

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

**COMUNICADO No. 44**  
**Noviembre 5 de 2014**

**LA CORTE DECLARÓ EXEQUIBLES LOS ARTÍCULOS 108 Y 128 DEL CÓDIGO PENAL, EN CUANTO LA PUNIBILIDAD REDUCIDA QUE ALLI SE ESTABLECE PARA LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y ABANDONO DE MENORES EN PARTICULARES CIRCUNSTANCIAS NO VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD NI IMPLICA DESPROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA O DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

**VI. EXPEDIENTE D-10.171 - SENTENCIA C-829/14**  
**M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez** □

## 1. Norma acusada

### **LEY 599 DE 2000** **(julio 24)**

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. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1° de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> 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. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1° de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> 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.

## 2. Decisión

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.

**Segundo.** Declarar **EXEQUIBLE** por los cargos examinados, los empleos de "Director de Academia Diplomática", "Director de Protocolo" y "Jefes de Oficina Asesora", contenidos en el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 909 de 2004.

### **3. Fundamentos de esta decisión**

En este caso la Corte resolvió sobre una demanda en la que se afirmaba que la penalización comparativamente menor de la muerte o abandono de un recién nacido en las circunstancias previstas en estos tipos penales resulta contraria a la Constitución, en cuanto vulnera el principio de igualdad, desprotege el derecho a la vida de los niños que fueron concebidos como consecuencia de tales situaciones, y desconoce el principio del interés superior del menor, al anteponer las circunstancias personales de la madre que le agrede, dejando en segundo plano la protección de la vida del niño.

En primer lugar, la Corte determinó que no existía un efecto de cosa juzgada material derivado de la sentencia C-013 de 1997, que impidiera tomar una decisión de fondo en el presente caso. La Sala llegó a esta conclusión al considerar que, pese a la similitud y cercanía, tanto de los tipos penales analizados en cada caso, como de los cargos que contra ellos se adujeron, no existe verdadera identidad en ninguna de tales situaciones.

En adición a ello, señaló la Corte que las consideraciones de ese fallo anterior estuvieron fuertemente marcadas por el hecho de haberse demandado también los tipos penales relacionados con el aborto, lo que no ocurre en el presente caso. Seguidamente, para decidir sobre lo planteado, la Corte consideró: i) la autonomía del legislador en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado y sus límites constitucionales; ii) la incidencia del principio de igualdad en el ejercicio de la potestad legislativa en materia penal; iii) la incidencia del principio de culpabilidad del autor como parámetro o criterio para la tipificación de los delitos y el señalamiento de las penas; iv) el principio de proporcionalidad como criterio orientador de la potestad punitiva estatal; v) los alcances del principio sobre interés superior del menor y su trascendencia en el caso planteado.

A partir de estos criterios, 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.

A partir de estas reflexiones, la Corte decidió declarar exequibles los preceptos acusados.

#### **4. Salvamentos de voto**

Los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Luis Guillermo Guerrero Pérez salvaron su voto respecto de esta decisión, al considerar que las dos normas demandadas han debido ser declaradas inexecutable.

El Magistrado Pretelt Chaljub consideró que los artículos 108 y 128 del Código Penal vulneran de manera muy grave la dignidad humana, el principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad de los menores por las siguientes razones:

**En primer lugar, estas normas desconocen gravemente la dignidad humana**, al no proteger la vida y tratarla como un mero objeto, permitiendo que se aplique una pena muy baja por el asesinato o abandono cometidos contra una víctima absolutamente indefensa, situación que estimula que se lleven a cabo todos los meses actos abominables como dejar a menores en las calles o incluso en basureros como si se tratara de cosas. Lo anterior, se agrava si se tiene en cuenta que progresivamente se viene limitando la protección de la vida humana y ampliando la protección de los animales: (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. Por lo anterior, resulta paradójico que cada vez más la Corte pretenda ampliar la protección de otros seres vivos y restrinja la tutela de la vida humana.

**En segundo lugar, estos delitos prevén una pena claramente desproporcionada**, pues la pena aplicable bajo las reglas generales sería la del

homicidio agravado que es más de 6 veces más alta 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, por lo cual le correspondería una pena de 25 a 40 años de prisión. 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 además es atacado por su propia madre.

De esta manera, existe una diferencia de más de 6 veces entre las penas aplicables respecto del delito aplicable (homicidio agravado) y las contempladas para el infanticidio, sin que exista una justificación para esta situación.

**En tercer lugar, el delito de infanticidio vulnera el derecho a la igualdad del menor que nació como fruto de un acceso carnal violento o de una inseminación artificial no consentida**, pues lo protege menos que a otros menores por el solo hecho de que su madre haya sido objeto de estas circunstancias. En este sentido, 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 cuarto lugar, como desarrollo de estas serias críticas que se han formulado en todo el mundo frente al infanticidio, en la actualidad el derecho penal reconoce que es un tipo penal arcaico e irracional que se ha eliminado en casi todos los países del mundo por vulnerar los principios básicos del Estado Social de Derecho.** La primera codificación europea moderna que contempló el infanticidio fue el Código Penal Español de 1822, cuyo desafortunado objetivo era ocultar la deshonra de la mujer. Semejante motivación fue posteriormente calificada como absurda y por ello este tipo penal fue derogado en el Código Penal español de 1995. En Alemania el Código Penal de 1871 también reguló el infanticidio en su artículo 217, pero esta norma fue derogada a través de la Gran Reforma Penal del año 1969 (StRG). En Argentina este tipo penal estaba contemplado en el artículo 81 del Código Penal, el cual fue derogado a través de la Ley 24.410, pues fue considerado como un rezago de codificaciones antiguas que atenta gravemente contra la dignidad humana.

Todos los anteriores argumentos son aplicables también a la atenuación del delito de abandono de menores por motivos de acceso carnal violento, inseminación artificial no consentida o acceso carnal abusivo, pues nada justifica que se disminuya automáticamente la protección de estos menores por este tipo penal a través de una pena aún menor que la del infanticidio, pues la ley penal sanciona con una pena de solo 1 a 3 años actos tan abominables y deleznable de la dignidad humana como dejar a un niño abandonado en la calle.

Finalmente expresó que la Corte Constitucional se ha preocupado de manera frecuente en los últimos 10 años por la mujer que desea interrumpir su **embarazo, pero increíblemente ha descuidado a aquella que valientemente decide dar a luz, por lo cual era el momento para que la Corte reconociera los derechos de las miles de mujeres que a pesar de estar en estas circunstancias deciden tener a sus hijos.** Por lo anterior consideró que una mujer que se encuentre en estas situaciones debe recibir atención y asesoría psicológica inmediata desde su embarazo, además el Estado debería correr con todos los gastos del parto y garantizar desde un comienzo que si la madre desea dejar al menor en adopción lo pueda hacer de manera ágil y eficiente.

Por su parte, el magistrado **Guerrero Pérez** salvo el voto por estimar que aunque la circunstancia de que la mujer que provoca la muerte o abandona a su hijo haya sido objeto de un acto violento justifica una disminución punitiva, los términos en que se concretó esta medida no se ajusta a los estándares constitucionales. En este sentido, el magistrado consideró, en primer lugar, que la aproximación de la Sala Plena al debate planteado en el proceso es claramente inadecuada, y en segundo lugar, que decisión adoptada por esta Corporación no es consistente con los imperativos constitucionales.

En cuanto al primero de estos asuntos, **Guerrero Pérez** sostuvo que los planteamientos en que se sustentó la declaratoria de exequibilidad son inapropiados, al menos en dos sentidos: (i) Por una parte, lo que este tribunal debía establecer no era si en general se justifica una disminución punitiva por los delitos cometidos en condiciones de grave afectación emocional, ni si en abstracto, la muerte o el abandono de los hijos recién nacidos que son el resultado de actos lesivos de la dignidad humana, amerita una reducción punitiva. Estos interrogantes teóricos, por lo demás ya resueltos en la propia legislación penal, no eran el objeto del debate constitucional; la controversia jurídica, por el contrario, se refería a si la disminución punitiva, en los términos de los artículos 108 y 128 del Código Penal, es compatible con la preceptiva constitucional, y este problema no fue abordado por esta Corporación; (ii) Y por otra parte, la decisión de exequibilidad se sustentó en un supuesto que no tiene referente normativo; en efecto, la Sala Plena consideró que la existencia de los tipos especiales objeto de la demanda se justificaban en razón de la grave afectación de la situación emocional de la mujer que da muerte o abandona a su hijo; no obstante, los tipos penales establecen la disminución punitiva, no en razón de este elemento subjetivo; así pues, dado que la afectación anímica no es un elemento constitutivo del tipo, mal puede asentarse la justificación de los referidos hechos punibles en tal elemento.

Con respecto al contenido de la decisión de exequibilidad, el **magistrado Guerrero Pérez** consideró que los términos en que fue prevista la disminución punitiva son incompatibles con la preceptiva constitucional, por las siguientes razones: (i) la reducción en la sanción atiende única y exclusivamente a las circunstancias adversas de la mujer cuyo hijo es el resultado de un acto violento, más no a otros factores constitucionalmente relevantes y cuya consideración resultaba imperativa a la luz del ordenamiento superior, como la vida de un ser que se encuentra en circunstancias de manifiesta debilidad; (ii) como consecuencia de lo anterior, la sanción imponible a estos delitos resulta claramente desproporcionada, porque termina por no guardar ninguna correspondencia con la gravedad de la infracción, ni con los bienes jurídicos que son amenazados y vulnerados con la realización de la conducta típica, cuando por otro lado, el ordenamiento superior tiene como uno de sus principios fundantes el reconocimiento del valor de la vida, especialmente de la vida humana, y de los seres humanos que se encuentran en situación de total indefensión como los recién nacidos; (iii) pese a que la legislación penal nominalmente contempla como delitos las conductas previstas en los artículos 108 y 128 del Código Penal, la disminución punitiva es tan drástica que termina por convertir estas penas en una sanción simbólica; (iv) finalmente, dado que las penas son tan bajas, las conductas respectivas son objeto de una amplia gama de beneficios penales, que refuerzan el valor meramente simbólico de la prohibición penal; esto, teniendo en cuenta que tales beneficios se condicionan a la reparación integral de la víctima, y en este caso no habría lugar a tal reparación porque la vida de la única víctima ha sido suprimida mediante la comisión del ilícito, o a la cuantía de la pena, que como se ya afirmó, es sustancialmente baja.

En los términos anotados, el **Magistrado Guerrero Pérez** se apartó tanto del contenido de la decisión, como de sus fundamentos.

**LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**

Presidente