

Sentencia C-445/09

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-Falta de certeza y claridad de los cargos

Referencia: expediente D-7551

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 108 y 128 del Código Penal, modificados por la Ley 890 de 2004.

Demandantes: Milton José Pereira Blanco y Kelly Marcela Juris Ramos

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados doctores Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, María Victoria Calle Correa, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere esta sentencia con fundamento en los siguientes,

## 1. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Milton José Pereira Blanco y Kelly Marcela Juris Ramos, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 108 y 128 del Código Penal, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

## 1. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcribe el texto de los artículos acusados.

LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial. N. 44097. 24, julio, 2000.

Por la cual se expide el Código Penal.

Artículo 108. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años.

Artículo 128. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Ley 890 de 2004

(julio 7)

Diario Oficial No. 45.602, de 7 de julio de 2004

Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.

ARTÍCULO 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo

establecido en el artículo 2o. de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.

#### CARGOS DE LA DEMANDA

Los demandantes señalan que las normas acusadas vulneran el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 5º, 11, 13, 42 y 44 de la Constitución Política.

Para explicar las razones de la violación constitucional, los actores utilizan unos términos extraños al lenguaje jurídico, por lo cual la Corte no los transcribirá literalmente. Dichas razones pueden sintetizarse así:

El argumento central de la demanda reside en que la Sentencia C-355 de 2006 produjo una inconstitucionalidad sobreviniente de las normas acusadas, fruto de la vulneración del principio de igualdad material.

En efecto, antes del citado fallo, existía en Colombia una penalización total del aborto que justificaba la sanción de conductas como la muerte y abandono del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, inseminación artificial o transferencia no consentida de óvulo fecundado. Advierten que antes de la Sentencia C-355 de 2006 la Corte tenía una posición fuerte frente al derecho a la vida, porque lo consideraba como el derecho fundamental más valioso, sustrato ontológico de los demás.

No obstante, afirman que la situación cambió con la Sentencia C-355 de 2006 porque la Corte modificó su concepción respecto del derecho a la vida, que a partir de la fecha consideró como derecho no absoluto, al admitir la posibilidad de abortar bajo extraordinarias condiciones anormales de motivación.

Según los demandantes, como hoy en día es posible que la mujer aborte sin incurrir en delito cuando lo hace bajo extraordinarias condiciones anormales de motivación, entonces, si no lo hace durante el período de gestación, no existe justificación alguna para que el legislador le conceda un tratamiento punitivo benigno, cuando durante el parto o inmediatamente después realiza las conductas típicas de infanticidio o abandono del hijo.

Agregan que se vulnera el derecho a la igualdad de los hijos víctimas de los delitos de infanticidio o abandono, nacidos de madres que han quedado en embarazo por acto no consentido, porque la ley le concedió a la madre la posibilidad de abortar, lo que significa que si no ejerce esa facultad durante la preñez, después no puede recibir un trato privilegiado cuando durante el parto o con posterioridad al mismo perpetra los delitos a que se refieren las normas acusadas. Precisan que esta situación viola el derecho a la igualdad de los hijos víctimas de los delitos de infanticidio o abandono, frente a las demás personas.

Sostienen que las disposiciones son contrarias al Estado Social de Derecho, porque no promueven una igualdad real al dar un trato más benigno a las muertes y abandonos de personas colocadas en el mismo nivel de igualdad. En la misma línea, se vulnera el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a la igualdad, y el artículo 13 de la Constitución Política, que consagra el mismo principio. Nuevamente, insisten en que las normas acusadas dan un trato distinto a hijos nacidos de madres fecundadas sin consentimiento frente a las demás personas, ya que la madre que ha tenido oportunidad de abortar decide dar muerte o abandonar, “por capricho”, a quien ya tiene vida independiente.

## 1. INTERVENCIONES

### 1. INTERVENCIÓN DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

En la oportunidad procesal prevista, intervino en el proceso el abogado Carlos Guillermo Castro Cuenca para defender la constitucionalidad de las normas.

En primer lugar, el interviniente considera que existe cosa juzgada constitucional por disposición de la Sentencia C-013 de 1997, que declaró exequibles los tipos penales acusados. Sostiene que esta providencia admitió la regulación diversa de la conducta que atenta contra la vida del hijo fruto de fecundación no consentida, no tanto por la reducción del valor de la vida, sino por reconocimiento de la alteración moral y psíquica de la madre, así como de las circunstancias extraordinarias en medio de las cuales actúa. En esta oportunidad la Corte no vinculó los delitos consignados en las normas acusadas al

delito de aborto, por lo que la existencia de una nueva sentencia en nada afecta la constitucionalidad de las normas.

Estima que la jurisprudencia constitucional reconoce la potestad de configuración punitiva del legislador, bajo la condición de que la sanción sea razonable y proporcional. La proporcionalidad, que es la adecuación de la sanción a la gravedad de la conducta, debe tener en cuenta el grado de injusticia y culpabilidad del comportamiento y el fin preventivo del derecho penal.

En el caso concreto, el interviniente sostiene que la mujer que abandona o causa la muerte del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas actúa bajo circunstancias anormales de motivación que deben derivarle una consecuencia penal acorde con su situación. Ello no quiere decir librarla de toda responsabilidad penal, pero sí la imposición de sanciones proporcionales a sus condiciones, que no requieren una prevención especial por parte del Estado.

## 1. INTERVENCIÓN DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

En la oportunidad procesal prevista, intervino en el proceso el abogado José Oberdan Martínez Robles para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

El interviniente cuestiona, como primera medida, que la demanda dé el mismo tratamiento al abandono y a la muerte del hijo que ha sido fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, pues se trata de situaciones totalmente distintas.

Además, a juicio del interviniente, la demanda parte de una interpretación errada de la decisión de la Corte sobre el aborto, de la cual se desprende la exigencia a la mujer de tomar una decisión de tanta trascendencia por el exclusivo criterio de la sanción penal. Advierten que el demandante asume el tema como un simple problema matemático entre el derecho a abortar y la supuesta caducidad de dicho derecho, ocurrida en el nacimiento, que le daría a la muerte del recién nacido la calidad de homicidio atenuado,

sin consideración adicional alguna. Pretender que la mujer que ha sido embarazada sin su consentimiento deba tomar la decisión de abortar so pena de que, al no hacerlo, se le impondrá una sanción más grave, es empeorar la afectación psicológica, moral y religiosa que de por sí la aqueja.

A lo anterior se suma la presión por la escogencia del método, es decir, del aborto o posterior muerte o abandono, tras lo cual agrega que los tipos penales acusados consagran verdaderas sanciones, punitivamente atenuadas, pero no tratos privilegiados. Por ello sostiene que las medidas acusadas no eximen de responsabilidad, sino que reconocen una situación grave que no puede ser ignorada. Precisa que de cualquier modo, el criterio para determinar la igualdad material no puede ser el de la pena imponible.

Finalmente, señala que la sentencia del aborto, la C-355 de 2006 sentó su posición al respecto sin que hubiera modificado el tema que aquí se aborda y que en dicha providencia la Corte estableció sanciones menos gravosas para la madre que termina con la vida de su hijo.

## 1. INTERVENCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES

En la oportunidad procesal prevista intervinieron en el proceso las ciudadanas Beatriz Quintero, Paola A. Salgado Piedrahita y Claudia Ramírez, en representación de la organización citada, para solicitar a la Corte la declaración de exequibilidad de las normas acusadas.

En primer lugar, la organización sostiene que los cargos de la demanda no cumplen con las exigencias impuestas por la jurisprudencia constitucional en torno al tema de la demanda en forma, pues parte de una apreciación subjetiva que no está incluida en la norma. En efecto, la demanda supone que el tratamiento que da la ley a la mujer que da muerte o abandona a su hijo, producto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas es benigno y permisivo, lo cual indica que el debate es ajeno a factores jurídicos, por lo que

no constituye un cargo de inconstitucionalidad.

Advierten que en el caso concreto no se da una inconstitucionalidad sobreviniente porque no se ha producido un cambio de norma constitucional y porque dicho fenómeno no surge por la sola adopción de una sentencia de exequibilidad, que además no se refiere al tipo penal al que se dedica la demanda.

Agregan que en materia de graduación punitiva el legislador tiene amplio margen de configuración, limitado sólo por los principios constitucionales y por los criterios de la razonabilidad y la proporcionalidad. En el caso concreto las medidas están ajustadas a esa limitación jurídica pues además de garantizar la sanción por la conducta cometida contra un menor, también reconocen la situación de la madre que incurre en las citadas conductas.

Tras hacer una larga disertación sobre el principio de igualdad, las intervinientes sostienen que éste no puede aplicarse en términos absolutos y que el legislador debe ponderar las diferentes circunstancias que intervienen en la comisión del ilícito. Advierten que, siendo una de las principales víctimas de la violencia sexual, porque las condiciones históricas y sociales la han convertido en objeto de abusos, la mujer debe ser tratada de acuerdo con su condición y dignidad, por lo que es necesario que la norma legal no sancione con la misma severidad su conducta cuando da muerte o abandona al hijo concedido sin consentimiento. Una decisión más gravosa victimizaría nuevamente a la mujer que incurra en tal conducta.

## 1. INTERVENCIÓN DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA

En representación de la Conferencia Episcopal de Colombia intervino en el proceso, dentro de la oportunidad prevista, el secretario general Fabián Marulanda López, para solicitar a la Corte la declaración de exequibilidad de la norma.

A juicio del interviniente, el derecho a la vida es el primero y principal derecho del hombre. Por ello el Estado debe disponer lo necesario para su protección. En este contexto, asegura que la sentencia C-355 de 2006 no flexibilizó su concepción sobre el derecho a la vida, sino que diferenció la vida como derecho y como bien jurídico protegido, señalando que una es la titularidad de quien ha nacido y otra la protección del

que está por nacer. En ese orden de ideas, sostiene que todo hijo es una persona humana titular del derecho a la vida, por lo que las normas acusadas no desconocieron ni el derecho a la igualdad ni el derecho a la libertad.

Sostiene que la Corte Constitucional ya se pronunció sobre la constitucionalidad de los tipos penales acusados en sentencia C-013 de 1997, tipos penales que fueron incorporados sin modificación por el nuevo código penal, Ley 599 de 2000. En dicha oportunidad la Corte justificó la medida bajo la consideración de que la madre que incurría en las conductas descritas estaba sometida a circunstancias especiales que le valían un tratamiento diverso. Por lo dicho, considera que en el caso concreto se presenta una cosa juzgada material que debe ser declarada por la Corte.

Asegura finalmente que como en materia penal está proscrita la analogía, no puede la demanda suponer que la despenalización del aborto bajo ciertas circunstancias implique la inconstitucionalidad de normas que la Corte ha reconocido como incluso más graves que el propio aborto.

## 1. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Fernando Gómez Mejía, en representación del ministerio de la referencia, solicitó a la Corte declarar exequibles las normas acusadas.

El Ministerio asegura que en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte no estableció la obligación de abortar por parte de la mujer que ha quedado en embarazo como consecuencia de una fecundación no consentida. En esa línea, reconoció que el bien jurídico de la vida se protegía de manera distinta respecto del que está por nacer que del que ya ha nacido, razón por la cual se sanciona con mayor rigor el infanticidio que el aborto. Esta circunstancia permite evidenciar que no existe obligación de analogía entre el pronunciamiento acerca del aborto y el que corresponde al infanticidio. Como se trata de delitos con estructura diversa, no cabe suponer la inconstitucionalidad de unos por razón de la inconstitucionalidad del otro.

Resalta que desde el punto de vista de la jurisprudencia, la opción del aborto debe

conservarse hasta la terminación del periodo de gestación. Esa discrecionalidad no puede preservarse con posterioridad porque la protección del derecho a la vida no puede depender de la toma de esa decisión. Aún así, manifiesta, el legislador ha establecido una responsabilidad penal para la madre que incurre en tal conducta, aunque atenuada, con lo cual se reconoce la importancia de la afrenta.

Afirma que la demanda plantea de forma ambigua e ininteligible el derecho a la protección de los niños al tiempo que propugna la despenalización de la conducta. Indica que en el caso concreto se trata de proteger un valor que supera incluso el derecho positivo, que es el derecho a la vida del niño. En tal caso, es el legislador el que ha decidido proteger este derecho en el marco constitucional y del derecho internacional. En este sentido, los cargos de la demanda no plantean una verdadera oposición con la norma constitucional.

Por último, precisa que el diseño de los delitos es de libre configuración legislativa, la cual sólo está sujeta a los principios constitucionales. De allí que el control judicial a la definición legislativa del tipo debe limitarse a que el legislador no desconozca esos principios superiores, cosa que no ocurre en el caso concreto.

## 1. INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán Arana, solicitó en la oportunidad prevista la declaración de exequibilidad de la norma acusada.

En primer lugar, la Fiscalía considera que la demanda de la referencia no es una demanda en forma, dado que los cargos de inconstitucionalidad no cumplen con las exigencias de especificidad y concreción consignadas en la jurisprudencia pertinente.

No obstante -sostiene- si la Corte considera que existe una adecuada formulación de los cargos, la Fiscalía evalúa como incorrecta la correspondencia normativa que sirve de sustento a la demanda. Ciertamente, para el señor fiscal, el cargo de inconstitucionalidad no tiene en cuenta que la definición del delito es resultado de una valoración legislativa sobre la incidencia social de una conducta y la vulneración de los

bienes jurídicos involucrados. Sobre esa base, la razón de inexecutable de una norma no puede descansar en la calificación del quantum de la pena, sin un análisis de las incidencias de la conducta.

Asegura que el Código Penal contiene ejemplos claros de conductas que responden a una misma descripción fenoménica, pero que generan diversas conductas típicas: así, por ejemplo, la muerte de una persona puede catalogarse, según las circunstancias, como un homicidio agravado o como un homicidio por piedad.

En el caso de los tipos penales acusados, el tratamiento punitivo más benigno encuentra sustento en las circunstancias especiales que rodean la muerte o abandono del hijo concebido sin el consentimiento de la madre. De allí que para que se consolide la comisión del ilícito se requiera la conjunción de específicas circunstancias fácticas, evaluadas previamente por el legislador y justificadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-013 de 1997, en providencia donde se consideró que la pena en estos casos estaba justificada por las condiciones de perturbación en que actuaba la madre.

## 1. INTERVENCIÓN DEL CENTRO DE DERECHOS HUMANOS Y LITIGIO INTERNACIONAL -CEDHUL-

En representación del Centro de derechos Humanos y Litigio Internacional, intervino en el proceso, dentro del término legal previsto, la ciudadana Angela Maria Espinosa Monsalve, para solicitar a la Corte la declaración de constitucionalidad de las normas.

Empieza su intervención plasmando los requisitos necesarios que la Corte ha establecido para la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, tomando como base la sentencia C-1001 de 2004, la cual indica que “las razones de inconstitucionalidad deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes”. El interviniente señala que en la presente demanda no se cumplen los requisitos mínimos exigidos por la Corte, ya que el texto no es claro y no permite deducir la forma en que supuestamente las normas atacadas violan la Constitución, debido a que los argumentos son globales e imprecisos, refiriéndose a una desigualdad, pero “no señala con claridad los

grupos involucrados objeto de comparación, el trato discriminatorio introducido por la disposición acusada y la razón por la cual se considera que no se justifica dicho tratamiento distinto". Por la anterior razón pide a la Corte se declare inhibida para conocer, dado que no se cumplieron con los requisitos mínimos para la formulación de la demanda.

Por otro lado no comparte la idea que el actor pretenda que el derecho colombiano trate a todos los homicidios de la misma manera, ya que resultaría desproporcionado si se atiende a que cada caso es distinto y a que se debe tener en cuenta las circunstancias en que se realiza el delito, los sujetos, los medios empleados y el móvil de la conducta, criterios que llevan al juez a determinar cual va hacer la pena dentro de un mínimo y un máximo previamente establecidos en la ley, ya que si no se atiende a estos elementos se estaría frente a la vulneración del derecho a la igualdad, pues se otorgaría el mismo trato a situaciones diferentes; por lo anterior " se deduce que modificar el Código Penal en lo referente al delito de infanticidio sin considerar las particularidades del tipo penal, resulta no solo desproporcionado sino también arbitrario y desestimatorio de la dignidad humana de la mujer".

Por último recuerda que en una anterior oportunidad fueron demandadas las mismas disposiciones, las cuales fueron declaradas exequibles por medio de la sentencia C-013 de 1997, por lo tanto se estaría frente a una cosa juzgada constitucional formal y la Corte no podría volver a pronunciarse sobre el mismo tema.

## 1. INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS

Actuando en calidad de director y representante legal de la Comisión Colombiana de Juristas, el ciudadano Gustavo Gallón Giraldo intervino en la oportunidad procesal prevista para defender la constitucionalidad de las normas demandadas.

La Comisión Colombiana de Juristas no comparte los argumentos planteados en la demanda y considera que las normas atacadas no deben ser retiradas del ordenamiento jurídico pues se tratan de disposiciones acordes a la Constitución Política.

Para empezar su exposición sostiene que “no se cumple con un requisito de admisibilidad plasmados en la jurisprudencia como lo es el de la pertinencia, ya que lo que se propone no tiene como parámetro de constitucionalidad una norma de la Constitución Política, sino un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que se modificó el contenido normativo de una disposición legal, en este caso el código penal que tipificaba el aborto como delito”, por lo tanto no se puede pretender como lo quiere el actor declarar la inconstitucional de estas disposiciones y estima que la Corte debe declararse inhibida para resolver sobre los argumentos que plantea el accionante.

Por otro lado realiza una breve reseña sobre la inconstitucionalidad sobreviniente de la cual hace alusión la demanda, indicando que ocurre cuando una norma se encuentra tácitamente derogada por la ocurrencia de varios supuestos, como puede ser el caso de las reformas constitucionales en las cuales todas las disposiciones que se hubieran realizado con fundamento en la norma inconstitucional resultarían derogados en virtud de la figura analizada y añade que sólo se puede presentar cuando la norma es de carácter constitucional y no se podría pensar en que una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, pueda declarar contraria al ordenamiento jurídico una norma de igual jerarquía, lo que pretende hacer ver el demandante.

Añade que el actor no analizó que se está frente a dos conductas diferentes, ya que el aborto y el infanticidio son tipos penales que no pueden relacionarse debido a que concurren circunstancias totalmente disímiles y por lo tanto no se pueden derogar tácitamente una a la otra.

Terminando su intervención señala que no se puede violar el derecho a la igualdad intentando darle el mismo trato a una mujer que concibió su hijo en condiciones normales y a otra que además de la depresión post parto se le suma los actos de violencia y la falta de consentimiento que dio origen a su embarazo, lo cual implica que su salud mental no sea la mejor, por lo tanto constituye razones suficientes para que la mujer sea beneficiaria de una sanción menor.

## 1. INTERVENCIÓN DEL CIUDADANO JAIME ARDILA SALCEDO.

El ciudadano de la referencia intervino en el proceso para pedir la declaración de exequibilidad de las normas acusadas.

El interviniente es médico cirujano y estudiante de epidemiología y considera que, desde el punto de vista científico, la madre que da muerte a su hijo recién nacido también ocupa la posición de víctima, pues se trata de una persona biológicamente vulnerable. Considera que los estudios realizados sobre el infanticidio arrojan cinco tipos de conductas, muchas relacionadas con la afectación psicológica de la madre que ha sido objeto de abuso sexual. De hecho –sostiene– las investigaciones sugieren que son estos casos, los de abuso sexual, los que con mayor frecuencia concluyen en la muerte del menor. Advierte que los colegios médicos califican la depresión pos parto como una enfermedad mental, circunstancia que debe tenerse en cuenta al momento de diseñar el tratamiento punitivo de dichas conductas.

El interviniente adjunta copia de varias investigaciones médicas al respecto.

## 1. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad legal prevista, el señor Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado, solicitó a la Corte Constitucional declarar exequibles las normas acusadas.

En primer lugar, la Procuraduría considera que el caso en estudio no constituye una inconstitucionalidad por sobrevinencia, como lo advierten los demandantes, pues respecto de la materia penal pertinente no se ha dado un cambio constitucional o una modificación de las normas del Estatuto Superior referente a los derechos humanos ni respecto al derecho a la vida. En esta línea, asegura que la Sentencia C-355 de 2006 no modificó la normativa nacional relativa al derecho a la vida, pese a que en el tema del aborto incluyó algunas subreglas.

A su juicio, si “no ha habido cambio constitucional ni cambio de normas constitucionales sobre el derecho a la vida, no se configura el presupuesto para la existencia de la inconstitucionalidad sobreviniente, razón por la cual los artículos 108 y

128 de la Ley 599 de 2000 están vigentes y producen efectos jurídicos y, en consecuencia, el Ministerio Público procede a pronunciarse sobre los problemas jurídicos que atañen al fondo del debate constitucional de los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000”.

Ahora bien, frente a la posible violación del principio de igualdad de los hijos que son objeto de aborto y a los que se les da muerte y se abandonan una vez nacen, la Procuraduría considera, luego de un análisis de las tesis de la Sentencia C-355 de 2006, que la Corte Constitucional en ningún momento hizo alusión al derecho a la vida del nasciturus, por lo que la vida natural debía considerarse como valor fundamente pero no necesariamente como derecho fundamental. Del debate, señala, la Corte excluyó del tema del aborto la vida como derecho fundamental y, por tanto, el de la personalidad jurídica del nasciturus. Sostiene que a juicio de la Corte la “cuestión de la titularidad de derechos fundamentales del nasciturus es una cuestión irrelevante, toda vez que la prohibición del aborto no se basa en una consideración sobre el derecho a la vida sino en el desarrollo legislativo del valor de la vida”.

Señala que después de que la Corte diferenció la vida como derecho y como valor constitucional, examinó los argumentos que sostienen que el aborto está prohibido por tratados internacionales de derechos humanos. A ese respecto indicó que según conclusiones de la Corte, “al menos en ciertos casos excepcionales no prima el reconocimiento del derecho a la vida del nasciturus”.

Aunque la Procuraduría no comparte las apreciaciones de la Corte en la C-355 de 2006, es lo cierto que a pesar de dicho pronunciamiento, no hay duda que los recién nacidos gozan de la protección constitucional del derecho a la vida, a diferencia de los que están por nacer, a quienes la Corte les reconoce simplemente la condición de ser vivo.

De lo anterior concluye que “no existe vulneración al derecho a la igualdad entre las madres que abortan en las circunstancias especiales de la sentencia C-355 de 2006, y aquellas que matan o abandonan a sus hijos recién nacidos, pues la situación fáctica entre dichas madres no es la misma, para predicarse de ella una misma consecuencia jurídica. Lo anterior, en la medida en que la Corte reconoce a los recién nacidos el

derecho a la vida por tener la condición de persona, mientras que a los que están por nacer simplemente les da la condición de seres vivos”.

A juicio de la Procuraduría, la despenalización del aborto en los tres eventos previstos por la Sentencia “no puede significar que se haya generado un efecto dominó sobre los demás tipos penales”. Esa consecuencia sería opuesta a la autonomía de cada conducta punible “al igual que los principios de tipicidad y antijuridicidad, que en el presente asunto defienden la vida de los recién nacidos”.

El Ministerio Público “observa que en el diseño de la demanda se ignoran las particularidades que definen la comisión de los delitos comparados, que en efecto se trata de situaciones distintas y no idénticas como suponen los demandantes, e incluso se desconoce el importante hecho de que recientemente se han visto incrementadas las penas de tales delitos, lo cual, eventualmente podría ocasionar una decisión inhibitoria”.

## 1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. COMPETENCIA

Por dirigirse la demanda contra disposiciones que hacen parte de una Ley de la República, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre su constitucionalidad, tal y como lo prescribe el artículo 241-4 de la Carta Política.

### 1. INHIBICIÓN POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

#### 1. Exigencias argumentativas del cargo de inconstitucionalidad

Los cargos de la demanda se dirigen a atacar los artículos 108 y 128 del Código Penal. Los artículos acusados contienen respectivamente las descripciones típicas de los delitos de muerte y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación

artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Ahora bien, a fin de determinar si la Corte Constitucional puede pronunciarse acerca de la exequibilidad de las normas atacadas, es necesario establecer si los cargos de la demanda cumplen con las exigencias lógico argumentativas impuestas por la jurisprudencia de la Corporación. Ello por cuanto que algunos de los intervinientes y el concepto de la vista fiscal consideran que la formulación de los mismos no permite adelantar un adecuado juicio de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional ha señalado que los cargos de la demanda de inconstitucionalidad deben presentarse de tal forma que el juez constitucional esté en capacidad de adelantar un juicio adecuado a la norma que se acusa.

La Sentencia C-1052 de 2001 recogió la jurisprudencia en la materia y precisó que el cargo de inconstitucionalidad debe ser claro, cierto, concreto, pertinente y suficiente.

La claridad del cargo es el presupuesto básico del argumento, pues un cargo confuso, ininteligible, impide conocer la intención de la demanda y el alcance de la acusación.

La certeza del cargo hace alusión a que el mismo debe recaer sobre una norma real, existente, no sobre una norma ficticia, supuesta por el demandante<sup>1</sup>, o sobre una norma distinta a la acusada, que no ha sido objeto de censura o sobre una norma que no es objeto concreto de la demanda<sup>2</sup>. La certeza del cargo exige que la acusación recaiga sobre la hipótesis contenida en la norma, no sobre una interpretación o una práctica de la autoridad encargada de aplicarla. En suma, un cargo es cierto si permite la confrontación entre la Constitución y la norma legal a partir de contenidos normativos verificables, derivados del texto de las normas acusadas.

La especificidad del cargo tiene que ver con la concreción del mismo. No son aceptables, para entablar un juicio serio, los argumentos genéricos, vagos, fundados en lucubraciones imprecisas que impiden confrontar las disposiciones acusadas. Los cargos deben ser concretos porque deben permitir el cotejo efectivo entre la norma legal y la constitucional<sup>3</sup>.

Ahora bien, el razonamiento debe ser suficiente porque debe contar con todos los

elementos de convicción que apoyen el alegato del demandante. La jurisprudencia no exige un análisis exhaustivo del caso, en tanto que dicho análisis corresponde a la sentencia, pero sí exige que el argumento de acusación exhiba las variables mínimas que hagan surgir una duda razonable sobre la inexecutableidad de la norma. Un argumento suficiente contiene una ilación consecuente de ideas encaminadas a verificar la hipótesis del demandante, que no es otra que la oposición entre la norma legal y la disposición constitucional. Por ello, la suficiencia se entiende como la capacidad del argumento para hacer surgir una duda mínima respecto de la executableidad del precepto acusado<sup>4</sup>.

Finalmente, la pertinencia del cargo se ha entendido como la jerarquía constitucional de la oposición. Un cargo es pertinente si plantea una contradicción entre el texto de la Constitución y el texto de la norma legal. En otros términos, la jurisprudencia entiende que el cargo de constitucionalidad debe ser pertinente en el sentido de que debe formular una verdadera oposición normativa entre el texto de la ley y el texto de la norma constitucional que se considera vulnerado.

1. Las razones expuestas en la demanda para explicar la supuesta inconstitucionalidad de las disposiciones:

Recordadas las exigencias jurisprudenciales de los cargos de inconstitucionalidad, en seguida se repasarán las razones de la demanda, no sin antes volver a aclarar que los actores emplean un lenguaje poco jurídico, por lo cual la Corte no transcribirá literalmente sus argumentos. Dichas razones pueden sintetizarse así:

1. Dado que, a partir del pronunciamiento de la Corte, la mujer puede -bajo las circunstancias permitidas- abortar sin cometer delito, no tiene sentido que el legislador conserve el trato privilegiado contenido en los artículos 108 y 208, cuando decide dar muerte o abandonar a su hijo durante el nacimiento o dentro de los 8 días siguientes al mismo. De allí que las normas hayan devenido inconstitucionales.

1. A juicio del demandante, no se justifica que si la madre, dentro de las condiciones señaladas, puede abortar durante el embarazo, reciba tratamiento privilegiado cuando, después del parto, da muerte o abandona a su hijo recién nacido.

1. Esta situación constituye una discriminación respecto de los hijos cuya muerte o abandono se produce después del parto, pues su derecho a la vida no resulta protegido de igual forma que el de las demás personas.

1. Las normas van en contravía de las disposiciones del Estado Social de Derecho y de los principios de igualdad real, pero, también, de las normas del derecho internacional que protegen el derecho a la vida.

1. Los impugnantes consideran que la sentencia C-355 de 2006, que declaró inexecutable el aborto atenuado<sup>5</sup> (aquel provocado durante embarazos producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas), modificó la concepción del derecho a la vida al considerar que sólo son titulares de ese derecho las personas nacidas y no las que están por nacer. A partir de ese cambio conceptual, la demanda sostiene que los artículos 108 y 208 del Código Penal devinieron inconstitucionales porque no se justifica que la ley trate con benevolencia a la madre que durante el parto o inmediatamente después del mismo da muerte o abandona a su hijo, si la Corte ha despenalizado el aborto atenuado.

En suma, los demandantes sostienen que el cambio jurisprudencial no justifica que continúe dándose un tratamiento penal más benéfico para los delitos de infanticidio y abandono, porque al despenalizar el aborto se permite a la madre interrumpir el embarazo, sin obligarla a esperar el nacimiento.

1. Ineptitud sustancial de la demanda. A juicio de esta Corporación, los cargos de la demanda no son sustancialmente aptos para propiciar el estudio de constitucionalidad de las normas acusadas. Lo anterior por las siguientes razones.

1. Falta de certeza del cargo. En primer lugar, los cargos no son ciertos. En efecto, como se acaba de decir, la acusación parte del supuesto de que la Sentencia C-355 de 2006 modificó la concepción del derecho a la vida al considerar que sólo son titulares de ese derecho las personas nacidas y no las que están por nacer. Y a partir de esta afirmación, los actores construyen el resto de la argumentación relativa a que tal cambio deslegitimaría la juridicidad de los tipos penales de infanticidio y abandono, que desde entonces conllevarían una violación del derecho a la igualdad.

No obstante, no es verdad que el contenido de la decisión adoptada mediante Sentencia C-355 de 2006 tenga el alcance que le atribuyen los actores, pues independientemente del cambio de concepción que operó por virtud de la providencia, el pronunciamiento advirtió que ese cambio nada tenía que ver con el derecho a la vida de las personas nacidas. Ciertamente, en la referida sentencia la Corte Constitucional declaró inexecutable el delito de aborto atenuado por considerar que “el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida”. No obstante, en la misma providencia, la Corporación advirtió que la vida y el derecho a la vida son fenómenos distintos, lo que implica que los regímenes jurídicos de protección del nasciturus y del sujeto nacido son distintos. Véase:

“Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica

de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.” (Sentencia C-355 de 2006)

Así entonces, como la premisa de la demanda no es cierta, en cuanto no es verdad, por expresa consideración de la Corte, que la decisión sobre aborto atenuado haya modificado el estatuto jurídico del derecho a la vida de las personas nacidas, ni el de los delitos de infanticidio y abandono, los cargos que dependen de tal premisa no pueden reputarse ciertos, porque, según antes se explicó, un cargo sólo es cierto si permite la confrontación entre la Constitución y la norma legal a partir de contenidos normativos verificables, derivados del texto de las normas acusadas y de los textos constitucionales entendidos en la interpretación auténtica llevada a cabo por esta Corporación, y no en aquella que deduce el actor.

1. Falta de claridad del cargo. De otro lado, los cargos no son claros, por cuanto el hilo argumentativo de la demanda no es suficiente para explicar por qué el supuesto cambio jurisprudencial producido por la Sentencia C-355 de 2006 produjo una inconstitucionalidad sobreviniente de los artículos del Código Penal que tipifican los delitos de infanticidio y abandono; en especial la argumentación no muestra adecuadamente por qué a partir de entonces y no antes, dichas normas violan el derecho a la igualdad. En efecto, tanto antes de la expedición del aludido fallo, como ahora, la interpretación del derecho a la vida de las personas nacidas ha sido que este es el primero de los derechos fundamentales. Y la atenuación punitiva del infanticidio y el abandono, tanto antes como ahora, se encontró justificada en las especiales condiciones de motivación en que actúa la madre y no en la consideración de que la vida del niño o la niña víctima del delito sea de menor valía que la vida de las demás personas. Así las cosas, la argumentación de la demanda resulta confusa, pues dado que en todo tiempo la vida de las personas nacidas ha merecido idéntica protección constitucional, no es claro de qué manera se produce la inconstitucionalidad sobreviniente que alegan los actores. Particularmente confuso resulta el argumento conforme al cual, dado que a partir de la Sentencia C-355 de 2006 la madre embarazada sin su consentimiento puede abortar sin que ello le origine responsabilidad penal, entonces si no lo hace oportunamente para más tarde perpetrar los delitos de infanticidio o abandono, ello produce la vulneración del derecho a la igualdad del niño

recién nacido, frente a las demás personas. La Corte no encuentra una ilación lógica en el argumento.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, en la parte resolutive de la presente decisión la Corte emitirá un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda.

## 1. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### R E S U E L V E

Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de la referencia, dirigida contra los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Así, por ejemplo en la Sentencia C-362 de 2001; M.P. Álvaro Tafur Gálvis, la Corte también se inhibió de conocer la demanda contra Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º del Decreto 2700 de 1991, pues “del estudio más detallado de los argumentos esgrimidos por el demandante, como corresponde a la presente etapa procesal, puede deducirse que los cargos que se plantean aparentemente contra la norma atacada no lo son realmente contra ella”.

2 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-1544 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. La Corte se inhibe en esta oportunidad proferir fallo de mérito respecto de los artículos 48 y 49 de la Ley 546 de 1999, por presentarse ineptitud sustancial de la demanda, debido a que el actor presentó cargos que se puedan predicar de normas jurídicas distintas a las demandadas. En el mismo sentido C-113 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-1516 de 2000 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, y C-1552 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero. La

4 Auto de inadmisión Expediente D-6359

5 La sentencia C-355 de 2006 declaró inexecutable el artículo 124 del Código Penal, sobre las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto, cuyo tenor era el siguiente: “La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.”