

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, NORBERTO. JARAMILLO ANGARITA, GUILLERMO, "Comentario a la sentencia C-093 de 2021. Animus necandi como presupuesto de imputación del homicidio y el dolo de abandono de menores y personas desvalidas", *Nuevo Foro Penal*, 96, (2021).

---

## **Comentario a la sentencia C-093 de 2021 Animus necandi como presupuesto de imputación del homicidio y el dolo de abandono de menores y personas desvalidas\***

*Commentary on Judgement C-093 of 2021  
Animus necandi as an assumption for the imputation of  
homicide and the intent of abandonment of minors and  
helpless persons*

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ<sup>1</sup>  
GUILLERMO JARAMILLO ANGARITA<sup>2</sup>

**Introducción. Un caso para análisis:** *X [madre de Y (recién nacida)], agobiada por las obligaciones económicas que demanda la maternidad y la imposibilidad de satisfacerlas a plenitud en estos tiempos de pandemia, decide abandonar a su hija en un lugar despoblado (donde nadie pueda percatarse de su actuar errado). Las características del lugar lamentablemente imposibilitan el acceso a la hidratación y alimentación de Y, lo que pone en riesgo su vida. A pesar de la selección del lugar despoblado por parte de X (con miras a garantizar su impunidad), ella espera que algún vecino del sector o transeúnte que pase por allí pueda hacerse cargo de Y y le brinde mejores condiciones de vida que las que ella puede darle a su hija.*

---

1 Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana. Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo electrónico: norbertofernandezj@javeriana.edu.co

2 Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Semillero en Derecho Penitenciario. Correo electrónico: guillermo.jaramillo@javeriana.edu.co

Conforme la regulación primitiva de nuestro actual Código Penal (Ley 599 de 2000), **X** respondería por el delito de abandono, con un aumento punitivo de hasta una tercera parte (artículo 127). No obstante, en virtud de la modificación consagrada en el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011, a **X** le sería imputable la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el inciso 2° del artículo 130 del Código Penal, atendiendo a que el abandono se produjo en un lugar donde la supervivencia del recién nacido está en peligro y en consecuencia respondería por el delito de tentativa de homicidio (artículos 27 y 103 del Código Penal).

Importante enfatizar que la formulación de nuestro caso no actualiza el *animus necandi* (intención de matar) de **X**. *Contrario sensu*, con independencia de la reforma legislativa del año 2011, **X** respondería por el delito de homicidio [si el menor muere (artículo 103 del Código Penal)] o tentativa de homicidio (artículos 27 y 103 del Código Penal), si el resultado de la muerte de **Y** no se produjere por circunstancia ajenas a la voluntad de **X** (por ejemplo, porque **W** logró rescatar a **Y**). Empero, en estos últimos supuestos, **X** tenía la intención de matar a **Y**.

Los casos hipotéticos planteados nos permiten abordar la circunstancia de agravación punitiva en comento, misma que fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad [expediente número D-13722 (Actores: Herney Hoyos Garcés y William Alexander Londoño Rosas)], la cual fue resuelta mediante sentencia C-093 de 2021, declarando inexecutable el inciso 2° del artículo 130 del Código Penal.

**Demanda de inconstitucionalidad D-13722 (El concepto de la violación).** Los argumentos que conformaron el concepto de violación y que fueron admitidos por el Magistrado sustanciador (providencias del 26 de mayo y 18 de junio de 2020) corresponden a la violación del artículo 29 Constitucional, por cuanto con la configuración de la tentativa de homicidio, cuando el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro, se presume el dolo directo de primer grado en la comisión del injusto, desconociendo de esta manera la presunción de inocencia. También se argumenta en la demanda que se desconoce el derecho a la defensa, trasladando la carga probatoria a esta última, para desacreditar el dolo.

**La decisión de la Corte Constitucional.** Conforme el comunicado 13 (15 de abril de 2021), se encuentra que nuestro Tribunal Constitucional declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 130 del Código Penal por desconocimiento de los principios de legalidad (*lex stricta*) y culpabilidad penal (desconociendo el

mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva), generando incertidumbre sobre el comportamiento que tipifica y el contenido del elemento subjetivo que exige para su configuración.

Advierte la Corte Constitucional que la disposición demandada es un caso paradigmático de una *incongruencia dogmática*, en donde se fusionan un tipo penal completo de resultado (homicidio) o de resultado tentado (tentativa de homicidio), con un tipo penal subordinado de mera conducta (abandono y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas), resultando difícil e indeterminado inferir el *animus necandi* del solo abandono en un lugar despoblado, desconociendo adicionalmente el aspecto subjetivo de la circunstancia de agravación punitiva.

Intervención ciudadana del Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana. Los aquí coautores apoyamos en su oportunidad la inexequibilidad del artículo 130 (parcial) de la Ley 599 de 2000, tras evidenciarse una contrariedad con lo normado en la Constitución Política de Colombia de 1991, comoquiera que la consecuencia jurídica allí consagrada (tentativa de homicidio), se desprende de una tipicidad subjetiva diferente al dolo que demandan los delitos de abandono de menores y personas desvalidas, trasgrediendo por contera la erradicación de la responsabilidad objetiva – como lo afirma la Corte Constitucional en la decisión objeto de este comentario-, consagrada en el artículo 12 del Código Penal, misma que se desprende del artículo 29 Constitucional<sup>3</sup>. Así, siendo la presunción de inocencia fundamento de la proscripción de la responsabilidad objetiva<sup>4</sup>, les asistía razón a los demandantes en su reproche, en cuanto la norma demandada vulnera el debido proceso.

Adicionalmente y desbordando los fundamentos de la demanda, consideramos que la vulneración del debido proceso también se encuentra comprometida por la norma demandada, frente al principio de congruencia. Sobre esto último, importante advertir que en materia penal<sup>5</sup>, las regulaciones procesales han consagrado el principio de congruencia, también denominado de coherencia o de correlación entre

---

3 Sentencias C-626/96 y C-181/16.

4 Sentencia C-225/17.

5 Se sigue lo desarrollado preliminarmente en HERNÁNDEZ, N. Y MESTRE, J. (inédito). *"Inescindibilidad del derecho penal sustantivo y adjetivo. Bernardo Gaitán Mahecha, el profesor de derecho procesal penal"*. Seminario *"Bernardo Gaitán Mahecha y la dogmática del derecho penal en Colombia"*. Gottingen: CEDPAL.

acusación o sentencia<sup>6</sup>, como una garantía a favor del procesado, en armonía con su derecho de defensa<sup>7</sup>, que blinda la posibilidad de ser sorprendido en la sentencia frente a hechos y delitos que no fueron endilgados en su contra por parte del ente acusador y por los cuales no se tuvo oportunidad efectiva de controversia. Así, la norma demandada habilita sorprender a la defensa, con una eventual condena por un delito de tentativa de homicidio, frente al cual no tuvo la oportunidad de debatir.

También debe tenerse en cuenta la posible vulneración del principio *non bis in idem* señalada por la doctrina<sup>8</sup>, atendiendo a que el inciso 2° del artículo 127 consagra la siguiente circunstancia de agravación punitiva: “*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.*” Con base en esto, la circunstancia de agravación punitiva establecida en la norma demandada, no tendría aplicación para este delito en particular o se aplicaría de manera exclusiva por consunción<sup>9</sup>.

En caso de considerar que resulta inaplicable en el anterior evento, la norma demandada quedaría reservada como circunstancia de agravación del artículo 128 del Código Penal, lo que también presenta inconvenientes, atendiendo a que intentar matar al sujeto pasivo cualificado en esta norma (hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas)<sup>10</sup>, no actualiza el homicidio simple (artículo 103 del Código Penal), en grado de conato (artículo 27 del Código Penal), sino la tentativa de infanticidio (artículos 27 y 108 del Código Penal), que ostenta una punibilidad privilegiada, por la especial menor culpabilidad o exigibilidad con la que actúa el sujeto activo de la conducta<sup>11</sup>.

Empero, la única fórmula que hace viable su aplicación es acudir al principio de consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*) para agravar el precepto contenido en el artículo 127 del Código Penal, que repetimos, atenta contra la consagración constitucional del debido proceso, en las diversas modalidades mencionadas en nuestra intervención (proscripción de la responsabilidad objetiva, presunción de inocencia y congruencia).

---

6 Sentencia T-655/15.

7 Sentencia C-025/10.

8 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Tomo II, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y Universidad de los Andes, p. 151.

9 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 152.

10 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 142.

11 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 155. Ver también sentencia C-013/97.

Ahora bien, volviendo al núcleo de los argumentos expuestos en la demanda de inconstitucionalidad, consideramos importante citar al profesor José Botero<sup>12</sup>, frente al siguiente argumento - que compartimos -:

*“En principio, ni fáctica ni jurídicamente es dable, según quien escribe, pensar que quien abandona a un recién nacido, en circunstancias que pongan en riesgo (amenaza) su vida está actuando con el dolo de simplemente abandonar, por el contrario, su actuar está orientado por un dolo eventual respecto de la muerte del menor como sería el caso de la persona que deja al recién nacido en un basurero o de la persona que deja al recién nacido entre escombros un día lluvioso y muy frío<sup>13</sup>; frente a tal situación, las personas que dejan a esos recién nacidos se han representado como posibles las muertes de los menores dejando librado al azar la no ocurrencia de tan fatales resultados, lo que constituye, dogmáticamente, un dolo eventual de matar (C. P., art. 22).”*

Sin abordar el debate dogmático sobre la admisibilidad teórica de la tentativa con dolo eventual<sup>14</sup> y su relación con el caso concreto<sup>15</sup>, lo cierto es que, en el supuesto transcrito, el dolo del agresor va encaminado a la muerte (homicidio) y no al abandono. En esa medida y en caso de que el delito no se consume por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, la imputación - en ejercicio del ius puniendi - debe ser por el delito de tentativa de homicidio y no por el delito de abandono agravado, utilizando para este último, la *fórmula mágica* consagrada en la norma demandada y declarada inexecutable, evadiendo así el juicio de adecuación típica correcto.

*Contrario sensu, el caso de “la madre que deja a su hijo recién nacido en un sitio solitario y a la intemperie un día muy lluvioso previendo que su hijo posiblemente morirá pero confiando imprudentemente en que habrá de pasar aquella persona que todos los días trota por ese lugar solitario, de manera tal que habrá de recoger a su hijo y llevarlo a un lugar seguro”<sup>16</sup>* (Resaltado fuera del texto). En este caso el dolo es

12 BOTERO, J.F. (2013). “Sobre el abandono, seguido de lesiones personales o muerte, en Colombia”. *Revista Derecho penal*, No. 45, pp. 159-190, 174 .

13 Último ejemplo tomado de GÓMEZ RIVERO. *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, p. 260 *supra*. (cita propia del texto).

14 GÓMEZ, M. DEL. C. (2013). “Tentativa de dolo eventual: bases para su convivencia”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, No. 66, 1, pp. 159-204.

15 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 152.

16 BOTERO, J.F. (2013). “Sobre el abandono, seguido de lesiones personales o muerte, en Colombia”, p. 175.

de abandono y no sería dable considerar este comportamiento como una tentativa de homicidio, a pesar que se actualiza el comportamiento descrito en el inciso 2° del artículo 130 del Código Penal, aunque si sería procedente aplicar el inciso 2° del artículo 127 del mismo compendio punitivo, como señalamos al comienzo de este comentario, al resolver nuestro caso hipotético.

Insistimos, el comportamiento reprochado por el legislador en el artículo 127 del Código Penal es la “*desprotección absoluta en que se deja a una persona a la que se le debe cuidado, es decir, que incurre en abandono, el que se sustrae a las obligaciones de asistencia y socorro que legalmente tiene con menores de edad o con personas desvalidas*”<sup>17</sup> y en el aspecto subjetivo de la acción se requiere que el sujeto activo conozca y quiera la realización de esa conducta (*animus derelictio*)<sup>18</sup>. Si el dolo es de matar, el abandono no es más que una parte de la dinámica comisiva del delito doloso<sup>19</sup>, es decir, se constituye en el medio idóneo para la ejecución del delito de homicidio<sup>20</sup> o de infanticidio<sup>21</sup>.

Recapitulando estas observaciones, el profesor Ricardo Posada califica como “*absurdo*” que el legislador haya convertido el acto de abandono en una tentativa de homicidio simple<sup>22</sup> y citando al profesor Fernando Velásquez señala que es una cláusula general librada a las más “*disparatadas interpretaciones*”. Esto último, adicionalmente, vulneraría el principio de taxatividad penal (como deviene de las situaciones analizadas en este comentario), lo que permite sumar argumentos para la declaratoria de inexecutable de la norma demandada, en relación con la fluctuación de la consecuencia jurídica por el comportamiento de abandono del recién nacido en sitios o circunstancias donde su supervivencia esté en peligro, considerándolo erróneamente como una tentativa de homicidio.

---

17 Sentencia C-468/09.

18 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 139.

19 ROCA, L. (2012). “Abandono de menores”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 8, p. 247. En sentido similar, TORRES J. (2014). “Delito de abandono de personas desvalidas”. *Revista de derecho*, No. 43, p. 289.

20 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 139.

21 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 145. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de octubre de 1877, citada en SERRANO, M. (2003). “*El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal*”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No. 45, p. 41

22 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*, p. 150.

**Conclusión.** Teniendo en cuenta lo expuesto, la consecuencia jurídica consagrada en el inciso 2° del artículo 130 del Código Penal (tentativa de homicidio), no supera el juicio de constitucionalidad al trasgredir el debido proceso (artículo 29 Constitucional), resultando acertada la decisión de nuestro Tribunal Constitucional, en el sentido de declarar la inexecutable de la norma demandada.