

Bogotá, D.C., tres de Marzo de 2009.

Doctora

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

Corte Constitucional

Ciudad

E. S. D.

REFERENCIA: Oficio No.146 de 16 de febrero 2008, atinente al expediente D-7593, Ley 599 de 2000, artículo 101 (parcial).

Muy distinguida, Doctora:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, gustosamente, procedemos a emitir el concepto que de parte de ese organismo se solicita a esta Casa de Estudios.

I. EL ASUNTO PLANTEADO

A través de escrito de fecha quince de diciembre de 2008, se radicó ante la H. Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad promovida por parte interesada contra las

siguientes expresiones contenidas en el artículo 101 del Código Penal o Ley 599 de 2000: en primer lugar, “*por razón de su pertenencia al mismo*” prevista en el inciso 1º; y, en segundo lugar, “*La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1000) a diez mil (10000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años*” señalada en el inciso segundo de la aludida norma penal. Se trata, pues, de dos problemas jurídicos llamados resolver: el primero, fundado en que, a juicio del demandante, la mencionada expresión pugna con el bloque de constitucionalidad; así mismo, el segundo, fincado en el desconocimiento, en pensamiento del peticionario, de las normas del bloque de constitucionalidad, al propender diferencias punitivas en los diversos comportamientos tildados de genocidas.

II. DEL DELITO DE GENOCIDIO

En busca de la interpretación de este supuesto de hecho, bien vale la pena traer a colación la regla que —de cara a una hermenéutica constitucional— ha planteado el máximo tribunal constitucional en esta materia, en los siguientes términos: “*resulta que el tipo penal sobre genocidio que consagró el artículo 322A de la Ley*

589 del 2000, debe ser interpretado a la luz de los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución y de acuerdo con los principios y preceptos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que forman parte del «ius cogens»¹.

Así, pues, es imprescindible atender a esta pauta interpretativa en el asunto *in examine*. Ahora bien, a partir la regulación que plasman los tratados y pactos internacionales, cabe preguntarse lo siguiente: ¿hasta dónde puede ir el legislador, para este caso en materia político criminal, al regular materias de las que hay un referente contenido en instrumentos de esa naturaleza? Al respecto, en la sentencia ya mencionada, se dice: “*es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección*”.

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2001.

Por supuesto, en la medida en que la legislación interna establezca un mayor ámbito de protección que aquel prodigado por el instrumento internacional, ello para nada contraviene el texto superior; ilustrativo resulta, en tratándose del delito de genocidio, el hecho de que en el ordenamiento interno se establezca el ataque típico contra un grupo político, situación que se extraña en la normativa internacional, pese a la discusión doctrinal al respecto. A la inversa, en aquellos casos en los que la esfera de amparo, desde un prisma racional, esté por debajo de los estándares que demanda el plexo internacional, no solo se desobedece el artículo 93 de la carta Política sino que, además, se conculcan valores constitucionales, siempre y cuando la normativa internacional no vaya en contravía de la misma Constitución. Piénsese, por ejemplo, en instrumentos internacionales que comporten prisión perpetua en relación con algunos delitos, consecuencia jurídica que a la luz de la Carta Política es inadmisibles en nuestro ordenamiento.

III. EL PRIMER PROBLEMA PLANTEADO

En este estadio de la discusión, se debe establecer si la expresión demandada, contenida en el art. 101 del C.P., que reza: “*por*

razón de su pertenencia al mismo”, comporta o no una menor protección desde la perspectiva penal de cara a la normativa internacional; dicho de otra forma: se debe precisar si en efecto hay contradicción entre la disposición acusada y la norma internacional que define el genocidio y, por ende, ella vulnera la Carta Política.

Al respecto, se debe señalar que la redacción utilizada por el legislador no es idéntica a la prevista en la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Una diferencia clara, en primer lugar, radica en que —como ya se advirtió— la legislación patria incluyó el ataque típico en relación con grupos políticos; en segundo lugar —de aquí el primer problema jurídico planteado—, el tipo penal de genocidio, al tenor del art. 101 del C.P., emplea las palabras: “*por razón de su pertenencia al mismo*”, como problemática del aspecto subjetivo del tipo, que no aparece así redactada en la normativa internacional. En relación con el tipo subjetivo del delito de genocidio, dice la doctrina² que un elemento básico de la figura es la comisión de alguna de las acciones descritas en el tipo penal con la finalidad de destruir a un

² Cfr. Ambos, Kai. La Parte general del Derecho penal internacional, bases para una elaboración dogmática. Bogotá, edit. Duncker & Humboldt, Honrad –Adenauer- Stiftung/Temis, 2005, pág. 121.

grupo —de los allí mencionados— como tal, de suerte que si el agente se propone causar esa destrucción, es suficiente “*que el ataque típico se dirija contra un miembro de uno de estos grupos en su calidad de tal*”³; basta, pues, la intención de destrucción, amén del dolo, desde luego. En otras palabras: la conducta de ocasionar la muerte de un miembro de alguno de los grupos mencionados, se debe acompañar de la intención de destrucción de uno de esos grupos, sin más en particular.

Ahora bien, de cara a precisar bien el asunto debatido, debe decirse que en lo atinente a la descripción típica del delito de genocidio en nuestra legislación, el debate es mucho más significativo —de cara al aspecto subjetivo del tipo— que aquel contenido en el plexo internacional. La razón está en que el aspecto subjetivo del tipo del art. 101 del C.P. no sólo demanda el dolo y la intención de destrucción —tal y como lo prevé la preceptiva internacional— sino que, aunado a ello, debe probarse una motivación adicional cifrada en la expresión demandada “*por razón de su pertenencia al mismo*”, hecho que no se ajusta a los estándares y a la doctrina internacional toda vez que “*lo decisivo es solamente que el autor realice el resultado típico con dolo y no*

³Ibid.

el motivo de por qué lo hace”⁴, de suerte que “*el dolo especial del genocidio no se excluye si el autor actuó por motivos no relacionados con la destrucción del grupo protegido*”⁵.

A más de lo anterior, debe advertirse —en tanto que no se estableció en la demanda— que en la redacción del inciso segundo del artículo 101 del C.P., que contempla otras situaciones constitutivas de genocidio, el legislador en sede del tipo subjetivo, sólo alude al propósito de destruir total o parcialmente al grupo determinado, no requiere para estas conductas el ingrediente “*por razón de su pertenencia al mismo*”; la razón es evidente, el legislador al redactar la figura del inciso segundo —después de establecer la sanción penal— afirma: “*cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos*” (resaltado fuera del texto), para el caso, en relación con los numerales uno a cinco del artículo 101 sólo se debe probar el mismo propósito, esto es, “*el de destruir total o parcialmente a un grupo...*” mas no que la conducta se ejecute además “*por razón de su pertenencia al mismo*”. Lo anterior deja entrever, entonces, una evidente contradicción: si el comportamiento ocasiona la muerte de uno de los miembros del grupo —como lo

⁴Ibid. pág. 123.

⁵ Ibid.

describe el inc. 1º del art. 101— se debe demostrar que se ejecutó no sólo con la finalidad de destrucción del grupo sino que, además, se llevó a cabo “*por razón de su pertenencia al mismo*”; a la inversa: si se trata de alguna de las conductas descritas en los numerales uno a cinco del mencionado canon legal, sólo se debe demostrar el propósito de destruir el grupo (!).

A partir de lo dicho tenemos entonces lo siguiente: en primer lugar, la expresión demandada “*por razón de su pertenencia al mismo*” es un plus subjetivo que no está previsto en plexos jurídicos internacionales y que, para el caso de nuestro Código Penal, se exige respecto de la figura consagrada en el inc. 1º del art. 101 del C.P.; en segundo lugar, se trata de un requerimiento adicional que dificulta la persecución y, por ende, la sanción penal de las conductas que —bajo la perspectiva consagrada en instrumentos internacionales y en el inciso segundo del art. 101 del C.P.—, se se adecúan al tipo penal de genocidio; en tercer lugar, si bien el Código Penal estatuye el tipo penal de genocidio, la exigencia demandada no se ajusta a los requisitos mínimos de protección que en esta materia prevén los instrumentos internacionales; por último y como consecuencia de lo anterior, en quinto lugar, la expresión demandada “*por razón de su*

pertenencia al mismo” pugna con la Constitución Nacional y, por ende, debe ser declarada inexecutable.

IV. EL SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

El demandante, como se dijo, pretende la declaratoria de inconstitucionalidad del aparte de la disposición que reza: “la pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión, la multa de mil (1000) a diez mil (10000) salarios mínimos mensuales vigentes y a la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco(5) a quince (15) años”; ello, porque entiende que según fuere la conducta genocida esta debe estar sometida al mismo marco punitivo, hecho que no sucede como quiera que el legislador patrio prevé penas diferentes según sea la gravedad conducta realizada.

El punto de partida que de modo ineluctable debe servir de faro a la presente discusión, está anclado en los diques de orden constitucional que limitan la potestad punitiva del Estado en estos ámbitos. Desde luego, lo que aquí se debate tiene un ligamen directo con los postulados de acto, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad, claros controles materiales al ejercicio del *ius*

puniendi del Estado⁶ en el recuadro del programa penal de la Constitución entendido, como “el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar”⁷.

En el caso objeto de debate, el legislador estableció raseros punitivos disímiles, valiéndose para ello de los mencionados postulados que en manera alguna desatendió.

Es palmario que al comparar el comportamiento central vertido en el inciso 1º del art. 101 (“ocasionare la muerte”, dice el texto) con los contenidos en los numerales uno a quinto (por ejemplo, “lesión grave”), se trata de conductas que en una escala racional son de diversa gravedad mucho más, indiscutiblemente, en el primer caso; de lo anterior se infiere que *“si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que otro, es contrario al*

⁶ Cfr. Velásquez V. Fernando. Manual de Derecho Penal, Tercera edición. Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2007, pág. 29 y ss.

⁷ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y AA. VV., Curso de Derecho Penal. Parte General, 1ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2004, pág. 45.

principio de proporcionalidad (y al de acto, lesividad y culpabilidad) que sean castigados con la misma pena”⁸.

Pretender, pues, como lo hace el demandante, que en este asunto se equipare el marco punitivo frente a comportamientos de diversa gravedad, es un planteo que a todas luces va en contravía del programa penal de la Carta Fundamental, razón por la cual no está llamado a prosperar.

V. CONCLUSIÓN

Así las cosas, tras el análisis llevado a cabo en líneas precedentes se puede colegir siguiente: en primer lugar, en relación con la expresión “*por razón de su pertenencia al mismo*” prevista en el inc. 1º del artículo 101 de la Ley 599 de 2000, estimamos que debe ser declarada inexecutable por las razones argüidas; en segundo lugar, frente a la expresión “*La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1000) a diez mil (10000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años*” prevista en el inciso segundo de la aludida

⁸Cfr. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Cuarta Edición. Madrid, Edit. Trotta, 2000, pág. 402.

norma penal, *a contrario sensu*, por ajustarse a la Constitución, creemos que debe mantenerse incólume.

Agradeciéndole a los H. Magistrados que hayan pensado en la Escuela de Derecho de nuestra Universidad para tan trascendental y edificante tarea, nos es grato suscribirnos,

Atentamente,

JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA

Decano Escuela de Derecho
Universidad Sergio Arboleda.

CHRISTIAN WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ.

Investigador del Departamento de Derecho Penal
Escuela de Derecho
Universidad Sergio Arboleda.