexto jurídico de penalización absoluta del aborto, diferente al que existe actualmente. Así, el grueso de la fundamentación de la

sentencia C-013 de 1997 se basó en el análisis del aborto, particularmente frente a las circunstancias específicas de atenuación de dicho delito que se encontraban en el artículo 345 de la anterior codificación, conducta punible que no es objeto de acusación en el presente proceso.

Ante las circunstancias descritas, la Sala encuentra que en este caso no se está frente a la existencia del fenómeno de la cosa juzgada material, por lo que la Corte abordará el estudio de fondo referente a la constitucionalidad de las normas demandadas. Para tal efecto, previamente a examinar el caso concreto, la Corte expondrá algunas consideraciones relevantes en torno a: i) los límites constitucionales y garantías penales en el ejercicio del poder punitivo del Estado; ii) el principio constitucional de igualdad en el ejercicio de la potestad legislativa en materia penal; y iii) el principio del “interés superior del niño”.

5. Límites constitucionales, garantías penales en el ejercicio del poder punitivo del Estado y potestad legislativa. Reiteración de jurisprudencia.

Uno de los mecanismos a través de los cuales se busca regular el comportamiento de la colectividad - control social- es mediante un sistema de represión legal que disuada a quienes la integran de incurrir en ciertas conductas que han sido descritas y clasificadas como delitos, por afectar bienes que socialmente revisten importancia y en relación con los cuales existe consenso respecto a la necesidad de brindarles una forma especial de protección. Este mecanismo, en un Estado Social de Derecho, en el cual impere el principio de dignidad humana y se justifique la intervención mínima del Estado para la protección de los derechos y libertades, debe ser última y extrema ratio, vale decir, en cuanto sea imperioso acudir al derecho penal para cumplir los fines de represión y prevención general y especial de comportamientos inadmisibles dentro de la sociedad. Esta idea, además, se estructura sobre el principio de responsabilidad que surge del artículo 6º de la Constitución, conforme al cual, los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y los servidores también lo son por actuar por fuera del ámbito de su competencia[65].

Dentro de un Estado de derecho, la labor de fijar las conductas penales a través de las cuales se desarrolla esa actividad de intervención mínima en el comportamiento social, corresponde al legislador. Esta facultad constituye la denominada como potestad de

configuración punitiva del legislador, la cual se enmarca en un ámbito más amplio de formulación de la política criminal e implica necesariamente, como una parte esencial de esta, la tipificación de conductas como delitos, con sus respectivas penas.

En virtud de la cláusula general de competencia que se deriva de los artículos 114 y 150 de la Constitución, el legislador tiene una amplia facultad de configuración para el diseño de la política criminal, lo que incluye la concepción de conductas punibles con sus respectivos elementos, las penas imponibles y los procedimientos para su investigación y juzgamiento[66].

En ejercicio de dicha facultad, el legislador cuenta con varias opciones. Puede considerar la criminalización de conductas o bien puede considerar que no debe hacerlo o incluso despenalizar las ya existentes. Dentro de la primera opción, puede, entre otros, atenuar o agravar las sanciones modificando el quantum de la pena y minimizarlas o atenuarlas a través de la regulación de los beneficios instituidos dentro del proceso, siempre y cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución[67].

No obstante, la potestad de configuración de los delitos y las penas no es absoluta ni ilimitada, pues siendo el derecho penal ultima ratio, el legislador no puede consagrar como delito cualquier conducta, ni fijar de forma injustificada un sistema de penas, como quiera que la tipificación penal debe estar precedida de un juicio de antijuridicidad, sobre las conductas que desbordan el respeto a los derechos humanos y afectan valores constitucionales que han sido reconocidos como preponderantes en un contexto determinado y que, por tanto, deben ser protegidos mediante el poder punitivo estatal. Es decir, el legislador sólo puede reprochar penalmente conductas que vulneren bienes jurídicos suficientemente relevantes -examinados en un contexto social y temporal determinado y a partir de los derechos fundamentales y valores implícitos en la Constitución- y que no son controlables mediante otros instrumentos de intervención estatal menos caros para los derechos de las personas.[68]

En este sentido, la Corte ha señalado que el ejercicio del legislador en materia penal, debe seguir parámetros muy claros que se resumen en el respeto a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad, de

razonabilidad y proporcionalidad[69].

Al respecto, este Tribunal ha sintetizado dichos requisitos en los siguientes términos:

“3.2.4. El deber de respetar los derechos constitucionales y, en especial, su núcleo esencial[70], implica tener en cuenta que los tipos penales son mecanismos de protección de estos derechos y, al mismo tiempo, son restricciones severas al ejercicio de otros derechos. En ocasiones “el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional” [71]. Así, pues, al redactar los tipos penales, el Legislador debe especialmente tener en cuenta el contenido material de los derechos constitucionales que con ellos se busca proteger y los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad[72].

3.2.5. El deber de obrar conforme al principio de necesidad de la intervención se concreta en asumir que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio[73], de tal suerte que para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves. El deber de obrar conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que el derecho penal está instituido para proteger valores esenciales de la sociedad[74], determinados conforme a la política criminal del Estado.

3.2.6. El deber de obrar conforme al principio de estricta legalidad es relevante para la creación del tipo penal, que es una competencia exclusiva del legislador y que obedece a una reserva de ley en sentido material[75]; para la prohibición de la analogía: “nullum crimen, nulla poena sine lege stricta”; para la prohibición de emplear el derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena “nullum crimen, nulla poena sine lege scripta”; para la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley: “nullum crimen, nulla poena sine lege praevia”, salvo que se trate de una norma más favorable, en cuyo caso debe aplicarse en razón del principio de favorabilidad; para la prohibición de establecer tipos penales o penas indeterminados: “nullum crimen, nulla poena sine lege certa”; para el principio de lesividad del acto: “nulla lex poenalis sine iniuria”[76].

3.2.7. El deber de obrar conforme al principio de culpabilidad comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o

siente[77]; la configuración del elemento subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer[78]; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad[79].

3.2.8. El deber de obrar conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad es relevante tanto para el tipo penal como para la pena. En caso de haber una diferencia de trato, que pueda ser prima facie contraria al principio de igualdad, es menester aplicar un juicio estricto de proporcionalidad[80] al tipo penal y a la pena, en el cual se analice, entre otros elementos de juicio, la idoneidad de del tipo penal.”[81] (Se resalta fuera del texto)

En conclusión, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los asuntos penales dirigidos a establecer la política criminal. Sin embargo, dicha potestad no es ilimitada, sino que encuentra condicionada por parámetros y principios derivados de la Carta que evitan desbordamientos punitivos o arbitrariedades derivadas de una palmaria desproporción o irracionalidad.

6. El principio constitucional de igualdad en el ejercicio de la potestad legislativa en materia penal

La jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado que desde el punto de vista constitucional, la igualdad goza de una triple calidad: es un valor, un principio y un derecho[82]. Su consagración en diversos artículos de la Constitución, indica que carece de un contenido material específico, lo que quiere decir que permea toda esfera de actividad humana, por lo que puede ser alegado en cualquier situación en la que exista un trato diferenciado injustificado[83].

De igual modo, la igualdad tiene un carácter relacional, esto es, que las situaciones que se alegan desiguales se vean frente a un aspecto de conjunción. De esta forma, cuando se trata de resolver un cargo por desconocimiento del principio de igualdad, el análisis debe ser relacional en el que se tenga en cuenta no solo la ajuste de la norma demandada al parámetro constitucional sino que involucra un término de comparación entre las situaciones que se consideran desiguales. Esta compleja situación ha llevado a la Corte a desarrollar herramientas metodológicas como el test de igualdad.

No obstante, en los casos en los que hay inmerso un cargo por vulneración del precepto constitucional que consagra la igualdad, se debe estudiar la procedencia del respectivo test, ya que existen eventos en los cuales los supuestos de hecho no son asimilables, “o cuando la violación es flagrante porque la norma no contiene elementos con base en la cual se posible analizar la justificación de la diferencia de trato pero para ello habrá de examinarse si las circunstancias involucradas en el análisis relacional son o no asimilables.”[84].

En particular, ante el estudio de la vulneración de este principio por la desproporción en el reproche punitivo en cuanto a diferentes tipos penales debe atenderse a la regla de oro de la justicia que expuso Norberto Bobbio respecto de “tratar a los iguales de una manera igual y a los desiguales de una manera desigual”[85], lo que implica determinar quiénes son los iguales y quiénes los desiguales, para concluir si los supuestos de hecho consagrados en las respectivas normas demandadas son asimilables.

En otras palabras, al analizar la vulneración del valor/principio/derecho de igualdad, lo primero que se debe hacer es establecer si en relación con un criterio de comparación, denominado *tertium comparationis*, las situaciones de los sujetos de las normas bajo revisión son similares, ya que de encontrarse que son diferentes el test de igualdad es improcedente[86]. Por el contrario, en caso de predicarse un patrón de igualdad, el juez deberá entrar a analizar la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma acusada, exponiendo los fines perseguidos, los medios empleados para alcanzarlo y la relación medio-fin[87].

En estas circunstancias, se debe precisar si las normas demandadas cumplen con los cuatro mandatos que la jurisprudencia constitucional ha indicado: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios en situaciones idénticas, (ii) trato diferente a situaciones que no comparte elementos en común, (iii), en los casos de situaciones con más similitudes que diferencias otorgar un trato semejante y, (iv) en los casos donde las diferencias sean más relevantes que las similitudes, dar un trato diferenciado[88].

Resulta oportuno recordar, que el constituyente de 1991 excluyó la responsabilidad penal objetiva, por lo que exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, “en donde la exigencia de culpabilidad del autor limita el poder punitivo del Estado, pues solo puede sancionarse

penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba”[89].

Por tal motivo, como ya se señaló, en el análisis de constitucionalidad de una norma penal, ha de examinarse su conformidad con el principio de culpabilidad, que es uno de los parámetros a tener en cuenta por el legislador al momento de tipificar un delito, como un presupuesto de la pena estatal. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad penal gira en torno a las circunstancias concretas en las que se podía esperar que el autor de una conducta acatara la norma, evitando la realización del tipo delictivo que prohíbe un determinado comportamiento. Así, se deberá acudir a la capacidad de acción del autor del delito, es decir, si era capaz tanto cognitiva como físicamente de formarse la intención de evitar la realización del tipo penal y si tenía capacidad de motivación. Ante estas circunstancias, la extensión de la pena que el Estado debe imponer no puede ser mayor que la culpabilidad presente en quien realiza la conducta típica. Desde el punto de vista de la proporcionalidad, ella debe, en este orden de ideas, compensar única y exclusivamente el daño culpable provocado por el agente[90] o como lo ha afirmado esta Corporación al hacer referencia al derecho penal de acto, que al autor de un delito, “se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.”[91]

Con base en lo anterior, la culpabilidad determina, por una parte, si acaso puede imponerse una pena y, por otra, cuál ha de ser la extensión de la misma sobre la base del juicio de “evitabilidad”, así como de la capacidad de acción y de motivación del agente recientemente aludido.

La Corte parte en este examen de una acepción de culpabilidad en sentido restringido, centrada en el llamado “principio de imputación personal”, según el cual, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a este, como producto de una motivación racional normal[92]. En esta vertiente estricta del principio, culpabilidad supone exigibilidad en el sentido de que el Estado solo podrá perseguir la responsabilidad penal de un sujeto que comprenda el injusto

y al cual pueda exigírsele la realización de una conducta determinada conforme a derecho, diversa de la llevada a cabo, conforme a un proceso de motivación normal. Así, una pena podrá ser atenuada en razón de un menor juicio de culpabilidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, es oportuno, expresar que para que haya responsabilidad penal no basta con que se cometa un injusto, esto es, una conducta típica y antijurídica, sino que además es necesario indagar si era posible exigir al autor de la conducta que actúe de otro modo. En este caso no solo hay que tener en cuenta las condiciones extraordinarias de motivación que tenía la persona a la hora de cometer el acto, sobre las cuales ya se ha hecho referencia, sino también, si en ese caso concreto la sociedad y el Estado podían exigirle a esa persona actuar de otra manera. Así pues, el juicio de culpabilidad y la pena que deberá ser acorde con este, manifiestan el reproche que la sociedad formula contra actos que tienen inmerso un desvalor y merecen ser castigados.

#### 8. El principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado

La proporcionalidad está consagrada en el artículo 3º del Código Penal como uno de los principios a los que responde la imposición de las sanciones penales y que constituye uno de los elementos esenciales para realizar un juicio sobre los medios empleados por el legislador en desarrollo de la potestad de configuración de tales sanciones.

La jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, del modelo del Estado social de derecho y el principio fundante de la dignidad humana (art. 1º C.Po.); de la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º C.Po.); del reconocimiento de los derechos inalienables de la persona (art. 5º C.Po.); de la responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas (art. 6º C.Po.); la prohibición de la pena de muerte (art. 11 C.Po.) y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12 C.Po.); el principio de igualdad (art.13 C.Po.) y la proporcionalidad de las medidas de excepción (art. 214 C.Po.). Entre otras sentencias, la Corte ha precisado a este respecto en la sentencia C-070 de 1996 que:

“El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos

constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal”.

Al mismo tiempo, este Tribunal ha sostenido que en principio, la dosimetría de penas y sanciones es una cuestión librada a la definición legal y cuya relevancia constitucional resulta manifiesta, únicamente “cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo proscrito por la Constitución” (Sentencia C-591 de 1993).

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha precisado que el carácter social del Estado de derecho, el respeto a la dignidad de la persona humana y su autonomía, principios vertebrales de nuestra Carta Política, requieren para su desarrollo de “leyes que encarnen una visión no disociada del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena”[93], de manera que esta solo se establezca cuando sea estrictamente necesario.

En este sentido, la Corte ha señalado que la mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, por sí sola, no es suficiente para fundar en ella la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio de proporcionalidad[94]. Es decir, que para llegar a la inconstitucionalidad de una pena por transgresión de la “prohibición de exceso”, el tratamiento punitivo de unos y otros delitos debe ser tan manifiestamente desigual e irrazonable que, además de la clara desproporción que arroja la comparación entre las normas penales, se vulneren los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio de la política criminal.[95]

Conforme lo dispone el artículo 44 de la Constitución, existe una cláusula de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Dicha cláusula, funge como guía hermenéutica orientadora de las decisiones judiciales en donde se involucre a un menor de edad.

A la par, se ha reconocido al menor como sujeto de especial consideración, merecedor de una protección constitucional reforzada, lo que implica que sus derechos e intereses se erigen como fin de toda actuación pública o privada. De esta forma, el menor es acreedor a un trato preferente el cual va unido a ese reconocimiento y se analiza de acuerdo con las circunstancias concretas de la realidad en la que se encuentre[96].

En consecuencia, deben atenderse las condiciones tanto fácticas como jurídicas para determinar el grado de bienestar del menor y por lo tanto de la prevalencia de sus derechos. Al respecto el artículo 44 contiene la obligación para 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.

En consonancia con lo expuesto, se encuentra el ordenamiento internacional el cual a través, principalmente, de la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante los artículos 2, 3, 4 y 12 considera fundamental adoptar todas las medidas que les conciernan, sean legislativas, administrativas o de cualquier índole para hacer efectivos los derechos de los niños y conforme a su edad y madurez, se les debe tener en cuenta dentro de los procesos administrativos o judiciales para decidir lo que corresponda.

Por su parte el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que “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 a que se atenderá será el interés superior del niño”. En talante similar la Convención Americana sobre los derechos humanos en el artículo 19 señala que el menor debe recibir “medidas especiales de protección” las cuales se deberán dispensar en atención a su condición.

En virtud de la protección que le es propia de manera prevalente a los menores, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que al legislador le asisten ciertos deberes: “(i) adecuar las normas existentes, para que no vulneren los derechos fundamentales de los niños y no ignoren o dejen por fuera medidas adecuadas de protección que sean indispensables para asegurar un desarrollo libre, armónico e integral; e (ii) incluir las

medidas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados a los que se ha hecho referencia.”[97]. En todo caso, el legislador dentro de su amplio margen de configuración cuenta con un extenso margen de apreciación de las circunstancias para diseñar las formas de protección en los que los menores se encuentren inmersos, “estas deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines”.[98]

Ahora bien, en desarrollo de la norma constitucional, y de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la Ley de Infancia y Adolescencia, en sus artículos 6º, 8º y 9º estableció que: “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”.

La prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás se ha desarrollado como patrón para determinar el interés superior del niño en casos concretos, ya que el contenido de dicho interés es de naturaleza real y relacional[99]. Así, mediante variada jurisprudencia[100] se ha planteado una aplicación prioritaria si existe conflicto entre sus derechos fundamentales y los de cualquier otra persona[101], o si existe conflicto entre dos o más disposiciones legales administrativas o disciplinarias de tal forma que se aplique la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente[102] procurando siempre su bienestar, partiendo de este criterio interpretativo pero sin que implique la anulación o la negación de los derechos de los demás. Al respecto, por ejemplo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de estos en la pornografía, impone en el artículo 8 la obligación de adoptar medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las mencionadas prácticas a través de una serie de garantías y obligaciones pero advirtiendo que “nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos”.[103]

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el mandato de protección especial de los niños y su interés superior debe verse como manifestación de un derecho fundamental a ser atendido con particular énfasis, esto es, a obtener un apoyo

prioritario[104], en el caso de los operadores jurídicos a que apliquen preferentemente las normas que les resulten más favorables a su bienestar y en el caso del legislador, a ejercer con mayor rigor la potestad de configuración normativa.

## 10. Examen de los cargos planteados

Como se señaló al plantear el problema jurídico, conforme a los parámetros anteriores, le corresponde a la Corte Constitucional verificar si en el caso concreto los artículos censurados vulneran los derechos a la igualdad, la vida y el interés superior del niño, al establecerse una pena atenuada para las madres que abandonen o den muerte a los hijos cuya concepción es producto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

### 10.1. Cargo por vulneración del principio y derecho a la igualdad

De acuerdo con las consideraciones expuestas (apartado 6), la aplicación del principio de igualdad debe hacerse atendiendo a las circunstancias que son iguales o por lo menos similares, de tal forma que si los supuestos de hecho no son asimilables, no será procedente admitir el respectivo test y por consiguiente, no podrá considerarse la vulneración de dicho principio.

Desde un comienzo, esta Corporación ha precisado que el principio de igualdad no significa que deba tratarse a todas las personas de idéntica forma, sino que por el contrario, es posible dar un trato disímil cuando exista una justificación. Las normas atacadas establecen un tratamiento punitivo diferente para los delitos de muerte y abandono del hijo recién nacido producto de la violencia sexual o en general, de la ausencia de voluntad de la madre para procrear. De tal forma, que los artículos 108 y 128 del Código Penal (Ley 599 de 2000), plantean elementos claramente diferenciadores de los tipos básicos de homicidio (art. 103) y abandono de menores (art. 127).

Esta circunstancia no es ajena a la legislación penal. Existen diversas normas del código penal en las que a partir de un mismo resultado fenomenológico, se describen diversas conductas típicas generadoras de dicho resultado pero que de acuerdo con las condiciones consagradas en el tipo penal, la conducta punible tiene una consecuencia que comparativamente puede ser más o menos gravosa sin que esto conduzca a que exista una

valoración diferente del bien jurídico.

Así, por ejemplo, ante la muerte de una persona a manos de otra, el derecho penal ha construido diversas descripciones típicas. En algunas de ellas, la pena es más alta en atención a las condiciones en las que la conducta punible puede ser ejecutada: homicidio agravado, homicidio en persona protegida, genocidio, entre otras. Por su parte, existen otras descripciones típicas en las que la pena se ve disminuida: homicidio por piedad, homicidio culposo y en otras incluso, se excluye la responsabilidad, como cuando se está inmerso en una de las causales de exclusión de responsabilidad.

En resumen, las descripciones con sus consecuencias sancionatorias, son determinadas por las condiciones específicas en que se realiza la conducta punible incidiendo en un continuum que va desde la agravación hasta la exclusión de la sanción, pasando por la atenuación.

En el caso de los delitos bajo estudio, estos son, la muerte y el abandono del hijo recién nacido concebido como producto de un acceso carnal violento, abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, la Corte advierte un motivo determinante del legislador para consagrar un régimen punitivo diferente, mucho más benigno que el delito de homicidio simple o que el abandono de menores. En estos casos, el legislador, dentro de su amplio margen de configuración legislativa, consideró las especiales condiciones en que se encuentra la mujer que es víctima de graves ilícitos y que como consecuencia de ellos, concibe contra su voluntad.

No es otro el sentido, cuando en la descripción típica se precisan determinadas condiciones de comisión de la conducta para que proceda la punibilidad disminuida. En el caso del artículo 108, se exige que: i) el hijo nacido vivo debe ser fruto de los delitos de acceso carnal, acto sexual sin consentimiento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas; ii) la muerte del menor debe ser a manos de su madre; y iii) el homicidio debe ser cometido durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes.

De igual forma, el artículo 128 tiene como exigencias para su configuración que: i) el hijo nacido vivo debe ser fruto de los delitos de acceso carnal, acto sexual sin consentimiento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas; ii) el

abandono del menor debe ser realizado por su madre; y iii) el abandono debe ser cometido durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes.

En especial, ha de tenerse en cuenta que la autora de estos delitos en estas circunstancias, es a la vez una víctima también. Se enfrenta una paradoja cruel: por un lado, el legislador sanciona el proceder injusto de la madre con un ser indefenso al que da muerte o abandona y por otro, está la mujer que ha sido atacada en su libertad, integridad y dignidad. En muchos casos, el Estado ha estado ausente e incumplido con su deber de garantizar la integridad y los derechos fundamentales de la mujer agredida en forma tan grave.

Evidentemente, el legislador tuvo en cuenta dentro de los artículos demandados el estado anímico de una mujer que da a luz un hijo fruto de una relación o concepción consentidas, el cual no es el mismo del de aquella que ha quedado en estado de embarazo fruto de una situación no consentida y en los que incluso queda comprometida gravemente su integridad.

En consecuencia, en el presente caso, no se puede admitir la aplicación de consecuencias jurídicas iguales a circunstancias fácticas diferentes. Los tipos penales que se analizan, están rodeados de una serie de elementos típicos que modifican radicalmente tanto el tipo penal básico de homicidio como el de abandono. En los artículos demandados se contempla la situación particular de la madre que ha sido objeto de una vulneración de su voluntad, constituyéndose en delitos con motivaciones, características y circunstancias determinantes diversas.

Al respecto, la Corte, en el precedente que constituye la sentencia C-013 de 1997, y que mantiene vigencia a pesar del tiempo transcurrido, estimó que:

“en los casos del infanticidio y el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las ya mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la psicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo.”

Aplicar las consecuencias penales sin ningún tipo de atención a las diferencias establecidas, significaría además la revictimización de la mujer. En efecto, una mujer que se

haya embarazada por haber sido víctima de una injusta agresión, recibe un triple impacto, pues a las secuelas físicas y psicológicas del acto sexual abusivo se suman las de un embarazo no deseado y las de consideraciones éticas, morales o religiosas propias y ajenas que sin duda le pueden afectar.

En este punto, es necesario hacer referencia a la intervención de la Procuraduría en la cual se pregunta si la distinción punitiva entre conductas similares vulnera el principio de igualdad, ya que el ordenamiento jurídico ha establecido diferentes circunstancias que no solo atenúan la pena sino que permiten deducir la ausencia de culpabilidad pudiendo incluso llegar a prescindir de la pena.

En este sentido, es pertinente decir que si bien es cierto que, como lo señala en algún punto de su intervención la Vista Fiscal, es necesario que concurren ciertas condiciones que determinen la existencia de culpabilidad, no se puede obviar que es tarea del legislador señalar las conductas y las condiciones en que éstas puedan configurar un ilícito. Tal configuración, haciendo gala del respeto al principio de estricta legalidad, debe ser minuciosamente precisada. Dicha perspectiva, esto es, fijar simplemente conductas básicas a las que se atribuya una consecuencia penal sin contemplar las circunstancias que puedan influir en los diferentes grados de culpa y de afectación a bienes jurídicos no sería admisible en la medida que atenta contra principios constitucionales de un Estado social y democrático de derecho como el nuestro[105].

Eliminar o restringir esta capacidad distintiva del legislador, que le permite elaborar los distintos tipos penales, como lo sugiere la intervención de la Procuraduría para las figuras delictivas bajo estudio, dejando solamente un tipo básico con el argumento de que hay instrumentos jurídico-penales que permiten graduar la sanción, conduciría a establecer, de forma contraria a nuestra Constitución, un derecho penal de máximos, que además redundaría en la exacerbación de la discrecionalidad que se otorgaría a los operadores judiciales, mutilando el principio de estricta legalidad que debe regir en materia punitiva.

Así, es necesario, para garantizar principios constitucionales como el de legalidad y de proporcionalidad, que el legislador ofrezca al operador jurídico las hipótesis claramente delimitadas dependiendo de la política criminal que se diseñe. En muchas circunstancias, no basta entonces, con las atenuantes o agravantes generales que puedan apreciarse en la

parte general del Código Penal, sino que en lo posible es menester describir las conductas que tienen particularidades con sus respectivas consecuencias penales. No se puede desechar que según las reglas que trae la propia normativa penal, en el proceso de individualización de la pena el operador judicial deberá fijar primero los límites mínimos y máximos teniendo en cuenta las reglas contenidos en el artículo 60 de la ley 599 de 2000 y en última instancia se dividirá el ámbito de aplicación de la sanción en cuartos, dentro de los cuales deberá moverse el sentenciador y que en el caso de que sólo concurren circunstancias de atenuación punitiva, determinará la pena dentro del primer cuarto. Esto quiere decir que, siguiendo la argumentación tanto de los demandantes como de la Procuraduría, la pena mínima imponible en el caso del artículo 108, sería mínimo de 400 meses.

La Sala insiste en que no se puede olvidar que en el presente caso, los eventos de muerte o abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, la mujer no actúa en circunstancias normales de motivación sino que, como la propia Corporación ha considerado, sufre un estado de alteración emocional, moral y síquica en medio de las cuales ella comete tales delitos[106]. De esta forma, la opción del legislador fue la de aplicar una pena en atención al evidente atentado contra un bien jurídico, pero atenuada en razón a un menor juicio de culpabilidad, en aplicación de un juicio de ponderación.

Aunado a esto, en relación con el juicio de culpabilidad imbricado con la exigibilidad de otra conducta, debe tenerse en cuenta que la mujer que ha sido víctima de un delito que afecta su autodeterminación y su libertad sexual, y como consecuencia queda en estado de embarazo, implica reconocer también que la sociedad y el Estado fallaron al incumplir su deber de proteger la integridad sexual de esta mujer lo que no puede desconocerse a la hora de extender efectos del reproche penal que se le debe hacer. En efecto no se puede desconocer que la situación que lleva a una mujer a dar muerte o abandonar a su hijo en las circunstancias descritas en los tipos penales demandados, es el resultante del incumplimiento del Estado de su obligación de evitar que las mujeres sean víctimas de violación, abuso sexual o de cualquier forma de fecundación no consentida, así como, la falta de asistencia y acompañamiento, lo que conduce a que el fundamento del reproche social que se expresa en el juicio de culpabilidad se debilite. En este orden de ideas, no conceder consecuencias relevantes a este hecho a efectos de atenuar el reproche de

culpabilidad, y por tanto de la pena, supondría, como ya se hizo referencia, una revictimización de la mujer.

En este sentido, otro factor que atiende el menor castigo previsto en los tipos penales demandados es, dentro del contexto de la punibilidad, el referente a lo que la doctrina ha denominado las “causas personales de exclusión de la pena”[107], que en el caso particular el legislador anticipó no como excluyente sino como atenuante de la pena. Estas “causas personales de exclusión”, en el caso de que ocurran, no impiden la antijuridicidad ni la culpabilidad (entendida como imputación personal) sino sólo la conveniencia político-criminal de la pena por otras razones diferentes a la gravedad de la infracción.

De esta forma, pese a que no se afecta la objetiva relevancia penal del hecho y subsiste la antijuridicidad penal típica, excepcionalmente, al ser cometido por una persona en determinadas circunstancias (las que consagran los artículos 108 y 128) el castigo se reduciría en atención a dichos contextos.

En el caso sub judice, estaríamos ante la consideración de circunstancias particulares de la mujer que actúa en el tipo penal (haber sido víctima de conductas delictivas de alto impacto social como la violación), que harían decaer la necesidad de punición. Esto estaría dentro de la órbita de la autonomía del legislador, como una opción viable de la política criminal del Estado.

En conclusión, contrario a lo que plantean los actores, las normas acusadas no solo no desconocen el derecho a la igualdad, por tratarse de eventos diferentes, sino que son aplicación y desarrollo de este principio al tratar de forma diferente a quienes se encuadran en circunstancias diferentes.

## 10.2. Cargo sobre la vulneración del derecho a la vida

Los demandantes plantean que la disminución de la pena para los delitos de muerte del hijo concebido sin consentimiento, conduce a que la vida del niño que nace fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas tiene menor valor dentro del sistema jurídico, que la vida del resto de niños. De esta forma, atando esta argumentación a la expuesta ante el derecho a la igualdad, sostienen que dicho derecho se ve diezmado al estar menos protegido por la ley penal por

ser más condescendientes con la madre en aquellos casos.

Considera la Corte, que los artículos demandados no desprotegen el derecho a la vida de los niños, ni implican una menor valoración de la vida de aquellos que han sido fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Se debe tener presente, que la diferenciación de trato ocurre, como ya se ha expuesto, en virtud de la especial consideración del sujeto activo, además cualificado -la madre-, lo que no puede entenderse como la promoción ni la estimulación a las mujeres a abortar, dar muerte o abandonar al hijo. Por el contrario, la sanción penal que se le impone como consecuencia de realizar la conducta típica, indica la prohibición y guarda relación con la férrea protección del bien jurídico vida e integridad personal.

Contrario a lo que se aduce por los demandantes y el Procurador General, en este caso la medida de la pena resulta acorde con la finalidad preventiva del derecho penal, la cual está estrechamente ligada a la necesidad de imponer la misma ya que es uno de los principios de las sanciones penales[108]. Al respecto, esta Corporación ha señalado que:

“la potestad punitiva del Estado, así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificados constitucionalmente por la necesidad de ‘garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución’ y para ‘asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo’ (C.N. art. 2º). A través del derecho penal el Estado brinda una protección subsidiaria frente a ciertas agresiones a determinados bienes jurídicos o valores constitucionales, mediante la imposición de penas, cuando estima que es necesario acudir a este mecanismo para brindarles una protección eficaz. Sin embargo, el principio de necesidad lleva a suponer que si la pena es la última ratio de la actividad estatal, este instrumento de protección debe ser útil. De lo contrario, sería suficiente con acudir a otros tipos de instrumentos jurídicos e incluso de sanciones no tan drásticas como la pena.”[109]

En este sentido el legislador ha reconocido en abstracto la necesidad de conminar con pena los delitos demandados para proteger la vida de los menores, pero sin que sea necesario que la pena tenga la misma gravedad de la del homicidio simple o agravado ni

del abandono, ya que se presentó en circunstancias extraordinarias de motivación de la mujer que no requieren la aplicación de una prevención especial mayor a la contemplada por la pena en la respectiva norma, en atención al excepcional contexto que no depende de ella, sino de un delito cometido por un tercero. Tal decisión, que conforme a lo expuesto resulta constitucionalmente legítima, no riñe con la evaluación de necesidad de pena en concreto, la cual queda en cabeza del respectivo operador judicial el cual puede, con base en la dogmática propia del derecho penal renunciar a la pena en casos concretos, verbigracia estado de necesidad justificante o causales de exclusión de culpabilidad.

Al respecto, es oportuno hacer mención a la sentencia C-013 de 1997, que en su momento admitió la regulación diversa de la conducta que atenta contra la vida del hijo fruto de conductas vulneradoras de la libertad sexual y la autonomía personal de la mujer, porque se reconocía la alteración moral y psíquica de la madre, así como las excepcionales circunstancias en medio de las cuales actúa y no porque se considerara la reducción del valor de la vida en dichas circunstancias. Al respecto, en aquella oportunidad se expresó que:

“El legislador en tales hipótesis atempera la sanción que puede ser impuesta por los indicados ilícitos, no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a los artículos 2, 11 y 12 de la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y psíquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos.”[110]

Igualmente, los actores exponen que a raíz de la sentencia C-355 de 2006 que contempló la posibilidad para la mujer de interrumpir su embarazo en los eventos especialmente señalados, la madre de manera previa tuvo la oportunidad de interrumpir el embarazo y al no hacerlo, no puede entonces recibir una pena más benigna. En otras palabras, sostienen que no se justifican los tipos penales acusados si se tiene en cuenta que la mujer tuvo la posibilidad de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo y no esperar a que el niño naciera. Esto se traduciría en la exigencia para la mujer de tomar una decisión dentro de un término específico, bajo la amenaza de la imposición de una pena por parte del Estado.

Considera la Corte, que un sistema penal que concibiera, esta posibilidad sería injusto y resultaría contrario a principios constitucionales. Tal postura desconoce la estructura del delito y las garantías constitucionales que limitan el poder punitivo del Estado. En efecto, las circunstancias que anteceden a la conducta y que dan origen a la diferenciación punitiva no desaparecen porque exista la posibilidad de realizar otro tipo penal previamente, en este caso el de aborto. Las graves secuelas que se derivan para la mujer, que es víctima de una violación o de una inseminación artificial, o de una transferencia de óvulo fecundado no consentidas, no pueden ser desconocidas por el legislador ni dejan de existir porque en un estadio previo pueda terminarse con el embarazo.

De otro lado, la Sala observa que la exigibilidad de la conducta, en cuanto a la culpabilidad debe analizarse desde el punto de vista de un mismo tipo penal y de una misma situación. En este sentido, debe atenderse a las circunstancias en que actuó una mujer después del parto y no retrotraer las posibilidades ad infinitum. Así pues, querer extender las circunstancias al hecho de que la mujer podía abortar, no solo es contrario a la dogmática penal sino a principios básicos de un Estado de derecho como el de la culpabilidad o de tipicidad.

El argumento de que pudiendo interrumpir voluntariamente el embarazo no lo hizo y por eso el legislador no se debe tener ninguna contemplación para castigar con la mayor severidad cualquier situación posterior, olvida que se trata de dos tipos penales con entidad propia y diferenciables (tipicidad).

Igualmente, es oportuno señalar que el desarrollo jurisprudencial ocasionado con la sentencia C-355 de 2006 cambia el panorama del ordenamiento legal, no así el parámetro de control constitucional, esto es, las normas consagradas en la Constitución. En este sentido, tal decisión de la Corte tiene injerencia en la despenalización del aborto ocasionado en tres circunstancias especiales, mas no frente a los delitos contenidos en las normas acusadas, esto es, los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000.

En conclusión, la tipificación de las conductas contenidas en los artículos demandados, son producto de la decisión del legislador de disminuir la intensidad del reproche punitivo a las mujeres que se encuentran en las circunstancias descritas por el tipo sin que esto conduzca a la desprotección del bien jurídico vida e integridad personal. Una interpretación diferente

resultaría equivocada ya que lo que determina la menor punibilidad, son las circunstancias del sujeto activo de la conducta y no una desvaloración del bien jurídico protegido. En este sentido, la Corte no considera que exista la vulneración alegada del derecho a la vida.

### 8.3. Cargo relativo a la vulneración de interés superior del menor

Como ya se ha explicado, en virtud del principio del “interés superior del niño”, los menores de edad son sujetos de una protección especial, que de conformidad con las normas que integran el bloque de constitucionalidad y el artículo 44 de la Carta, se manifiesta en la obligación impuesta a la familia, la sociedad y el Estado, de garantizarles, tanto sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud, a una alimentación equilibrada, al cuidado y amor, a la educación, a tener una familia y no ser separado de ella; como, su desarrollo libre, armónico e integral, protegiéndolos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos[111].

Ineludiblemente la muerte y el abandono de niños por parte de la madre, desconoce los postulados de protección especial que pesa sobre ese grupo de la población, razón por la cual se justifica, como efectivamente ocurre, la tipificación penal y sanción de tales conductas. Es indispensable reiterar en este punto, que en el caso concreto no estamos ante normas que contienen eximentes de responsabilidad sino normas con un tratamiento punitivo diferenciado en virtud de una valoración a priori de circunstancias particulares del hecho. No se asiste tampoco a tratos privilegiados que eleven la intención de cometer la conducta penal descrita en el tipo acusado, de tal forma que lo que se hace es valorar una circunstancia específica que no puede ser ignorada.

En este sentido, no se trata de la misma circunstancia analizada en la sentencia C-468 de 2009 y que los demandantes esgrimen para sustentar sus argumentos en favor del interés superior del menor. En efecto, en aquella oportunidad la norma demandada (artículo 127 de la ley 599 de 2000) dejaba sin pena alguna el abandono de un menor que fuera mayor de 12 años, sin ninguna justificación. En dicha ocasión, la Corte entendió que el criterio distintivo utilizado por el legislador en la norma acusada, se basaba exclusivamente en la edad del niño, por lo que no resultaba razonable y proporcional a la protección del menor[112]. Acertadamente, este Tribunal consideró que reducir el sujeto pasivo de la

conducta a la edad de 12 años resultaba en “una evidente disminución del régimen de protección de los adolescentes, mayores de 12 años y menores de 18, que resulta inconstitucional, y que va en contravía del deber que le asiste al Estado de adoptar medidas de protección dirigidas a garantizar su desarrollo armónico e integral.”[113].

En la jurisprudencia que se acaba de mencionar y en general cuando se ha hecho un análisis similar en conductas penales que incluye a menores de edad como sujetos pasivos de las mismas[114], las condiciones estaban estrictamente relacionados con dicha situación de minoridad y no había elementos adicionales de configuración normativa. En este caso como se ha indicado, la diferenciación no obedece, como en el asunto analizado en sentencia C-468 de 2009, a la edad del niño, sino a las circunstancias que inciden en la comisión de la conducta punible por parte de la madre. Igualmente, a diferencia del mencionado caso, en el que la vida y la integridad de los mayores de 12 años quedaban sin protección penal, en el presente asunto, sigue existiendo la protección al bien jurídico del menor, ya que sigue existiendo tipo penal con la respectiva sanción solo que atenuada.

Aunado a los argumentos que se han expuesto en los cargos sobre igualdad y vida resta exponer que el interés superior del menor, constituido a partir del mandato constitucional del artículo 44, es un criterio hermenéutico que guía el estudio interpretativo de los derechos de los niños según el cual los derechos de estos deben prevalecer sobre los de los demás con la intención de procurar su bienestar. Esto no puede significar que los derechos de los niños impliquen la negación o anulación de los derechos de los demás. En el presente caso, el legislador tomó en cuenta la vida e integridad del menor para aplicarle una consecuencia jurídico-penal ante su vulneración, no obstante dicha consecuencia penal se encuentra reducida en atención a las circunstancias y condiciones particulares que presenta la acción, sin que implique, como se ha expuesto, la desprotección de los menores o la consideración de una menor valoración de su vida e integridad. Ante estas circunstancias, la Corte no encuentra vulneración del interés superior del menor con los artículos demandados por lo que el cargo tampoco está llamado a prosperar.

Por último para la Corte, desde el punto de vista de la proporcionalidad y la racionalidad, tanto el fin como el medio no están constitucionalmente prohibidos, y el medio escogido resulta adecuado, para alcanzar el fin propuesto.

En efecto, el fin y el medio de la medida hacen parte de la potestad legislativa en materia de política criminal, luego no existe prohibición para determinar las penas y los elementos típicos. Más aún, lo que se hace es tener en cuenta principios constitucionales a la hora de elaborar los tipos penales demandados, particularmente el principio de culpabilidad y el de tipicidad, este último enmarcado dentro del principio de legalidad.

En cuanto al medio escogido, se tiene que es adecuado. La pretensión con la penalización de conductas es la de proteger bienes jurídicos y evitar que se atente contra ellos. En este caso, se busca proteger el bien jurídico vida el cual ante su vulneración deja incólume una sanción que puede ser agravada por las circunstancias de indefensión y de parentesco que conforme a las reglas del Código Penal va de los 33 a los 50 años. No obstante, siguiendo el principio de culpabilidad y el de legalidad, el legislador ha considerado que en los eventos de muerte o abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, la mujer no actúa en circunstancias normales de motivación sino que, como la propia Corporación ha considerado, sufre un estado de alteración emocional, moral y síquica en medio de las cuales ella comete tales delitos[115]. De esta forma, la opción del legislador fue la de aplicar una pena en atención al evidente atentado contra un bien jurídico, pero atenuada en razón a un menor juicio de culpabilidad en aplicación a un juicio de ponderación. De esta forma se sigue protegiendo la vida, pero se atiende necesariamente a las particulares circunstancias que rodean la comisión del tipo penal para, en este caso, morigerar la pena.

Al respecto, es oportuno insistir en que de no contemplarse esa distinción, la pena imponible sin ningún tipo de miramientos sería mínimo de 33 años de efectivo cumplimiento en atención al artículo 199 del Código de la infancia que proscribió cualquier tipo de beneficio en los delitos que se cometen contra bienes jurídicos como la vida y la integridad de los menores. Esto sin duda alguna resultaría desproporcionado y no respetaría el principio de culpabilidad que debe atenderse en un Estado social y de derecho.

## 11. Conclusión

En resumen, en el caso en estudio, la Corte reiteró que cuando existe un pronunciamiento previo que declara la exequibilidad de la norma demandada cuyo contenido normativo es

igual al actualmente atacado, no es obligatorio para la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia anterior, sino que tiene varias opciones. La primera es respetar el precedente y seguir la ratio decidendi derivando en la misma decisión anterior. La segunda, es abordar un análisis de fondo a través del cual la Corte exponga las razones, similares o diferentes, por las cuales llega a la misma conclusión del precedente o una diferente.

En todo caso, la Sala consideró que se apreciaban claramente tres diferencias al comparar los artículos de la legislación anterior con los del código penal actual: además de que agrega las especificaciones de “acto sexual sin consentimiento”, por una parte, la normativa vigente alude a un elemento que no hacía parte del anterior, la “transferencia de óvulo fecundado” y por otra, se hace referencia a una pena diferente en cuanto a que es superior a la anteriormente contemplada. Así mismo, constató que produjo un cambio del contexto jurídico, con la expedición de un nuevo Código Penal en el que incluyeron las normas acusadas. Igualmente, estimó que las razones o cargos que llevaron a la anterior demanda si bien son similares, difieren en cuanto a que los primeros estaban dirigidos en conjunto, no solo a cuestionar las conductas punibles sobre el recién nacido sino que incluían un reproche contra las normas que regulaban el aborto en determinadas circunstancias. Por lo mismo, el análisis que desarrolló la Corte en dicha oportunidad hace más de tres lustros, se hizo argumentativamente en conjunto, atando su razonamiento al análisis de los otros tipos penales demandados, que formaban parte del anterior Código Penal. Ante estas circunstancias, decidió entrar en el análisis de fondo de los cargos.

Así, respecto del cargo de igualdad esta Corporación señaló que no se puede admitir la aplicación de consecuencias jurídicas iguales a circunstancias fácticas diferentes. Consideró, que los tipos penales que se analizan, están rodeados de una serie de elementos típicos que modifican radicalmente tanto el tipo penal básico de homicidio como el de abandono. En su análisis, la Corte encontró que en los artículos demandados se contemplan la situación particular de la madre que ha sido objeto de una vulneración de su voluntad, constituyéndose en delitos con motivaciones, características y circunstancias determinantes diversas en el presente caso, los eventos de muerte o abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, la mujer no actúa en circunstancias normales de motivación sino que, como la propia Corporación ha considerado, sufre un estado de alteración moral y

síquica en medio de las cuales ella comete tales delitos, al que se agrega la desprotección del Estado en prevenir ese tipo de atentados contra la integridad de la mujer.

De esta forma, determinó que las normas acusadas no solo no desconocen el derecho a la igualdad, por tratarse de eventos diferentes, sino que son aplicación y desarrollo de este principio al tratar de forma diferente a quienes se encuadran en circunstancias diferentes.

En cuanto al cargo por vulneración del derecho a la vida, la Corte reiteró la inviolabilidad de la vida como derecho fundamental y su trascendencia para luego establecer que los artículos demandados no afectan el derecho a la vida de los niños, ni implican una menor valoración de la vida de aquellos que han sido fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Por el contrario, la tipificación de las conductas contenidas en los artículos demandados, son producto de la decisión del legislador de disminuir la intensidad del reproche a las mujeres que se encuentran en las circunstancias descritas por el tipo sin que esto conduzca a la desprotección del bien jurídico vida e integridad personal.

La Corte estimó que una interpretación diferente resultaría equivocada ya que lo que determina el menor reproche son las circunstancias del sujeto activo de la conducta y no una desvaloración del bien jurídico protegido. En este sentido, la Corte no considera que exista la vulneración alegada del derecho a la vida.

Frente al cargo relativo a la vulneración del interés superior del menor, la Corte recalcó la necesidad de la protección especial otorgada a los menores y la importancia de que se proteja su vida e integridad desde el ordenamiento penal como efectivamente ocurre a través de distintitos tipos penales, si bien algunos, como los demandados, contiene un tratamiento punitivo diferenciado en virtud de la valoración a priori de circunstancias particulares del hecho. No obstante, la Sala Plena consideró que no se encontraba frente a un trato privilegiado injustificado que implique la vulneración de derechos de los niños por lo que señaló la constitucionalidad de la norma ante el respectivo cargo.

Por último, para la Corte, desde el punto de vista de la proporcionalidad y la racionalidad, tanto el fin como el medio no están constitucionalmente prohibidos, y el medio escogido resulta adecuado, para alcanzar el fin propuesto.

## VI. DECISION

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

### RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES en los términos de esta Sentencia y por los cargos analizados, los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Ausente con permiso

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

A LA SENTENCIA C-829/14

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Norma acusada debió ser declarada inexecutable y retirada del ordenamiento jurídico (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-La cuestión a resolver era si resultaba admisible el nuevo enfoque punitivo, pero en los claros, concretos y precisos términos de los artículos 108 y 128 del Código Penal (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-La Sala Plena optó por declarar la exequibilidad de una disposición cuyo contenido, alcance y consecuencias jurídicas se abstuvo de determinar y evaluar (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-La determinación adoptada en el fallo se sustentó en un supuesto que carece de referente en el derecho positivo (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-La Sala Plena asentó la justificación de los tipos penales en un componente que no era jurídicamente relevante para la configuración de los delitos analizados (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Análisis constitucional emprendido por la Sala Plena resulta al menos incompleto e insuficiente (Salvamento de voto)

DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Tipos de efectos jurídicos de la consagración de los delitos examinados (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Disminución punitiva sí se justificaba, pero en razón de las circunstancias extremas de la mujer que es violada y sometida a un embarazo forzado (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO

FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Ausencia de sanción para la infracción al deber de denuncia tiene como efecto directo la inactividad estatal en la investigación y sanción de tales conductas delictivas (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Es preocupante que este tribunal legitime, a través de una declaratoria de exequibilidad, medidas que se inscriben dentro de lo que se ha denominado “derecho penal simbólico” (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Simular una prohibición penal para dejar en situación de indefensión jurídica a recién nacidos que son fruto de una violación, hace nugatorio y vacía de todo contenido el interés superior del menor, la supremacía de sus derechos frente a los de los demás, y el deber reforzado de la familia, de la sociedad y del Estado, de brindarles protección y asistencia (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-Desconocimiento de la consideración de la víctima como elemento fundamental en la definición de los delitos y las penas (Salvamento de voto)

DEMANDA SOBRE DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS-La situación del sujeto activo del delito debía ser articulada con la gravedad de la infracción, con los bienes jurídicos que se encuentran comprometidos, y con los derechos e intereses de las víctimas de tales comportamientos (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-10171

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”, modificados por el artículo 14 de la Ley 980 de 2004, “por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”

Mónica María Pedraza Rodríguez, Ana Yuliana Cortés González, Ana María Barón Mendoza, David Andrés Gómez Fajardo y Nicolás Eduardo Ramos Calderón

Magistrada Ponente:

Martha Victoria Sáchica Méndez

Con el acostumbrado respeto, expongo las razones por las cuales me aparto de la decisión de la Sala Plena de la Corte Constitucional de declarar la exequibilidad de las disposiciones legales que tipifican los delitos de muerte y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. No obstante que en principio debe existir un tratamiento punitivo especial en las hipótesis delictivas objeto de estudio frente al régimen general del homicidio y del abandono de menores, la fórmula legislativa que concretó esta directriz se opone a la preceptiva constitucional, y por tanto, debía ser declarada inexecutable y retirada del ordenamiento jurídico.

Mi disenso con la sentencia se predica tanto de la aproximación conceptual al debate planteado en el proceso, como de la decisión adoptada en el fallo judicial.

1. Con respecto al primer tipo de discrepancias, considero que la base decisional de la declaratoria de exequibilidad es inapropiada al menos desde tres puntos de vista:

1.1. Por una parte, la Corte no acertó al acotar el objeto de su pronunciamiento, pues, para evaluar y determinar la constitucionalidad de los preceptos demandados, el problema jurídico a resolver no era si, en general se justifican las disminuciones punitivas establecidas en razón de graves afectaciones emocionales que aquejan al autor de un hecho punible cuando comete la conducta delictiva, ni tampoco si, considerada en abstracto, la circunstancia de haber sido víctima de un acceso carnal violento o abusivo, o de una inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, puede tener incidencia en la dosificación de la condena, cuando la progenitura da muerte o abandona a los hijos recién nacidos que son fruto de tales comportamientos[116]. La cuestión a resolver era, por el contrario, si resultaba admisible el nuevo enfoque punitivo, pero en los claros, concretos y precisos términos de los artículos 108 y 128 del Código Penal.

Los interrogantes teóricos abordados por la Sala Plena, por lo demás ya previstos de manera general en la propia legislación penal mediante la previsión de figuras como las circunstancias de menor punibilidad (art. 55 CP.), la situación de marginalidad, pobreza o ignorancia extrema con incidencia directa en la realización del delito (art. 56 CP.), o la ira o el intenso dolor en la realización de la comisión de un hecho punible (art. 57 CP.), no eran el objeto de la litis, como se supuso en la sentencia.

Por el contrario, la controversia versaba sobre la constitucionalidad de las atenuaciones punitivas, no consideradas en abstracto, sino en las condiciones específicas de los preceptos impugnados. Pero justamente, este cuestionamiento del que debía depender el juicio de validez, no fue abordado por la Sala Plena de esta Corporación. Partiendo de este problema de base en la definición de la litis constitucional, el análisis sobre la presunta vulneración de los derechos a la igualdad, a la vida y del interés superior del menor, no se estructuró en torno a los artículos 108 y 128 del Código Penal, sino en torno a la viabilidad de un tipo penal atenuado, independientemente de los términos concretos de la tipificación.

Por este mismo motivo, cuando la Corte pretendió efectuar el test de proporcionalidad de la medida legislativa cuestionada, se limitó a reproducir el esquema conceptual y procedimental de esta metodología, pero sin aplicarlo específicamente a los artículos 108 y 128 del Código Penal. Así, en el fallo se afirma que los tipos penales impugnados responden a fines que “no están constitucionalmente prohibidos”, que “el medio escogido resulta adecuado para alcanzar el fin propuesto”, y que en general, ambos delitos están amparados por la libertad de configuración legislativa y atienden al principio de culpabilidad, legalidad y tipicidad. Sin embargo, como esta aproximación deja abiertas todas las cuestiones centrales que usualmente son resueltas a través del test de proporcionalidad, en últimas este tribunal determinó la razonabilidad de dos preceptos legales de cuyo contenido se prescindió: ¿cuáles son los efectos jurídicos de la consagración de dos delitos especiales, distintos del homicidio y del abandono ordinario?; ¿cuál es el alcance de rebaja en la sanción penal?; ¿en razón de qué circunstancias el legislador efectuó la dosificación, y a qué finalidad responde?; ¿la tipificación así establecida guarda correspondencia con todos los factores que a la luz del ordenamiento superior deben incidir en la determinación de las penas? La evaluación de la Corte pasó por alto todas estas variables de análisis.

Paradójicamente, entonces, la Sala Plena optó por declarar la exequibilidad de una disposición cuyo contenido, alcance y consecuencias jurídicas se abstuvo de determinar y evaluar.

1.2. Por otro lado, la determinación adoptada en el fallo se sustentó en un supuesto que carece de referente en el derecho positivo.

En efecto, la Sala Plena estimó que la consagración de los delitos de muerte y abandono de hijo fruto de violación o comportamiento equiparable, con una sanción disminuida respecto de la prevista para los delitos de homicidio y abandono ordinario, se justificaba en razón de la grave afectación emocional, síquica y anímica de la mujer que queda embarazada con ocasión de hechos que violentan su integridad personal. En este sentido, se afirma que “el legislador tuvo en cuenta dentro de los artículos demandados el estado anímico de una mujer que da a luz un hijo fruto de una relación consentida, el cual no es el mismo del de aquella que ha quedado en estado de embarazo fruto de una situación no consentida y en los que incluso queda comprometida gravemente su integridad (...) la mujer no actúa en circunstancias normales de motivación sino que, como la propia Corporación ha considerado, sufre un estado de alteración emocional, moral y síquica en medio de las cuales ella comete tales delitos”.

Sin embargo, los tipos penales examinados establecen la atenuación, no en razón del elemento subjetivo que la Corte dio por supuesto, sino en función de la confluencia de otros tres factores, de naturaleza objetiva y sustancialmente distintos, a saber: (i) la producción de la muerte o el abandono durante el nacimiento del niño o dentro de los ocho días siguientes; se trata entonces de un criterio temporal, seguramente, en consideración a que durante este lapso de tiempo aún no se ha afianzado ni consolidado el vínculo filial, que haría más reprochable el abandono o la supresión de la vida del propio hijo; (ii) la circunstancia de que el niño al que se da muerte o se abandona, es fruto de un acto violento en contra de la progenitura; frente a este elemento del tipo, el legislador pudo haber considerado que este hecho, provoca una carga desproporcionada a la progenitura, al tener asumir el rol de madre sin haber mediado su voluntad; (iii) finalmente, el sujeto activo del delito es únicamente la progenitora; de este modo, entonces, el parentesco constituye un criterio para la reducción de la sanción penal, en atención a que dentro de la organización social, las madres asumen la mayor carga en la atención, crianza y cuidado de

los niños. Así, son estos factores objetivos los elementos constitutivos de los tipos penales demandados, y no la afectación emocional de la madre, que puede darse o no, o estar presente con distintos niveles de intensidad, sin que de ello dependa la configuración de los delitos examinados.

Paradójica e inexplicamente, y pese a que la disminución punitiva se estableció en función de estos elementos objetivos contemplados expresamente en los artículos 108 y 128 del Código Penal vigente, la Sala Plena pasó por alto esta circunstancia y asentó la justificación de los tipos penales en un componente que no era jurídicamente relevante para la configuración de los delitos analizados, y que en la vida real no siempre está presente cuando se comete el hecho punible, como es la grave alteración en el estado anímico, mental y síquico de la madre que suprime la vida o abandona su hijo. Tan es así que cuando efectivamente se presenta la conmoción emocional que en el fallo se da por sentada, como cuando se obra en “estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso”, bajo “la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible”, o “en estado de ira o de intenso dolor causados por comportamiento ajeno grave e injustificado”, habría lugar, además, a las disminuciones punitivas previstas en los artículos 55 y 57 del Código Penal, y que pueden llegar a ser hasta la mitad del máximo de la pena establecida para los delitos objeto de examen.

Estimo, como lo expresé desde un principio, que el legislador podía tener en consideración la grave afectación emocional que produce el hecho de haber dado a luz un hijo que es fruto de una violación, de un acceso carnal abusivo o de una inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Sin embargo, para ello era necesario que la medida legislativa se estructurara directamente sobre la condición anímica de la progenitura, para que, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se contemplaran las correspondientes atenuaciones punitivas. En este caso, sin embargo, los tipos penales fijaron la disminución punitiva a partir de elementos puramente objetivos, que, como expondré más adelante, se traducen en la desprotección penal de los recién nacidos, quienes no sólo se encuentran en una muy especial situación de debilidad, vulnerabilidad y desamparo, sino que además son ajenos a las circunstancias en las que se produce la conducta de la madre.

De este modo, el razonamiento en que se amparó la decisión de la Corte parte de una falsa

premisa que no tiene correspondiente en el derecho positivo, y que si bien puede entenderse vinculada al objeto de las disposiciones acusadas, no podía presumirse incorporada a los tipos penales en ellas previstos. Esta incorporación tiene desafortunadas y notables consecuencias, tanto simbólicas como materiales, en la protección debida a sujetos que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, como los niños.

1.3. Finalmente, la exploración de la Sala Plena se concentró en el vínculo entre la disminución punitiva prevista en los preceptos demandados, y uno de los elementos de los delitos consagrados en las disposiciones demandadas, a saber, la circunstancia de que el niño que se abandona o cuya muerte se provoca, es el resultado de un acceso carnal violento o abusivo, o de una inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida. Sin embargo, como los referidos tipos penales se estructuran también en función de la edad de la víctima y del parentesco entre ésta y el victimario, el análisis constitucional emprendida por la Sala Plena resulta al menos incompleto e insuficiente, porque dejó de lado tales componentes.

Así por ejemplo, cuando se evalúa el cargo por la presunta infracción del principio de igualdad, la Corte efectuó el ejercicio de confrontación entre dos hipótesis específicas: la muerte o el abandono de niño del recién nacido que no es fruto de una violación o de un acto violento equiparable, y la del niño recién nacido que sí lo es. Este cotejo no agota el análisis que correspondía efectuar a este tribunal, pues como los hechos punibles analizados se estructuran en función de la edad del sujeto pasivo, había que cotejar, por ejemplo, la muerte y el abandono de recién nacidos hasta los ocho días, frente a la muerte y el abandono de niños que superan esta edad, sean o no sean fruto de un acceso carnal violento o abusivo o de una inseminación artificial o de una transferencia de óvulo fecundado no consentida. Téngase en cuenta, además, que este tipo de cotejo efectuado por la Sala Plena es impreciso, porque cuando se abandona o da muerte a niños que tienen más de ocho días de nacidos no opera la disminución punitiva, y la circunstancia de que la víctima del delito haya sido fruto de una violación, de un acceso carnal abusivo o de una inseminación no consentida, carece de relevancia; el análisis de la Sala Plena no tuvo en cuenta esta circunstancia.

Lo mismo ocurre con la exigencia legal sobre el vínculo entre el sujeto activo y la víctima del delito, ya que la disminución punitiva prevista en los preceptos demandados

únicamente opera cuando quien abandona o suprime la vida del recién nacido, es la propia progenitura. Este requerimiento era relevante en el juicio de constitucionalidad, al menos desde dos puntos de vista, pues, por un lado, en los padres recaen todas las cargas y deberes propios de la filiación, pero por otro, el vínculo filial ha sido considerado por el ordenamiento jurídico como una causal de agravación punitiva, cuando existe una relación de este tipo entre el agresor y la víctima. Nuevamente, la Sala Plena prescindió del análisis que cabía realizar a partir de la exigencia legal mencionada.

1.4. Así pues, paradójicamente la Corte dirimió la controversia sobre la constitucionalidad de los artículos 108 y 128 del Código Penal, haciendo abstracción del contenido y alcance de tales disposiciones. Como consecuencia de este déficit, se terminó por justificar los referidos preceptos a partir de un elemento que se dio por supuesto, pero que en realidad no se incorpora en los tipos penales impugnados, como es la grave afectación emocional y psicológica de la progenitura y autora de los delitos objeto del pronunciamiento, y en cambio, el análisis pasó por alto los elementos estructurales de las referidas disposiciones.

2. En segundo lugar, me aparto de la decisión de declarar la exequibilidad de los preceptos impugnados, porque aun cuando la circunstancia extrema de haber sido objeto de un acceso carnal violento o abusivo, o de una inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas, debe tener implicaciones en la tipificación de las conductas y en la asignación de las sanciones por las conductas ejecutadas en contra de los niños que son fruto de tales actos violentos, los términos de la tipificación y de la disminución punitiva son incompatibles con los principios básicos que, desde una perspectiva constitucional, deben orientar la definición de la política criminal del Estado.

2.1. En efecto, la consagración de los delitos examinados tiene cuatro tipos de efectos jurídicos.

2.1.1. De una parte, en el caso específico del artículo 108 del Código Penal, la conducta allí prevista, la de dar muerte al hijo, se sustrae de las distintas formas de homicidio (simple, agravado, doloso y preterintencional), y se califica simplemente como “muerte de hijo”, pese a la coincidencia en el verbo rector y en el comportamiento de ambos hechos punibles, relativo a la supresión de la vida humana independiente. Con ello, la ley penal, y también la Corte al declarar su exequibilidad, transmiten un mensaje errado sobre el valor

de la humana en sus fases primigenias, y sobre la legitimidad de la supresión de la vida en circunstancias apremiantes como las descritas en los tipos penales.

2.1.2. Esta alteración, en principio solo de orden nominativo, tiene repercusiones importantes y significativas cuando la ley penal vincula o hace depender algún efecto jurídico, del tipo de infracción cometida. A título meramente ilustrativo, se encuentran los siguientes: (i) la infracción al deber de denuncia no es sancionada penalmente, porque el delito de “omisión de denuncia de particular”, previsto en el artículo 441 del Código Penal, opera cuando versa sobre las distintas modalidades de homicidio, más no cuando se refiere al delito de “muerte de hijo”[117]; (ii) tampoco son aplicables las limitaciones y prohibiciones a los beneficios y subrogados penales previstos en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia para los delitos de homicidio simple y agravado contra niños; en efecto, el legislador optó por prohibir una amplia gama de beneficios y subrogados penales cuando el delito que se investiga o se juzga es homicidio o lesiones personales dolosas, secuestro, acceso carnal violento o abusivo, actos sexuales abusivos o proxenitismo, y la víctima es un niño; no obstante, en razón de la nominación legal, que califica la conducta típica como “muerte de hijo”, y no como una modalidad de homicidio, estas restricciones no tienen aplicación cuando se suprime la vida del hijo recién nacido que es el resultado de una violación o de un comportamiento asimilable[118]; dentro de estos beneficios y subrogados se encuentran, a modo de ejemplo, las medidas no privativas de la libertad como medida de aseguramiento, la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención en el lugar de la residencia, la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad por reparación integral de la víctima, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional, la sustitución de la ejecución de la pena, las rebajas de pena otorgadas en razón de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, y la redención de la pena por trabajo, estudio, enseñanza, actividad literaria, deportiva, artística o en comité internos; (iii) tampoco proceden los incrementos punitivos asociados al homicidio, como cuando el prevaricato se realiza en el contexto de una actuación judicial o administrativa relativa a aquel hecho punible[119], cuando el encubrimiento versa sobre este tipo penal[120], o cuando se favorece la fuga de personas detenidas, capturadas o condenadas por el mismo delito[121]; sin embargo, no sucede lo propio cuando el delito es el de “muerte de hijo”, justamente porque no es considerado como una modalidad de homicidio

2.1.3. El tercer efecto básico de la previsión normativa es la reducción de la sanción, así: (i) Al delito de “muerte de hijo” corresponde una pena de prisión entre 64 y 108 meses, es decir, entre 5,3 y 9 años, mientras que la misma conducta, sin la atenuación punitiva, tendría entre 400 y 600 meses, es decir, entre 33,3 y 50 años, por tratarse de un homicidio agravado en razón de que el sujeto pasivo se encuentra en situación de indefensión, y en razón del parentesco entre la víctima y el victimario; (ii) por su parte, al tipo especial atenuado de abandono corresponde una pena privativa de la libertad entre 16 y 54 meses, es decir, entre 2,6 y 4,5 años, mientras que de ordinario, la condena oscila entre los 32 y 108 meses, equivalentes a 2,6 y 9 años.

2.1.4. Finalmente, en la medida en que la ley penal hace depender algunos efectos jurídicos de la dosificación de la pena privativa de la libertad, la atenuación punitiva tiene, de manera consecencial, otras repercusiones importantes, particularmente en el acceso a la suspensión de la ejecución de la pena[122], a la libertad condicional[123], y a la redención de la pena por trabajo, estudios, enseñanza y actividades literarias, artísticas, deportivas y en comités internos.

2.2. El análisis anterior permite entonces establecer la dimensión de las medidas legislativas cuestionadas por los accionantes en este proceso judicial, e identificar el alcance y los efectos jurídicos de la consagración de dos tipos penales especiales, diferentes del homicidio agravado y del abandono común. El suscrito considera que las condiciones normativas anteriores son incompatibles con los principios constitucionales que orientan la definición de la política criminal, por las siguientes razones:

Primero, la fórmula legislativa establece una disminución punitiva, no en razón de las circunstancias apremiantes y extremas que atraviesa una mujer cuyo embarazo es el resultado de un acto violento y no voluntarios, sino en razón de la condición del recién nacido. Con ello, el legislador acoge y difunde la idea de que el valor de la vida humana está en función de su grado de madurez y evolución, y que por tanto, en las etapas tempranas de la vida, su eliminación no configura un homicidio, y no amerita las penas que a éste le corresponden. Insisto nuevamente en que la disminución punitiva sí se justificaba, pero en razón de las circunstancias extremas de la mujer que es violada y sometida a un embarazo forzado.

Además, el efecto jurídico de los artículos 108 y 128 del Código Penal dista mucho de ser una inocente disminución en la cuantía de la condena, como parece haber asumido la Sala Plena. Las condiciones de la penalización son tales, que puede afirmarse que el diseño normativo conduce, en la práctica, a la inaplicación de los referidos tipos penales, los cuales parecerían haber sido concebidos con el propósito de que careciesen del efecto preventivo o punitivo propio del derecho penal.

A diferencia de lo que ocurre con los delitos de homicidio, las personas que tienen conocimiento del abandono especial y de la “muerte de hijo”, y no lo reportan, no son objeto de ninguna sanción. Esto, que para otros delitos no impide la activación del aparato investigativo y represivo del Estado, en esta hipótesis sí reviste una especial gravedad, en atención a las siguientes circunstancias: (i) cuando el infanticidio se produce en los primeros días de vida extra-uterina, por lo general el nacimiento ha ocurrido por fuera de las instituciones sanitarias, y por tanto, no existe ningún registro oficial, ni del nacimiento, ni de la existencia de un nuevo individuo, ni de su desaparición o muerte[124]; (ii) en edades tan tempranas de la vida, la supresión de la vida del niño y la desaparición de su cuerpo pasa fácilmente desapercibida, y además, el infanticidio puede ser confundido con una muerte natural, y especialmente con la muerte súbita[125]. La confluencia de estas circunstancias hace que la ausencia de sanción para la infracción al deber de denuncia, tenga como efecto directo la inactividad estatal en la investigación y sanción de tales conductas delictivas.

En circunstancias excepcionales, no obstante, es posible que llegue a la Fiscalía la noticia criminal. Los medios de comunicación, por ejemplo, han documentado casos en los que por alguna casualidad, un reciclador o un habitante de la calle encuentra un recién nacido muerto en una bolsa plástica en una calle de una ciudad o en un basurero, y se reporta el hallazgo. En estas hipótesis se podría activar la función represiva del Estado[126]

Sin embargo, dada la procedencia de la totalidad de los beneficios y subrogados penales previstos en la legislación, que en cambio no están contemplados para el homicidio de menores en virtud de la prohibición del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, es posible que la progenitora que ha abandonado o que dio muerte a su hijo, no tenga ninguna medida privativa de la libertad durante el trámite del procedimiento penal, o que incluso, en aplicación del principio de oportunidad, se extinga la acción penal,

cuyo acceso se facilitaría por la circunstancia de que no hay lugar a ninguna reparación integral de la víctima, porque el sujeto pasivo del delito falleció.

Una vez se determina la responsabilidad de la mujer que provocó la muerte o que abandonó a su hijo recién nacido, las penas a imponer son del siguiente talante: para el caso del delito de muerte de hijo, en principio la condena debería oscilar entre los 4,5 y los 9 años de prisión. Por su parte, al delito de abandono especial corresponde una pena de prisión entre 2,6 y 4,5 años.

No obstante, como quiera que según la misma legislación opera una disminución punitiva cuando se obra en estado de ira e intenso dolor como consecuencia de un obrar ajeno grave e injustificado, como precisamente puede ocurrir cuando el niño cuya muerte se provoca o que es abandonado es fruto de un acceso carnal violento o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, estas penas se traducen, respectivamente, en nueve y tres meses de prisión.

Pero incluso tal pena podría dejar de existir, porque se puede solicitar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a la libertad condicional, y a la sustitución de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y porque además, se puede redimir la pena de nueve meses de prisión con trabajo, estudios, enseñanza, o actividades literarias, artísticas, deportivas y en comités internos.

2.3. Así las cosas, lo que a juicio de la Sala Plena era tan solo una disminución punitiva razonable, constituye en realidad una despenalización velada, que operó tras la fachada de la tipificación de dos tipos penales especiales, porque el diseño legislativo estuvo orientado a la inutilización y a la inaplicación de la propia ley.

El suscrito estima particularmente preocupante que este tribunal legitime, a través de una declaratoria de exequibilidad, medidas que se inscriben dentro de lo que se ha denominado “derecho penal simbólico”, en las que el legislador opta por dar la “apariencia de protección de bienes jurídicos, cuando en realidad el objetivo de la pena es tranquilizar a la ciudadanía”[127], y que esta misma Corporación ha rechazado vehementemente en otras oportunidades.

Así como la Corte ha descalificado este tipo de estrategias indebidas en contextos en los

que se agravan penas o se tipifican nuevos delitos para dar la apariencia al conglomerado social que el Estado ha adquirido un compromiso genuino con la vida y bienes de las personas, y con la seguridad y la convivencia ciudadana, cuando en realidad la medida legislativa no ofrece ningún beneficio en este sentido ni está destinada a ser aplicada, el uso ilegítimo del derecho penal también se presenta cuando tras la fachada de dos tipos penales que aparentemente sancionan la supresión de la vida y el abandono de niños recién nacidos, las condiciones de la tipificación anulan, ellas mismas, la posibilidad de reprimir tales conductas. Y como ya se ha demostrado, en esta oportunidad los artículos 108 y 128 del Código Penal únicamente dan la apariencia la protección de la vida e integridad de los recién nacidos que son fruto de una violación, pero en el fondo, no pasan de ser permisiones encubiertas, y de factores que perpetúan la impunidad y el silencio frente a hechos intrínsecamente graves que provocan daños irreparables.

2.4. Simular una prohibición penal para dejar en situación de indefensión jurídica a recién nacidos que son fruto de una violación, hace nugatorio y vacía de todo contenido el interés superior del menor, la supremacía de sus derechos frente a los de los demás, y el deber reforzado de la familia, de la sociedad y del Estado, de brindarles protección y asistencia.

No puede sostenerse el interés del menor y la prevalencia de sus derechos, cuando al mismo tiempo se afirma que en razón de las posibles afectaciones emocionales de sus progenitoras, la supresión de su vida o su abandono durante el nacimiento o durante sus primeros días de vida extrauterina, configura un delito que, en últimas, hace nugatoria la respuesta del Estado.

Tampoco puede afirmarse el deber constitucional de la familia, de la sociedad y del Estado de proteger a los niños, si por otro lado se avalan medidas que implican el vaciamiento de tales responsabilidades, como cuando la privación de la vida o el abandono de un segmento de niños, quizás los más vulnerables, no deben ser denunciados o informados, y cuando la sanción penal se torna inoperante por disposición misma del derecho positivo.

2.5. De igual modo, los preceptos demandados, al estructurar el tipo y la sanción penal en función de una presunta circunstancia específica del sujeto activo del delito, y al pasar por alto las demás variables que el legislador debía tener en cuenta al concretar la política criminal del Estado, desconoció la consideración de la víctima como elemento fundamental

en la definición de los delitos y las penas.

En efecto, el derecho penal contemporáneo no solo se edifica a partir de los derechos de los autores de los delitos, sino también, y fundamentalmente, a partir de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. En el proceso penal, por ejemplo, el reconocimiento de estos sujetos ha tenido dos tipos de proyecciones: por un lado, una dimensión procedimental asociada a la exigencia de que estas personas tengan acceso y participación efectiva en el proceso penal, y en particular, a todas aquellas actuaciones que puedan tener repercusión en el goce de sus derechos e intereses legítimos; y por otro lado, ha tenido una dimensión material, para que el contenido de las decisiones de los operadores jurídicos dentro del procedimiento (fiscal, juez penal, etc.), tengan en consideración tales derechos e intereses. Por su parte, la Corte ha efectuado un control estricto a este diseño legislativo, haciendo eco de la necesidad de que el proceso penal tenga como piedra angular los derechos de las víctimas; de hecho, cuando este tribunal ha llegado a la conclusión de que tal esquema resulta insuficiente para este efecto, ha declarado la inexecutableidad de las medidas legislativas correspondientes, se ha precisado su alcance, o se ha exigido su revisión al órgano legislativo[128]

La consideración de las víctimas, sin embargo, no solo debe tener repercusión en la determinación de la estructura y el funcionamiento del proceso penal, sino también en la definición del repertorio de los delitos y las penas, teniendo en cuenta la magnitud de los daños de los que han sido objeto, y la dimensión del agravio que han sufrido.

Pese a lo anterior, las condiciones en que se tipificó la supresión de la vida y el abandono de un menor que ha sido el fruto de un acto violento, durante sus primeros ocho días de vida extrauterina, anulan plenamente su reconocimiento como víctima.

3.5. En definitiva, aunque el legislador cuenta con un amplio margen de configuración legislativa para disminuir las penas, y en general para fijar un régimen penal más benigno en aquellos eventos en que el victimario comete un delito en condiciones apremiantes, como ocurre cuando una mujer suprime la vida o abandona al hijo que es el fruto de un acto lesivo de su dignidad, la situación del sujeto activo del delito debía ser articulada con la gravedad de la infracción, con los bienes jurídicos que se encuentran comprometidos, y con los derechos e intereses de las víctimas de tales comportamientos. En la hipótesis prevista

en la norma impugnada, las circunstancias que rodean a la progenitura que da muerte o abandona a su hijo, debían vincularse con el hecho de que tales conductas afectan de manera grave e irreversible la vida e integridad de una persona, y que además, la víctima es un niño recién nacido, es decir, la persona con el más alto nivel de vulnerabilidad, y quien tampoco ha tenido la oportunidad de vivir.

Los preceptos demandados, por el contrario, fijaron los efectos jurídicos del delito en función exclusiva de una condición apremiante como la anotada, y por esta vía se hizo abstracción de elementos constitucionalmente relevantes que no podían ser pasados por alto.

4. En este orden de ideas, tipos penales del talante de los artículos 208 y 228 de la Corte, y fallos judiciales que avalan este tipo de disposiciones, son inconsistentes con la dimensión y la complejidad de la problemática que subyace al infanticidio y al abandono de menores, y comportan un disvalor de la vida y un mensaje de permisión y de tolerancia o indiferencia frente a la supresión de la vida de los recién nacidos, que son justamente los más vulnerables. Con este fallo se perdió una valiosa oportunidad para explorar, llamar la atención y enfrentar un fenómeno subestimado y poco comprendido, que además podría tener relación con problemas estructurales más profundos, como la pobreza, la escasa presencia y apoyo del Estado en la familia, la distribución inequitativa de cargas entre hombre y mujer en la atención, cuidado y manutención de los hijos, que hasta el momento no han sido identificados, evaluados y enfrentados.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA C-829/14

CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ QUE DECLARÓ LA EXEQUIBLIDAD DE LOS ARTÍCULOS 108 Y 128 DE LA LEY 599 DE 2000, MODIFICADOS POR EL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 890 DE 2004

REGULACION DEL DELITO DE INFANTICIDIO EN COLOMBIA-Desconoce la dignidad humana, el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D- 10171

Problemas jurídicos planteados en la sentencia: ¿Vulneran los derechos a la igualdad, a la vida y el interés superior del menor los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, al establecer una diferenciación punitiva en los casos en que la madre da muerte o abandona al hijo fruto de un hecho ajeno a su voluntad, frente a los casos en que se incurre en homicidio o el abandono de hijos procreados con el consentimiento?

Motivo del salvamento: La regulación del delito de infanticidio en Colombia desconoce la dignidad humana, el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad

Salvo el voto en la Sentencia C- 829 de 2014, por cuando considero que las normas demandadas vulneran claramente la dignidad humana y el derecho a la igualdad, estableciendo una pena desproporcionada que desprotege a los menores.

## 1. ANTECEDENTES

Los demandantes consideran que los artículos 108 y 128 de la ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, vulneran los derechos a la igualdad y a la vida, así como el interés superior del menor al establecer penas muy bajas frente al homicidio de recién nacidos que se encuentren en situaciones especiales. La Sentencia decidió declarar exequibles los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, considerando que en estos eventos la mujer no actúa en circunstancias normales de motivación sino que, como la propia Corporación ha considerado, sufre un estado de alteración moral y síquica en medio de las cuales ella comete tales delitos, lo cual incide en la disminución de la pena.

## 2. FUNDAMENTOS DEL SALVAMENTO

## 2.1. LAS NORMAS DEMANDADAS AFECTAN LA DIGNIDAD HUMANA AL NO PROTEGER LA VIDA HUMANA Y COLOCARLA AL NIVEL DE UN OBJETO PATRIMONIAL

Se desconoce la dignidad humana del recién nacido, al colocarlo completamente como un objeto y permitir que se le asesine pese a estar en una situación de indefensión. En este sentido si se compara el marco de la pena aplicable a este delito con la de otros delitos se llega fácilmente a la conclusión de que se le da la misma importancia que a la de la comisión de un delito patrimonial:

Delitos contra bienes jurídicos personales

Delitos patrimoniales

Infanticidio

Homicidio (13 a 25 años de prisión)

Estafa agravada (4 a 8 años de prisión)

4 a 6 años de prisión

Secuestro (10 a 20 años de prisión)

Falsedad en documento (4 a 8 años de prisión)

Acceso carnal violento (8 a 15 años de prisión)

Administración desleal (4 a 8 años de prisión)

Lo anterior, se agrava si compara con la tutela que se ha reconocido últimamente al medio ambiente y a los derechos de los animales, por lo cual no estamos a mucha distancia de que sea más grave matar a un toro que a un ser humano: (i) en las sentencias C 475 de 2003 y C 981 de 2010 se exigió la erradicación de los vehículos de tracción animal, (ii) la sentencia C 889 de 2012 estableció numerosos deberes de protección de los animales, (iii) la sentencia C 666 de 2010 señaló el estatuto de la protección animal; sin contar los

recientes esfuerzos realizados para el reconocimiento de los derechos de los animales, por lo cual es paradójico que cada vez más esta Corte pretenda ampliar la protección de estos seres vivos y restrinja la tutela de la vida humana.

2.2. LAS NORMAS DEMANDADAS CONTEMPLAN UNA PENA CLARAMENTE DESPROPORCIONADA, PUES LA QUE DEBÍA APLICARSE BAJO LAS REGLAS GENERALES SERÍA LA DEL HOMICIDIO AGRAVADO QUE ES MÁS DE 6 VECES MÁS GRAVE QUE LA DEL INFANTICIDIO

En Colombia, en virtud de las reglas generales contempladas en el Código Penal, el asesinato del hijo mejor de edad es un homicidio agravado por dos circunstancias, el parentesco y la indefensión que tiene una pena de 25 a 40 años de prisión:

“Artículo 104. Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.

7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”.

Por su parte, las normas demandadas plantean solamente una pena de 4 a 6 años pese a que en este caso, el asesinado es un niño absolutamente indefenso y por su madre:

“Artículo 108. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años”.

De esta manera existe una diferencia absoluta de más de 6 veces entre las penas aplicables a la norma que debería aplicarse por reglas especiales (25 a 40 años) y las contempladas para el caso especial demandado (4 a 6 años), sin que exista una justificación para esta situación. Por el contrario, lejos de ser proporcionado disminuir la pena en caso de

infanticidio esta debería ser mayor, pues el desvalor de acción es más alto al afectar a una persona en una situación de indefensión y además por parte de un sujeto que tiene respecto de la misma una posición de garante.

Por lo anterior en este momento a la madre que cometa un acto tan abominable como el infanticidio de su hijo se le podrían aplicar todo tipo de beneficios que no se podrían utilizar si comete un homicidio agravado

Homicidio agravado

Infanticidio

Pena aplicable

25 a 40 años

4 a 6 años

No aplicable

Aplicable pues la pena mínima es menor de 5 años de prisión

Vigilancia electrónica

No aplicable

Aplicable pues la pena mínima es menor de 8 años

Libertad condicional

Aplicable cuando el reo haya cumplido al menos 15 años de prisión (3/5 partes de la pena)

Aplicable cuando el reo haya cumplido al menos 2 años y 3 meses de prisión (3/5

partes de la pena)

Estos beneficios hacen que la eficacia preventivo general de la norma sea muy distinta en ambos eventos, pues en el caso del infanticidio la mujer podrá acceder inmediatamente a una vigilancia electrónica o a una detención domiciliaria y luego de pasados poco más de 2 años podría pedirse la libertad provisional.

Lo anterior se agrava si se tiene en cuenta que en virtud de beneficios carcelarios se puede obtener la rebaja de 1 día de pena por cada 2 días de trabajo[129], por lo cual una persona que realice el abominable acto de matar a su hijo recién nacido podría estar libre en tan solo 1 año y medio.

2.3. SE VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD DEL MENOR, PUES LA ATENUACIÓN DE LA PENA SE FUNDA EXCLUSIVAMENTE EN QUE EL SUJETO PASIVO ES FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA Y NO EN UNA DEMOSTRADA AFECTACIÓN DE LA CULPABILIDAD DE LA MADRE

En el sistema penal colombiano, tal como se afirmó en la sentencia C 334 de 2013, la determinación de la pena se realiza en virtud de un sistema complejo en el cual se debe tener en cuenta “la ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso y del grado de culpabilidad”. En este sentido, la sentencia C-1404 de 2000 señaló al respecto:

“Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestimulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. (...)”[130].

Los 2 fundamentos señalados para la atenuación de la pena, es decir, el bien jurídico y la culpabilidad no pueden fundamentar una disminución automática de la pena en este delito:

- Desde el punto de vista del bien jurídico no puede en ningún momento predicarse que exista una diferencia en la protección que se le dé a un menor por ser fruto de un acceso carnal violento o por haber sido concebido por la relación consentida de sus padres. Si se hace ello no solamente se vulneraría el derecho a la igualdad sino la propia dignidad humana que exige no hacer diferenciaciones en el valor de cada vida de una persona.
- Desde el punto de vista de la culpabilidad tampoco cabría atenuar el reproche, pues la culpabilidad implica el poder actuar de otro modo y en este caso si ya hay nacimiento la madre puede dar al niño en adopción, lo cual puede presentar una gran diferencia en relación con el evento de la interrupción voluntaria del embarazo, pues mientras que en ese caso se le estaría exigiendo a la mujer algo trascendental como es dar a luz a un niño, acá se le estaría pidiendo un acto de humanidad que sería entregarlo al ICBF para su adopción.

La Sentencia C - 355 de 2006 afecta claramente este panorama, pues permite la interrupción del embarazo en los casos de acceso carnal violento o abusivo o inseminación artificial no consentida, por lo cual la madre tendrá la oportunidad de pedir que se le realice este procedimiento mientras está embarazada, lo cual demuestra que tuvo todo el tiempo de su embarazo para tomar una decisión y si no lo hizo es aún más reprochable que asesine a su hijo ya nacido.

Por otro lado, no puede señalarse que pueda en este caso hacerse una ponderación similar a la efectuada en la Sentencia C - 355 de 2006, pues en ella se reconocieron unas causales de exclusión de la responsabilidad bajo la premisa que solamente se adquieren derechos con el nacimiento y antes solamente existe un valor fundamental de respeto por la vida, lo cual no se presenta en este caso pues el sujeto pasivo ya nació y por lo tanto ya es persona y tiene los mismos derechos que la madre.

Adicionalmente, en este caso no existe ninguna probabilidad de afectación de la salud de la madre pues el ser humano ya nació y en nada afecta su salud que se de en adopción.

Por lo anterior, la atenuación de la pena en este delito se funda exclusivamente en la situación en la cual se encuentra el sujeto pasivo lo cual ni siquiera atiende a la condición de la madre, pues no se exige que actúe motivada bajo dicha circunstancia, por lo cual se le está prácticamente condenando a la pena de muerte al menor por una circunstancia de la cual no es responsable.

#### 2.4. POR LO ANTERIOR EL INFANTICIDIO ES UN TIPO PENAL ARCAICO E IRRACIONAL QUE SE HA ELIMINADO EN CASI TODOS LOS PAÍSES DEL MUNDO

El infanticidio es un tipo penal arcaico, irracional y atávico producto del positivismo radical de los primeros Códigos penales pero que afortunadamente se ha ido eliminando paulatinamente en las legislaciones penales modernas de todo el mundo.

La primera codificación europea moderna que contempló el infanticidio fue el Código Penal Español de 1822, el cual señalaba en su artículo 321: “La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión menor. Los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con la de prisión mayor. Fuera de estos casos, el que matare á un recién nacido incurrirá en las penas del homicidio”. El objetivo inicial de la tipificación de este delito era ocultar la deshonra de la mujer, tal como lo afirmaba Groizard Gómez de la Serda: “Causa. — Desde luego nos merece aplauso que se requiera y exija para la declaración del delito que sea su fin el ocultar la deshonra de la mujer que dio el ser al recién nacido” [131].

Semejante motivación fue posteriormente calificada como absurda y por ello este tipo penal fue derogado en el Código penal español de 1995 y en la actualidad no existe ningún rezago de esta conducta punible calificada por la doctrina como un delito atávico e irracional:

“Lo que no implica que estos tipos privilegiados puedan configurarse de espaldas a las exigencias valorativas y político-criminales de un Estado de Derecho y de una sociedad pluralista: por ejemplo, la figura delictiva privilegiada del infanticidio, suprimida por el CP/1995 suponía un claro exponente de las distorsiones valorativas y político-criminales que puede comportar la configuración de tipos privilegiados, fundamentados en criterios atávicos y moralizadores.

La regulación de los delitos contra la vida humana independiente en el CP de 1995(arts. 138

v ss. CP) supone un paso adelante caí la laicización del instrumento punitivo en este ámbito. A esta exigencia responde la supresión del parricidio y del infanticidio, así como la supresión de algunas de las circunstancias conformadoras del asesinato en el anterior Código Penal (por ejemplo, la premeditación); sin embargo, la desmedida cláusula de hiperagravación prevista en el artículo 110 CP. para los casos de concurrencia plural de las circunstancias específicas del asesinato (art. 139 CP), compromete caí buena medida los designios político-criminales del nuevo Código Penal, al responder de nuevo a las exigencias irracionales v atávicas del Derecho penal simbólico” [132].

En Alemania el Código Penal de 1871 también reguló el infanticidio en su artículo 217 en virtud del cual: “Una madre que mate a su hijo al nacer, o inmediatamente después, será castigada con pena privativa de libertad no inferior a tres años”. Sin embargo, esta norma fue derogada a través de la Gran Reforma Penal del año 1969 (StRG)

En Italia, el Código Penal de 1936 reguló el infanticidio en condiciones de abandono material o moral en virtud del cual “La madre que causa la muerte de su neonato inmediatamente después del parto, o del feto durante el parto, cuando el hecho es determinado por las condiciones de abandono material o moral relacionadas con el parto, será sancionada con prisión de 4 a 12 años”, sin embargo, esta norma fue derogada en el año 1982.

En Argentina este tipo penal estaba contemplado en el artículo 81 del Código Penal en virtud del cual: “Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonor, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1 de este artículo”. Esta norma fue derogada a través de la Ley 24.410, pues fue considerada como un rezago de codificaciones antiguas que atenta gravemente contra la dignidad humana.

De esta manera, la creación del delito de infanticidio se fundó en consideraciones irracionales que atentan claramente contra la dignidad humana que ya no pueden ser aceptadas en el Estado Social de Derecho.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] Folio 5

[2] Folio 6

[3] Folio 5

[4] Folio 7

[5] Folio 8

[6] Folio 8

[7] Folio 9

[8] Folio 9

[9] Folio 10

[10] Folio 11

[11] Folio 96

[12] Folio 102

[13] Folio 103

[14] Folio 114

[15] Folio 117

[16] Folio 117

[17] Folio 118

[18] Folio 118

[19] Folio 118

[20] Folio 119

[21] Folio 66

[22] Folio 67.

[23] Folio 124

[24] Folio 77

[25] Folio 77

[26] Folio 78

[27] Folio 79

[28] Folio 123

[29] Folio 127

[30] Folio 131

[32] Folio 55

[33] Folio 163. Citando la Sentencia C-570 de 2012.

[34] Folio 164

[35] Folio 166

[36] Folio 167

[37] Folio 171

[38] Folio 177

[39] Folio 178

[40] Al respecto ver entre otras las sentencias C-1052 de 2001 y C-1256 de 2001

[41] Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991, mediante Ley 12 de 1991.

[42] Sentencia C - 774 de 2001.

[43] Sentencia C- 478 de 1998.

[44] Sentencia C-462 de 2013

[45] Sentencia C-462 de 2013

[46] 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 2001, C-774 de 2001, C-489 de 2000 y C-427 de 1996.

[47] 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 las mismas. 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.”

[48] Cfr., entre otras, las Sentencias C-427/96, C-447/97, C-774/2001 y C-1064/2001.

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

[50]Cfr. Sentencia C-1189 de 2005

[51] En este caso se deben cumplir cuatro requisitos a saber “1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable. || 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 inexecutable. 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 inexecutableidad 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 inexecutableidad.”. Sentencia C-1173 de 2005. Igualmente la sentencia C-096 de 2003.

[52] Cfr. Sentencia C-260 de 2011 y C-257 de 2013

[53] Cfr. Sentencias C-241 de 2012 y C-073 de 2014.

[54] La sentencia C-073 de 2014, señala por ejemplo: “(i) cuando se presentan reformas constitucionales que varían los parámetros de comparación; (ii) cuando así lo demanda el carácter dinámico del Texto Superior; (iii) o cuando se presenta la necesidad de realizar una nueva ponderación de valores o principios constitucionales a partir del cambio de contexto en el que se inscribe la disposición acusada.”

[55] Cfr. Sentencias C-228 de 2002, C-1266 de 2005, C-1121 de 2005 y de forma más reciente, C-073 de 2014.

[56] [Cita de la sentencia C-073 de 2014]. Sentencia C-565 de 2000 reiterada en la Sentencia C-710 de 2005.

[57] Sobre este punto, en la Sentencia C-310 de 2002 se dijo que: “De igual manera, la jurisprudencia señala que si la disposición es declarada inexecutable, la cosa juzgada material, en principio, imposibilita al juez constitucional para ‘pronunciarse sobre la materia previamente resuelta, ya que puede conducir a providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, o alteren la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la Constitución, o vulneren el principio de la igualdad.’ No obstante, atendiendo al carácter dinámico de la Constitución, que se deriva de su relación directa con la realidad sociopolítica del país, es posible que el juez constitucional se vea obligado a

revaluar la interpretación previamente adoptada en torno al alcance de un determinado texto jurídico, debiendo adelantar un nuevo juicio de inconstitucionalidad; esta vez, a partir de acontecimientos distintos a los que respaldaron la decisión positiva que se adoptó en el pasado –cambios sociales, económicos, políticos o culturales–, aun cuando no se hayan presentado cambios sustanciales o formales en las disposiciones constitucionales que suscitaron su aval inicial. Por supuesto que, en estos casos, la actividad desplegada por el organismo de control constitucional no atenta contra la cosa juzgada material, pues ‘el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica’ (...).”

[58] Sentencia C-073 de 2014

[59] Sentencia C-241 de 2012

[60] Ibídem

[61] Cfr. Sentencias C-241 de 2012 y C-257 de 2013

[62] C-311 de 2002. Esta posibilidad se enmarca en el reconocimiento de la doctrina de la “Constitución viviente”. Al respecto ver entre otras, las sentencias C-774 de 2001, C-570 de 2012, C-332 de 2013 y C-334 de 2013.

[63] Gaceta 10, folio 812 Tomo 3

[64] Folio 814 Tomo 3

[65] Cfr. Sentencia C-368 de 2014

[66] Cfr. Sentencia C-742 de 2012.

[67] Cfr. Entre otras sentencias C-038 de 1995, C-070 de 1996, C-248 de 2004, C-442 de 2011 y C-742 de 2012.

[68] Cfr. Sentencia C-368 de 2014

[69] Cfr. Entre otras, sentencias C-939 de 2002, C-365 de 2012, C-742 de 2012, C-239 de

2014, C-368 de 2014.

[70] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencia C-241 de 2012.

[71] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencias C-587 de 1992, C-442 de 2011 y C-241 de 2012.

[73] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencias C-647 de 2001, C-226, C-312, C-370, C-489 y C-762 de 2002, C-897 de 2005, C-355 y C-988 de 2006, C-575 y C-636 de 2009 y C-442 de 2011.

[74] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencia C-420 de 2002.

[75] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencia C-996 de 2000.

[76] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencias C-565 y C-591 de 1993, C-308 y C-428 de 1994, C-996, C-1339 y SU-1722 de 2000, C-177, C-710 y C-974 de 2001, C-312 y C-1064 de 2002, C-530 de 2003, C-431 de 2004, C-730 y C-1001 de 2005, C-040, C-117 y C-370 de 2006, C-1198 de 2008, C-801 de 2009, C-936 de 2010, C-442 de 2011, C-241 y C-742 de 2012.

[77] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencias C-179 y C-239 de 1997, C-616 de 2002, C-928 de 2005 y C-077 de 2006.

[78] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencias C-239 de 1997, C-616 de 2002, C-928 de 2005 y C-015 de 2014.

[79] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencia C-239 de 1997.

[80] [Cita de la sentencia C-239 de 2014] Cfr. Sentencias C-070 y C-125 de 1996.

[81] Sentencia C-239 de 2014. Ver igualmente Sentencia C-365 de 2012, C-792 de 2012 y C-368 de 2014

[82] Cfr. Sentencia C239 de 2014

[83] Cfr. Sentencias C-818 de 2010, C-250 de 2012 y C-239 de 2014

[84] Cfr. Sentencia C-368 de 2014

[85] Bobbio Norberto. Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política. Taurus. Pensamiento, 1995, p.149.

[86] Cfr. Sentencia C-464 de 2014

[87] Cfr. Entre otras Sentencias C-1116 de 2003, C-179 de 2007, C-239 de 2014, y C-464 de 2014, entre otras.

[88] Cfr. Sentencias C-1116 de 2003, C-862 de 2008 y C-239 de 2014 entre otras.

[89] Cfr. Sentencia C-370 de 2001

[90] Cfr. KINDHÄUSER / MAÑALICH, Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho. B de F, 2011, p 147 y ss.

[91] Sentencia C-239 de 1997

[92] Cfr. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General. Repertor. 8ª edición, p. 141

[93] Cfr. Entre otras, Sentencias C-070 de 1996 y C-553 de 2001

[94] Sentencia C-213 de 1994

[95] Sentencia -070 de 1996.

[96] Cfr. Sentencia T-376 de 2010 y C-840 de 2010. En igual sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17 de 2002, párr. 56 y ss.

[97] Sentencia C-468 de 2009

[98] Cfr. Sentencia C-507 de 2004 y C-468 de 2009

[99] Cfr. Sentencia T-510 de 2003 y T-705 de 2013.

[101] Cfr. Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 9°. Igualmente sentencias T-851 A de 2012 y T-705 de 2013.

[102] *Ibíd.*

[103] Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Artículo 8, numeral 6.

[104] Cfr. C-468 de 2009

[105] Así por ejemplo, precisamente en la sentencia C-365 de 2012 se expuso que “En virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley. No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho.”

[106] Cfr. Sentencia C-013 de 1997

[107] Al respecto el profesor Mir las define como: “Circunstancias que impiden castigar a una determinada persona, pero que no excluyen la objetiva relevancia penal del hecho ni, por lo tanto, la punibilidad de otras personas que participan en él.” MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General. Repertor. 8ª edición, p.143”

[108] Cfr. Entre otras, la sentencia C-312 de 2002

[109] Sentencia C-312 de 2002

[110] Sentencia C-013 de 1997

[111] Cfr. Sentencia C-468 de 2009

[112] Cfr. Sentencia C-468 de 2009

[113] *Ibíd.*

[114] Al respecto, en la Sentencia C-1068 de 2002, la Corte declaró inexecutable la expresión

de “de doce (12) años”, contenida en el artículo 231 de la Ley 599 de 2000, mediante el cual se regula el tipo penal de mendicidad y tráfico de menores, por cuanto dicho precepto excluía de la condición de víctimas del delito a los mayores de 12 años y menores de 18 años. También en la Sentencia C-247 de 2004, la Corte declaró la inexecutable de la expresión “de catorce (14) años”, contenida en el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 599 de 2000, que establecía el delito de inasistencia alimentaria frente a menores de 14 años

[115] En este sentido también, Sentencia C-013 de 1997

[116] En este sentido, esta Corporación consideró que el problema jurídico a resolver es si “la diferenciación punitiva en los casos en que la madre da muerte o abandona al hijo fruto de un hecho ajeno a su voluntad, frente a los casos en que se incurre en homicidio o el abandono de hijos procreados con el consentimiento, se vulneran los derechos a la igualdad, al a vida y el interés público (...) le corresponde a la Corte verificar si se vulneran los derechos a la igualdad, la vida y el interés superior del niño, al establecerse una pena atenuada para las madres que abandonen o den muerte a los hijos cuya concepción es producto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”.

[117] El artículo 441 del Código Penal establece lo siguiente: “Omisión de denuncia de particular. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años ” (subrayado por fuera de texto)..

[118] En efecto, el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 establece una amplia gama de restricciones a los beneficios y subrogados penales “cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad,

integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes”. Aunque podría argumentarse que el delito de “muerte de hijo” se encuentra dentro del capítulo II del Título I del Libro II del Código Penal, denominado “Del Homicidio”, la circunstancia de que algunos de los tipos penales allí contemplados no son una forma de homicidio, tal como ocurre con la inducción o ayuda al suicidio (art. 107 CP.), y la circunstancia de que la ley no califica esta conducta con el referido calificativo, y en

su lugar la denomina simplemente como “muerte de hijo”, permitirían concluir que las prohibiciones del artículo 199 del CÍA no son aplicables a los tipos penales examinados en este proceso

[119] Según el artículo 415 del Código Penal, “las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro” (subrayado por fuera de texto).

[120] Según el artículo 446 del Código Penal, “el que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses. //Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión.//Si se tratare de contravención se impondrá multa” (‘subrayado por fuera de texto).

[121] Según el artículo 449 del Código Penal, “El servidor público o el particular encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido, capturado o condenado que procure o facilite su fuga, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término. // La pena se aumentará hasta en una tercera parte cuando el detenido,

capturado o condenado estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II de este Libro “. (‘subrayado por fuera de texto).

[122] Dado que el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia no prohíbe para el delito de “muerte de hijo” ni para el abandono especial la suspensión de la ejecución de la pena, y dado que para este beneficio se requiere que la pena de prisión impuesta por el juez no sea superior a los cuatro años, la rebaja punitiva prevista para estos delitos permite el acceso a esta ventaja, cuando el tiempo de prisión determinado por el juez no exceda este límite, orden que bajo ninguna circunstancia sería viable en la hipótesis del homicidio. Al respecto cfr. el artículo 63 del Código Penal.// Debe aclararse que aunque la pena prevista para el delito de “muerte de hijo” oscila entre los 5,3 y los 9 años, como el artículo 63 establece que la suspensión procede cuando la pena de prisión impuesta efectivamente por el juez no debe exceda los cuatro años, en el proceso de individualización de la misma es posible imponer una sanción que cumpla este requerimiento, como cuando a la sanción mínima se aplica una deducción en razón de alguna circunstancia de disminución punitiva. Para el caso del abandono especial la pena oscila entre 1,3 y 4,5 años, por lo que usualmente se satisface este requisito.

[123] Con respecto a la libertad condicional, en la medida que ésta se puede conceder cuando se hayan cumplido las 3/5 partes de la pena<sup>8</sup>, la disminución punitiva prevista en los artículos 108 y 128 del Código Penal tiene una incidencia directa en el acceso a este beneficio. Así, para el delito de muerte del hijo se podría otorgar la libertad cuando se hayan cumplido 3,18 años de prisión si se impuso la pena mínima, y para el de abandono atenuado, cuando se hayan cumplido 0.78 años, mientras que no es posible autorizarlo para el homicidio de menores, y para el abandono simple de menores tendría que cumplirse al menos 1,5 años de prisión.

[124] De hecho, se estima que en el 95% de los casos en los que de manera consciente y deliberada la progenitura suprime la vida de su hijo recién nacido durante el primer día de vida, el nacimiento ocurrió por fuera de hospitales e instituciones sanitarias, por lo que, en la mayoría de los casos, no existe un reporte oficial que de cuenta de la existencia de un

nuevo ser humano, ni de su desaparición o muerte. Al respecto cfr., Ricardo de la Espriella Guerrero. "Filicidio: una revisión," en Revista Colombiana de Psiquiatría, vol. XXXV, num. 1, 2006, pp. 71 -84. Documento disponible en: <http://vwwvv.redalyc.org./pdf/806/80635107.pdf>. Último acceso: 26 de noviembre de 2014.

10. Se ha encontrado que en muchas ocasiones, lo que se ha denominado "muerte súbita", corresponde en realidad a formas encubiertas de infanticidio<sup>10</sup>. Así, "un número no determinado de asesinatos de lactantes -quizás cien por año solo en Estados Unidos de América- ocurrieron bajo la forma de síndrome de muertes súbita del lactante"<sup>10</sup>. Casos emblemáticos como el de Maria Noe en Filadelfia, que entre 1949 y 1968 perdió a sus diez hijos con el diagnóstico de "muerte súbita", antes de que ella misma confesara que de manera consciente y deliberada los había ahogado, o como el de Martha Woods en Maryland, quien también dio muerte a sus siete hijos con el mismo diagnóstico, mostraron "con qué facilidad un padre puede disfrazar el abuso infantil tanto como SMSL o el llamado "síndrome de muerte súbita frustra"<sup>10</sup>". De hecho, ya se ha sugerido que la creación de la etiqueta de SMSL, o la menos su utilización laxa y ligera, ha servido de comodín para "evadir una realidad incómoda". En un escenario como este, los protocolos forenses ordinarios resultan insuficientes para distinguir la sofocación del SMSL, y se requerirían, entonces, estrategias investigativas más audaces que trasciendan el mero examen físico del recién nacido muerto, e indagar por las circunstancias que rodean su muerte: edad, comportamiento de la madre, muertes súbitas anteriores de otros hermanos, historia familiar, informes de la escena donde ocurrió el fallecimiento, entre otras. Al respecto cfr., Richard Firstman y Jaime Talan, "El Síndrome de Muerte Súbita del Lactante e Infanticidio". Documento disponible en: [http://www..sids.org.ar/archivos/smsl\\_inlanticidio.pdf](http://www..sids.org.ar/archivos/smsl_inlanticidio.pdf). Último acceso: 26 de noviembre de 2014.

[126] Con alguna frecuencia, los medios de comunicación, reportan episodios de infanticidio y abandono: en marzo de este año se difundió la noticia de que, tras una llamada de un informante anónimo, un policía encontró un bebe muerto que fue lanzado desde un carro en movimiento en la avenida Boyacá con calle 26 en la ciudad de Bogotá ("Policía halló bebé muerte que fue lanzado de un vehículo en movimiento", en El Tiempo, 2 de mayo de 2014. Documento disponible en: <http://www..eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11715181>); el 2 de julio se informó del hallazgo de un habitante de la calle de una niña recién nacida con

signos de hipotermia en un basurero ubicado en Ciudad Bolívar, y que alcanzó ser hospitalizada “Habitante de calle encuentra a recién nacida entre la basura”, en El Tiempo, 2 de julio de 2014. Documento disponible en:<http://www.eltiempo.com/bogota/habitante/-de-calle-encuentra-a-recien-nacida-entre-la-basura/14195597>); el 24 de junio se informó que un reciclador encontró en una bolsa de basura a otra bebé, ya fallecida por asfixia, en el puente de la calle 26 con carrera 3a de la ciudad de Bogotá, y que según el reporte médico, tenía menos de un día de nacida (“Encuentran bebé abandonada en las calles de Bogotá”, en El Tiempo, 24 de junio de 2014. Documento disponible en:<http://www.eltiempo.com/bogota/encuentran-bebe-bandonada-en-las-calles-de-bogota-/14158437>); el 8 de julio se reportó el hallazgo de un niño de aproximadamente 5 días de nacido, que había sido abandonado al lado de un árbol en la ciudad de Santa Marta (“Hallan bebé abandonado en Santa Marta”, en El Tiempo, 8 de julio de 2014. Documento disponible en:<http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades-hallan-bebe-abandonado-en-santa-marta/14221275>), también se informó del hallazgo de un recién nacido ahogado dentro de un tanque de agua en la localidad de Kennedy, y de otro, aún con vida, dentro de un maletín deportivo en la localidad de Usme, y que alcanzó a ser rescatado y hospitalizado (“Dos recién nacidos fueron abandonados en Usme y Kennedy en la ciudad de Bogotá”, en El Tiempo. Documento disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12393066>).

[127] Sentencia C-939 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[128] Al respecto cfr. las siguientes sentencias: C-616 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-693 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-828 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-806 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Trivirio.

[129] Artículo 82 del Código Penitenciario y Carcelario: “(...) A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo”.

[131] GROIZARD Y GOMEZ DE LA CERDA: Comentarios al Código Penal, T. III., pág. 528

[132] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Comentarios al Código Penal, Aranzadi, 2007.