



Concepto

Bogotá, D.C., 14 OCT 2014

Señores

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final del artículo 178 de la Ley 599 de 2000.

Accionante: Joao Alejandro Saavedra García.

Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Expediente D-10400

Concepto - 5837

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6°, y 242, numeral 1°, superiores, presentó el ciudadano Joao Alejandro Saavedra García contra el inciso final del artículo 178 de la Ley 599 de 2000 cuyo texto se transcribe a continuación (con lo demandado en negrillas):

LEY 599 DE 2000

(Julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

[...]

Artículo 178. Tortura. El que inflija a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.

1. Planteamientos de la demanda

Aduce el accionante que la norma acusada viola lo dispuesto en los artículos 1, 2, 6, 12, 13 y 93 de la Constitución Política por las razones que a continuación pasan a resumirse.

En primer lugar, señala que la Constitución Política reconoce la dignidad humana como uno de los derechos más importantes del ordenamiento jurídico, inherente a todas las personas, y afirma que según la Corte Constitucional, en Sentencia T-881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) esto implica la posibilidad de vivir bien, vivir como se quiera y vivir sin humillaciones. Con fundamento en esto, concluye que, precisamente por su condición de derecho universal, los penados, como extremo débil de la relación penitenciaria, también son titulares de esta dignidad y por ello el ordenamiento jurídico debe proscribir y perseguir a las autoridades que les inflijan humillaciones o les torturen.

Conforme a lo anterior, el actor considera que la disposición demandada resultaría ser inconstitucional porque permite que las autoridades carcelarias sometan a los presos a humillaciones y a tratos crueles e inhumanos. En otras palabras, aquélla fungiría como una habilitación legal para que los agentes estatales apliquen castigos prohibidos que desconocen la dignidad humana, con la simple justificación que los mismos obedecen a sufrimientos inherentes a la pena o connaturales a la ésta.

De otra parte, en la demanda se estima que la norma funciona como una habilitación para que los funcionarios penitenciarios actúen en forma arbitraria e inhumana y, además, como una talanquera para la investigación y sanción de los servidores públicos que, amparados en la existencia de una sanción penal legalmente establecida, sometan a

vejámenes y tortura a los penados, como si tales castigos fuesen consecuencia natural de la pena impuesta, sirviendo así como causal de justificación de tales conductas.

Así mismo, el accionante señala que la implementación de castigos físicos o psicológicos, y el encarcelamiento solitario, por ejemplo, no pueden ser penas legítimas en el Estado Colombiano y que, por ello, las autoridades deben contar con las herramientas para poder perseguir tales conductas, que es lo que el texto demandado, en su criterio, precisamente impide.

Finalmente, en relación con los tratados internacionales, resalta que el artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura contiene un matiz más garantista sobre una excepción similar a la demandada, señalando que no pueden entenderse como sufrimientos inherentes a las penas *“la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”* es decir, que no pueden entenderse como connaturales a la pena los actos o métodos que impliquen tortura. En tal sentido, acusa que la indeterminación de la disposición acusada resulta inconstitucional por ser menos favorable que esta disposición internacional.

Por todo lo anterior, el actor solicita que se declare la inexecutable de la disposición o, en subsidio, que se declare la constitucionalidad condicionada de ésta bajo el entendido de que tales sufrimientos inherentes a la pena no pueden ser aquellos a los que se refiere la primera parte no demandada del mismo artículo 178 del Código Penal.

2. Problema jurídico

De acuerdo con la demanda arriba resumida, el jefe del ministerio público considera que en el presente proceso se debe establecer si la disposición acusada funge como una norma que faculta a los agentes estatales para

que inflijan tortura a los penados legítimamente, como si se entendiera que la tortura o el sometimiento a vejámenes por parte de las autoridades penitenciarias es un sufrimiento inherente o connatural a la pena.

3. Análisis constitucional

Contrario a lo decidido por el entonces Magistrado Ponente en el Auto admisorio de la demanda, esta jefatura considera que esta última en su momento debió ser rechazada y que ahora la Sala Plena de la Corte Constitucional debe inhibirse de efectuar un pronunciamiento de fondo sobre la demanda *sub examine*, pues los cargos que allí se formulan carecen completamente de certeza.

No obstante, dado que la presente demanda en todo caso ya fue admitida, en forma subsidiaria el jefe del ministerio público considera que la Corte Constitucional debe declarar la exequibilidad de la disposición demandada, toda vez que el Estado Colombiano tiene la facultad de sancionar a las personas a través de la imposición de penas legalmente establecidas y, contrario a lo subjetiva e infundadamente supuesto por el actor, es evidente que en ningún caso la disposición acusada actúa como una legitimación o eximente de responsabilidad para quienes impongan penas no establecidas en la ley, sanciones que están prohibidas o, mucho menos, castigos crueles inhumanos y degradantes, sino todo lo contrario.

3.1. Sobre la falta de certeza de los cargos presentados

Según el accionante la disposición en estudio tiene tres funciones normativas: (i) habilita o permite infligir actos de tortura a los penados, bajo el pretexto de que esto es un sufrimiento inherente o connatural a las penas legítimamente impuestas; (ii) establece un eximente de responsabilidad para los agentes estatales que precisamente les permite aplicar tortura a los penados bajo la sola razón de que ellos han sido

legalmente condenados;, y (iii) permite la imposición de castigos prohibidos, como es el caso del encarcelamiento solitario o los castigos físicos. En suma, para el accionante, la disposición viola la constitución porque le parece que excluye a las personas que han sido condenadas de la posibilidad de ser sujetos pasivos del delito de tortura, por el solo hecho de considerar que supuestamente están en la obligación de soportar sufrimientos; y porque la norma no se amolda a los estándares internacionales, y específicamente a lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

No obstante, el jefe del ministerio público considera que todas las funciones y consecuencias adjudicadas por el actor a la norma demandada no son más que sus propias especulaciones, en tanto que no se corresponden de ninguna forma con su auténtico contenido deontológico. Desde tal perspectiva, advierte que en la demanda *sub examine* no se ha logrado formular un verdadero cargo de constitucionalidad, por lo que la Corte no puede efectuar su estudio. Como fundamento de esta conclusión, puede señalarse que, como ya lo ha reiterado la Corte Constitucional en una multiplicad de ocasiones:

“[Exigir que] las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda [debe recaer] sobre una proposición jurídica real y existente ‘y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita’ e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; ‘esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”¹.

Así, se tiene que en el caso concreto las acusaciones carecen de certeza porque es falso considerar que la disposición establece una conexión causal entre el sufrimiento derivado de la pena privativa de la libertad y el

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

que pueda derivarse de las actuaciones subsiguientes e independientes que ejecuten las autoridades administrativas penitenciarias o de las demás sanciones correccionales que se apliquen durante el cumplimiento de la sanción impuesta. En otras palabras, es completamente falso que la norma demandada equipare la sanción penal impuesta al sancionado con las demás actuaciones posteriores llevadas a cabo por las autoridades estatales, como se demostrará a continuación.

3.1.1 La licitud de la sanción como tipicidad del castigo

Aunque la disposición acusada supone una exclusión normativa al tipo penal de tortura, lo cierto es que la salvedad allí prevista no la efectúa el legislador en razón a un sujeto pasivo ni a un sujeto activo, ni en forma general, sino que contiene ciertas condiciones de interpretación restrictiva. Así, en primer lugar, la disposición establece que están excluidos del tipo de tortura *“los sufrimientos que se deriven [...] de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas”*.

Por lo tanto, cuando la norma penal establece la *licitud* como un elemento de la excepción realizada con ello se están precisando dos condiciones imprescindibles para su aplicación: (i) que la sanción impuesta esté prevista en la Ley, es decir, que se respete el principio de legalidad; y (ii) que la sanción haya sido impuesta respetando el principio-derecho al debido proceso.

En este escenario, esta vista fiscal debe llamar la atención sobre el hecho de que el principio de legalidad no se refiere a la tipicidad de la conducta cometida sino a la previsión legal expresa del castigo impuesto. Y, en tal sentido, y contrario a lo que cree el actor, lo cierto es que la disposición demandada no cobija la imposición de ninguna sanción que no haya sido ya expresamente prevista por el Legislador sino que, muy por el contrario, advierte a los servidores públicos que impongan cualquier género de

castigo que no esté previsto normativamente podrían eventualmente incurrir en el delito de tortura.

En tal sentido, es clara la equivocación del accionante cuando le adjudica a la disposición el efecto de autorizar penas que no estén previstas en el ordenamiento en forma expresa, cuando por el contrario, la norma demandada indudablemente exige la licitud de éstas últimas.

De otra parte, si el actor estima que algunas de las penas previstas en el ordenamiento jurídico son inconstitucionales por implicar un trato cruel, inhumano y degradante, para esta vista fiscal es evidente que lo que resultaría contrario a la norma superior no sería la presente disposición sino la norma concreta que estipula esas penas o sanciones específicas como castigos válidos. En tal sentido, y en gracia de discusión, si en el ordenamiento jurídico colombiano se pudieran imponer castigos físicos o aislamiento, ello resultaría ser así porque otra disposición legal así lo determinara, y esa sería la disposición que estaría viciada de una eventual inconstitucionalidad por violentar la dignidad humana, pero no la norma demandada.

Como un ejemplo de lo anterior, esta vista fiscal desea resaltar que en el artículo 123 del Código Penitenciario (Ley 65 de 1993), estaba previsto el "aislamiento en celda hasta por sesenta días" como una medida correccional legítima que podía imponerse a los penados. Y que, la propia Corte Constitucional, en Sentencia C-184 de 1998, (M.P. Carlos Gaviria Díaz), evaluando la referida disposición, señaló que con ciertas condiciones, el aislamiento era una pena legítima en el Estado Constitucional de 1991, así:

"En cumplimiento de su facultad sancionadora, las autoridades carcelarias deben respetar ciertas limitaciones. La aplicación de cualquier clase de sanción no puede ser arbitraria, ni desconsiderar garantías mínimas protegidas por la Constitución. Estas premisas deben verificarse con mayor rigor en el caso de una sanción tan intensa como el aislamiento,

*quedando claro que con su utilización 'no hay violación de los derechos fundamentales de los reclusos, por cuanto si llegara a existir posibilidad de lesión, el médico del establecimiento constatará tal inminencia y obviamente no aplica la sanción'. Por eso es menester revisar detenidamente las condiciones en las que se cumple la citada medida y advertir que no obstante constituir una sanción disciplinaria válida, al emplearse también deben respetarse los derechos de los internos*².

No obstante lo anterior, el artículo 78 de la Ley 1709 de 2014 eliminó el asilamiento como castigo y, en su lugar, lo incluyó como una medida de protección de los internos, de tal forma que hoy en día el aislamiento no es una medida sancionatoria prevista en el ordenamiento jurídico y, por ello, no puede aplicarse lícitamente así por las autoridades penitenciarias, razón por la cual, si una autoridad lo aplica de esta manera con ese propósito, el responsable de ello no estaría cobijado por el primer requisito de la excepción en estudio, esto es, que los dolores infringidos sean consecuencia derivada de una pena lícita o connatural a ella.

Finalmente, debe advertirse que si la acusación del actor es que en la práctica las autoridades administrativas se encuentran imponiendo penas no previstas en el ordenamiento, tal reproche es de naturaleza concreta contra una actuación particular y, por consecuencia, no hace ni puede hacer parte del juicio de constitucionalidad, el cual es abstracto y general.

En suma, si el actor estima que ciertos castigos previstos en la Ley resultan ser inconstitucionales, es claro que lo que debe hacer es demandarlos en concreto ante el juez y por la vía procesal que corresponda y, de otro lado, que si desea censurar una actuación particular de las autoridades penitenciarias, porque se están imponiendo penas que no están previstas en la Ley, el escenario adecuado es la vía penal o, si es el del caso, incluso la acción de tutela, pero no una acción de inconstitucionalidad contra la norma demandada, que no contiene ni es causa de ninguna de estas dos situaciones.

² Corte Constitucional, Sentencia C-184 de 1998, (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

3.1.2. La licitud de la sanción impuesta como exigencia del respeto al debido proceso

En segundo lugar, esta jefatura considera que la expresión “pena lícita”, contenida en la norma demandada, claramente incluye que ésta sea aplicada respetando los presupuestos del debido proceso pues una sanción arbitraria obviamente nunca podría considerarse lícita.

De conformidad con esto, debe advertirse que aunque una sanción concreta se encuentre prevista en el ordenamiento, si una autoridad administrativa la impone en forma caprichosa, arbitraria o sin respetar el debido proceso, ésta tampoco se encontraría cobijada por la excepción contenida en la norma demandada, pues los sufrimientos que aquella generaría tampoco serían producto de una sanción lícita.

Por esta razón, para esta vista fiscal el actor tampoco acierta al afirmar que la norma demandada permite la arbitrariedad por parte de las autoridades penitenciarias.

3.1.3 El carácter restrictivo de la disposición y las actuaciones subsiguientes a la condena impuesta

En tercer lugar se tiene que la disposición demandada señala que estarán excluidos del tipo de tortura los sufrimientos derivados *únicamente* de sanciones lícitas o connaturales a ellas. Y para esta jefatura es evidente que el epíteto *únicamente* es importante para la intelección del texto de la norma *sub examine*, pues le imprime un carácter de de interpretación restrictiva. Es decir, para que se cumpla la exclusión penal demandada debe existir una conexión directa y necesaria entre (i) el sufrimiento infligido, (ii) una pena prevista en la ley y (iii) su imposición conforme al debido proceso.

Dicho de otras palabras, para esta jefatura la norma demandada ya establece que si se rompe la conexión entre los elementos descritos, es decir, si los sufrimientos son producto de un castigo no permitido legalmente o que, estándolo, no ha sido impuesto legítimamente, la referida exclusión no está llamada a aplicarse y, por el contrario, se abriría la posibilidad de que el sufrimiento causado esté o circunscrito o actualice el tipo penal de tortura.

En tal sentido, la calificación “únicamente” implica que la excepción en evaluación no cobija todo acto cometido contra una persona que ha sido condenada penalmente, como si existiera una conexión causal entre la pena principal y lo que subsiguientemente se siga a la misma, pues cada actuación o castigo posterior resultan ser actuaciones independientes que la norma no agrupa o cobija directa e incondicionalmente. Es decir, la pena originaria impuesta y las actuaciones subsiguientes que sean desplegadas por la autoridad penitenciaria son actos perfectamente escindibles y, por tanto, deben ser evaluados en forma específica e independiente en relación con la norma acusada y, por ello, la primera no legitima la segunda *ex lege*.

Así mismo, en tanto que la disposición no prevé ninguna conexión entre la pena principal y la actuación de las autoridades administrativas, tampoco resulta ser cierto que la norma demandada pueda entenderse como un eximente de responsabilidad o una habilitación para la tortura a los presos. Por el contrario, debe decirse que si un funcionario causa un sufrimiento a un penado, su actuación en principio es intrínsecamente desconexa de la pena principal y, por tal razón, aquél podrá ser investigada en concreto para determinar si hubo una extralimitación o la violación de un derecho, así como si hay lugar a una reparación o, inclusive, a determinar si se cometió el delito de tortura.

En el mismo sentido, si una autoridad jurisdiccional se niega a investigar o sancionar una actuación como la descrita, interpretando la disposición como el accionante lo señala, dicho escenario podría implicar una violación concreta al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, que debe ser resuelta por las autoridades competentes o, en su defecto, por el juez de tutela.

No obstante, como tales situaciones implican una extralimitación concreta en cada caso concreto, se reitera que no puede realizarse ni cabe un pronunciamiento general en sede de constitucionalidad al respecto. Por lo anterior, la equiparación de la disposición como un eximente de responsabilidad resulta ser un mero sentir del actor carente de certeza.

3.1.3 La disposición acusada y el bloque de constitucionalidad

De otra parte, la Corte Constitucional ha reconocido que las disposiciones internacionales relativas a prevenir y sancionar la tortura, ratificadas por Colombia, fungen como parámetro de constitucionalidad para evaluar las normas penales que la reprimen, aplicando lo dispuesto en el artículo 94 superior. Así las cosas, en sentencia C-148 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), por ejemplo, esa corporación evaluó los tipos penales que sancionaban, entre otras cosas la tortura, usando como parámetro de constitucionalidad las mismas disposiciones internacionales referidas por el accionante, declarando inclusive la inexecutable de un aparte con el fundamento en el referido parámetro de control.

Sin embargo, aclarado lo anterior, a continuación se pasará a demostrar la inhabilidad del cargo formulado por el actor con fundamento en este parámetro para provocar un pronunciamiento de fondo en el presente proceso, en razón a que no es posible equiparar ambas disposiciones y el objeto de las mismas, que es el fundamento del cargo presentado por el

actor, lo que sería imprescindible para poder efectuar el cotejo correspondiente.

En efecto, según el accionante la norma acusada resulta ser inconstitucional porque no incorpora una excepción prevista en el artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en donde expresamente se señala lo siguiente:

“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

Sin embargo, debe resaltarse que mientras la disposición internacional funge citada como un parámetro de control a la legislación de los Estados firmantes, con el ánimo que aquellos no incorporen a sus legislaciones castigos que impliquen tortura, es decir, que pretende restringir el la libertad de configuración legal para obligar que se excluyan de las normas penales legales los actos y los métodos prohibidos, la norma demandada en el presente proceso sólo tiene por fin legitimar el *ius puniendi* estatal, más no implica un juicio de corrección para las penas legalmente establecidas en otras disposiciones.

En otras palabras, el aparte de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, resaltado por el actor, no necesita estar incorporado en la norma acusada, pues la disposición demandada no tiene el alcance de fungir como parámetro de corrección de las sanciones

previstas en otras fuentes normativas, mientras que la disposición interamericana sí tiene dicho propósito y alcance.

Por lo tanto, acusar que la norma demandada es inconstitucional en función de la falta de integración del referido aparte del artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura es un cargo que carece de certeza porque implica atribuir a aquella un carácter de criterio de corrección de las leyes que establecen sanciones, función o rol normativo que ésta evidentemente no tiene.

3.1.4 Conclusión

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, esta jefatura considera que es evidente que el accionante pretende atacar la norma asignándole contenidos o funciones que no tiene, lo que hace que sus cargos carezcan de certeza o sean inhábiles para soportar un auténtico juicio de constitucionalidad.

3.2. La legitimidad del estado para sancionar mediante penas y su connatural sufrimiento legítimo

Sin perjuicio de todo esto último, esta vista fiscal en todo caso considera importante resaltar que no se puede perder de vista que es una facultad y un deber estatal reprimir las conductas que transgredan bienes jurídicamente relevantes y que para ello el Estado y, más específicamente, el Congreso de la República, tiene una amplia facultad de imponer penas, en tanto que titular del *ius puniendi*.

De igual forma, no debe tampoco olvidarse que la palabra pena, desde su misma definición lingüística, es sinónimo de dolor y sufrimiento y por ello obviamente resultaría desacertado ignorar que el Estado tiene una esfera legítima para infligir limitaciones a los derechos de las personas con el fin

de proteger bienes jurídicos aunque con ello genere sufrimiento. En este sentido, si bien es cierto la facultad del *ius puniendi* es limitada, pues se encuentra constreñida por la reserva legal, la proporcionalidad y la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, tal sujeción no suprime ni vacía de contenido tal facultad-obligación de proteger los bienes jurídicos de las personas, aún a través de lo que se ha venido a denominar como la *última ratio*.

Lo anterior explica como resulta ajustado a la Constitución que el Estado pueda infligir ciertos sufrimientos a las personas y, además, que resulta un equívoco constitucional equiparar tales penas lícitas con el acto de tortura. De igual forma, que pretender que el Estado Social de Derecho sea sinónimo de ausencia total de castigos legítimos sería desnaturalizar su verdadero significado como garante los derechos y monopolizador del uso de la fuerza, lo que, además, paradójicamente pondría en entredicho la garantía de los derechos fundamentales, los bienes jurídicos esenciales y, en últimas, la consecución del bien común.

En tal sentido, aunque esta vista fiscal considera que no hay lugar a efectuar un pronunciamiento de fondo en el presente proceso, en caso que la Corte estime lo contrario considera que es su deber solicitar que se declare la exequibilidad de la disposición demandada, por cuanto la verdadera función de ésta no es otro que reconocer y legitimar el ejercicio *ius puniendi* estatal, en tanto que de ninguna manera resulta razonable entender como ilegítimo que el estado imponga penas. Lo anterior, no sin antes reiterar que el estudio de la legalidad, la proporcionalidad y la prohibición de los tratos crueles inhumanos y degradantes debe efectuarse con relación las disposiciones que establecen penas en concreto y no con respecto a la norma demandada.

4. Solicitud

Por todo lo anterior el jefe del ministerio público estima que el actor no ha logrado formular un verdadero cargo contra la norma acusada, por carecer sus argumentaciones de certeza, y con base en ello le solicita a la Corte Constitucional, en forma principal, que se declare **INHIBIDA** de efectuar un pronunciamiento de fondo. No obstante, si la Corte estima que los cargos presentados son suficientes y justifican que se active el control constitucional, de manera subsidiaria solicita que se declare la **EXEQUIBILIDAD** de la disposición acusada.

De los Señores Magistrados,



ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABG/DFFM