



Trabajo de Grado

**“Análisis al Proyecto de Ley 336 de 2023, por posible inconstitucionalidad al pretender
derogar el incesto como delito en Colombia”**

Sharikc Paola Moncada Torres

C.C. 1.007.618.475

Facultad de Artes y Humanidades

Programa de Derecho

Junio de 2023



Trabajo de grado

“ANÁLISIS AL PROYECTO DE LEY 336 DE 2023, POR POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD AL PRETENDER DEROGAR EL INCESTO COMO DELITO EN COLOMBIA”

Autor

SHARIKC PAOLA MONCADA TORRES

Presentado para optar por el título de: Abogada.

Tutores

OLGA REGINA OMAÑA SERRANO

Doctora

YAMAL ELÍAS LEAL ESPER

Doctor

**UNIVERSIDAD DE PAMPLONA
FACULTAD DE ARTES Y HUMANIDADES
PROGRAMA DE DERECHO**

Pamplona

26 de junio de 2023



ÍNDICE

Agradecimientos	5
Introducción	6
Objetivos	8
Objetivo General	8
Objetivos Específicos.....	8
Problema de Investigación	9
Pregunta Investigativa	12
Metodología de la Investigación	13
Capítulo I: El incesto como delito en el sistema penal colombiano	14
Antecedentes del injusto.....	14
Panorama actual del delito en Colombia	17
Objetivo de la despenalización del incesto en el Proyecto de Ley.....	20
Controversias originadas a partir del Proyecto de Ley 336 de 2023.....	24
Capítulo II: Fallos de la Corte Constitucional colombiana sobre el delito	31
Sentencia C-404/98.....	32



Sentencia C-538/98.....	36
Sentencia C-241/12.....	38
Carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional.....	44
Capítulo III: Inconstitucionalidad del Proyecto de Ley 336 de 2023 en materia del incesto.....	48
Supremacía de la Constitución Política de Colombia.....	48
Acción pública de Inconstitucionalidad en Colombia	50
La despenalización del incesto y su posible inconstitucionalidad	51
Conclusiones	54
Referencias	58
Anexos	63
Anexo A: Análisis jurisprudencial sentencia C-404/ 98.....	63
Anexo B: Análisis jurisprudencial sentencia C-538/98.....	67
Anexo C: Análisis jurisprudencial sentencia C-241/12.....	70



AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, gracias a Dios por darme la vida, el bienestar y la sabiduría para lograr este objetivo; a mis padres Saul Moncada y María Eugenia Torres por su esfuerzo, dedicación y amor incondicional; a mi hermana Valery, por ser mi mejor amiga, cómplice y confidente; a mi hija de cuatro patas Molly por ser mi compañera fiel; a mi pareja Emilio R, por apoyarme, animarme y estar presente; a mis tutores, los doctores Olga Regina Omaña y Yamal Elías Leal por su guía e instrucción; a todos mis familiares, amigos y compañeros que fueron parte de este proceso, infinitas gracias.



INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley 336 de 2023, tiene como fin humanizar la política criminal y penitenciaria en el país, abarca dentro de sus objetivos: la reducción de penas privativas de la libertad, la despenalización de algunos delitos, que los condenados puedan tener acceso a ciertos beneficios y subrogados penales, entre otros.

Debido al apuro de dar impulso a una justicia restaurativa y consolidar una administración de justicia más hábil y competente, el proyecto tiene entre uno de sus propósitos la despenalización de los siguientes delitos: Violación a la libertad religiosa, impedimento y perturbación de ceremonia religiosa, daños o agravios a personas o a cosas destinadas al culto, irrespeto a cadáveres, injuria, calumnia, injurias y calumnias indirectas, injurias o calumnias recíprocas, imputaciones de litigantes, incesto, inasistencia alimentaria, supresión, alteración o suposición del estado civil, emisión y transferencia ilegal de cheques, elección ilícita de candidatos y aceptación indebida de honores. (Ministerio de Justicia y del derecho, 2023). De tales injustos, el incesto, será materia de estudio en la presente investigación, el cual se encuentra tipificado en el Código Penal Colombiano, en su artículo 237, pudiendo definirse como el hecho de mantener relaciones amorosas y/o sexuales con un miembro de la familia; aspecto que ha sido objeto de múltiples debates morales, sociales y jurídicos. (Código Penal Colombiano, 2004, Art. 237)

Si bien es cierto, el incesto es reconocido por la humanidad desde la antigüedad, sigue siendo un tema tabú dentro de la misma, ya que, así como diversas culturas prohíben las relaciones sexuales



entre los miembros de la familia extensa, en otras, por el contrario, es un asunto cotidiano y totalmente normalizado. (White y Campos, 2004)

En Colombia, una de las consideraciones expuestas en el proyecto presentado para derogar este delito, es que no rinde utilidad social ni penal, dotar de consecuencias jurídicas esta práctica, sin indicar que deba ser aceptada o que es correcta, por lo que la despenalización de este delito no es sinónimo de aceptación por parte del Estado, en cambio, es un reconocimiento de que la protección que el derecho da a un bien jurídico puede darse por otros mecanismos, otras ramas u otras políticas públicas. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2023). De este modo, se hace necesario realizar un exhaustivo estudio y así identificar si el efecto de eliminar el incesto como una conducta delictiva en Colombia, considerando que, a nivel constitucional, la Corte ha sido sujeta a debates en los cuales hace énfasis de la importancia de penalizar esta conducta por cuanto afecta la unidad familiar, puede considerarse inconstitucional.



OBJETIVOS

General

1. Identificar si la despenalización del incesto como uno de los delitos que acoge la Ley 599 de 2000, en el sistema penal acusatorio, sería eficaz en el ámbito jurídico en Colombia, considerando sentencias de la Corte Constitucional donde se establece que dicha conducta debe considerarse como un injusto penal.

Específicos

1. Realizar un análisis exhaustivo del incesto como delito y el objeto que tiene su despenalización en el Proyecto de Ley 336 de 2023, en el país.
2. Analizar sentencias de la Corte Constitucional y el carácter vinculante de los fallos de constitucionalidad.
3. Determinar si el Proyecto de Ley 336 de 2023 puede considerarse inconstitucional.



PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Según lo expuesto por el Ministerio de Justicia en la expedición del Proyecto de Ley, gran parte de la violencia sexual ejercida contra menores proviene de sus propios familiares, por lo que la herramienta jurídica apropiada para responder a esta grave situación no debe ser el delito de incesto, cuya pena oscila entre 16 y 72 meses de prisión, desproporcionadamente baja, ineficaz e inapropiada. Los delitos sexuales deben ser tratados como actos sexuales o accesos carnales agravados, cuya pena llega hasta los 40 años y no admite la concesión de beneficios. Así, la despenalización del incesto se dirige únicamente a proponer que no se sancionen penalmente las relaciones sexuales que sostienen de manera libre y voluntaria adultos unidos por una estrecha relación familiar. Es importante resaltar que el gobierno no busca promover esta conducta sino respetar la separación entre derecho y moral, entre lo que está mal y lo que es delito, como lo exige la Constitución Política. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2023)

Por otro lado, El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad del Estado encargada de la prevención y protección de la primera infancia, infancia y adolescencia, el fortalecimiento de los jóvenes y las familias en el país, que brinda atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos, (ICBF, 1968) en nombre de la funcionaria María Mercedes López mostró gran preocupación durante una audiencia en la Cámara de Representantes, expresando al diario en línea Infobae que “al pensar que se va a descriminalizar¹,

¹ En la entrevista, la funcionaria del ICBF, María López uso la palabra *discriminalizar*; sin embargo, en el presente fue corregido por fines ortográficos.



lo deja abierto, sin protección, y estamos hablando de menores de edad que requieren de una protección constitucional superior” (Munevar, 2023). Otro de los elementos que López (2023) cuestionó fue el tema del consentimiento respecto a los casos de incesto. “Hay casos de aparente consensualidad, pero que realmente son el producto de formas de abuso soterrado, y que se previenen justamente con tipos penales como el incesto. ¿Cómo podría uno decir que es consensuada la relación entre un adolescente con su abuelo o con su padre? Figuras que como cumplen un rol importantísimo en el crecimiento del ser humano, sobre todo de autoridad”. Adicionalmente, se refirió a si se quita el carácter punitivo a la práctica del incesto, ya que esto tendría un efecto representativo en la intención de enfrentar el hacinamiento carcelario. “Actualmente, con corte al 22 de septiembre del 2022, en las cárceles de nuestro país tenemos condenados solo a 25 ciudadanos por ese delito. ¿Será que 25 personas afuera de la cárcel impactan favorablemente la descongestión carcelaria?” (Munevar, 2023)

Es conveniente mencionar que, el artículo 42 de nuestra Constitución Política declara que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”, ese mismo apartado también menciona que, “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley” (Const.1991, art.42)



Conforme a lo anterior, surgen los siguientes interrogantes que dan origen a la presente investigación: ¿La despenalización del incesto atentaría contra lo expuesto en la Constitución Política referente a la protección de la familia? a la vez, ¿La eliminación de este delito podría determinarse inconstitucional en la normatividad colombiana?

El problema jurídico puede definirse como uno de tipo teórico pues realizará un estudio al tema mencionado anteriormente, únicamente desde el análisis de la teoría, haciendo un recuento del incesto históricamente, revisando sus antecedentes en el país desde una visión normativa, y en especial, en el ámbito jurisprudencial. Siendo estas las hipótesis que serán de gran ayuda para establecer si en Colombia la eliminación del incesto en el sistema penal acusatorio puede lograr la eficacia jurídica esperada, debido a que podemos evidenciar en algunos fallos de la Corte Constitucional que la misma considera que dicha conducta debe considerarse como delito, por lo que, en caso de convertirse en Ley, podría ser un caso de contradicción y posible inconstitucionalidad.



PREGUNTA INVESTIGATIVA

¿Por qué el Proyecto de Ley 336 del 6 de febrero de 2023 podría considerarse inconstitucional, en materia del incesto, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano?



METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se realizará desde un método dogma-jurídico, pues este se encarga del estudio de las estructuras del derecho objetivo, basándose en el ordenamiento jurídico y de modo especial, en las fuentes formales del derecho tales como la legislación, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina, con el fin de dar respuesta a los objetivos expuestos en el presente. (Tantaleán, 2016, p.3,4)

Con un enfoque cualitativo donde se traerá a colación el incesto como delito, sus antecedentes normativos en Colombia, principalmente desde el estudio de las decisiones judiciales que ha sentado la Corte Constitucional, el objetivo del Proyecto de Ley 336 de 2023 para la despenalización de esta conducta, y cuál puede ser la eficacia jurídica al tratarse de un delito que ha tenido anteriormente un precedente negativo por parte de la Corte, estableciendo si puede tratarse de una posible inconstitucionalidad.



CAPÍTULO I

EL INCESTO COMO DELITO EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

En primer lugar, es menester definir esta conducta como las relaciones sexuales consensuadas que involucran a personas pertenecientes a una misma familia, es decir, que comparten un lazo consanguíneo directo, tales como hermanos, padres e hijos, abuelos y descendientes, o que estén unidos por cualquier otro nexo biológico. El incesto es una práctica condenada culturalmente e incluso, prohibida en casi todas las civilizaciones, que han preferido siempre la exogamia a la endogamia. (Editorial Etecé, 2021)

Esta práctica es considerada como un injusto penal autónomo, tipificado en el artículo 237 de La Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano. El artículo en cuestión expone: *“El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses”* (Código Penal Colombiano, 2004, Art. 237), la norma transcrita se puede encontrar en el capítulo quinto del título VI del Código, que trata de los delitos contra la familia, institución amparada por instrumentos nacionales e internacionales, la cual goza de múltiples derechos, deberes y protección casi inmediata por parte del gobierno y la sociedad.

ANTECEDENTES DEL INJUSTO

Para analizar el incesto como un injusto penal en la actualidad, debemos remontarnos a su historia. En el texto titulado “El delito del incesto en Colombia: razones para su



despenalización”, el jurista Víctor Manuel Macias Caro, describe que, en la época de Justiniano, el Derecho romano sancionaba a la mujer que contrajese casamiento incestuoso con la confiscación de sus bienes, incluida la dote, y con el destierro. Los hijos habidos no sólo no eran considerados hijos legítimos, sino siquiera hijos naturales, siendo excluidos de cualquier derecho sucesorio.

Posteriormente, en el Derecho visigodo, la conducta fue definida como la unión entre un hombre y una mujer parientes dentro del sexto grado cuya pena, además de la nulidad del matrimonio, era el internamiento de ambos en monasterios separados y, posteriormente, la preferencia de los hijos anteriores al matrimonio anulado en la herencia de los bienes.

En el mismo escrito encontramos que, para el siglo XIII, fue incorporado un elemento sustancial de la conducta tal y como la conocemos hoy en día, la cual no consistía solo en «casar con su parienta nin con su cuñada fasta el grado que manda santa yglesia»², sino también en yacer con ella, aunque no hubiese matrimonio, con lo que se castigaba la mera relación sexual. Así mismo se contemplaba el desconocimiento del parentesco como circunstancia eximente.

De igual forma, en el texto de las Partidas, establece que el incesto es el yacimiento con parienta o cuñada dentro del cuarto grado, distinguiendo en la sanción si existió matrimonio, aun sin la dispensa del papá o no. En el primer caso, la pena dependía de la calidad del autor y eran el

² Tomado del texto de Macias Caro, V. M. El delito del incesto en Colombia: razones para su despenalización. (2012) quien a su vez cita a Fuero Real, Libro IV, Título VIII, Ley I. Redacción y escritura de la época.



destierro, la confiscación de bienes y pérdida de honra para el hombre honrado, y azotes y destierro para el hombre vil. En el segundo caso, la pena era la muerte en ambos casos.

Así mismo, en la legislación de los Pueblos Originarios estaba ausente la prohibición del incesto. Por ejemplo, entre los chibchas se acostumbraba que al incestuoso «lo metiesen en un hoyo de agua angosto con obscenas sabandijas y lo cubriesen con gran losa do pereziese miserablemente».

En la Colombia independiente, el Derecho Penal Indiano y la consecuente criminalización del incesto continuaron vigentes hasta la aparición de un Código Penal Nacional y es así como en el Código de 1837, en su artículo 464, fue establecido como agravante del concubinato público, la circunstancia de que el hecho se cometiera «entre parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad». Dicha posición se mantuvo durante la época federal, en la que los estados tuvieron atribuidas las competencias penales, siendo el ejemplo más conocido “El Código Penal el Estado soberano de Cundinamarca de 1858” una reproducción del Código de 1837. El Código Penal de los Estados Unidos de Colombia de 1873 no se pronunció sobre esta conducta, mientras que el Código penal de 1890, construido sobre la base del de 1837, reproducía la solución de la agravante del amancebamiento público. Sólo con el Código Penal de 1936 volvió a ser establecido el incesto como delito autónomo. En el artículo 357 de dicho texto legal incluía entre los sujetos activos, a diferencia del actual, también a los afines en línea directa. Las razones aducidas por el legislador de la época para esta inclusión fueron la evitación de la alarma social y de otras consecuencias desastrosas para la especie.



Luego, el Código Penal de 1980 reproduciría en su artículo 259, la prohibición contenida en el de 1936, salvo en lo referente a los grados de parentesco cubiertos por la misma al eliminar a los parientes afines en línea directa. (Macias Caro, 2012, p. 4-6)

PANORAMA ACTUAL DEL DELITO EN COLOMBIA

Actualmente, con la creación de la Ley 599 de 2000, las modificaciones recientes se limitan a aumentar la pena mediante el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, obteniendo como resultado de esta evolución histórica un injusto tipificado en el artículo 237 del Código Penal colombiano y clasificado como doloso, bilateral y de mera actividad. (Macias Caro, 2012, p. 6)

Este delito, entendido como la sanción de relaciones sexuales entre parientes ha sido objeto de investigación de las ciencias sociales, en especial, de la antropología y el psicoanálisis, y de algunas ciencias naturales como la biología, pues se ha evidenciado que, debido a la similitud de genes, la unión entre personas de la misma sangre puede dar pie a peligrosas malformaciones, mismas que a veces no se dan de manera inmediata sino en la siguiente generación. Entre las principales enfermedades a causa de las relaciones incestuosas encontramos: la microcefalia, el albinismo, asimetría facial, prognatismo, extremidades fusionadas, paladar hendido, enanismo y la hemofilia. (Cultura Colectiva, 2023)

La discusión entre estudiosos acerca del carácter natural o cultural de ese fenómeno, es asunto que no compete a la Corte Constitucional de Colombia, pues su función es distinta. Le importa sí, retomar algunas conclusiones de esas disciplinas en la medida en que ellas ayudan a esclarecer



la cuestión jurídica planteada en el fallo constitucional 404 de 1998, a saber: “*¿constituye la penalización de esa conducta, en los términos del código penal colombiano, un límite injustificado al libre desarrollo de la personalidad, consignado como un derecho fundamental en el artículo 16 de nuestra Carta?*”

En el mencionado fallo, además, proclama que fuera de cualquier conflicto científico, la proscripción de las relaciones sexuales endogámicas aparece como una constante social desde la antigüedad, en las más diversas culturas. En Totem y tabú, Freud lo considera el crimen primigenio por excelencia, desecha la utilidad genética como razón justificativa de la prohibición. Sus observaciones en torno a la conducta se articulan de modo perfecto con sus hipótesis sobre el complejo de Edipo y el sentimiento confuso de deseo y horror conjugados ante lo considerado como "tabú".

De igual forma, la sentencia de 1998 nos menciona a Claude Levi-Strauss y enjuicia la prohibición del incesto como la primera acción organizadora de cualquier comunidad atribuyéndole efectos deseables tanto internos como externos, con una misma finalidad: la supervivencia por la cohesión y la alteridad. Es quizás, para el antropólogo estructuralista, el puente entre naturaleza y cultura. Pensado el tabú como presupuesto de la cultura, contiene, en embrión, la prohibición normativa que, buscará su justificación racional. También los trabajos investigativos de Malinowski y de Margaret Mead, haciendo la salvedad sobre las diferencias de enfoque y los factores que les interesa destacar, permiten concluir que, mediante la prohibición



del incesto, las diferentes comunidades observadas buscan crear condiciones propicias para la convivencia de sus miembros. (Corte Constitucional de Colombia, C-404 de 1998)

Ahora bien, el incesto está tipificado como delito, es una realidad cultural en múltiples sectores de nuestra población. Un ejemplo claro, es el que cuenta en su blog, Óscar Humberto Gómez Gómez, -abogado, periodista, miembro de la Academia de Historia de Santander y miembro de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia-, en Bucaramanga muchos padres hacen vida marital con sus hijas, las embarazan y tienen con ellas numerosos hijos. Cuenta que hace algunos años, un hombre que trabajaba en la calle como chatarrero junto a una de sus hijas, encontró lo que aparentemente era una bola de hierro, sin embargo, se trataba de una granada dejada por el Ejército Nacional. A la oficina de Gómez, se presentó una joven embarazada, acompañada de dieciséis niños, vestidos con ropas sucias, la mayoría descalzos. La mujer expuso, que quería que Gómez tomara el caso de su papá, aquel hombre que acababa de morir al haber cogido una granada a machetazos y el de su hermana. Dijo, que más de la mitad de los niños que la acompañaban eran hijos de ella. Pero, cuando le preguntaron por la relación de parentesco entre los menores y el occiso, explicó que todos eran hijos de éste, y hermanos de ella. Tras algunas preguntas la joven manifestó “Es que yo los tuve todos con mi papá”, “O sea, doctor, que mi papá era para estos niños papá y abuelo”. A lo que preguntó “¿Y los demás niños, los que no son hijos suyos, de quién son hijos?”, y ella respondió “De mi papá y de la hermana mía que iba con él, la que murió en la explosión”. (Gómez, 2012)



OBJETIVO DE LA DESPENALIZACIÓN DEL INCESTO EN EL PROYECTO DE LEY

El objeto del Proyecto de Ley 336 de 2023, es transformar el marco normativo e institucional en materia penal y de la ejecución de las penas con el fin de adecuarlo a estándares constitucionales y teniendo en consideración las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, humanizar las penas y su ejecución, reforzar un enfoque restaurativo, aumentar la eficiencia del sistema penal y progresar en la superación del estado de cosas inconstitucional.

(Proyecto de Ley 336, 2023, p. 1)

Este proyecto estima dentro de sus objetivos la despenalización de algunas conductas punibles, al tener en cuenta tanto lo general como lo técnico, pues resulta indispensable dirigirse hacia una política criminal en la que el sistema penal se active solo cuando sea absolutamente necesario. Es decir, cuando no exista una respuesta institucional menos grave para responder a controversias presentadas y no exista más remedio que acudir a la ley penal. Con la finalidad de abordar a casos concretos, en una sociedad democrática que utiliza y busca confiar en el diálogo como mecanismo para la resolución de los conflictos propios a la vida social, y que se ha comprometido constitucionalmente con la defensa de la libertad de expresión, es posible pensar que resulta innecesaria la ruta del derecho penal para casos de injurias, calumnias o delitos semejantes ante la advertida existencia de métodos alternativos de solución de conflictos que pueden restaurar el daño ocasionado al buen nombre y honra de las personas. Estos tratamientos no solo se han probado más efectivos al momento de tratar conflictos, sino que, posibilitaría que la justicia penal se enfoque en conflictos graves.



Sin embargo, la reforma que se pretende de una justicia retributiva hacia una justicia restaurativa no es el único motivo para proponer la despenalización de ciertas conductas. La Ley 599 del 2000 lleva veintidós (22) años de adiciones, modificaciones e interpretaciones, así como la incorporación de nuevos tipos penales. Debido a que un sistema penal dinámico se debe ajustar a las realidades y costumbres propias de la sociedad, esto conlleva a nuevos delitos por bienes jurídicos que antes no existían o a la tipificación de conductas que aun cuando deben tener el máximo reproche social, no se encontraban tipificadas.

No obstante, el Código Penal colombiano también se vuelve obsoleto en varios sentidos. Así como se le adicionan comportamientos para que sean delitos, también vale la pena la revisión de aquellos que deberían dejar de serlo.

Dentro de los argumentos expuestos para la eliminación de algunos tipos penales debe considerarse:

(i) en primer lugar, algunas conductas no merecen un reproche desde el derecho penal, por ser este violento y de ultima ratio y porque, existen mejores medios o vías de solución; (ii) en segundo lugar, para adicionar un argumento más técnico, existen tipificaciones penales que llevan a errores de técnica, pues recogen un comportamiento que ya había estado tipificado de otra manera en la ley penal o que puede y debe ser solucionado a través de otra jurisdicción; y (iii) finalmente, deben revisarse tipificaciones



penales que cobijan supuestos de hechos que simplemente no ocurren en la actualidad.

(Proyecto de Ley 336, 2023, p. 54-55)

Dicho esto, en cuanto a la derogatoria del delito del incesto, el Proyecto de Ley 336 propone derogar el artículo 237 de la ley 599 de 2000, el cual pena a quienes realizan actos sexuales o realizan un acceso carnal con una persona con la que se tenga una relación de parentesco (Código Penal Colombiano, 2004, Art. 237). El bien jurídico que protege es la institución familiar, siguiendo la idea de una moralidad pública que recoge el derecho. Por consiguiente, la idea de familia que defiende este tipo penal es doble. Por un lado, pretende que quienes ya lo son, no puedan relacionarse de forma sexual. Por otro, que quienes van a conformar una familia o van a adentrarse en relaciones sexo afectivas, no sean parientes. Así se protege no solo la familia actual, sino la conformación de una familia potencial y a los potenciales descendientes de esa unión. Esta aversión social pretende evitar que, entre familiares, se realicen actos de naturaleza sexual, así sean voluntarios, aunque se trate de dos adultos con capacidad para consentir. Esto es una expresión del concepto de tabú, definido este como una práctica que genera rechazo social y que no debe ser realizado, discutido, ni debe realizarse una asociación con él.

Mencionado lo anterior, en válido cuestionarse si el derecho penal es la mejor forma de lograr desincentivar esa práctica y transmitir el mensaje de que ese tipo de comportamientos no gozan de la aceptación social. Por lo que se estima que no rinde utilidad social ni penal dotar de consecuencias jurídicas esta práctica. La descriminalización no es una aceptación por parte del Estado, ni una manera del legislador de promover una conducta, sino que se refiere al



reconocimiento de que la protección que el derecho da a un bien jurídico puede darse por otros mecanismos.

Por lo que uno de los interrogantes que plantea el Proyecto de Ley es: ¿Qué finalidad reporta que quien realiza un acto voluntario con un adulto en capacidad de consentir se convierta en un delincuente, tenga antecedentes penales, y sufra las consecuencias que las personas que han sido condenadas, deben afrontar?

Dado que en parte este ocurre en la intimidad de dos personas que tratan de mantenerlo oculto y que es tal el rechazo social de este tipo de comportamientos que la mayoría de la persuasión está representada por la sanción social, al ser un acto que viola las normas de convivencia dentro de la comunidad, se considera que es muy poco el efecto disuasivo de este delito. Por otro lado, no es significativa la resocialización que se deba lograr con la pena, en tanto una reinserción se completaría con la interiorización de los sujetos activos de que la sociedad de la que hacen parte no está de acuerdo con sus expresiones sexuales. Lo que sí puede ocurrir con el injusto penal de incesto es que el bien jurídico que se pretende resguardar termine por afectarse.

En definitiva, se considera que, por mucho que genere rechazo social, el incesto no tiene un sentido delictivo que motive su consideración en el Código Penal, en tanto, se trata del actuar de adultos en ejercicio de su libre albedrío y de existir una situación semejante, en el cual no medie el consentimiento, sí tiene sentido delictivo y no quedaría desprotegido penalmente.



De esta forma la despenalización del incesto hará que nuestro país esté en compañía de varios países latinoamericanos y del primer mundo que tampoco consideran esta conducta un delito, como: Argentina, Brasil, Portugal, España, China, Japón, Rusia, Suecia y Holanda. Pues, la mayoría de estos países han mantenido las prohibiciones civiles para contraer matrimonio con parientes, pero han dejado la disuasión del incesto al reproche social. (Proyecto de Ley 336, 2023, p. 64-67)

CONTROVERSIAS ORIGINADAS A PARTIR DEL PROYECTO DE LEY 336 DE 2023

Desde la enunciación del Proyecto de Ley 336 de 2023, objeto de estudio, se han presentado debates, comentarios y recomendaciones por parte de instituciones y entidades tanto gubernamentales, como no gubernamentales. Entre ellas, traeremos a consideración los debates emitidos por el Consejo Superior de Política Criminal, por miembros del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, las cuales se expondrán cronológicamente.

COMITÉ TÉCNICO DEL CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, en la sesión del 19 de enero de 2023, realizó un análisis y un debate del texto radicado del Proyecto de Ley “Por medio de la cual se humaniza la política criminal y penitenciaria para contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional y se dictan otras disposiciones”.

Fue así, como en términos generales, llegan a la conclusión de que la iniciativa legislativa recibe una apropiada acogida y resalta la voluntad de querer contribuir en la superación del estado de



cosas inconstitucional, pues es de este modo que se puede avanzar en la construcción de una normatividad que sea encaminada por este objetivo y que garantice los derechos de todas las partes e intervinientes en la actuación penal. (Consejo Superior de la Política Criminal, 2023, p. 2)

En consecuencia, lo consignado en el Proyecto de Ley 336 de 2023, responde a que la regulación penal de conflictos solo debe hacerse cuando los otros subsistemas del sistema jurídico no sean capaces de lograr el valor de resultado que se persigue. Y respecto al caso del incesto responde precisamente a lo sentado anteriormente, pues se trata de una actuación con un alto reproche social, cuya derogación no implicará, que sea permitida o incentivada por el Estado. Se debe a que el incesto, no está protegiendo adecuadamente el bien jurídico de la familia, ni cumple con los fines del derecho penal y de la pena.

Se debe partir del punto de vista según el cual este injusto penal es solo aplicable a quienes pueden emitir su consentimiento sexual y, haciéndolo, deciden realizar voluntariamente actos sexuales con personas de su familia. Esto quiere decir que con la derogación del delito de incesto no se está desprotegiendo a la familia, a los niños, niñas y adolescentes, o a las personas a quienes se accede carnalmente con violencia, por cuanto todas esas hipótesis delictivas seguirán siendo delitos y tendrán su respectiva sanción.

El incesto difícilmente será disuadido mediante el derecho penal, ya que el reproche social tiene una capacidad de prevención aún más notoria. Del mismo modo, la posibilidad de una



resocialización se logra de mejor forma apelando a sistemas de carácter educativo que lleven al conocimiento de los actores sobre los riesgos de su conducta y sobre las razones por las cuales la sociedad desapueba este tipo de comportamientos. La pena no es una forma efectiva de resocialización en este injusto, y corre el riesgo de afectar mucho más gravemente el bien jurídico de la familia que la misma conducta.

Finalmente, se observa que Colombia ingresaría en una tendencia mundial con la derogación del incesto, en tanto no se trata de un delito en varios países de Sudamérica y muchos de Europa, sin que por eso los bienes jurídicos que se tratan de proteger con este tipo penal estén en desprotección en esos países. (Consejo Superior de la Política Criminal, 2023, pp. 7-8)

De esta manera y por lo expuesto anteriormente, el Consejo Superior de Política Criminal en cumplimiento de las funciones designadas en el decreto 2055 de 2015, emite concepto favorable con observaciones sobre esta iniciativa legislativa. (Consejo Superior de la Política Criminal, 2023, p. 13)

SENADORES DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, PONENTES DEL PROYECTO DE LEY 336 DE 2023.

El 29 marzo de 2023, los honorables senadores de la República: Jota Pe Hernández, Paloma Valencia Laserna y Jorge Benedetti Martelo, de conformidad por lo dispuesto en la Ley 5 de 1992 y dando cumplimiento a la designación realizada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado, como ponentes de esta iniciativa legislativa, rinden informe de ponencia



negativa para primer debate al Proyecto de Ley 336 de 2023. (Benedetti, Hernández, Valencia, 2023, p. 1)

En cuanto al incesto manifiestan que la derogación de este delito requiere, para su oposición, precisar la noción del principio de legalidad del Estado Social de Derecho, según el cual los particulares tienen permitido todo aquello que no esté prohibido por una ley, de manera que la eliminación del incesto no solo normalizaría la conducta que es rechazada por la sociedad sino que, según el principio de legalidad, se le estaría permitiendo a los ciudadanos, desconociendo las más de 290 denuncias que reposan en la Fiscalía General de la Nación por el delito de incesto en los últimos 5 años.

Adicionalmente, exponen que la tipificación del incesto como delito ya pasó el examen de constitucionalidad de la Corte Constitucional quien en Sentencia C-241 de 2012, consideró que la tipificación es este injusto penal es una limitación totalmente válida y justificada al libre desarrollo de la personalidad, ya que es de este modo como se protegen los derechos de los niños que son superiores por mandato del artículo 44 de nuestra Carta Magna y el bien jurídico de la familia, que según el artículo 42 de la Constitución Política es el núcleo fundamental de la sociedad. (Benedetti et al, 2023, p. 19)

De forma que, en virtud a estas consideraciones, los senadores rinden una ponencia negativa y solicitan a los miembros de la Comisión Primera del Honorable Senado de la República y de la



Honorable Cámara de Representantes archivar el Proyecto de Ley No. 336 de 2023. (Benedetti et al, 2023, p. 19)

MIEMBROS DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES DE COLOMBIA

El 10 de mayo de 2023, los Representantes a la Cámara: Óscar Rodrigo Campo Hurtado y Marelen Castillo Torres, dando cumplimiento al encargo hecho por la Honorable Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes del Congreso de la República y de conformidad con lo establecido en el artículo 156 de la Ley 5 de 1992, rinden informe de ponencia negativa para primer debate al Proyecto de Ley 336 de 2023. (Campo y Castillo, 2023, p. 1)

En la exposición de motivos a rasgos generales del Proyecto de Ley 336 del presente año, fundamentan la necesidad de esta reforma en la reiterada declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional realizada por la Corte Constitucional. Sin embargo, estiman que este Proyecto no sigue los lineamientos de la mencionada Corte y no contribuye ni a la reducción del hacinamiento ni a la superación de la violación masiva de derechos humanos, pues no mejora las condiciones de reclusión de las personas privadas de la libertad. (Campo y Castillo, 2023, p. 7)

En lo que concierne a la despenalización de algunas conductas delictivas, mencionan que es una de las propuestas más problemáticas por los bienes jurídicos y derechos que se afectan con esta desprotección y por el mensaje que se estaría enviando. Ya que los delitos existen para proteger a la sociedad de comportamientos que se consideran perjudiciales para ella. Si estos son



eliminados, se eliminan también herramientas importantes para que la ciudadanía busque que el Estado proteja sus derechos y les garantice un entorno seguro y el no tener estos procedimientos judiciales puede implicar que los ciudadanos busquen otras formas de obtener justicia o de proteger sus derechos, lo que desencadenaría más violencia. (Campo y Castillo, 2023, p. 13)

Dicho esto, el incesto es considerado por la mayoría de las sociedades al ser comportamiento inapropiado y peligroso por los riesgos genéticos y psicológicos que puede presentar para los descendientes, así como la posibilidad de abuso de poder y manipulación en relaciones familiares.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de este delito, argumentando que la protección de la familia, institución básica en nuestro sistema, exige instrumentos en nuestro ordenamiento que aseguren su protección. Según lo amparado en los artículos 5, 15 y 42 de la Constitución Política de Colombia.

Así también, afirma la Corte Constitucional que:

“La prohibición del incesto es una restricción legítima del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, los datos científicos aportados al proceso permiten sostener que la norma legal que penaliza el incesto persigue la protección de bienes constitucionalmente tutelados como la familia - y cada uno de sus miembros -, e instituciones sociales - como los sistemas de parentesco - de innegable importancia.”
(Corte Constitucional de Colombia, C-404 de 1998)



Reafirmando que el mensaje que se enviaría a los colombianos con la despenalización de esta conducta es errado, se pone en riesgo la institución de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, y los beneficios que se obtendrían son muy bajos o nulos.

Esta iniciativa legislativa, supuestamente, busca la reducción del hacinamiento y el mejoramiento de las condiciones de las personas privadas de la libertad. Sin embargo, la despenalización de esta conducta no contribuye a estos objetivos, pues según la Fiscalía General de la Nación, las noticias criminales recibidas por estas conductas delictivas en los últimos tres años, 2020 – 2021 – 2022, fueron 47, 40 y 45 respectivamente, que en ningún caso alcanza a representar ni siquiera el 1% del total de las entradas en cada año. (Campo y Castillo, 2023, pp. 15-16)

Ultimando así, que en consideración a los argumentos presentados y en cumplimiento de los requisitos que establece la Ley 5 de 1992, presentan una ponencia negativa y solicitan a los miembros de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y del Senado de la República archivar el Proyecto de Ley 336 de 2023 "Por medio de la cual se humaniza la política criminal y penitenciaria para contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional y se dictan otras disposiciones". (Campo y Castillo, 2023, p. 23)



CAPÍTULO II

FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE EL DELITO

En la Sentencia C-404 de 1998, la Corte Constitucional fijó un precedente judicial acerca de la EXEQUIBILIDAD de la norma que tipifica el incesto como delito, que parte del siguiente problema jurídico: *¿constituye la penalización del incesto, en los términos del código penal colombiano un límite injustificado al libre desarrollo de la personalidad, consignado como derecho fundamental en el artículo 16 de la Constitución Política?* La respuesta de la Corte consiste en negar que la tipificación del incesto lesione este derecho por cuanto no ostenta un carácter absoluto y, en consecuencia, puede ser restringido en procura de la protección de un bien jurídico. Siendo la familia un bien jurídico protegido por el Constituyente y encontrándose que “todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella han establecido que el incesto atenta contra ese bien” (Corte Constitucional de Colombia, C-404 de 1998), el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes a través de la penalización del incesto resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia.

Por lo mentado anteriormente, se hace necesario rescatar el concepto del precedente judicial de las decisiones de la Corte Constitucional y de igual modo, el carácter vinculante de las mismas, lo cual implica que en primer lugar, se debe respetar lo establecido, garantizando la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho, de la seguridad jurídica, del principio de la



confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte.

SENTENCIA C-404/98

- Referencia: Expediente D-1935.
- Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 259 del Código Penal.
- Demandante: Alberto Franco.
- Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Diaz y Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Bogotá, diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el señor Alberto Franco presentó demanda contra el artículo 259 del Código Penal, por violar el artículo 16 de la Constitución Política.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Como fundamentos de la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Penal, señala que el derecho sólo puede sancionar los comportamientos del hombre *"cuando interfieran con la órbita de acción de otras personas"* y, por esto, no es constitucional penalizar el incesto, ya que *"la relación entre padre (madre) e hija (hijo), adoptante o adoptivo, o entre hermana o hermano, sea de acceso carnal u otro acto erótico sexual, consentido, no afecta a las demás personas, ni al*



núcleo familiar". Para el demandante, la norma acusada viola el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 16 de la Constitución. A su vez, estima que, según la tipificación de la conducta, el delito solamente se configura cuando el trato sexual se cumple con el consentimiento mutuo de los protagonistas y, en consecuencia, es imposible determinar quién es la víctima o quién tiene la facultad para denunciarlo.

Lo que se pretende, es que el delito de incesto como tal "no esté reprimido como figura autónoma", porque las consecuencias negativas que se pueden seguir de las relaciones incestuosas ya están sancionadas por el ordenamiento jurídico en otras disposiciones del Código Penal que regulan el tema sexual.

CONSIDERACIONES

La Corte confronta la demanda en cuestión con otras disposiciones de la norma de normas, en especial, con aquella que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues a juicio del actor la relación sexual que un individuo mantiene con un pariente cercano es una acción privada, fruto de su decisión individual, que debe ser inmune a cualquier actuación de las autoridades públicas.

El artículo 16 de la Carta expresa que *"Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico"* (Const. 1991, Art.16) Sin embargo y en armonía con el texto Constitucional, la libertad



que se confiere no es absoluta y, por esto, es posible que el legislador pueda imponer límites, en aras de garantizar la convivencia pacífica que debe reinar entre sus asociados.

Las decisiones jurisprudenciales de este Tribunal, han señalado, que los límites al libre desarrollo de la personalidad, *"no sólo deben tener sustento constitucional, sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente su modelo de realización personal."* Por tanto, cualquier decisión que afecte la esfera íntima del individuo, aquélla que sólo a él interesa, debe ser excluida de cualquier tipo de intervención arbitraria.

En el evento analizado, sin embargo, observa la Corte que los límites de la esfera íntima dentro de la familia resultan más lábiles pues el comportamiento o la actitud de cualquiera de los miembros que implique a otro, incide fatalmente en el núcleo fundamental de la sociedad, en virtud de la solidaridad que en ella prevalece:

La solidaridad de las personas, a la que hace referencia el artículo 1º de la Constitución como uno de los fundamentos del Estado colombiano y la solidaridad social que, en el artículo 95 aparece como un principio rector de la conducta de los asociados, es un valor que se construye sobre un hecho. La razón es clara: tal como lo han establecido científicos sociales (v.gr Durkheim), en principio, la solidaridad consiste en el hecho simple y verificable de que cuando se convive lo que afecta a uno solo de los miembros de la comunidad, afecta a los otros.



De allí que los comportamientos desestabilizadores de la institución familiar resultan atentatorios no sólo de ella, sino de otro principio fundamental de la Carta: la solidaridad. La restricción del libre desarrollo de la personalidad dentro de la familia, resulta entonces no sólo debida sino necesaria, en vista de su preservación.

La pena, que, en un Estado democrático, debe reservarse para comportamientos efectivamente dañinos para el otro o para la comunidad, resulta entonces un medio razonable, proporcional y adecuado al fin.

Ahora bien, lo que la Corte ha sostenido hasta aquí no puede significar que la persona, con todos sus atributos, en especial su autonomía, tenga que disolverse en la familia. Significa simplemente, que el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad no puede atentar contra los derechos de sus demás miembros, ni poner en peligro la preservación de una institución que el mismo constituyente ha fundado como indispensable para la colectividad.

Una vez reconocida la razón constitucional de la prohibición legal de las conductas incestuosas, es pertinente hacer la aclaración de que el incesto, puede cometerse como delito único o en concurrencia con otros hechos punibles, en especial con aquellos delitos contra la libertad y el pudor sexuales. De igual modo, en todas estas conductas, el incesto no sólo atenta contra la familia, sino que se constituye en uno de los delitos más graves contra la dignidad del ser humano, por desconocer uno de los bienes más valiosos para su desarrollo integral: su libertad y



pudor sexuales. La existencia de dos bienes jurídicos transgredidos hace suponer, entonces, que el reproche penal debe ser aún mayor.

En este orden de ideas, si bien a esta Corte no le compete entrar en la disputa de si el incesto puede concurrir con los delitos sexuales o si el hecho del parentesco constituye una causal de agravación, lo que queda claro es que las diferentes formas en las que las relaciones incestuosas pueden afectar la institución familiar, justifican plenamente, la tipificación del incesto como delito autónomo.

SENTENCIA C-538/98

- Referencia: Expediente D-1985
- Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 259 del decreto 100 de 1980, Código Penal.
- Demandante: William Olías Díaz.
- Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- Bogotá, primero (1º) de octubre mil novecientos noventa y ocho (1998).

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el señor William Olías Díaz presentó demanda contra los artículos 259 del decreto 100 de 1980, Código Penal, y 33 del decreto 2700



de 1991, Código de Procedimiento Penal, por violación de los artículos 5, 13 y 42 inciso 5° de la Constitución Política.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El señor Olías Díaz considera que la pena prevista en el artículo 259 del Código Penal viola el derecho a la igualdad, en la medida en que es inferior a la prevista para aquellas conductas tipificadas en los artículos 298, 299, 300, 303, 304 y 305 del mismo ordenamiento. Afirma, que, si bien existe una diferencia en cuanto al bien jurídico protegido, pues en el tipo penal de incesto se protege a la familia y en los tipos penales del Título XI se tutela la libertad y el pudor sexuales, todas las conductas que en estas disposiciones se tipifican son igualmente reprochables y merecen, por tanto, ser castigadas con la misma intensidad.

Sostiene que el requisito de la querella para iniciar la acción penal contra el delito del incesto, permite que los abusos de menores por parte de sus parientes cercanos queden en la absoluta impunidad, pues es claro que "sus familiares no los denuncian y mucho menos los menores, que, por lo general, además de sufrir la violación, quedan sujetos a una constante amenaza por parte del violador".

CONSIDERACIONES

Cosa juzgada constitucional, la norma que en esta oportunidad se acusa, fue declarada EXEQUIBLE por la Corporación en la sentencia C-404 del 10 de agosto de 1998.



"(...) Cualquiera que sea el sentido de la prohibición del incesto, tabú inherente a la cultura o desestímulo consciente de relaciones que resultan indeseables, es claro que, a la luz de la más rigurosa racionalidad normativa, en la perspectiva de la Constitución colombiana, la penalización de esas relaciones aparece legítima y necesaria, siempre que sean atentatorias del bien jurídico que el legislador ha querido proteger. En otros términos, si la familia es un bien digno de protección para el Constituyente, y todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella, han establecido que el incesto atenta contra ese bien, es ineludible concluir que el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes, mediante la penalización de esa conducta, resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia." (Corte Constitucional de Colombia, C-404 de 1998)

Ante tal particularidad, ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional, que impide a la Corte volver sobre el artículo 259 del decreto 100 de 1980 y, en consecuencia, sólo resta ordenar que se esté a lo resuelto en el fallo precitado.

SENTENCIA C-241/12

- Referencia: expediente D-8531
- Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 237 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.
- Actor: Oscar Eduardo Borja Santofimio



- Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
- Bogotá, veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012)

ANTECEDENTES

El ciudadano Oscar Eduardo Borja considera que el artículo 237 del Código Penal que penaliza el incesto es inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 1, 5, 12, 13, 16 y 42 de la Constitución Política. El argumento central de la acusación consiste en señalar que la tipificación de los delitos debe ser compatible con el principio de dignidad humana, de modo que no es aceptable que se sancionen acciones que no trascienden la esfera íntima del individuo y el ejercicio de su libre voluntad. Por cuanto, la relación de pareja entre parientes, se trata de adultos que expresan libremente su consentimiento, y no puede ser objeto de sanción penal, sin con esto vulnerar la Constitución.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Sostiene que la base esencial del Estado Social de Derecho es el reconocimiento del respeto a la dignidad humana. Por esto, el legislador no puede tipificar una conducta sin tener en consideración que el derecho solo puede imponer sanciones a los comportamientos humanos que interfieran con la órbita de acción de otras personas. La relación íntima y privada entre ascendientes, descendientes, hermanos, adoptante y adoptivo, que involucre acceso carnal u otro acto erótico sexual consentido, no afecta a las demás personas, ni al núcleo familiar, ni ofende la



moralidad pública. Se trata de una conducta que únicamente concierne a la moral individual y por ende debe ser inmune a la actuación de las autoridades judiciales. Un acto que no se exterioriza no puede ofender y ni siquiera colocar en peligro bienes del mundo exterior.

La ley traída a discusión quebranta el derecho de los ciudadanos colombianos mayores de edad a elegir libremente con quién, cómo y cuándo, pueden sostener relaciones sexuales y sentimentales sin ser sancionados por el ordenamiento penal. Dado que se está frente a una acción que cuenta con el consentimiento mutuo de los implicados, es imposible determinar quién es la víctima y por ende quien tiene la facultad de denunciar el hecho.

CONSIDERACIONES

Se tuvo en cuenta previamente la inexistencia de cosa juzgada formal o material respecto de la sentencia C-404 de 1998, ya que el magistrado sustanciador inicialmente rechazó la demanda por considerar que se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada formal, dado que se estaría frente a una nueva acusación respecto de un mismo precepto, fundada en los mismos cargos, ya resueltos en la sentencia mencionada. Estableció que existía identidad formal entre el artículo 259 del Decreto 100 de 1980, objeto de pronunciamiento en el fallo 404, y el 237 de la Ley 599 de 2000, materia del actual reproche. La estructuración de la cosa juzgada formal devendría de la identidad del alcance de las prohibiciones plasmadas en los dos textos, y del hecho de que en las dos oportunidades la censura recayó únicamente en la descripción del tipo penal de incesto, sin que ella se extendiera al marco punitivo, aspecto que sí presenta diversos grados en las dos normas.



La Sala Plena, al resolver el recurso de súplica interpuesto por el ciudadano demandante, descartó la existencia de cosa juzgada constitucional, toda vez que consideró que el texto de la norma acusada en esta oportunidad es distinto al del tipo penal de incesto examinado en la sentencia C-404 de 1998, en la medida que el marco punitivo difiere entre una y otra configuración normativa y además ambas regulaciones pertenecen a cuerpos normativos diferentes. Sin embargo, el Pleno de la Corporación circunscribió su pronunciamiento estrictamente al ámbito de la admisibilidad de la acción, sin perjuicio de la interpretación que la Corporación efectúe en la providencia que ponga fin al presente trámite, lo que impone un pronunciamiento al respecto.

En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha precisado que de acuerdo a lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control jurisdiccional gozan de fuerza de cosa juzgada. Ello implica que las decisiones judiciales tomadas por la Corporación en cumplimiento de su misión de garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, adquieren valor jurídico y fuerza vinculante.

En ese marco, la cosa juzgada constitucional, además de proteger la supremacía normativa de la Carta, garantiza la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, ya que, por medio de esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente.



El alcance de la cosa juzgada constitucional ha sido desarrollado de manera amplia en la jurisprudencia, a través de la definición de categorías independientes con diferencias claras. De esta forma, se han establecido distinciones conceptuales y prácticas entre lo que se entiende por cosa juzgada absoluta y por cosa juzgada relativa, y entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

En este sentido, el fallo anterior implica un precedente frente al cual la Corte Constitucional tiene varias opciones. La primera, es respetar el precedente, garantizando la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho, de la seguridad jurídica, del principio de la confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte. Cuando la Corte opta por esta alternativa, decide seguir la *ratio decidendi* anterior, mantener la conclusión que de ella se deriva, estarse a lo resuelto y, además, declarar exequible la norma demandada. Otra alternativa, es que la Corte llegue a la misma conclusión de su fallo anterior, pero por razones adicionales o diversas.

La segunda posibilidad que tiene la Corte, es apartarse del precedente, asumiendo la carga argumentativa que la obliga a justificar por medio de “razones poderosas” que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, que el cambio se hace para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores. Ha dicho esta Corporación que los efectos de la cosa juzgada material de un fallo de exequibilidad son específicos y se enmarcan



dentro de la doctrina sobre precedentes judiciales que garantiza la interpretación de la Constitución como un texto viviente.

Encuentra la Sala que no se configura cosa juzgada ni formal, ni material, derivada de la sentencia C-404 de 1998. No existe cosa juzgada formal, debido a que se está frente a preceptos, disposiciones o textos legales distintos - el artículo 259 perteneciente al código penal de 1980 y el artículo 237 incorporado al código penal expedido en el año 2000, mediante ley 599-. Se trata de preceptos que, aunque contienen una prohibición similar, formalmente son distintos, pertenecen a diversos estatutos punitivos, lo que implica que hayan sido expedidos en contextos jurídicos e históricos distintos. Tampoco se configura la cosa juzgada material, si se tiene en cuenta que los contenidos normativos, vale decir, las reglas jurídicas contenida en una y otra regulación, son también disímiles, comoquiera que contienen un marco punitivo distinto para la misma prohibición.

En lo concerniente a la penalización del incesto resulta compatible con la Constitución por cuanto los fundamentos de esta decisión legislativa coinciden con reglas de conducta que prescribe la moralidad pública, en el sentido de que el tipo de relaciones deseable entre los miembros de la familia, debe caracterizarse por la presencia de valores como la solidaridad, el cuidado fraternal, el auxilio, el respeto recíproco, entre otros. Las relaciones sexuales entre parientes, en cambio, afirman vínculos de dominación y sometimiento entre los miembros de la familia e invierten y distorsionan lo roles familiares. Esta creencia compartida, que se institucionaliza con la penalización del incesto, permite que los miembros de las comunidades cuenten con un referente



objetivo por medio del cual las personas pueden evaluar de manera negativa las conductas incestuosas.

La comunidad en general se beneficiaría con la penalización del incesto por cuanto se reafirmaría la convicción de que dicha conducta atenta con la protección de la familia y los valores de solidaridad, y respeto mutuo entre sus miembros.

CARÁCTER VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de Colombia en su artículo 243, establece que

“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. (Const. 1991, Art. 243)

Esto quiere decir, que, por mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidos los jueces, deben acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad, so pena de incurrir en delito de prevaricato por acción por violación directa de la Carta Política. En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que, si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una



interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva.

Asimismo, la Sentencia C-335 del 2008, reconoce la fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundando en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de modo equivalente. De esta forma, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. (Corte Constitucional de Colombia, C-335 de 2008)

La Corte Constitucional también ha considerado que la jurisprudencia de tutela también presenta un carácter vinculante, y, en consecuencia, en algunos casos su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal de los servidores públicos, no sólo de los jueces sino también de quienes sirven a la administración y de aquellos particulares que de forma transitoria o permanente ejercen funciones públicas. De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado, de forma constante, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus



providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes - precedente vertical- o sus propias decisiones -precedente horizontal-.

La creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución.

Igualmente, en la Sentencia 561 de 2015, la Corte Constitucional de Colombia, expone que el precedente jurisprudencial es vinculante por diversas razones. En primer lugar y especialmente porque el principio de igualdad de trato exige adoptar posiciones normativas idénticas frente a supuestos de hecho iguales, o similares en lo relevante. De otra parte, porque de esa manera se consiguen importantes fines. Se asegura un mínimo de seguridad jurídica, se protege la confianza de los ciudadanos en la razonabilidad de las decisiones de los jueces y la uniformidad en la interpretación de las normas jurídicas. El respeto por el precedente, finalmente, exige al juez seguir el camino o la forma de decisión establecida en el caso previo, siempre que los hechos entre uno y otro sean iguales o semejantes en lo relevante; o explicar la existencia de poderosas razones para apartarse de esa vía. Razones que deben tener relevancia constitucional y pueden asociarse a cambios intensos en el sistema de valores que subyace a la Carta; modificaciones



relevantes del sistema normativo y la necesidad de una adecuación de la jurisprudencia a nuevas circunstancias sociales. (Corte Constitucional de Colombia, C-561 de 2015).



CAPÍTULO III

INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY 336 DE 2023 EN MATERIA DEL INCESTO

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental. Por eso, ha dicho la Corte:

“La posición de supremacía de la Constitución - ha dicho esta Corporación - sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado”. (Corte Constitucional de Colombia, C- 415 del 2012)

La noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4



de la Constitución Política indica: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. (Const. 1991, Art. 4) Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado:

La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4”. (Corte Constitucional de Colombia, C-415 del 2012)



El principio de supremacía constitucional rescata la figura de la norma de normas dentro del ordenamiento jurídico como norma básica y determinante que delimita la esfera formal y material de todas las demás normas. Esto se logra gracias al funcionamiento de una Corte Constitucional que mediante el control constitucional asegura que ninguna voluntad jurídica o política viole el núcleo esencial de los derechos fundamentales. En la medida en que tales derechos se hagan realidad, se logra que el poder público se limite y que la esfera de acción de los actores estatales se rija siempre por el principio de la libertad para todos los que hacen parte de una misma posición sociocultural. (Roncancio, Colorado, Restrepo, 2021)

El profesor Aragón Reyes, afirma que “la Constitución tiene sentido cuando se concibe como un instrumento de control del poder” (Aragón Reyes, M. 1995); frente a lo que es claro que la dimensión estructural de la Constitución se reconoce en la medida en que el ordenamiento jurídico esté en función de los lineamientos constitucionales con los que se construyen, aplican o incluso derogan las normas dentro de un sistema normativo.

Las leyes dentro del ordenamiento jurídico están sujeta a ser revisadas por esta Corte Constitucional, toda vez que existe un deber de coherencia de las mismas frente a la Constitución Política. (Roncancio, et al 2021)

ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

La Acción Pública de Constitucionalidad se encuentra en la Carta Magna en el título segundo: derechos, garantías y deberes; capítulo primero de los derechos fundamentales, artículo 40,



numeral 6: Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, esto lo establece como un medio de participación política. (Const. 1991, Art. 40) En el artículo 241 de la Constitución, en las funciones de la Corte Constitucional, (Const. 1991, Art. 241) le da a la acción el carácter de acción pública, de instrumento de iniciativa jurisdiccional, para ejercer el control de constitucionalidad (Toniani, Roberto citado en la obra de Roa, Jorge Ernesto).

Igualmente, es uno de los principales mecanismos constitucionales de control al poder del Estado, a través del cual cualquier ciudadano puede interponer acciones contra las leyes expedidas por el Congreso de la República o el legislador extraordinario, cuando considere que son contrarias a la Constitución, a efectos de garantizar la supremacía de las normas que conforman el pacto social. (Acuña, N. 2020, p. 11)

LA DESPENALIZACIÓN DEL INCESTO Y SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha demostrado a lo largo de este proyecto, la tipificación del incesto tiene como fin principal la guardia de la unidad familiar como núcleo base de las comunidades, en Sentencia 741 de 2015 de la Corte Constitucional de Colombia, manifiesta que el artículo 42 de nuestra Carta Magna consagra expresamente que el Estado y la sociedad garantizan la protección de la familia. (Corte Constitucional de Colombia, C-741 de 2015) La Constitución de 1991 reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, y estatuye que la misma se constituye por

(i) vínculos naturales; (ii) por vínculos jurídicos; (iii) por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio; o (iv) por la voluntad responsable de conformarla.



En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha establecido el alcance normativo de este mandato superior, otorgando una garantía constitucional a la familia partiendo de un concepto amplio de la misma. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha puesto de relieve que la protección de la honra, la dignidad y la intimidad de la familia, apareja la protección de su autonomía o autodeterminación y autorregulación, de manera que la intervención del Estado es de carácter excepcional, en aquellos casos en que la misma resulte necesaria con el fin de garantizar los derechos fundamentales y constitucionales de la familia y de sus miembros como institución fundamental de la sociedad, especialmente cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, como los menores de edad. (Const.1991, Art. 42)

Agregando a lo anterior, con la Sentencia C-241 de 2012, previamente estudiada también es posible determinar que la penalización del incesto resulta compatible con la Constitución por cuanto los fundamentos de esta decisión legislativa coinciden con reglas de conducta que prescribe la moralidad pública, en el sentido de que el tipo de relaciones deseable entre los miembros de la familia, debe caracterizarse por la presencia de valores como la solidaridad, el cuidado fraternal, el auxilio, el respeto recíproco, entre otros (Corte Constitucional de Colombia, C- 241 de 2012). Las relaciones sexuales entre parientes, en cambio, afirman vínculos de dominación y sometimiento entre los miembros de la familia e invierten y distorsionan lo roles familiares. Esta creencia compartida, que se institucionaliza con la penalización del incesto, permite que los miembros de las comunidades cuenten con un referente objetivo por medio del



cual las personas pueden evaluar de manera negativa las conductas incestuosas. La comunidad en general se beneficiaría con la penalización del incesto por cuanto se reafirmaría la convicción de que dicha conducta atenta con la protección de la familia y los valores de solidaridad, y respeto mutuo entre sus miembros. (Corte Constitucional de Colombia, C- 241 de 2012).



CONCLUSIONES

Considerando el estudio cualitativo realizado frente al análisis del Proyecto de Ley 336 de 2023, *“Por medio de la cual se humaniza la política criminal y penitenciaria para contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional y se dictan otras disposiciones”*, por posible inconstitucionalidad al pretender derogar el incesto como delito en Colombia, partiendo de la investigación de los antecedentes históricos y jurídicos de la conducta punible en el país, se puede concluir del primer capítulo, que más allá de los debates a los que ha sido sujeto el tema del incesto, desde reproches sociales, culturales, biológicos, genéticos y psicológicos su represión estatal se ha evidenciado por parte del Estado colombiano, si bien muchos países actualmente no lo consideran un delito, tampoco permiten la celebración de matrimonios o simplemente, no consideran socialmente aceptada una unión endogámica. Desde una mirada cultural, jurídica y religiosa, el incesto es altamente inconcebible por ser una práctica que trasgrede los principios morales y éticos de la sociedad. Sin embargo, la Corte Constitucional de nuestro país ha admitido que la moral sexual no puede ser motivo suficiente para limitar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos.

Ahora bien, si el objeto de protección por parte de la tipificación de dicha conducta, al considerar que hay evidencia de las múltiples enfermedades genéticas que pueden padecer los hijos, fruto de una relación incestuosa el bien jurídico que se pondría en riesgo es la salud.



Con todo, la propuesta mejor fundamentada no es ni la moral sexual ni la salud de las personas sino la protección de la familia al ser esta una institución que el Estado colombiano ampara de forma nacional e internacional, por ser elemental en la construcción del individuo.

Así pues, se acepta que el incesto no lesiona intereses ni particulares ni de la comunidad, pero a pesar de ello debe ser penalizado porque lesiona intereses de la familia, un bien jurídico protegido constitucionalmente, argumento que se evidencia en las controversias surgidas desde la exposición del Proyecto de Ley 336, pues ha tenido respuesta negativa por parte de los ponentes del Senado y miembros de la Cámara de Representantes de la República de Colombia.

Por cuanto la fuerza de este argumento parte de la propia Constitución Política, que establece la familia como institución básica (Const. 1991, Art.5) y núcleo fundamental de la sociedad (Const. 1991, Art. 42). Y es por ello por lo que la Corte Constitucional se basó en la protección de la familia y de la solidaridad social que debe existir entre sus miembros para declarar la exequibilidad del Código Penal Colombiano en lo referente a este delito.

Entendiendo que el principal foco dentro de la investigación son las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en la materia y el carácter vinculante de las mismas por ser un precedente judicial que mantiene la protección a la familia, del segundo capítulo es posible evidenciar que las tres sentencias anteriormente analizadas, tienen en común que este Órgano de Cierre se pronuncia por ser la familia un bien jurídico protegido por la Carta Magna, como institución básica de la sociedad a la vez que ampara los derechos e instituciones vinculados a



ella, el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes a través de la penalización del incesto resulta altamente razonable y proporcionada, en aras de continuar preservando la familia; y precisó también que a opción legislativa el tipo penal de las relaciones sexuales entre parientes, no representa un quebranto al principio de dignidad humana, como quiera que este no persigue la reducción o instrumentalización del ser humano, ni anula las posibilidades del individuo de desarrollar su dimensión psicoafectiva y sexual plenas.

Es decir, que, a su juicio, el injusto penal del incesto obedece al propósito de proteger el bien jurídico de la familia y a las personas que la integran, de las afectaciones que sufren como consecuencia de las relaciones incestuosas, tales como la pérdida de roles entre parientes y el quebranto de las relaciones de las personas que conforman el núcleo familiar.

La penalización del incesto resulta compatible con la norma de normas por cuanto los fundamentos de esta decisión legislativa coinciden con reglas de conducta que prescribe la moralidad pública, en el sentido de que las relaciones entre miembros de la familia, pueden significar el desequilibrio de la misma, caracterizándose por la presencia de valores como el cuidado, la fraternidad, la solidaridad, el auxilio, el respeto y la responsabilidad social que requiere este ente. Las relaciones sexuales entre parientes, en cambio, afirman vínculos de dominación, poder, sometimiento y subordinación entre los miembros de la familia, interviniendo y distorsionando el actuar entre parientes.



La Corte Constitucional no ha encontrado razones en sus tres pronunciamientos para apartarse del mencionado precedente de la sentencia C-404 de 1998, la más importante en materia del incesto, manifestando que la familia es en sí misma es un bien jurídico que merece protección constitucional y que las consecuencias negativas que conlleva esta práctica en la consolidación de esta institución, por ser un espacio en el cual los individuos forjan su carácter y sus valores. Adicionalmente, porque se trata de un asunto sacado de la privacidad e intimidad, así como de la autonomía del individuo, en cuanto involucra la razón pública y los intereses del Estado y de la sociedad.

Por esto, es posible concluir, que la despenalización del incesto como objetivo dentro del Proyecto de Ley 336 de 2023, si puede considerarse violatoria de los principios constitucionales, ya que, independientemente de que el tema pueda ser retrogrado en pleno siglo XXI, también es un tema que ha tenido un respaldo constitucional y jurisprudencial dentro del ordenamiento jurídico del país y del cual tendría que apartarse el legislador y posteriormente las Altas Cortes en caso de una demanda por inconstitucionalidad. Al mismo tiempo, puede que no sea necesaria la tipificación penal como delito, pero, si este se presenta aun cuando está regulado, no es posible asegurar que no sea cometido al ser una conducta no delictiva, además, no hay forma de que se garantice el libre consentimiento en una relación de subordinación entre parientes.



REFERENCIAS

Acuña Montañez, N. (2020). Acción pública de inconstitucionalidad en el Estado colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

<https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/0fb25801-bf69-477d-a67f-c008f8c157ee>

Alcaldiabogota.gov.co. Published 2013.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/listados/tematica2.jsp?subtema=23597>

Aragón Reyes, M. (1995). Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control. Editorial Ciudad Argentina.

Benedetti, J. Hernández, J. Valencia, P. Ponencia 1er Debate. Marzo 29 de 2023.

<https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2023-04/Ponencia%201er%20Debate%20PL%20277-23S%20336-23C%20%28Humanizaci%C3%B3n%29%20SS.%20Pulido%2C%20Valencia%20y%20Benedetti%29.pdf>

Campo, O. Castillo, M. Ponencia 1er Debate. Mayo 10 de 2023.

<https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2023-05/Ponencia%20Primer%20Debate%20PL%20277%20de%202023%20Senado%20-%20336%20de%202023%20C%C3%A1mara%20%28HH.RR.%20Oscar%20Ocampo%20y%20Marelen%20Castillo.pdf>

Código Penal Colombiano [C.P]. Ley 599 del 2000. Art. 237. Julio 24 del 2000 (Colombia)

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html



Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal. Estudio a la propuesta de Proyecto de Ley sin radicar. Enero 19 del 2023. Ministerio de Justicia y del Derecho.

<https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2023-02/1.%20CSPC%20PL%20sin%20radicar-%20PL%20Humanizacio%C2%B4n.pdf>

Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 4, 4 de julio de 1991 (Colombia)

Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 5, 4 de julio de 1991 (Colombia)

Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 40, 4 de julio de 1991 (Colombia)

Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 42, 4 de julio de 1991 (Colombia)

Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 241, 4 de julio de 1991 (Colombia)

Constitución Política De Colombia > TÍTULO VIII > CAPÍTULO 4: Ley de Colombia.
Justia.com.

<https://colombia.justia.com/nacionales/constitucion-politica-de-colombia/titulo-viii/capitulo-4/#:~:text=Art%C3%ADculo%20243%20ARTICULO%20243%C2%BA%E2%80%94Los,tr%C3%A1nsito%20a%20cosa%20juzgada%20constitucional.>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-404 de 1998.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-404-98.htm>



Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-538 de 1998.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-538-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-335 de 2008.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-241 de 2012.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-241-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-415 de 2012.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-415-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-561 de 2015.
[https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-561-15.htm#:~:text=C%2D561%2D15%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20ciudadano%20Alejandro%20Ayora%20Toro,parcial\)%20del%20art%C3%ADculo%2061%20ib%C3%ADdem](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-561-15.htm#:~:text=C%2D561%2D15%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20ciudadano%20Alejandro%20Ayora%20Toro,parcial)%20del%20art%C3%ADculo%2061%20ib%C3%ADdem)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-741 de 2015.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-741-15.htm>

Cultura Colectiva. Mutaciones genéticas que no sabías son producto del incesto. Published January 16, 2023.
<https://culturacolectiva.com/tecnologia/mutaciones-geneticas-que-son-producto-del-incesto/>

Gómez Gómez, O. H. El Incesto En Colombia: Un Reto Cultural Y Científico Del Que Nadie Habla - Published April 4, 2012.



<https://oscarhumbertogomez.com/?p=3128>

"Incesto". Autor: Equipo editorial, Etecé. De: Argentina. Última edición: 5 de agosto de 2021.
Para: Concepto.de. <https://concepto.de/incesto/>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. El Instituto. El Instituto. Portal ICBF -
Published 2015.

<https://www.icbf.gov.co/instituto>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. ¿Sexualidad? ¡Pilas con el consentimiento!
Portal ICBF -. Published April 6, 2022.

<https://www.icbf.gov.co/mis-manos-te-ensenan/sexualidad-pilas-con-el-consentimiento#:~:text=En%20Colombia%2C%20la%20edad%20establecida,sexual%20y%20es%20un%20delito.>

Isaza Cardozo, G. D., (2020). Hacia el rediseño del mecanismo de extensión de la jurisprudencia en Colombia: una propuesta desde el estudio de la fuerza del precedente constitucional. Revista VIA IURIS, 28, 13-26.

<https://doi.org/10.37511/viaiuris.n28a1>

Macías Caro, V. M. (2012). El delito de incesto en Colombia: razones para su despenalización. Nuevo Foro Penal, 7(76), 101–127.

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1717>

Ministerio de Justicia y del Derecho. “Comparativo Histórico entradas por delito” Recuperado en: <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/politica-criminal/Paginas/SIPC-Procesos-FGN.aspx>



Ministerio de Justicia y del Derecho. Proyecto de Ley No. 336 del 6 de febrero de 2023. *“Por medio de la cual se humaniza la política criminal y penitenciaria para contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional y se dictan otras disposiciones”*

Munevar, J. Despenalización del incesto: el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar criticó la propuesta porque podría afectar a los adolescentes. infobae. Published February 23, 2023. <https://www.infobae.com/colombia/2023/02/23/despenalizacion-del-incesto-el-instituto-colombiano-de-bienestar-familiar-critico-la-propuesta-porque-podria-afectar-a-los-adolescentes/>

Roa, Jorge Ernesto. La acción pública de constitucionalidad a debate Universidad Externado de Colombia. pp. 24-25. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-la-accion-publica-de-constitucionalidad-a-debate-9789587724301.html>

Roncancio Bedoya, A. F., Colorado Villa, S., & Restrepo Tamayo, J. F. (2021). Supremacía constitucional y Estado Social de Derecho en Colombia. Ratio Juris UNAULA, 15(31), 545–568. <https://doi.org/10.24142/raju.v15n31a12>

Tantalean, M. Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*. 2016;13(43) doi:<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456267.pdf>

White Ward, O. A. Campos Chacón, K. El incesto: su perspectiva histórica y jurídica. *Medicina Legal de Costa Rica*. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152004000200005&script=sci_arttex



ANEXOS

- **ANEXO A: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA C-404/ 98**

Identificación de la Providencia

Corte Constitucional, Sentencia C-404/98, Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Diaz y Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, D.C., 10 de agosto de 1998.

Hechos Relevantes

El ciudadano Alberto Franco presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 259 del Decreto 100 de 1980, al considerar que cuando el acto sexual incestuoso sucede con el mutuo consentimiento de las partes es “una acción privada que no ofende siquiera la moralidad pública, sino que únicamente concierne a la moral individual” y por tanto su prohibición es una limitante injustificada del derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia.

Aspecto Jurídico Considerado

Libre desarrollo de la personalidad, Protección de la familia, Moralidad pública.

Problema Jurídico

¿Es el incesto una violación por parte de las normas superiores, al incurrir en la omisión del libre desarrollo de la personalidad?



Consideraciones

La sentencia es dividida en dos, cada pronunciamiento realizado por parte de un magistrado.

El aparte de la sentencia hecha por el Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz: argumenta que la pena es un medio razonable, proporcional y adecuado para castigar el incesto por ser un comportamiento dañino para la institución de la familia. Más adelante, la Corte realiza una diferenciación entre el incesto consensual y el incesto no consensual, es decir, aquel que al mismo tiempo configura un delito contra la libertad sexual, ya que existiría un concurso entre el delito de incesto con los demás delitos contra la libertad y desarrollo sexual a los que hubiere lugar. La Corte Constitucional realiza un juicio de ponderación enfrentando los artículos 16 y 42 constitucionales en relación con el incesto y concluye que el deber constitucional que tiene el Estado de proteger a la familia es más importante que el derecho que tiene una persona de elegir como compañero a un pariente cercano en virtud del libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, el segundo Magistrado Ponente, el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz expone que: el legislador está facultado para expedir normas basándose en principios fuertemente arraigados a la sociedad los cuales pueden llegar al punto de restringir relaciones de la esfera personal de los individuos, incluso, ciertos tipos de relaciones sexuales. Y para ello, define la moralidad pública como: “La que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida



que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional”.

Decisión

Resuelve en mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución. Declarar EXEQUIBLE el artículo 259 del Decreto 100 de 1980, Código Penal.

Análisis Crítico

Estoy de acuerdo con la decisión, por cuando el artículo 16 de la Constitución Política manifiesta: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". Como tantas veces lo ha expresado la Corporación, de dicha norma se desprende el reconocimiento de la persona capaz, autónoma, con libre consentimiento y decisión, sin embargo, y atendiendo la supremacía de la Constitución este ámbito de libertad que se confiere al sujeto no es absoluto y, por tanto, es posible que el legislador pueda imponer límites, en aras de garantizar la convivencia pacífica que debe reinar entre sus asociados.

Así, podemos concluir que la validez constitucional del criterio de moralidad pública que sirve de sustrato a la norma que sanciona las relaciones sexuales entre parientes cercanos no es suficiente para justificar su exequibilidad. En el asunto que ocupa la atención de la Corte,



ya se ha señalado como argumento adicional al histórico e institucional, que la práctica del incesto está asociada a una cadena de daños que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, por consiguiente, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias abusivas en un campo que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada protegiendo a su vez la familia, como base de la sociedad.



- **ANEXO B: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA C-538/98**

Identificación de la Providencia

Corte Constitucional, Sentencia C-538/98, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, D.C., 1 de octubre de 1998.

Hechos Relevantes

El ciudadano William Olías Díaz presentó demanda contra los artículos 259 del decreto 100 de 1980, Código Penal, y 33 del decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, por violación de los artículos 5, 13 y 42 inciso 5° de la Constitución.

Aspecto Jurídico Considerado

Derecho a la igualdad.

Problema Jurídico

¿Es posible afirmar que el artículo 259 del Código Penal viola el derecho a la igualdad, en medida que la pena es inferior a la prevista para las conductas tipificadas en los artículos 298, 299, 300, 303, 304 y 305 del mismo ordenamiento?

Consideraciones

La norma que en esta oportunidad se acusa, fue declarada exequible por esta Corporación en la sentencia C-404 del 10 de agosto de 1998.



"(...) Cualquiera que sea el sentido de la prohibición del incesto, tabú inherente a la cultura o desestímulo consciente de relaciones que resultan indeseables, es claro que, a la luz de la más rigurosa racionalidad normativa, en la perspectiva de la Constitución colombiana, la penalización de esas relaciones aparece legítima y necesaria, siempre que sean atentatorias del bien jurídico que el legislador ha querido proteger. En otros términos, si la familia es un bien digno de protección para el Constituyente, y todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella, han establecido que el incesto atenta contra ese bien, es ineludible concluir que el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes, mediante la penalización de esa conducta, resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia."

Por lo que ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional, que impide a la Corte volver sobre el artículo 259 del decreto 100 de 1980.

Decisión

la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, resuelve: ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-404 de 1998, en lo referente a la constitucionalidad del artículo 259 del Decreto 100 de 1980, Código Penal.

Análisis Crítico



La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

Por lo mencionado anteriormente, estoy de acuerdo con la decisión tomada por la Corte, pues los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.



- **ANEXO C: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA C-241/12**

Identificación De La Providencia

Corte Constitucional, Sentencia C-241/12, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2012.

Hechos Relevantes

Primero: El señor Oscar Eduardo Borja Santofimio presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 237 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal colombiano. En providencia de 25 de mayo de 2011, el Magistrado sustanciador dispuso rechazar la demanda al considerar que existía cosa juzgada constitucional derivada de la sentencia C-404 de 1998 en la cual se declaró la exequibilidad del artículo 259 del Decreto 100 de 1980 que tipificaba el delito de incesto.

Segundo: El ciudadano interpuso recurso de súplica, aduciendo que la presente impugnación se basa en fundamentos diferentes que no fueron objeto de pronunciamiento en la sentencia C-404 de 1998. Y fue así como la Magistrada María Victoria Calle Correa decidió revocar el auto recurrido, y en su lugar admitir la demanda y continuar con el proceso bajo la conducción del magistrado a quien inicialmente correspondió el asunto, debido a que el texto de la norma acusada en esta oportunidad es distinto al del tipo penal de incesto examinado en la sentencia C-404 de 1998.



Aspecto Jurídico Considerado

Protección a la institución de la familia, Moralidad pública.

Problema Jurídico

¿Es posible establecer que se ven vulneradas la familia como institución base y la moralidad pública en la comisión de la conducta descrita en el artículo 237 del Código Penal colombiano, aunque su actuar sea libre y voluntario entre mayores de edad que gocen de capacidad?

Consideraciones

No procedió la figura de la cosa juzgada debido a que en la primera oportunidad se estudió el Código Penal de 1980, mientras que para la fecha de esta sentencia ya estaba vigente la ley 599 del 2000.

La Corte Constitucional expresa que la prohibición del incesto tiene fundamentos éticos, psicológicos y sociológicos, dejando de lado las consideraciones genéticas que se tuvieron en cuenta en la sentencia anterior al manifestar que, para que se causen problemas genéticos de gravedad, se requiere que la práctica endogámica perdure. La Corte no encuentra razones para apartarse del mencionado precedente, y por ende lo reitera en esta oportunidad, toda vez que la restricción del libre desarrollo de la personalidad mediante la penalización del incesto, se muestra necesaria al menos, por tres razones fundamentales. En primer lugar, por cuanto la



familia es un bien jurídico que merece protección constitucional. En segundo lugar, por las consecuencias negativas que conlleva esta práctica en la consolidación de la unidad familiar, por ser el espacio donde los individuos forjan en gran parte su carácter y sus valores constitutivos. Y, en tercer lugar, porque se trata de un asunto sustraído de la órbita privada, autónoma y disponible del individuo, en cuanto involucra la razón pública y los intereses del Estado y de la sociedad.

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, resuelve: declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados, el artículo 237 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

Análisis Crítico

Estoy de acuerdo con la decisión, pues como se manifestó en sentencia, la tipificación de esta conducta obedece al propósito de proteger el bien jurídico de la familia, y a las personas que la integran de las afectaciones que sufren, empíricamente demostradas, como consecuencia de las relaciones incestuosas, como son la pérdida de roles, la desestabilización de las relaciones entre las personas que conforman el núcleo familiar, el sentimiento de culpa, o la angustia subsecuente a la prohibición. Se trata de un bien jurídico que trasciende la órbita privada del individuo y su esfera de disposición, e implica a la sociedad y al Estado, toda vez que la



protección que a través del incesto se provee a este bien jurídico ha sido corroborada por la razón pública, en diferente culturas y contextos jurídicos, como significativa tanto para el individuo, como para la sociedad. La limitación que dicha prohibición comporta a la libertad de acción del individuo se encuentra plenamente justificada por la entidad del bien que se protege, y la necesidad de salvaguarda frente a las afectaciones reales, empíricamente comprobadas, que las relaciones incestuosas ocasionan en la estructura familiar y en el sistema de relaciones entre los miembros de la familia.