



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

HONORABLES MAGISTRADOS

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado sustanciador: **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número D-13722.** Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 130 (parcial) de la Ley 599 de 2000.

Demandantes: **HERNEY HOYOS GARCÉS Y WILLIAM ALEXANDER LONDOÑO**

Asunto: **Intervención ciudadana** según el Art. 7 del Decreto 2067 de 1991.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre** y **CLAUDIA PATRICIA ORDUZ BARRETO**, actuando como ciudadana, **Profesora del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Bogotá** y **miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Bogotá**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término señalado en el auto del 18 de junio de 2020, de conformidad con lo establecido en el Art. 242 -num.1- de la C.P. y el Art. 7 del Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia, en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991.

I. Norma demandada.

El texto del enunciado normativo es el siguiente (se subraya el aparte demandado):

LEY 599 DE 2000

(Julio 24)

“Por la cual se expide el Código Penal.”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

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.

II. Argumentos de la acción pública de inconstitucionalidad.

Los ciudadanos **HERNEY HOYOS GARCÉS** y **WILLIAM ALEXANDER LONDOÑO** le solicitan a la Corte Constitucional que se declare la inexecutable del aparte

“...se constituirá la tentativa de homicidio...” contenido en el Art. 130 del Código Penal colombiano, por:

- A. Desconocimiento del principio de la presunción de inocencia, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, advirtiendo los accionantes que cuando el órgano legiferante describe la conducta del tipo penal, y a la vez su consecuencia jurídica a través de una locución mandatoria, como se desprende de la lectura de la expresión "se constituirá", está realizando un juicio de valor propio del juzgador, por cuanto realiza en la descripción de la consecuencia jurídica, un proceso de adecuación típica, el cual manifiesta que en la sanción de la primera conducta "se constituirá la tentativa de homicidio" y la sanción para la segunda "será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103" de la ley 599 de 2000.

Por lo que consideran que al legislador estar presumiendo la responsabilidad penal del presunto agente activo que abandona al recién nacido en un lugar donde su existencia se encuentre en grave peligro, en la medida en que hace imperativa la alocución "se constituirá", se expresa un mandato para la fiscalía y el juzgador de adecuar este comportamiento a la tentativa de homicidio, lo cual no evidencia una buena técnica jurídica ni una descripción armónica con el precepto constitucional.

Agregan los demandantes que es ilógico pensar que la persona que abandonó al recién nacido deba responder por tentativa de homicidio, pues se debe probar el elemento volitivo del dolo de querer matar, por lo que el legislador no puede presumir el dolo directo de primer grado en la comisión del injusto, pues se estaría desconociendo la presunción de inocencia y la responsabilidad penal objetiva que esta proscrita

- B. Desconocimiento del derecho de defensa, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política. Pues se frustra en el curso del proceso penal, el análisis y estudio del caso, ya que el fiscal y el juzgador, frente a la descripción de un hecho como el contenido en el tipo penal, deben aplicar la ley indicando inexorablemente que se trata de un precepto legal imperativo, por lo que el derecho de defensa se torna inocuo, pues el juzgador tendrá que construir su sentencia basándose en lo prescrito por el tipo penal, aduciendo la existencia de la tentativa de homicidio y, en donde la propia defensa es la encargada de demostrar la inocencia del defendido y no la fiscalía quien debe encargarse de demostrar la responsabilidad penal del sindicado. En consecuencia, entienden que, el derecho de defensa y el derecho al debido proceso se vulneran, pues se desconoce que la persona es inocente hasta el momento en que una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada exprese lo contrario.
- C. Desconocimiento del derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política. Aducen los demandantes que en el proceso corresponde a la defensa acreditar la inocencia, pero se está desplazando la carga de la prueba que corresponde a la fiscalía, pues al disponer que "se constituirá la tentativa de homicidio", se presume el dolo en la actuación del agente activo, siendo suficiente que la fiscalía acredite el abandono del menor sin atender a la demostración de la conducta dolosa o dolosa eventual.

En consecuencia, ante la vulneración al principio de legalidad, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, al permitir la aplicación de la consecuencia jurídica tal como la ilustra el tipo penal, se desvirtúa el sentido de la norma constitucional relativa al derecho fundamental al debido proceso

En relación con los argumentos presentados por los accionantes, la Corte Constitucional resolvió admitir la demanda de la referencia en contra del Art. 130 parcial del Código Penal colombiano.

III. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre.

Se advierte de la demanda que los accionantes pretendían se declarara la inconstitucionalidad de los artículos 130, 188A, 188C, 189, 190, 191, 193, 194, 198, 202, 203, 204, 242, 243B, 248, 254, 316, 348, 355, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 430, 431, 432, 439, 446, 447, 450, 462 y 465 (parciales) de la Ley 599 de 2000, no obstante, como lo indico la Corte, la carga argumentativa requerida para determinar la procedibilidad del estudio de constitucionalidad, solo se cumple respecto del cargo por presunta violación al debido proceso en virtud del artículo 130 (parcial) del Código Penal, pues la argumentación sobre los demás artículos acusados no cumplió los requisitos de certeza, pertinencia y suficiencia, ni con la argumentación requerida frente al cargo de omisión legislativa relativa, por lo que se inadmitieron.

En relación con el único cargo que prosperó a los demandantes referente a **la presunta violación del derecho al debido proceso**, se analizará entonces, si existe vulneración al derecho de defensa y a la presunción de inocencia. Al respecto se puede destacar que:

El debido proceso como derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de Colombia, implica que se debe presumir la inocencia y garantizar el derecho de defensa, por lo que a través de un proceso adecuado se consolida el derecho general a la justicia, la Igualdad, a la legalidad, a una sentencia justa, a la congruencia de la sentencia, entre otros¹

Por lo que, como ha precisado la Corte Constitucional, se entiende por debido proceso “*el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”².*

¹ <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>. Víctor Manuel Rodríguez Rescia. EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Víctor Manuel Rodríguez Rescia

² Sentencia C-341/14

Según lo citado, el debido proceso implica que las leyes aplicables sean claras y precisas, para que en momento alguna el ente instructor, la defensa o el juez dentro del debate probatorio puedan generar un fallo incongruente, en el que no se valore adecuadamente la norma y por ello la sentencia proferida no sea acorde a derecho.

Así las cosas y partiendo del artículo 130 de la ley 599 de 2000, se debe precisar que el mismo, no se puede estudiar de manera aislada, en ese sentido se debe tener en cuenta que hace parte del bien jurídico tutelado de la vida e integridad personal previsto en el título primero de la ley 599 de 2000, que en consonancia con el artículo 11 de la Constitución Política, se ha diseñado para resguardar la vida como derecho fundamental.

El título primero mencionado cuenta con varios capítulos, dentro de los que se destaca el sexto, que alude al abandono de menores y personas desvalidas, realizándose esta especial protección frente a aquellas personas que en el evento de no contar con el apoyo y / o auxilio de otro, podrían perder la vida o ésta ponerse en riesgo.

En ese sentido el artículo 127 de la ley 599 de 2000, prevé; Abandono “El que abandone a un menor o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.”

Por lo que, al realizar el análisis de este tipo penal, es claro que constituye un delito de **peligro**, que promueve la sanción por el deber legal de ayuda y socorro que tiene el que realiza la acción sobre el abandonado, a quien se desprotege en esa condición de total indefensión, es decir desvalido, siendo el sujeto activo determinado -esto es, quien tiene el deber de asistencia y cuidado-, en donde se sanciona el hecho de abandonar al sujeto pasivo, por el hecho de dejarlo solo, desprotegido y sin atención, agravándose la sanción si se realiza en lugar despoblado según el inciso 2 anotado.

Ahora, al revisar el artículo 130 del Código Penal se advierte que: “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”.

Frente al aparte subrayado el observatorio de intervención ciudadana constitucional considera que le asiste razón a los demandantes por cuanto:

1. Como se indicó el abandono constituye un delito de mera conducta, peligro y es pluriofensivo, mientras que el homicidio, por el contrario, es un delito de lesión, resultado y mono ofensivo
2. Al hacerse alusión en el artículo 130 referente al abandono de recién nacido, si se realiza en sitio o circunstancias que coloquen en peligro la vida del menor como constitutivo del delito de tentativa de homicidio, de manera clara se tendrían que estudiar y probar dos verbos rectores autónomos, de un lado el abandono y de otro el matar.
3. La tentativa³ de homicidio como delito autónomo se constituye cuando se inicie la ejecución de la conducta mediante actos idóneos e

³ LEY 599 DE 2000. ARTICULO 27. TENTATIVA. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá

inequívocamente dirigidos a la consumación del resultado, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo, lo que implica que la tentativa de homicidio supone que se puede probar que inequívocamente se buscaba el resultado muerte, empero si se está hablando del abandono agravado, lo que las partes entran a probar es un actuar diferente, cual es, el abandono, por lo que la presunción de inocencia frente a la tentativa de homicidio en el artículo 130 del Código Penal Colombiano, entraría a ser objeto de vulneración como elemento fundante del debido proceso.

En relación con la presunción de inocencia, ha entendido la Corte que *“es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “**toda persona acusada de un delito** tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito “hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad.”*

*“La presunción de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que **una persona es responsable de un delito** (...) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad”.⁴ (resaltado fuera de texto)*

Requiriendo el derecho a la presunción de inocencia como elemento fundante del debido proceso, que se tenga claridad sobre el delito para de esta manera aportar las pruebas pertinentes y demostrar la congruencia en el fallo, situación que de acuerdo con el artículo 130 de la ley 599 conlleva a condenar por tentativa de homicidio, pero probar el delito de abandono.

Por lo que efectivamente el derecho a la defensa se afectaría, toda vez que en desarrollo del proceso penal se debe identificar el tipo penal por el cual se va a adelantar el proceso y se va a garantizar la defensa. Lo que implica que, si el proceso se inicia por el delito de abandono, lo que deben demostrar el Fiscal y la defensa es que efectivamente se acudió o no a la desprotección de aquel que en condición de indefensión requería de la protección del sujeto activo.

Mientras que en el delito de homicidio la estrategia de las partes se ha de encaminar en probar la intención no de abandonar, sino de quitar la vida, constituyendo cada tipo penal el abandono del artículo 127 y el homicidio del artículo 103 tipos penales autónomos con sujetos, verbos y condiciones independientes.

en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

⁴ Sentencia C-289/12

Luego, si bien es cierto se podría pensar en la viabilidad de un dolo eventual⁵ frente al abandono en el que se pueda colocar en peligro la vida del menor, la imputación, acusación y juzgamiento debe ser congruente a fin de no vulnerar la igualdad de armas dentro del proceso penal, para que se pueda desarrollar el proceso de manera adecuada.

En ese sentido ha manifestado la Corte que; *“De conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de aplicación del principio de congruencia en el contexto de un sistema penal acusatorio, se tiene que (i) se trata de un principio cardinal que orienta las relaciones existentes entre la formulación de la acusación y la sentencia; (ii) su aplicación se extiende al vínculo existente entre la audiencia de imputación de cargos y aquella de formulación de la acusación; (iii) de allí que esta última no pueda incorporar hechos nuevos, es decir, no imputados previamente al procesado; y (iv) lo anterior no significa que la valoración jurídica de los hechos deba permanecer incólume, precisamente por el carácter progresivo que ofrece el proceso penal. En otras palabras, fruto de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía durante la fase de instrucción, es posible, al momento de formular la acusación, contar con mayores detalles sobre los hechos, lo cual implica, eventualmente, modificar, dentro de unos parámetros racionales, la calificación jurídica de los hechos”*

Constituyendo el principio de congruencia el fundamento del principio de igualdad de armas, *“entendido como la posibilidad que tienen las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales”*⁶.

Con ocasión en los argumentos presentados se hace necesario que se declare la Inconstitucionalidad de la norma demandada por evidenciarse indebida técnica legislativa, a fin de que se disponga en garantía del procesado y del recién nacido la protección de sus derechos, por lo que el abandono agravado en concepto del observatorio, debe establecer las consecuencias jurídicas pertinentes, sin que generen confusión en el análisis legal y judicial con un tipo penal autónomo y con características diferentes como ocurre con el homicidio en su modalidad tentada.

Téngase en cuenta que en caso de no existir claridad normativa a más de vulnerarse los derechos del procesado, objeto de esta intervención, se estaría afectando el interés superior del niño⁷ el cual debe protegerse de manera especial, por lo que no se pueden generar vacíos legislativos que promuevan indebidas condenas o impunidad, en ese sentido se solicita a la honorable Corte que declare inexecutable el apartado referido a que en caso de que se abandone a recién nacido en circunstancias que puedan afectar su vida, se sancione como responsable del delito de homicidio tentado, profiriéndose una sentencia modulada, para que se exhorte al legislativo a fin de que se desarrolle en debida forma el artículo 130 inciso 2 del Código penal, en lo atinente al aparte demandado.

III. Solicitud.

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Bogotá, solicita a la Honorable Corte Constitucional que se declare la inexecutable de la expresión demandada “se

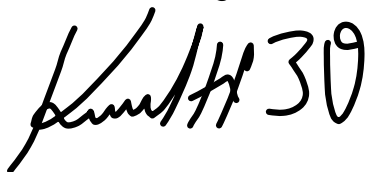
⁵ LEY 599 DE 2000. ARTICULO 22 La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

⁶ Sentencia C-025/10

⁷ Sentencia C-468/09. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, y precisamente, en desarrollo del principio del interés superior del menor, se regula lo referente a los derechos de protección de los menores de edad, previéndose que los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos, entre otras muchas conductas allí descritas, contra el abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.

constituirá la tentativa de homicidio contenido en el artículo 130 del Código Penal colombiano, de acuerdo con lo expuesto en el presente escrito.

De los señores Magistrados, atentamente,



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá D.C.

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 # 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: jkbv@hotmail.com



CLAUDIA PATRICIA ORDUZ BARRETO

C.C. 52104170 de Bogotá D.C.

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Profesora del Área de Derecho Penal

Correo: claudiaorduz@yahoo.com.mx