

Señores

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Ciudad

Asunto: Concepto del Comité Técnico, en torno a la constitucionalidad del párrafo 1 del artículo 116-A del código penal

Respetados miembros del Consejo Superior de Política Criminal,

El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal analizó y discutió una serie de argumentos por los que considera que una disposición del código penal vigente en nuestro país es inconstitucional¹. Lo anterior en virtud del mandato de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia T-762 de 2015 en la que se exige la incorporación de un estándar constitucional mínimo en la política criminal respetuosa de los derechos humanos.

A continuación, se resumen los argumentos y las conclusiones de ese debate que, en opinión del Comité Técnico, conducen sin duda a considerar que sí es inconstitucional esa disposición del código penal a la que hacen referencia.

1

1. La disposición en conflicto con la Constitución

Se trata de un aparte contenido en una reciente reforma a la legislación penal colombiana. La Ley 1773 de 2016, conocida también como la Ley Natalia Ponce de León, creó un nuevo tipo penal bajo la denominación “Lesiones con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares”, a través del cual se endurece la reacción punitiva en el caso de las lesiones personales que se causan con ácido. Este endurecimiento consistió en modificar un tipo penal existente, eliminando de él esta hipótesis delictiva, para luego trasladarlas al nuevo delito con consecuencias más drásticas. El texto es el siguiente:

ARTÍCULO 116A. LESIONES CON AGENTES QUÍMICOS, ÁCIDO Y/O SUSTANCIAS SIMILARES. <Artículo adicionado por el artículo 1 de la Ley 1773 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, usando para ello cualquier tipo de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generen destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en pena de prisión de ciento cincuenta (150) meses a doscientos cuarenta (240) meses y multa de ciento veinte (120) a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la conducta cause deformidad o daño permanente, pérdida parcial o total, funcional o anatómica, la pena será de doscientos cincuenta y un (251) meses a

¹El 11 de mayo de 2016, la delegación al Comité de la Defensoría del Pueblo envió un documento a la Secretaría Técnica del Consejo, por medio de la cual exponían sus argumentos en relación con el tema. El documento sirvió como insumo para la discusión.

trescientos sesenta (360) meses de prisión y multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

PARÁGRAFO. En todo caso cuando proceda la medida de seguridad en contra del imputado, su duración no podrá ser inferior a la duración de la pena contemplada en este artículo.

PARÁGRAFO 2o. La tentativa en este delito se regirá por el artículo 27 de este código.

Dentro de la estrategia de hacer más drásticas las consecuencias de esta conducta punible, no solo se aumentaron las penas -como es el caso de los incisos 1 y 2 de artículo-, sino que además se estableció un tiempo mínimo de duración de las medidas de seguridad en los casos de los ciudadanos inimputables condenados por esta modalidad de lesiones personales. Esta disposición, contenida en el primer párrafo, es la que está en conflicto con la Constitución: “En todo caso cuando proceda la medida de seguridad en contra del imputado, su duración no podrá ser inferior a la duración de la pena contemplada en este artículo.”

2. Argumentos sobre la inconstitucionalidad de la disposición

Antes de considerarlos es necesario precisar el sentido del primer párrafo del artículo 116-A. La disposición exige que, en el caso de los inimputables condenados, la duración de la medida de seguridad no puede ser inferior a la duración de la pena prevista para los ciudadanos imputables condenados, con lo cual se igualan las consecuencias penales en casos que son bastante diferentes. Una comparación del tratamiento jurídico-penal en el derecho colombiano, a partir del binomio imputable/inimputable, resulta ilustrativa:

	IMPUTABLES	INIMPUTABLES
Descripción	Son quienes actúan culpablemente al momento de la realización de la conducta punible, es decir que comprenden la ilicitud del comportamiento y se orientan a partir de esa comprensión.	Son quienes no actúan culpablemente, ya sea por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estado similares (Art. 33 CP).
Estructura del delito	Para que sea punible se requiere que sea típica (1), antijurídica (2) y culpable (3) (Art. 9 CP).	Para que sea punible se requiere que sea típica (1), antijurídica (2) y no existan causales de ausencia de responsabilidad (3) (Art. 9 CP).
Consecuencia penal	Aplicación de una pena	Aplicación de una medida de seguridad
Finalidad de la consecuencia	Prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (Art. 4 CP).	Protección, curación, tutela y rehabilitación (Art. 5 CP).

Duración de las de las consecuencias	Previsto en el tipo penal respectivo.	“El tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento” (C176/93 y C297/02).
--------------------------------------	---------------------------------------	--

Con lo anterior, es claro que el derecho colombiano establece dos regímenes distintos de responsabilidad penal, diferenciados especialmente por la estructura de la conducta punible y su consecuencia jurídico-penal. Por ello, establecer una disposición que exige que la duración de las medidas de seguridad nunca puede ser inferior a la duración de la pena contradice varios mandatos constitucionales:

- Desde la Constitución, en el artículo 28, se reconocen dos tipos de consecuencias penales distintas: “En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, **ni penas y medidas de seguridad** imprescriptibles.”
- La Constitución prohíbe, en materia punitiva, un trato igual entre personas que tienen condiciones diferentes, es decir, entre comprenden la ilicitud de la conducta y se orientan en virtud de ello, y los que al momento de la comisión delictiva no tienen esa posibilidad. Ello es contrario igualdad (artículo 1) y a la dignidad humana (artículo 13).
 - Con ello, se desconocen las diferencias que hay entre las finalidades establecidas en la legislación penal para las medidas de seguridad y para las penas.
 - Se viola, así mismo, el principio de proporcionalidad, debido a la equiparación de los casos de sujetos culpables y de sujetos que no lo son (o tienen una culpabilidad disminuida).
- La Constitución reconoce, en el artículo 29, el principio de culpabilidad a través del cual se estructura el derecho penal de acto. Así no diferenciar la respuesta punitiva a los actos de los inimputables y los imputables contradice el principio de culpabilidad.

2.1. Desconocimiento de la diferencia constitucional entre las penas y las medidas de seguridad

La Corte Constitucional en varias sentencias reconoce que hay dos regímenes claramente diferenciados de responsabilidad penal que se derivan del texto constitucional, uno para sujetos culpables y otro para quienes no lo pueden ser. En la consideración Núm. 6 de la sentencia C-297 de 2002² sostuvo que

El estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los

² Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002. MP. Eduardo Montealegre. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-297-02.htm>

imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible tienen la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas sino medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento sea culpable sino que basta que sea típico, antijurídico, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad.

En el caso bajo examen, el parágrafo 1 del artículo 116-A del código penal, al exigir un cumplimiento mínimo de las medidas de seguridad en esos casos, desconoce que las consecuencias penales derivadas de dos regímenes de responsabilidad diversos son, del mismo modo, diferentes y no es razonable, a pesar de la intensidad del daño causado, igualar las respuestas penales.

2.1.1. Desconocimiento de las finalidades legalmente establecidas para cada una de las respuestas punitivas

4

En la sentencia C-176 de 1993, la Corte Constitucional analizó el contenido de la disposición del código penal anterior sobre la finalidad de las medidas de seguridad. El vigente estatuto penal conserva una redacción similar y la misma diferenciación con la finalidad de las penas. En esa ocasión expresó que

[La disposición solo se puede] interpretar a partir de la necesidad que tiene la sociedad de protegerse de los individuos respecto de los cuales, por haber realizado una conducta prevista en la ley como delito y sin concurrir una causal de justificación, puede decirse con un juicio razonable de probabilidad que pueda volver a cometer la misma conducta. Este ha sido el argumento central para justificar los fines de "curación, tutela y rehabilitación" dentro de un Estado de social de Derecho. Tales fines se especifican así:

1) Mediante el término "curación" se pretende sanar a la persona y restablecerle su juicio. Ello sin embargo plantea el problema de los enfermos mentales cuya curación es imposible por determinación médica y por lo tanto se encuentran abocados a la pérdida de su razón hasta la muerte.

2) Cuando la ley habla de "tutela" se hace alusión a la protección de la sociedad frente al individuo que la daña. Así las cosas, si se llegare a establecer que un individuo ha recuperado su "normalidad psíquica" es porque no ofrece peligro para la sociedad y por tanto no debe permanecer por más tiempo sometido a una medida de seguridad.

3) Y por "rehabilitación" debe entenderse que el individuo recobre su adaptación al medio social. La rehabilitación es la capacitación para la vida social productiva y estable, así como la adaptabilidad a las reglas ordinarias del juego social en el medio en que se desenvolverá la vida del sujeto.

Por otra parte, las medidas de seguridad no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios. (Subrayado añadido)³

Cuando se desconocen o se confunden las finalidades de estos tipos de consecuencias penales suceden situaciones como las que expresa el parágrafo 1 del artículo 116-A del código penal, que exige un tiempo determinado para la duración de la medida de seguridad.

Es claro ahora que, a diferencia de las penas, las medidas de seguridad se estructuran bajo las finalidades de curación, rehabilitación y tutela, con lo cual la duración de éstas se encuentra condicionado al cumplimiento de estas finalidades y, por tanto, hay dos consecuencias constitucionales de obligatoria observación: no es posible establecer medidas de seguridad indeterminadas y, así mismo, no es posible establecer términos mínimos de duración de las mismas. Dicho de otra manera, la no fijación de un término máximo convierte este tipo de medidas en sanciones imprescriptibles; la no fijación, por otra parte, de un término mínimo las transforma en un castigo retributivo, algo completamente incompatible con la condición de los inimputables y, por tanto, violatorio de la dignidad humana.

5

La sentencia C-370 de 2002 es bastante ilustrativa al respecto:

Esta diversidad de regímenes [de responsabilidad penal] explica a su vez que (...) las penas y medidas de seguridad en el ordenamiento colombiano tengan tanto similitudes como diferencias. Así ambas tienen fines de protección social, pues buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta. Las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal. Por ello, desde sus primeras decisiones, esta Corte ha señalado invariablemente que violan la Carta las medidas de seguridad indeterminadas, puesto que desconocen el principio de legalidad y la prohibición de las penas imprescriptibles.

Pero obviamente, las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por ello los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos. Por ejemplo, las penas tienen, entre otras, una cierta finalidad retributiva, de la cual están desprovistas las medidas de seguridad, pues sería contrario a la dignidad humana y a la libertad (CP arts 1, 16 y 28) castigar a quien no logra comprender la ilicitud de su comportamiento. [C]on base en esos criterios, las sentencias C-176 de 1993 y C-358 de 1997 concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario

³ Consideración Núm. 5.2.2.2. Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. MP. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-176-93.htm>

para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables. (Subrayado añadido)⁴

2.1.2. Desconocimiento del principio de proporcionalidad para la estructuración de la reacción penal en los Estados democráticos

Puntualmente, el párrafo 1 del artículo 116-A viola el principio de proporcionalidad porque exige una reacción penal, en términos de duración, similar para actos culpables y para actos no culpables. La Constitución exige que la intensidad de los castigos penales esté relacionada, no solo con la gravedad del daño causado, sino además con la culpabilidad por el hecho. Dado que en el caso de los inimputables no es posible predicar la culpabilidad del sujeto, resulta desproporcionado establecer un tiempo mínimo de sanción.

El documento enviado por la Defensoría del Pueblo, al que se hace mención en la nota 1, es acertado en sostener que el párrafo bajo examen “resulta contrario al principio de proporcionalidad, particularmente al sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues a través de él, con la finalidad de sancionar con mayor severidad esta reprochable conducta, se sacrifican de manera inadmisibles los derechos fundamentales de los sujetos inimputables a los cuales se les va a imponer la susodicha medida de seguridad”⁵.

6

2.2. Contradicción con el principio de igualdad y dignidad humana

La jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones ha desarrollado reglas para la interpretación del principio de igualdad. En materia penal es posible aplicar los siguientes mandatos concretos de igualdad que la Corte Constitucional señala en la sentencia C-250 de 2012:

(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

⁴ Consideración Núm. 14. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. MP. Eduardo Montealegre. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm>

⁵ Página 13 del documento.

Al contrastar estos mandatos con la situación de los inimputables y los imputables se puede sostener lo siguiente:

- No es posible un trato idéntico porque de los dos regímenes de responsabilidad penal se derivan consecuencias jurídicas distintas.
- No es posible un trato enteramente diferenciado porque hay rasgos que se comparten, a pesar de las diferencias.
- Es posible un trato paritario o un trato diferenciado, dependiendo de qué es lo más determinante, o bien las diferencias, o bien las similitudes.
- En las disposiciones relacionadas con las consecuencias jurídicas derivadas de la situación de los inimputables, respecto de los imputables, las diferencias, y no las similitudes, son determinantes.
- La ausencia de culpabilidad en el caso de los inimputables es una diferencia determinante que exige un trato diferenciado, de acuerdo con el cuarto mandato de igualdad.
- Exigir, por lo tanto, un tiempo mínimo de duración a la medida de seguridad rompe con el principio de igualdad, que en este caso exige “un mandato de trato diferenciados a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”.

7

3. Conclusión

En opinión del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal existen suficientes argumentos para sostener que la disposición del parágrafo 1 del artículo 116-A del código penal es inconstitucional. Por tal motivo, deja en consideración del Consejo la decisión de presentar la acción de inconstitucionalidad.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

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

Elaboró: Ricardo Antonio Cita Triana, DPCP/MJD
Aprobó: Comité Técnico CSPC

Bogotá D.C., Colombia

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