

SENTENCIA C-093/21

M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

Expediente D-13722

Circunstancia de agravación punitiva del delito de abandono

CORTE DECLARA INCONSTITUCIONAL UNA CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN DEL DELITO DE ABANDONO, AL DESCONOCER LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y CULPABILIDAD PENAL

1. Norma objeto de control constitucional

La siguiente corresponde a la transcripción de la norma demandada, artículo 130 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, conforme a la subrogación de que fue objeto por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”, esta última publicada en el Diario Oficial 48.110 de junio 24 de 2011:

“**Artículo 130.** Circunstancias de agravación. Si de las conductas descritas en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte. Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley”.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** el inciso 2° del artículo 130 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, conforme a la subrogación de que fue objeto por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva.

3. Síntesis de los fundamentos

Previa integración normativa de la totalidad del inciso 2° del artículo 130 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”, conforme a la subrogación de que fue objeto por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011¹, **concluye la Sala Plena que la disposición desconoce los principios de legalidad y culpabilidad penal (art. 29 de la Constitución).** Al

¹ De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la integración normativa procede en cualquiera de los siguientes eventos: “(i) cuando se demande una disposición cuyo contenido deóntico no sea claro, unívoco o autónomo, (ii) cuando la disposición cuestionada se encuentre reproducida en otras que posean el mismo contenido deóntico de aquella, y (iii) cuando la norma se encuentre intrínsecamente relacionada con otra disposición que pueda ser, presumiblemente, inconstitucional” (cfr., entre otras, las sentencias C-579 de 2013, C-286 de 2014, C-246 de 2017, C-394 de 2017 y C-120 de 2018). En el presente asunto, a pesar de que se demanda la expresión “se constituirá la tentativa de homicidio” del inciso 2°, la Sala integra a la revisión constitucional la totalidad del inciso en que se contiene, al considerar que las razones de la demanda son igualmente extensibles al otro supuesto que regula la disposición, relacionado con la aplicación de la pena contemplada para el “homicidio”, si en las circunstancias descritas en la primera parte de la disposición “sobreviniere la muerte”. Por tanto, se trata de otro contenido normativo que puede ser “presumiblemente, inconstitucional” al ser igualmente extensibles las razones de la demanda a este otro supuesto, relacionadas con el posible desconocimiento del principio de presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, de que tratan el artículo 29 de la Constitución.

no satisfacer las exigencias de claridad, especificidad y precisión que requiere la tipificación de una circunstancia de agravación, la disposición genera incertidumbre acerca del carácter del comportamiento que tipifica y del contenido del elemento subjetivo que exige para su configuración. Esta falta de precisión torna incierta su aplicación, dando lugar a hipótesis ilimitadas de subsunción, como aquellas propuestas por el demandante y la mayoría de los intervinientes.

Tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad penal exige que la tipificación de las conductas punibles y de sus respectivas sanciones se realice de manera clara, específica y precisa². Las circunstancias de agravación constituyen tipos penales dependientes o subordinados de un tipo penal básico³. En el caso objeto de estudio, no es inequívoco si aquella pretende serlo de los autónomos tipificados en los arts. 127 y 128 –abandono– o del dispuesto en el art. 103 –homicidio–, todos ellos del Código Penal. En tal sentido, el mandato de *lex stricta*, consustancial al principio constitucional de legalidad, resulta claramente desconocido.

Como lo plantearon los intervinientes, tal falta de precisión permite que la Fiscalía General de la Nación y el juez penal, respectivamente, puedan imputar y condenar por “tentativa de homicidio” u “homicidio” sin que sea necesario acreditar el elemento subjetivo –dolo– de este tipo penal, o que, para los mismos fines, sea suficiente acreditar la circunstancia objetiva que tipifica, sin aquellos elementos propios de los delitos de abandono, que pretende agravar. En efecto, son el dolo o la culpa aquello que obliga a una u otra adecuación típica ya que, de conformidad con el principio constitucional de culpabilidad, la responsabilidad subjetiva demarca el camino de la acción del fiscal y del juez, para efectos de la escogencia de la tipicidad y de la pena consiguiente, una vez se determina, además, que el hecho es antijurídico. Dicho de otro modo, la conexión subjetiva –voluntad– del agente del delito, signada como dolo o culpa, enfatiza la existencia de una exigencia sine qua non –(la responsabilidad subjetiva– como elemento del principio de culpabilidad)⁴.

Si ello es así, entonces, cuando el Legislador dispone que, “Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio ...”, no apenas invade el juicio de desvalor que el fiscal y el juez deben efectuar sobre el hecho concreto –en cuya virtud articulan la descripción objetiva de la conducta (tipo objetivo) con la forma como se ha manifestado la voluntad del agente del delito (tipo subjetivo)–, sino que, además, desconoce el mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del ya enunciado principio constitucional de culpabilidad (art. 29 constitucional). Se trata, además, de un precepto normativo que sugiere una subsunción

² En cuanto a estas exigencias, cfr., entre otras, las sentencias C-181 de 2016 y C-742 de 2012.

³ De un lado, los tipos penales básicos describen de forma completa un supuesto de hecho, como acaece con el delito de homicidio (art. 103 del Código Penal) o los delitos de abandono (arts. 127 y 128 del mismo código). De otro, las circunstancias de agravación amplifican el supuesto de hecho de los tipos penales básicos y de los autónomos. Un ejemplo de este último –tipo penal autónomo– es el delito de feminicidio (art. 104 del Código Penal); este contiene el supuesto de hecho básico, además de otros elementos que le otorgan autonomía.

⁴ Según dispone el artículo 22 del Código Penal, “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Por su parte, el artículo 23 de la misma codificación prescribe: “La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo” (resaltos fuera de texto).

determinada y vinculante para la fiscalía y el juez penal, que desconoce la naturaleza de las circunstancias de agravación, es decir, de tipos penales subordinados y de su relación inescindible con los tipos penales básicos y completos.

En relación con este último aspecto, el principio de libertad de configuración legislativa aun cuando confiere un margen de movilidad al Legislador al momento de crear preceptos prohibitivos no es irrestricto o absoluto, ya que no puede tener injerencia en la facultad tónica, de solución de casos concretos, que tienen la fiscalía y el juez penal, al momento de aplicar una norma genérica, sugiriendo a modo imperativo una adecuación típica neta y estrictamente objetiva.

En el presente asunto, el Legislador estatuyó el inciso 2° del art. 130 del Código Penal a modo de tipo penal dependiente de los autónomos tipificados en los arts. 127 y 128 –abandono–, no así del art. 103 –homicidio–, lo cual se deriva de la ubicación tónica de la disposición, de su denominación y del contenido dogmático que la conceptualiza como agravante. Sostener lo contrario, es decir, que se está ante un tipo penal autónomo –como lo propuso el Procurador General de la Nación– y no ante una circunstancia de agravación expresamente consagrada respecto de los delitos de abandono sería desconocer, de un lado, la clasificación de la tipología en materia penal y, de otro, dar un alcance independiente a una norma que, aunado a que no soporta el análisis de constitucionalidad a partir del principio de estricta tipicidad y legalidad, depende para su aplicación de tipos penales básicos, se insiste, de los arts. 127 y 128 de la codificación penal.

La disposición demandada es un caso paradigmático de una incongruencia dogmática que amalgama un tipo penal completo de resultado (art. 103 del Código Penal) o de resultado tentado (arts. 27 y 103 del Código Penal) con un tipo penal subordinado de mera conducta (arts. 127 y 128 del Código Penal), pues difícil e indeterminado resulta que del solo abandono en lugar despoblado se infiera el *animus necandi* (ánimo de matar), al paso que se desconoce el aspecto subjetivo de la circunstancia de agravación.

Finalmente, precisa la Sala que la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso en mención no elimina la tipicidad del abandono. Con el inciso 1° del artículo 130 del Código Penal se cubren todas las modalidades de abandono y con el artículo 103 del Código Penal se cubre el resultado muerte, en caso de que este se siga del abandono.

El tipo penal básico y completo –el homicidio–, al ser de medios abiertos, reprocha la causa de la muerte con independencia del medio que dé lugar a tal resultado. De esta manera, si el *iter criminis* tiene como causa el “abandono en lugar solitario”, y, por tanto, se trata de la conducta por medio de la cual se ejecuta el homicidio, el sujeto activo del delito no puede ser favorecido con una consecuencia jurídica de menor reproche, tal es el caso del abandono. En todo caso, en tal supuesto, los elementos subjetivos –los grados del elemento volitivo del dolo– permiten al fiscal y al juez, según el caso, decantarse por el dolo de consecuencias necesarias o el dolo eventual, teniendo en cuenta tesis como la “representación”, la “posibilidad” o la “probabilidad”.

Los magistrados JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ y ALEJANDRO LINARES y LAS MAGISTRADAS DIANA FAJARDO, PAOLA ANDREA MENESES y GLORIA STELLA ORTIZ se reservaron la presentación eventual de aclaraciones de voto, respecto de los fundamentos de esta decisión.