

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio al proyecto de ley 043 de 2017 Cámara “Por medio de la cual se crea el tipo penal de infanticidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”

Proyecto de Ley 043 de 2017 Cámara “Por medio de la cual se crea el tipo penal de infanticidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”	
Autores	Representante Efraín Torres Monsalvo
Fecha de Presentación	Julio 26 de 2017
Estado	Trámite en Comisión
Referencia	Concepto 28.2017

El día martes 23 de agosto del año en curso, en sesión ordinaria del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, se discutió el contenido del Proyecto de Ley número 043 de 2017 Cámara.

1

El presente concepto se dividirá en cuatro apartados: el primero, presenta el objetivo del proyecto de ley; el segundo, hace una breve descripción de su articulado; el tercero presenta las observaciones político-criminales frente a la iniciativa legislativa, y, por último, se presentarán las conclusiones.

I. Objeto del Proyecto de Ley

De acuerdo con el artículo 1º del proyecto de ley, su objeto es tipificar el infanticidio como delito autónomo y como instrumento para garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes menores de catorce (14) años de edad, mediante la sanción de conductas violentas que los afectan, así como el de prevenir y erradicar la comisión de dichas conductas y adoptar estrategias de prevención y sensibilización de la sociedad, en aras a asegurar a esa población su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad y no discriminación.

II. Contenido del Proyecto de Ley

Este Proyecto de Ley está compuesto por cinco (5) artículos, incluido el de su vigencia:

- El artículo 1 consagra el objeto de la ley, en el cual se pretende tipificar como delito autónomo el infanticidio.

- El artículo 2 crea el artículo 104 C en la Ley 599 de 2000, a través del cual se crea el tipo penal de infanticidio y dispone una pena que oscila entre trescientos (300) y quinientos cincuenta meses (550) de prisión para el autor de la conducta.
- El artículo 3 crea el artículo 104D en la Ley 599 de 2000, para establecer las circunstancias de agravación punitiva para el delito de infanticidio, las que elevan la pena a topes entre quinientos cincuenta (550) y seiscientos sesenta (660) meses de prisión.
- El artículo 4 dispone la imposibilidad de otorgar beneficios judiciales o llegar a preacuerdos y negociaciones con los sujetos activos de la conducta de infanticidio, atendiendo a lo establecido en el numeral 7 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.
- El artículo 5 alude a la vigencia de la ley.

III. Observaciones Político-Criminales al Proyecto de Ley bajo examen

El Consejo Superior de Política Criminal advierte, en términos generales, que el Proyecto de Ley bajo estudio es inconveniente, conforme los siguientes presupuestos:

- La pena consagrada en el artículo 104D propuesto, excede los límites de duración de la pena privativa de la libertad previstos en la Ley 599 de 2000.
- No existe fundamentación sobre el alcance de la protección que, de acuerdo con el proyecto, se brinda exclusivamente a menores de 14 años de edad.
- Con la tipificación propuesta se desconoce el concurso aparente de delitos y cómo esta figura puede generar dificultades en la aplicación de las normas.
- Existen otros tipos penales que protegen el derecho a la vida de los menores de edad.

En este orden, se procede a desarrollar cada uno de los presupuestos planteados.

3.1. La pena consagrada en el artículo 104D propuesto, excede los límites de duración de la pena privativa de la libertad previstos en la Ley 599 de 2000

La pena que se está contemplando en el delito de *infanticidio* cuando concurre alguna de las circunstancias de agravación, se fija entre quinientos cincuenta (550) y seiscientos sesenta (660) meses de prisión, por lo que desconoce los límites máximos que se han fijado por el propio legislador para la pena privativa de la libertad, cuando se juzga una sola conducta.

En efecto, el artículo 37 de la Ley 599 de 2000, nos indica:

“**ARTICULO 37. LA PRISION.** La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso.
2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.
3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena”

De acuerdo a lo reglado en el numeral primero de esta disposición, la pena máxima, cuando no exista concurso de conductas punibles, no podrá exceder los 50 años. No obstante, cuando concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva del infanticidio previstas en el proyecto, se fija una pena que en su máximo supera este límite y en su mínimo está muy cerca de él, con lo cual se presentan dos inconsistencias: la primera, que si el juez –como debe hacerlo- reduce el monto máximo de la pena al límite del artículo 37, el ámbito de movilidad punitiva se establecerá en solo cincuenta (50) meses, generando serias dificultades para determinar los criterios de proporcionalidad que deben ser tenidos en cuenta al momento de la individualización de la pena. La segunda inconsistencia, que puede afectar la estructura del Código Penal, se da ante la posibilidad de que el juez estime que la pena prevista en el proyecto, por ser posterior, deroga el contenido del artículo 37 de la Ley 599, de manera que se afectaría el principio de legalidad de la pena, supuesto que la norma que fija el límite a la privativa de la libertad tiene una mayor importancia –a la manera de principio rector- que la que determina, en cada tipo penal, la sanción imponible.

3

3.2. Falta de fundamentación de protección exclusiva a menores de 14 años.

El Consejo Superior de Política Criminal considera que la protección pretendida por el proponente en el proyecto de ley, se extiende solamente hacia los menores de catorce (14) años de edad, pues las normas no prevén las mismas consecuencias cuando los delitos afecten a adolescentes, cuyas edades se comprenden entre los catorce y los dieciocho años, a pesar de que esta población también debe ser objeto de una especial protección de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia.

En efecto, si lo que se pretende con el proyecto de ley es otorgar mayores garantías de protección a la niñez, atendiendo su particular posición de vulnerabilidad e incluso de indefensión frente a los mayores de edad, se considera que al excluir a los y las adolescentes cuyas edades oscilan entre 14 y 18 años, se genera un desequilibrio en la protección estatal, en perjuicio de sus intereses y con clara afectación de sus derechos.

Podrían existir razones por las que el legislador, en un momento determinado o frente a una medida específica considere adecuado hacer una distinción respecto de la población colombiana menor de catorce años. Las condiciones que determinan ese trato diferencial, sin embargo, no han sido expresadas en la exposición de motivos del proyecto de ley, de forma que no se cuenta con la evidencia empírica que permita justificar la norma como está concebida.

Por otro lado, observa el Consejo Superior de Política Criminal que en el proyecto de ley se emplea el vocablo *infante*¹, entendido este como toda persona menor de catorce (14) años de edad, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código Civil Colombiano. No obstante, el mismo estatuto Civil, en su artículo 34 indica que se entenderá por infante o niño, toda persona que no haya cumplido los siete (7) años de edad, razón por la cual, los propios términos empleados en el proyecto de ley, riñen con la definición legal, olvidándose, o desconociéndose por el autor del proyecto, el principio de integración, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 1 dispone que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

3.3. Desconocimiento de la figura del concurso de delitos.

4

Un elemento de alta relevancia para el Consejo Superior de Política Criminal que lleva a considerar la inconveniencia de la presente iniciativa legislativa, está relacionado con el hecho de que las disposiciones aludidas en el proyecto de ley desconocen la figura del concurso aparente de tipos penales² prevista en la parte general del código penal. Ello se evidencia al intentar incluir en sus descripciones

¹ El artículo 1 propuesto tiene un parágrafo 1°, según el cual “Para efectos interpretativos en el objeto de la presente ley, se entenderá como infante toda persona menor de catorce (14) años de edad, de conformidad con lo establecido en artículo 28 del Código Civil colombiano”.

² Sobre la figura del concurso aparente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en sentencia de agosto 17 de 2015, radicación 19391, precisó:

Por otro lado, también es pertinente resaltar que se elimina la posibilidad de admitir el pretextado concurso aparente (...), en virtud de los denominados principios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

De acuerdo con el primero, una preceptiva es especial respecto de otra cuando al comparar los tipos penales se observa que uno, de ellos es genérico frente al que regula la conducta de forma más precisa y completa, lo que impone optar por aplicar este último en lugar de aquél, desvaneciéndose la posibilidad de un concurso real.

(...)

En segundo lugar, tampoco se puede colegir que exista subsidiariedad entre los tipos penales en mención, porque tal situación se evidencia cuando sólo uno de ellos puede ser aplicado al subsumirse en el que sanciona con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico; en estos casos, el mismo precepto por regla general se encarga de prevenir sobre su carácter accesorio señalando que sólo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito.

(...)

En tercer orden, aparece el principio de consunción, en virtud del cual, si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume –de ahí su nombre- el del otro y, por tal razón, sólo se procede por un solo comportamiento.

eventos regulados por otros tipos penales. Así, por ejemplo, se incurriría en la conducta de infanticidio de conformidad con el literal b) del artículo 104C propuesto, cuando se produzca la muerte de un menor de catorce (14) años luego de “Ejercer sobre el cuerpo y la vida del menor, actos sexuales o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad”, en cuyo caso se puede considerar que se presenta un concurso aparente de tipos penales, que bien puede resolverse con fundamento en los principios de especialidad, subsidiariedad o consunción, lo que implicaría la imposición de una pena menor que la que correspondería a los delitos de homicidio y acceso carnal abusivo si se consideraran como un concurso material conductas punibles.

Similar situación se podría presentar respecto de la circunstancia contemplada en el literal e)³ del mismo artículo 104 C del proyecto, en el que se podría sancionar al autor del delito solamente por el delito de infanticidio, en lugar de hacerlo por el concurso material de tipos penales de homicidio y secuestro.

3.4. Existencia de otros tipos penales que protegen el derecho a la vida de los menores de edad

El Consejo Superior de Política Criminal resalta que actualmente la codificación penal consagra otros tipos penales que garantizan y protegen a los menores de edad en relación con los bienes jurídicos de la vida e integridad personal.

5

Así, por ejemplo, el artículo 103 protege el bien jurídico de la vida, con independencia de que la acción recaiga sobre un mayor o menor de edad, y el artículo 104, en sus numerales 1, 2, 3, 4, y 7, establece algunas circunstancias de agravación que permiten su aplicación cuando se trate de menores de edad, o cuando se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 104 C del proyecto.

Aunado a lo anterior, se tiene que la pena que contempla el homicidio agravado, oscila entre los cuatrocientos (400) y seiscientos (600) meses de prisión, monto éste que cumple con los parámetros fijados en la parte general del código penal colombiano, como sería el de los 50 años como máximo cuando es una sola conducta.

Finalmente, ha de aclararse que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006⁴ en su numeral 7, consagra la prohibición de suscribir preacuerdo o negociaciones con la

³ “e) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella”.

⁴ **Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutos.** 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, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos

Fiscalía cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa, así como en aquellas conductas contra la libertad, integridad y formación sexual, o secuestro, cometido contra menores.

En este orden de ideas, la prohibición que el proyecto de ley consagra en el artículo 4, es innecesaria ya que la misma actualmente está contemplada para los delitos previamente descritos.

4. Conclusión

Con soporte en todo lo anteriormente expuesto, se concluye por parte del Consejo Superior de Política Criminal que el proyecto de ley “Por medio de la cual se crea el tipo penal de Infanticidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones” es **inconveniente**, atendiendo a las siguientes razones.

En primer término, se observa cómo el máximo de la pena del delito de infanticidio que se contempla en el proyecto de ley, cuando se incurre en alguna de las circunstancias de agravación que allí se fijan, riñe con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 599 de 2000, en tanto este precepto indica que la pena de prisión para los tipos penales no tendrá una duración superior a cincuenta (50) años, salvo cuando existe concurso de delitos. No obstante, la pena establecida en el proyecto de ley asciende a 660 meses o lo que es lo mismo, a 55 años.

6

delitos las medidas no privativas de la libertad prevista en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Parágrafo transitorio. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

En segundo término, halló el Consejo una falta de fundamentación respecto a limitar la protección que la ley brinda, a los menores de catorce (14) años de edad, desconociéndose porqué se discriminó a la población adolescente comprendida entre catorce (14) y dieciocho (18) años.

En tercer lugar, se tiene que el proyecto de ley no tuvo de presente el concurso aparente de conductas punibles, así, por ejemplo, se observa ello, cuando se podría incurrir en la conducta de infanticidio de conformidad con el literal b) del artículo 104C propuesto, que es cuando se ejerce sobre el cuerpo y la vida del menor, actos sexuales o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad, caso en el cual, podría configurarse el concurso aparente de conductas atendiendo a los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

En cuarto lugar, actualmente existe ya, legislación que brinda protección a los niños, niñas y adolescentes que sean víctimas de homicidio, así, por ejemplo, se tienen los artículos 103 y 104, numerales 1, 2, 3, 4 y 7, así como lo consagrado en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006.

Finalmente, el Consejo Superior de Política Criminal llama la atención respecto a la creación de este tipo de delitos cuando, tal y como se desarrolla en la exposición de motivos, se pretende emular otras figuras jurídicas mediante las cuales un delito cometido en determinadas circunstancias se convierte en un delito autónomo, tal como ocurre con el delito de feminicidio, que busca primordialmente diferenciar los asesinatos de mujeres de aquellos perpetrados por el hecho de ser mujer, producto de las relaciones inequitativas de poder y subordinación, caso este que no ocurre con el delito de infanticidio que se pretende crear.

7

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Dirección de Política Criminal, MJD, Secretaría Técnica
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal