

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

COMUNICADO No. 44
Noviembre 5 de 2014

LA CORTE DECLARÓ EXEQUIBLES LAS NORMAS ACUSADAS, PUES EN SU EXPEDICIÓN NO SE VULNERÓ LA RESERVA DE LEY PREVISTA EN EL ARTÍCULO 336 SUPERIOR, NI LA TITULARIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA PRESIDENCIAL, NI SE EXCEDIERON LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS OTORGADAS AL EFECTO POR EL LEGISLADOR

I. EXPEDIENTE D-10.162 - SENTENCIA C-810/14
M. P. Mauricio González Cuervo

1. Norma acusada

DECRETO 4144 DE 2011

(noviembre 3)

Por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y se reasignan funciones.

ARTÍCULO 2o. <sic, es 3> FUNCIONES. Modifícase el artículo 47 de la Ley 643 de 2001, el cual quedara así:

"Artículo 47. *Funciones del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.* Le corresponde al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, cumplir las siguientes funciones:

1. Aprobar y expedir los reglamentos y sus modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

2. Definir los indicadores que han de tenerse como fundamento para calificar la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

3. Establecer los eventos o situaciones en que las empresas que sean administradoras u operadores de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, deban someterse a planes de desempeño para recobrar su viabilidad financiera e institucional o deben ser definitivamente liquidadas y la operación de los juegos respectivos puesta en cabeza de terceros.

4. Establecer el término y condiciones en que las empresas que sean administradoras u operadoras de juegos de suerte y azar cuya explotación corresponda a las entidades territoriales, podrán recuperar la capacidad para realizar la operación directa de la actividad respectiva.

5. Evaluar anualmente la gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de capital público departamental (SCPD) y demás agentes que sean administradores u operadores de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.

6. Determinar los porcentajes de las utilidades que las empresas territoriales operadoras de juegos de suerte y azar, podrán utilizar como reserva de capitalización y señalar los criterios generales de utilización de las mismas. Así mismo, determinar los recursos a ser utilizados por tales empresas como reservas técnicas para el pago de premios.

7. Vigilar el cumplimiento de la Ley 643 de 2001 y de los reglamentos de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales.
8. Llevar las estadísticas y recopilar la información relacionada con la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, que corresponda a las entidades territoriales.
9. Preparar reglamentaciones de ley de régimen propio, y someterlas a consideración al Ministro de Hacienda y Crédito Público.
10. Emitir conceptos con carácter general y abstracto sobre la aplicación e interpretación de la normatividad que rige la actividad monopolizada de los juegos de suerte y azar en el nivel territorial.
11. Darse su propio reglamento.
12. Las demás que le asigne la ley.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLES** los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 2º (sic 3º) del Decreto Legislativo 4144 de 2011, "*Por el cual se determina la adscripción del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar y se reasignan funciones*", por los cargos analizados en la presente providencia.

3. Fundamentos de esta decisión

Le correspondió a la Corte estudiar la demanda contra los numerales 2º, 3º y 4º del artículo parcialmente acusado, por tres distintas razones: i) la supuesta violación del régimen de reserva de ley previsto en el artículo 336 para la fijación del régimen propio de los monopolios rentísticos; ii) la posible vulneración del numeral 11 del artículo 189 por la asignación de funciones reglamentarias al Consejo que por este decreto se regula; iii) la eventual extralimitación del Ejecutivo en la expedición de este decreto, pues las facultades extraordinarias conferidas se referían a la reasignación de funciones y competencias, y en este caso se atribuyeron funciones y competencias enteramente nuevas.

La Sala encontró que estos cargos no estaban llamados a prosperar a partir de las siguientes razones, que responden en ese mismo orden a los referidos cargos: i) no se violó la reserva de ley prevista en el artículo 336 de la Constitución, pues este decreto no se refiere a aspectos sustantivos, sino a la atribución de funciones y a otros aspectos técnicos, que buscan el cabal cumplimiento de la ley que, en desarrollo de esta reserva, existe sobre la materia; ii) no se vulneró el numeral 11 del artículo 189 sobre la potestad reglamentaria presidencial, pues la asignación de funciones contenida en este decreto no implica menoscabo de las funciones que la Constitución atribuye, ni al legislador ni al Presidente de la República; iii) el legislador extraordinario no excedió el alcance de las facultades que le fueron otorgadas, pues las funciones encomendadas al Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar fueron creadas desde la Ley 643 de 2001, aunque en cabeza de otros órganos administrativos, por lo cual en la expedición del decreto parcialmente acusado, el Gobierno obró dentro del estricto marco de tales facultades.

LA CORTE DECLARÓ INEXEQUIBLE LA EXIGENCIA DE ACREDITAR LA EDAD REQUERIDA PARA INGRESAR AL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC AL MOMENTO DEL NOMBRAMIENTO, POR DAR LUGAR A UNA DISCRIMINACIÓN INJUSTIFICADA Y RESTRINGIR EL DERECHO A CONCURSAR Y OCUPAR CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

II. EXPEDIENTE D-10.210 - SENTENCIA C-811/14
M. P. Mauricio González Cuervo

1. Norma acusada

DECRETO 407 DE 1994

(febrero 20)

Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

ARTÍCULO 119. REQUISITOS. Para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, se requiere acreditar los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano.
2. Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento.
3. <Numeral INEXEQUIBLE>
4. Poseer título de bachiller en cualquiera de sus modalidades y acreditar resultado de los exámenes del Icfes.
5. Tener definida su situación militar.
6. Demostrar excelentes antecedentes morales, personales y familiares.
7. No tener antecedentes penales ni de policía.
8. Obtener certificados de aptitud médica y psicofísica expedido por la Caja Nacional de Previsión Social o su equivalente.
9. Aprobar el curso de formación en la Escuela Penitenciaria Nacional.
10. Ser propuesto por el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional con base en los resultados de la selección al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*al momento del nombramiento*" contenida en el numeral 2º del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994.

3. Fundamentos de esta decisión

La Corte comenzó por establecer si el precepto acusado se encontraba vigente, en razón a su posible derogatoria tácita a partir de la expedición de la Ley 931 de 2004 "*Por la cual se dictan normas sobre el derecho al trabajo sin discriminación en razón de la edad*", y en particular del mandato contenido en su artículo 2º. Sin embargo, después de precisar que los regímenes especiales de carrera, como el del INPEC, constituyen excepciones válidas a ese régimen general, reafirmó la vigencia de la norma y la posibilidad de decidir sobre su constitucionalidad.

Para resolver sobre lo planteado, la Corte tuvo en cuenta que la posibilidad de participar en los concursos y de ocupar cargos de carrera administrativa es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, reconocido por el artículo 40 superior. También estudió los alcances de la libertad de configuración normativa del legislador respecto de la definición de los sistemas de carrera, y recordó la triple trascendencia de la igualdad, como valor y principio constitucional y como derecho.

Con estos criterios, la Sala llevó a cabo un juicio integrado de igualdad, a partir del cual encontró que si bien la exigencia de una determinada edad para el ingreso al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC resulta razonable y no es contraria a la Constitución, no pasa lo mismo con el hecho de que se exija tener tal edad al momento del nombramiento. Al examinar las demás reglas que componen el proceso de formación y selección regulado

por este decreto, la Corte encontró que este requisito se verifica también en una etapa anterior del mismo, con lo cual puede ocurrir que aspirantes que iniciaron tal proceso cumpliendo todos los requisitos pertinentes, vean frustrada su aspiración por superar la edad máxima al momento del respectivo nombramiento, en razón al tiempo total que transcurre mientras se surten todas las etapas necesarias. Concluyó entonces que esta regla genera una situación de discriminación injustificada, que además lesiona el derecho a participar en la convocatoria de un grupo de aspirantes que bien podrían tener el mérito y las calidades requeridas, como consecuencia de circunstancias que escapan a su control y voluntad, a partir de lo cual declaró inexecutable el segmento normativo acusado.

LA CORTE DECLARÓ EXEQUIBLES EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA QUE BUSCA FACILITAR LA COOPERACIÓN FINANCIERA ENTRE AMBOS ESTADOS Y SU LEY APROBATORIA, AL CONSIDERAR QUE TANTO EL TRÁMITE DE ÉSTA COMO LOS OBJETIVOS Y EL CONTENIDO DEL CONVENIO RESULTAN CONFORMES CON LA CONSTITUCIÓN

III. EXPEDIENTE LAT-429 - SENTENCIA C-812/14

M. P. Mauricio González Cuervo

1. Norma revisada

LEY 1691 DE 2013 (diciembre 17) por la cual se aprueba el "*Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre cooperación financiera*" suscrito en Bogotá el 19 de julio de 2012.

2. Decisión

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** el "*Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre cooperación financiera*" suscrito en Bogotá el 19 de julio de 2012.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1691 de fecha 17 de diciembre de 2013 "*Por medio de la cual se aprueba el 'Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre cooperación financiera' suscrito en Bogotá el 19 de julio de 2012*".

3. Fundamentos de esta decisión

Realizado el análisis de este Convenio, tanto en su aspecto formal como material, la Corte constató que se ajusta en todo a los preceptos constitucionales. De una parte, por cuanto se observaron todas las formalidades exigidas por la Constitución y la ley para integrar el ordenamiento jurídico interno; y de otra, porque los objetivos y el contenido del Convenio sometido a control constitucional, a través del cual se busca establecer el marco jurídico que regirá la cooperación financiera entre Colombia y Alemania, para adelantar actividades orientadas al desarrollo económico con criterios de sostenibilidad ambiental, se enmarca sin dificultad en el contenido de los preceptos constitucionales aplicables, en particular, dentro de los objetivos que la Carta Política le asigna al manejo de las relaciones internacionales y a la suscripción de tratados con otros Estados y/o con organismos de derecho internacional (arts. 9º, 150.16, 189.2, 224 y 226 de la Const.).

Más allá de los objetivos generales del Convenio aprobado por esta ley, la Corte encontró que sus estipulaciones particulares también resultan conformes a la Constitución, ya que contienen instrumentos encaminados al logro de los objetivos planteados, entre ellos el desarrollo económico y la preservación del ambiente, los cuales encuentran coincidencia con los previstos en el texto superior. Finalmente, ninguna de tales cláusulas contempla la asunción por el Estado colombiano de compromisos contrarios al marco constitucional.

LA CORTE DECLARÓ EXEQUIBLES DOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN Y LA TENENCIA, EN CUANTO NO VULNERAN EL DEBIDO PROCESO NI NINGÚN OTRO DERECHO FUNDAMENTAL, NI TAMPOCO INVADEN FUNCIONES PROPIAS Y EXCLUSIVAS DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES

IV. EXPEDIENTE D-10.187 - SENTENCIA C-813/14
M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez

1. Normas acusadas

DECRETO 1355 DE 1970
(agosto 4)

Por el cual se dictan normas sobre policía

ARTÍCULO 125. La policía sólo puede intervenir para evitar que perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien, y en el caso de que se haya violado ese derecho, para restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación.

(...) (...) (...)

ARTICULO 127. Las medidas de policía para proteger la posesión y tenencia de bienes se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos examinados en esta providencia, los artículos 125 y 127 del Decreto 1355 de 1970.

3. Fundamentos de esta decisión

La Corte decidió sobre la supuesta contrariedad existente entre los dos preceptos acusados y varias normas del texto superior, en concreto los artículos 28, 29, 116 y 250, a propósito de la posibilidad de que cuando las autoridades de policía adoptan medidas para defender la posesión y/o la mera tenencia, se afecten la intimidad del domicilio o el debido proceso de las personas desalojadas, se contravenga la prohibición del *non bis in ídem* y se invadan funciones reservadas a las autoridades judiciales.

Sin embargo, la Corte encontró que estos cargos no estaban llamados a prosperar, pues las normas del Código de Policía, entre ellas las que fueron demandadas, no pretenden afectar los derechos de las personas, sino por el contrario proteger las condiciones necesarias para la tranquila convivencia ciudadana, de las cuales hacen parte el pacífico ejercicio de la posesión y la tenencia, en cuanto manifestaciones del derecho de propiedad o hechos que pueden conducir a una futura consolidación de aquél. De otra parte, resaltó que la intervención de las autoridades de policía es siempre provisional, dejando a salvo la competencia de los jueces para adoptar decisiones diferentes y posiblemente de carácter definitivo, circunstancia que el actor parece pasar por alto cuando se refiere a la supuesta vulneración del *non bis in ídem* o de los artículos 116 y 250 superiores.

La Sala reiteró además su jurisprudencia sobre las características del derecho de policía, contenida, entre otros pronunciamientos, en las sentencias C-024 de 1994, C-366 de 1996 y C-241 de 2010, a partir de lo cual señaló que las medidas de policía no son vulneratorias del debido proceso ni de ningún otro derecho fundamental por el hecho de afectar la situación particular de determinadas personas con el fin de restablecer los derechos o intereses de otras, pues en caso de así entenderse, las autoridades estarían impedidas para proteger los derechos de los ciudadanos, que conforme al artículo 2º superior, es una de sus principales misiones.

SE DECLARÓ EXEQUIBLE LA DESIGNACIÓN COMO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE ALGUNOS CARGOS DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES AL ENCONTRAR QUE POR EL ALTO NIVEL DE RESPONSABILIDAD Y CONFIANZA REQUERIDOS, ELLO NO LESIONA LA REGLA GENERAL SOBRE CARRERA ADMINISTRATIVA E INGRESO POR CONCURSO

V. EXPEDIENTE D-10.151 - SENTENCIA C-814/14
M. P. Martha Victoria SÁCHICA MÉNDEZ

1. Norma acusada

DECRETO LEY 274 DE 2000
(febrero 22)

Por el cual se regula el servicio exterior de la República y la carrera diplomática y consular

ARTICULO 6o. CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. Son cargos de libre nombramiento y remoción los siguientes:

- a. Viceministro.
- b. Secretario General.
- c. Directores: Técnico, Operativo y Administrativo y Financiero.

d. Director de la Academia Diplomática.

e. Director del Protocolo.

- f. Subsecretarios.

g. Jefes de Oficina Asesora.

h. Empleos de cualquier nivel jerárquico adscritos al Despacho del Ministro o de los Viceministros, cuyo ejercicio implique confianza, y que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo.

- i. Agregado Comercial.

j. Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión, de conformidad con la definición contenida en el artículo 7o. de este Decreto.

2. Decisión

Primero. Declarar **EXEQUIBLES por los cargos examinados**, los empleos de "Director de Academia Diplomática", "Director de Protocolo" y "Jefes de Oficina Asesora", contenidos en los literales d, e y g del artículo 6º del Decreto-Ley 274 de 2000.

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 decidió acerca de si los apartes acusados son contrarios al artículo 125 de la Constitución Política, que establece como regla general que los cargos públicos son de carrera y que a ellos debe accederse mediante concurso público, pues en concepto del actor no existirían razones válidas que justifiquen que los tres tipos de cargos allí previstos hayan sido señalados como de libre nombramiento y remoción.

Como primera medida, la Corte encontró necesario realizar integración normativa con algunos apartes del artículo 5° de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", que a ese nivel general contemplan, también como de libre nombramiento y remoción, los mismos cargos cuya inclusión en esa categoría se cuestiona en este caso. Por estas razones, decidió pronunciarse también sobre esos segmentos normativos.

Para resolver sobre este particular, la Corte reiteró su jurisprudencia acerca de la carrera administrativa como principio de la provisión de los cargos públicos, así como las razones que, por excepción, avalan la consideración de algunos empleos específicos como de libre nombramiento y remoción. Seguidamente, examinó las funciones y trascendencia de los cargos cuya clasificación se demanda en este caso, encontrando que en los tres casos se trata de empleos considerados como de carácter directivo o asesor, cuyas importantes funciones y responsabilidades demandan un alto grado de confianza y discreción por parte del nominador. A partir de estas consideraciones, la Corte encontró que la designación de estos empleos como de libre nombramiento y remoción resulta razonable y no contraviene el mandato del artículo 125 constitucional.

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. Normas acusadas

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.

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 agrade, 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 desapruueba 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 y aclaraciones 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 asesinato 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 deleznales 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 del 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 de l contenido de la decisión, como de sus fundamentos.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Presidente