REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

I S S N 0 1 2 3 - 9 0 6 6

AÑO XVIII - Nº 764 Bogotá, D. C., jueves 20 de agosto de 2009 EDICION DE 16 PAGINAS

DIRECTORES: EMILIO RAMON OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 07 DE 2009 SENADO

por el cual se modifica el artículo 29 y se adiciona un nuevo Capítulo a la Constitución Política de Colombia.

Bogotá, D. C., 28 de julio de 2009

Doctor

EMILIO OTERO DAJUD

Secretario General

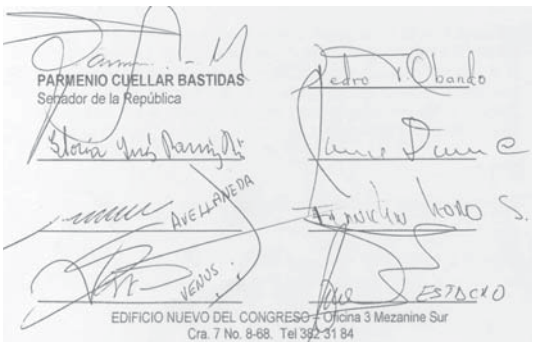
Senado de la República

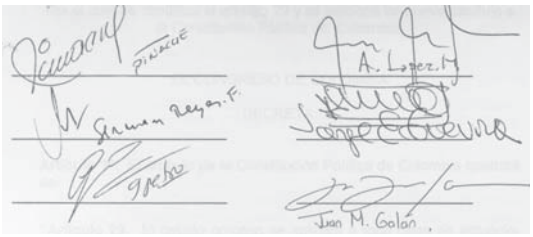
Ciudad.

Cordial saludo.

Respetuosamente nos permitimos poner a su consideración el Proyecto de Acto Legislativo *por el cual se modifica el artículo 29 y se adiciona un nuevo capítulo a la Constitución Política de Colombia*, con el fin de que surta el trámite respectivo.

Atentamente,





PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 07 DE 2009 SENADO

por el cual se modifica el artículo 29 y se adiciona un nuevo Capítulo a la Constitución Política de Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo de la Constitución Política de Colombia quedará así:

"Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. ***Toda ley en materia penal deberá corresponder integralmente a la Política Criminal previamente diseñada por el Estado.***

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpa-

ble. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Artículo 2º. Adiciónase un nuevo capítulo al Título VIII de la Constitución Política, con el siguiente tenor y contenidos:

CAPITULO VIII

Del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria

Naturaleza y funciones

Artículo 257A. Créase, como ente independiente, el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, que será el director de la Política Criminal del Estado.

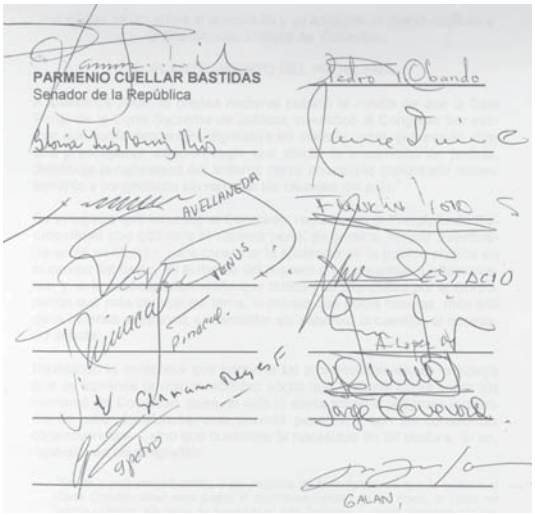
Artículo 257B. El Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, es un cuerpo independiente, que tendrá a su cargo la ideación, estudio, planeación y fijación de la política criminal del Estado; será órgano consultivo de todas las Ramas del Poder Público en el ámbito de su competencia y tendrá iniciativa legislativa.

Todo proyecto de ley que tienda a la modificación del sistema penal y del sistema penitenciario, será examinado y sometido a los estudios académico-científicos a que haya lugar, para garantizar que cumpla con los fines del Estado Social y Democrático de Derecho y que los principios de racionalidad, igualdad, proporcionalidad y utilidad sean los que gobiernen las políticas de prevención y sanción del delito, de resocialización del delincuente, y que atendiendo al impacto social que el delito genera cuide del respeto por los principios de verdad, justicia y reparación de las víctimas, así como de la sociedad.

La ley reglamentará su conformación y creará los organismos de apoyo que requiera para su funcionamiento, siendo obligatoria la participación de los más altos representantes de las tres Ramas del Poder Público y de los organismos de control, así como de la Academia.

Parágrafo Transitorio. Mientras el Congreso de la República legisla sobre este tema, el Consejo Superior de Política Criminal seguirá siendo gobernado por la Ley 888 de 2004.

Artículo 2º. El presente Acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.



EXPOSICION DE MOTIVOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A finales de 2008, la prensa nacional publicó la noticia de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuestionó al Congreso por estimar que había desmesura legislativa en materia penal, generando, dijo, una preocupante inflación legal que afecta la impartición de justicia, desdibuja la naturaleza del Sistema penal Acusatorio implantado recientemente y congestiona sin remedio las cárceles del país[1].

Es innegable que incumbe al Congreso, recordando el **Principio de Racionalidad** que gobierna al sistema penal en general, revisar sistemáticamente su función, para constatar la eficiencia de la política pública en el campo del delito, en el marco del respeto a las garantías fundamentales; y, si la preocupación –más que crítica– se expresaba por la Corporación que más conoce del tema, lo menos que podía hacerse, más allá de la defensa a ultranza, era someter sin soberbia la cuestión al necesario debate.

Revisando la sentencia que contiene tal pronunciamiento, se concluye que es inmensa la responsabilidad social que la Corte carga sobre los hombros del Congreso, pues no solo lo alerta sobre la peligrosa tendencia de crear desaforadamente normas penales, -con las consabidas consecuencias-, sino que cuestiona la necesidad de tal postura. Si no, repárese en estos apartes:

"Frente a esta consideración, y sin perjuicio de la competencia que le asiste a la Corte Constitucional para juzgar la constitucionalidad de

[1] "Corte regaña a Congreso por legislación penal", anunció el Nuevo Siglo en artículo publicado el 27 de noviembre de 2008. "Corte pide al Congreso no aumentar congestión judicial", publicó *El Espectador* el 26 de noviembre de 2008. "Feria de Leyes que aumentan penas y suspende beneficios podría colapsar sistema penal acusatorio", fue el título de un artículo de *El Tiempo* del 27 de noviembre.

las leyes, la Corte no podría culminar sin dejar de expresar al alto Gobierno y particularmente al Congreso de la República, su creciente preocupación por la manifiesta inflación legislativa que observa, específicamente en lo atinente al aumento indiscriminado y desmesurado de penas y la supresión de beneficios de toda índole por la realización de específicos tipos de conductas punibles, mediante la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen a resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o las aprueban, cuando no al interés de un sector de la economía o de la política, en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad, para solo mencionar algunos de ellos".

Ymás adelante, advierte:

"La Corte hace saber que de continuar esa tendencia, los procesos penales que en condiciones de normalidad deberían terminar a la mayor brevedad posible a través de sentencias anticipadas proferidas de conformidad con el imputado, por fuerza de una normativa expedida sin contar con estudios criminológicos, sociológicos o estadísticos previos que le sirvan de fundamento, deben continuar su curso en etapa de juicio, surtir todas las fases ordinarias del trámite, y llegar incluso a casación, con el resultado de generar mayores grados de congestión en los despachos judiciales, incluyendo por supuesto la Corte, con evidente perjuicio para los derechos de las víctimas, los acusados y el conglomerado en general, pues mientras la sentencia no se encuentre en firme, no resulta de obligatorio cumplimiento".

Para concluir diciendo:

"A lo expuesto, limita por ahora el tratamiento del tema, sin perjuicio de que en un futuro no muy lejano la Sala vuelva sobre lo mismo, seguramente con mayor extensión y profundidad, ahora limitadas por la naturaleza del pronunciamiento que emite, o lo trate en un escenario distinto al de dejar simplemente constancia escrita de haber advertido la posible incursión por parte del órgano legislativo, en lo que en principio podría ser catalogado como un desatino histórico, posiblemente de incalculables consecuencias políticas, sociales, económicas y jurídicas[2]".

No es tarde, entonces, abordar el estudio y procurarle solución racional al problema, reconociendo en primer lugar, la existencia real de una grave inflación legislativa en materia penal y de procedimiento, que evidencia la tendencia a pretender solucionar todos los conflictos sociales acudiendo a la criminalización indiscriminada de conductas, al incremento de penas y al recorte o eliminación de prerrogativas propias e indispensables para el éxito del esquema procesal acusatorio.

Ese reconocimiento debe partir de la evidencia de que en la relación de proyectos en trámite en la Comisión Legislativa 2008-2009, actualizada al 6 de febrero de 2009, **el 28% son reformas al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal y al Código Penitenciario**.

La segunda y tal vez la más difícil reflexión, es la encaminada a dilucidar si la función legislativa en materia penal, que ha llevado a la mentada inflación, se ha fundado en estudios serios previos, encargados a expertos en derecho penal, criminología, sociología, psicología, economía o estadística, informática, penología, etc., -sólo a guisa de enumeración ejemplificativa-, como lo demanda la magnitud del tema, que puedan persuadir al Congreso de la necesidad de implantar sin sobresaltos una específica norma penal o procesal penal.

Para abordar el ejercicio con la seriedad que corresponde, indefectiblemente debe avocarse el tema de la Política Criminal, pues es este el núcleo central sobre el cual gravita el cuestionamiento, que es que el Congreso legisla soslayando el derrotero que debe gobernar la política pública encaminada a enfrentar aquello que turba profundamente el orden social y que se conoce como delito.

II. POLITICA CRIMINAL

1. Competencia

No está en discusión que corresponde al legislador la facultad de regular y desarrollar la Política Criminal del Estado. De manera categórica, así lo dejó sentado la Corte Constitucional:

"Conforme lo enseña la jurisprudencia de esta Corporación, ***el Estado, como titular del ius puniendi, es el llamado a fijar los lineamientos de la política que en materia criminal ha de aplicarse para posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas*** *(...)[3]".*

Y, claro, resulta natural y obvio que tal potestad se ejerza mediante la expedición de leyes:

---

[2] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación. Radicado 29053.

[3] Corte Constitucional. Sentencia C-762 de 2002. Expediente D-3972.

"De acuerdo a la estructura de nuestro sistema jurídico, el desarrollo de la política criminal del Estado se lleva a cabo a través del procedimiento democrático de adopción de leyes, por lo que debe entenderse que su definición y regulación corresponde exclusivamente al Congreso de la República quien, con la colaboración del gobierno y de otras autoridades públicas, le atribuye fuerza vinculante en atención a una filosofía punitiva preestablecida[4]".

Pero como puede advertirse, esa facultad legislativa no puede ser ni ciega ni absoluta; por el contrario, está sujeta a específicas condiciones, sin cuya observancia se cae en el peligro del abuso, la deslegitimación y se bordean los terrenos de la arbitrariedad, riesgos en los que no puede caerse, merced a la naturaleza democrática y social del Estado Colombiano.

Algunos de esos límites han sido trazados por vía de la jurisprudencia constitucional:

"Ahora bien, en la medida en que el propio constituyente se ha ocupado de incorporar al ordenamiento constitucional valores, principios, reglas, postulados y presupuestos –de contenido sustancial y procedimental- , que se proyectan sobre el conjunto de los derechos fundamentales y comportan una garantía para el ejercicio legítimo de los mismos, ***el margen de autonomía y discrecionalidad reconocida al legislador, en particular para ejercer el poder punitivo del Estado, no es del todo absoluto pues se encuentra limitada y subordinada a los mandatos que en esa materia emergen de la Carta Política, los cuales a su vez se convierten en criterios de obligatoria observancia dentro del proceso de adopción de la legislación penal"*** (Lo resaltado es ajeno al texto)[5].

Para los efectos que conciernen al estudio que nos ocupa, resulta de singular importancia destacar que en el examen de constitucionalidad que la Corte ha hecho, precisamente en torno al tema de la actividad legislativa penal del Congreso, la alta Corporación ha reivindicado y erigido como frontera en el ejercicio de tan relevante actividad pública, la aplicación del derecho criminal como *ultima ratio*, lo que implica ver a esta particular forma de control social como una herramienta rigurosamente subsidiaria y residual, esto es, sólo aplicable como una instancia extrema, luego de verificar el fracaso de opciones de menor contenido represivo. De hecho, el derecho penal solamente debe actuar cuando todas las formas de control social, formal e informal, fracasaron.

Esto ha dicho la Corte al respecto:

"Ciertamente, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso se le asigna la función específica de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y de regular en su totalidad los trámites judiciales, de manera que, en ejercicio de tal atribución, este goza de un cierto margen de autonomía o configuración política, tanto para definir cuáles son los comportamientos humanos que merecen reproche penal –señalando la respectiva sanción e intensidad de la misma-, como para diseñar los procedimientos que conduzcan a establecer la veracidad de los hechos y la responsabilidad penal de quienes resulten involucrados en la comisión de una determinada conducta delictiva. ***Todo ello cuando se llegue al convencimiento de que es imprescindible apelar al derecho penal como ultima ratio para defender determinados intereses jurídicos".*** (Las negrillas no pertenecen al texto)[6].

Es lo cierto, sin embargo, que aunque de igual manera resulte obvio y natural, debe recalcarse que para lograr una tarea legislativa de la forma en que con tanto énfasis se demanda y adquirir legitimación en la misma, se torna imperioso procurar una información seria, que sólo puede lograrse con la inversión de connotados, serios y autorizados estudios previos, que en últimas develen la necesidad de expedir leyes en materia penal. No hacerlo así, se itera, permite caer en los terrenos movedizos de la improvisación, generando de contera resultados diversos a los perseguidos.

Solo para abundar en razones, viene bien para respaldar el anterior aserto, traer aquí los siguientes apartes de la sentencia de constitucionalidad que con sobrados méritos ha servido de guía a esta ponencia:

"De este modo, respetando los límites materiales a que se ha hecho expresa referencia, y en general aquellos presupuestos que para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales señala o describe la Constitución Política, el legislador, ***consultando la exigencia de tutelar bienes jurídicos superiores, la fenomenología social y el perjuicio o daño que algunas conductas humanas puedan ocasionar al interior de la comunidad, se encuentra plenamente habilitado para adoptar la política criminal del Estado y, por su intermedio, para crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a cri-***

[4] Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1995, Magistrado Ponente: doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

[5] Corte Constitucional. Sentencia C-762 de 2002. Expediente D-3972.

[6] Ibídem.

terios de agravación o atenuación de los compartimientos penalizados, como también para modificar y complementar los procedimientos de juzgamiento preexistentes". (Lo resaltado no pertenece al texto).

Desde luego que tal propósito no se alcanza sino es, en suma, "*tomando como referente válido las circunstancias históricas del momento y las diversas situaciones de orden coyuntural que se generan al interior de la comunidad, atribuirles a una dinámica social, política, económica e incluso cultural de permanente cambio y evolución*[7]*"*.

2. Acercamiento al concepto de Política Criminal.

Saber hacer **Política Criminal** implica, huelga decirlo, saber qué es Política Criminal. A continuación se procede a realizar un enfoque muy general de tan polémico concepto.

Bien lo dice el eminente profesor argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, que pocas expresiones han dado lugar a mayores equívocos que la de "política criminal[8]". Y en ese propósito de ensayar un acercamiento al significado del tema, comienza con esta irónica definición:

"Por política criminal puede entenderse una "escuela" que aspiró a entender que la política criminal era la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminológica entendida como ciencia empírica[9]*"*.

La anterior definición, nutrida de la más encarnada influencia positivista —que naturalmente el autor no reseña como fruto de sus propias deducciones o experiencias, ni porque la cite, comparta— sirve para nuestros fines, en la medida en que permite identificar aquellas disciplinas que junto a la política criminal cumplen un papel específico en el ámbito de lo que podría denominarse "sistema de justicia criminal" que se construye, según Zipf,[10] sobre las tres siguientes bases: la Criminología, el Derecho Penal y la Política Criminal. Algunos autores incluyen también a la penología, en lo que hace alusión al derecho penitenciario o de ejecución penal, que abarca el estudio de las sanciones penales, su aplicación, ejecución y efectos pospenitenciarios[11].

El papel específico que cumple la política criminal en el esquema de las ciencias penales, es entonces, recoger los resultados a los que llegó la criminología luego de las necesarias investigaciones adelantadas respecto de un tema específico, efectuar con ellos un estudio crítico y prospectivo de la normatividad penal existente, como también de las instituciones encargadas de regular determinado fenómeno social, con miras a determinar los aspectos perturbadores o ineficaces y plantear tras de ello reformas legislativas, e incluso directrices de hermenéutica judicial, que propugnen por la prevención y represión efectiva del "delito". Es una disciplina del deber ser, con fundamento empírico y con propensión a contar con herramientas aplicables a las necesidades del momento.

El concepto que encierra el discurso precedente, parece no tener resistencia en el pensamiento de una gran parte de autores, que de alguna manera se han referido al tema, a juzgar por las definiciones que proponen. Por ejemplo, Von Liszt haciendo expresa representación de su escuela, define la política criminal cómo el *"Conjunto sistemático de principios -garantizado por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena-, según los cuales dirige el Estado la lucha contra el crimen por medio de las penas y de sus formas de ejecución*[12]*"*. Manzini, que prefiere utilizar el término de "Política Penal" dice que es *"el estudio de las posibilidades y de las oportunidades legislativas presentes, para promover la formación de normas penales adecuadas al fin*[13]*"*.

Zipf define la política criminal como la *"obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal"* y que la dogmática penal *"será en el futuro lo que lleve a cabo la política criminal*[14]*"*. En nuestro ámbito nacional, el ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y reconocido catedrático del derecho penal Alvaro Orlando Pérez Pinzón atina cuando dice que la política criminal es la *"ciencia encargada de la creación, reforma, modificación o supresión de las normas penales, sobre la base de la investigación criminológica y penológica*[15]*"*.

Por su parte, el catedrático Fernando Velásquez Velásquez toma en consideración el concepto en dos sentidos: uno amplio y otro estricto.

---

7 Ibídem.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1987. P.149.

9 Ibídem. P.150.

10 ZIPF, Heinz. Introducción a la Política Criminal. Madrid: Edersa. 1979. P.12. Este es su pensamiento: "la imagen total de la justicia criminal como un edificio que descansa sobre tres pilares: La Criminología, El Derecho Penal y la Política Criminal".

11 Cita de Eugenio Cuello Calón, hecha por Fernández Carrasquilla, Juan. Op. cit. P.4.

12 Citado por LANGE, Emilio. Teoría de la Política Criminal. Madrid: Reus, 1927. P.16, 17.

13 MANZINI, Vicenzo. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1948. Vol.1. P.57 – 59.

14 ZIPF, Heinz. Op. Cit. P.4, 6.

15 Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Diccionario de Criminología. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1978. P.144.

Por el primero, dice que *"Puede entenderse la política criminal como la política jurídica en el ámbito de la justicia penal"*. Y por el segundo, *"como la disciplina que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección a la sociedad*[16]*"*. En ese orden de ideas, se fija en la efectividad de las normas existentes y la eficacia en general de la sanción penal, para poder emprender los correctivos a que haya lugar o mantener, de acuerdo a su operatividad práctica, los instrumentos existentes.

Deviene claro de lo anterior que la política criminal guarda estrecha relación e interdependencia tanto con la dogmática penal como con la criminología, que se avizora en dos frentes: una crítica y otra constructiva. **Crítica**, porque analiza con fundamento cuestionador las bases legislativas existentes, la oportunidad de implementar normas incriminadoras, la adecuación e idoneidad de las medidas vigentes, y tras de dicho estudio, indicar los cambios o preservación de la legislación penal operante. El oficio **constructivo** de la política criminal, se desarrolla básicamente en la formulación de reformas legislativas, en la búsqueda e identificación permanente y constante de las formas de lucha contra los brotes de "delincuencia".

Con lo anterior, el Derecho Penal no es sino el fruto material que emana de la política criminal. Entre tanto, la criminología se constituye en el fundamento orientador del que indefectiblemente se vale la política criminal en el proceso de revisión y construcción de la dogmática penal y de las instituciones utilizadas para prevenir y reprimir el "delito".

Empero, forzoso resulta considerar que la política criminal, como una disciplina de la que se vale un Estado para acomodar su legislación penal e institucional penal, está cargada de una importante función crítica, y como crítica que es, no puede estar marginada de las posiciones políticas generales que inspiran un específico modelo de Estado; es como lo deja notar con razón Velásquez Velásquez,[17] la política criminal no es sino una parcela de la política general desplegada por un Estado, y siendo de ese modo, mal haría en negarse una estrecha y bien dependiente relación entre ellas. Lo importante es saber que el ámbito de aplicación de aquella está supeditado por los lineamientos esbozados por esta, en lo que atañe específicamente al espacio de la criminalidad, de cómo prevenirla, cómo reprimirla y en general cómo combatirla. Es la política estatal misma, circunscrita al tema del delito.

Saber de la aludida relación es conocer también que si la política es como lo dice Zaffaroni,[18] "el arte de materializar la idea", la política criminal se encarga, a través de la norma penal, de materializar la idea que una organización social tiene respecto al concepto del delito y su manera de enfrentarlo. No en vano sucede, frente a una revolución política, el advenimiento inmediato de una adecuación normativa penal, con lo que asegura el mantenimiento de sus conquistas e imprime con carácter represivo el nuevo orden.

Quizá resulten suficientes, por su innegable elocuencia, las palabras de Manzini al prevenir que *"la política, fundando sus directrices sobre un conjunto de concepciones patrióticas, económicas, morales, religiosas, estéticas, científicas, etc., es la más asidua fuerza vivificadora del derecho y la más rápida y atenta indicadora de los intereses merecedores de consideración jurídica, es la única energía que impulsa a la formación del derecho objetivo; y a veces interviene también en la aplicación y en la interpretación del mismo*[19]*"*. El derecho penal es también una parcela del derecho en general, que como construcción que es de la política criminal, lleva implícita necesariamente esa "carga genética" de la política general de un Estado.

Lo anterior conduce inexorablemente a buscar respuesta a interrogantes como este: Si la norma jurídica presupone una decisión política, si la ley penal es hija de la decisión política, ¿cuál es entonces esa decisión política que se hace presente en el Derecho Penal? Una respuesta crítica a la pregunta conduce indispensablemente a explorar las bases ideológicas en las que se construye un sistema.

Debido a que, según lo visto, la norma jurídico - penal no puede estar marginada del contexto jurídico general de un Estado, se impone la inexcusable obligación legislativa de adecuar su ordenamiento a los parámetros constitucionales ubicados en la parte dogmática, que como se sabe, vienen siendo los principios políticos que sirven de norte para toda la gestión pública, incluida, desde luego, la actividad destinada a hacer leyes. Bien sabido es que nuestro derecho penal encuentra legitimación solo y en sí mismo, en tanto esté destinado a la protección de esenciales bienes jurídicos.

El anterior llamado de atención ubica a la criminología jugando un papel preponderante en ese estado de cosas. Entendido que el Estado utiliza la ley como un instrumento idóneo de control social formal, debería esperarse una política criminal rígidamente sustentada en una crimino-

16 Velásquez Velásquez, Fernando. Op. cit. P. 21.
17 Ibídem. p.21.
18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p.152.
19 MANZINI, Vincenzo. OP. cit. p.53.

logía pasiva, acrítica y sobre todo complaciente con el régimen. Es el papel que ha jugado la criminología positivista, a instancia de las clases poderosas en aquellos Estados que perciben la necesidad de perfeccionar los mecanismos de control social.[20]

Sin embargo, hoy por hoy tal situación no puede ser tomada con la pasividad conceptual que en tal discurso se percibe. Con la aparición de los estados modernos que pregonan matricularse en el modelo de Estado "Social de Derecho", aflora el deber de romper el paradigma tradicional que ubica la criminología y por ende la política criminal, estrictamente y tradicionalmente serviles del sistema, para observarlas dinámicas, críticas y bebiendo por obligación de la misma fuente superior que guía a dicho Estado social.

En el contexto de esa nueva orientación y como ya no cabe sostener el sofisma de que un delito no admite cuestionamiento alguno, porque sea una entidad ontológica inexpugnable, y que tanto el delito como el delincuente son construcciones artificiales del propio Estado, a este le corresponde en gran medida llevar la carga como corresponsable de lo que denominó "delito" y de las consecuencias de haber rotulado al hombre como delincuente. Ello es así, porque en el esquema de Estado "Social de Derecho" surge imperativa la obligación estatal de velar por las garantías de todo ciudadano, sin tomar en cuenta las desigualdades propias del manejo económico, y si las considera, debe hacerlo para reducir la brecha formada por el reparto injusto de la riqueza.

Dicha obligación implica no solo la potestad de castigar las conductas que el ordenamiento las considera prohibidas, sino básicamente ofrecer un ambiente refractario a dichos comportamientos. Es más, quedaría francamente en entredicho la mencionada facultad, frente al incumplimiento del susodicho deber.

Si las cosas son de ese tenor, la existencia de la criminología tradicional no sirve sino como una triste referencia histórica. No cabe en el esquema del Estado "Social de Derecho" la actitud de una criminología que se dedique al estudio etiológico del delito, ignorando las razones precedentes que inspiraron la necesidad de considerarlo como tal. Las propuestas de hoy en día demandan de una criminología con visión crítica, que no se detenga en el análisis causal-explicativo del hecho punible, sino que se interne en las propias entrañas del proceso de criminalización, cuestionando con reciedumbre las agencias estatales, si estas están simplemente conformadas para reprimir a toda costa y por encima de todo, aquello considerado delictuoso.

El servicio que la criminología debe prestar en un Estado Social de Derecho, que en nuestro sentir debe ser eminentemente crítico -en el sentido estricto de la palabra-, es consolidar una política criminal que no se observe como tributaria de un esquema de injusticia social, sino todo lo contrario, dirigida a desmontar aquellos tópicos que traducen iniquidad y selectividad. Que en consecuencia, si una práctica penal, ya sea dada por el contenido intrínseco de la legislación, o debido a instrucciones hermenéuticas, viaja en contravía del catálogo internacional de derechos humanos, deberá ser reconsiderada en su aplicación, ya sea para plantearle los correctivos necesarios, ora para propender a su derogación. Solo así, puede hablarse válidamente de una verdadera política criminal, que cumple el papel esencial de ser garante de los postulados que inspiran un Estado Social de Derecho.

La criminología crítica, entonces, encuentra carta de naturaleza en un Estado del corte estudiado, en donde no le puede estar vedado cuestionar formas arbitrarias y desproporcionadas de control social formal; debe ser la piedra en el zapato, la gestión que destina sus esfuerzos a desmontar la máscara de una sociedad desigual que utiliza el poder para mantener el disfrute que nace de los privilegios hegemónicos. Para ello debe valerse de determinadas propuestas, como la utilización del derecho penal como *"ultima ratio",* solo y en la medida del fracaso de otras instancias; y en ese orden de ideas, la masiva difusión del planteamiento del "Derecho Penal Mínimo", porque la denominada "huida al derecho penal[21]" o "hipertrofia legislativa[22]", lejos de cumplir con los cometidos estatales en la búsqueda de resultados en la lucha contra el delito ha sido factor que extrañamente y como un bumerán, rebota en contra de su lanzador.

Si luego de estas consideraciones procuramos unas normas penales coherentes con la realidad histórico-social y económica de nuestro Estado que sean respetuosas de los valores promovidos por la orientación social de derecho, que no son otros que la dignidad humana, la justicia real, la libertad, la autonomía, la igualdad, la racionalidad, etc., estaremos cerca de lograr el cambio que la criminología crítica se encargará de procurar.

---

[20] Así lo nota Fernando Velásquez Velásquez esta parte del tema: "…y, por el empleo como herramienta política por parte de la clase dominante en los países surcontinentales, de la concepción más tradicional y retardataria de la criminología". Ver: Velásquez Velásquez, Fernando. Op. cit. p.8.

[21] En palabras del profesor Juan Fernández Carrasquilla.

[22] Como la han denominado tanto la Corte Suprema como otros estamentos de la Academia.

Con los esbozos últimos, estaría más a tono la definición que de política criminal hace el profesor Alvaro Orlando Pérez Pinzón, cuando señala que "es el conjunto de medidas de que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad **y la criminalización.** (Lo resaltado es ajeno al texto)[23]. Y es importante esta definición, porque aún siendo elemental incluye el concepto de "**criminalización**", para no descuidar la realidad de que dicho proceso, que hoy por hoy se encuentra bajo la responsabilidad del Estado, es y debe ser un objetivo diario de revisión, en el marco de una organización social que se ufana de seguir pautas sociales, democráticas y de derecho, como lo pregona la Constitución Política de 1991.

3. El Derecho Penal como expresión práctica de la política criminal.

En todos los tiempos, los teóricos se han ocupado de explicar cuál es ese papel fundamental y genérico que cumple el derecho en un Estado. Abolida toda forma de arbitrariedad en el manejo del poder y de la utilización del mismo para implantar e impermeabilizar el disfrute de beneficios individuales, el derecho se ofrece como el instrumento que permite mantener un orden social determinado. Es el arma jurídica que suple la fuerza física, aunque esta sea su garantía de efectividad. No existe organización social que, salvo tristes excepciones, no utilice el derecho como base sobre la cual inspire su desarrollo en un ambiente de cordialidad y disciplina.

El Derecho Penal, como parte integrante del derecho en general, no puede sustraerse de concurrir al cumplimiento de esa función. A través de la sanción, castigando a los díscolos e inconformes con el sistema y previniendo a los demás sobre las graves consecuencias del desobedecimiento, mantiene el orden establecido. El sistema penal es el brazo fuerte del derecho, porque en su actividad lleva implícito el poderío del que se ha hecho titular el Estado. Es lo que se conoce como la violencia de la amenaza penal.

Pero si el derecho busca en últimas lograr la convivencia pacífica de los asociados, el sistema penal, como apéndice que de aquel es, no obstante su potencial capacidad de causar daño y sufrimiento, delimita su accionar al mandato de los postulados que gobiernan a un Estado, si es de "Derecho", y mucho más, si es "Social de Derecho", pues entonces no basta pregonar la consignación formal de garantías a los ciudadanos, sino que debe constatar que dichas garantías se lleven a cabo real y materialmente. Es la búsqueda del desarrollo humano, dentro de un ambiente de respeto a las condiciones consustanciales del hombre, que el Estado debe procurar, bajo riesgo de caer en el despotismo y la arbitrariedad.

Siendo así, resultaría simplemente contradictorio que mientras el Estado a través del derecho intenta el libre desenvolvimiento del ser humano, por el mismo derecho (el penal), se encargue de desconocer sus potestades y derechos fundamentales. Es por eso que hoy se habla de que el derecho penal debe indefectiblemente circunscribir su actividad al marco de respeto y consideración con los derechos humanos. Es la humanización del brazo fuerte y violento del derecho.

Por las mismas razones los estudiosos le atribuyen al derecho penal unas funciones, que a pesar de su naturaleza intrínseca de lesividad, no desdibuja su proveniencia y ubicación, como parte del derecho en general. Alf Ross dice que *"la técnica del derecho es empleada para la solución de problemas sociales, cualquiera sea el objetivo de estos...*[24]*"*. En la misma línea Enrique Bacigalupo, enseña que *"la normatividad penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social*[25]*"*. Muñoz Conde sostiene que *"La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular...*[26]*"*. Fernández Carrasquilla, por su parte, sustenta que con el derecho penal detrás del castigo *"...se previenen los nuevos atentados, no solo por la intimidación que la pena genera en quien la sufre y en sus coasociados, sino también porque por medio de la conminación y ejecución de las penas preforma y refuerza en la comunidad la conciencia de los fundamentales valores de la convivencia*[27]*"*.

Empero, otra cosa es lo que se evidencia en torno al tema de la criminalización desmedida de comportamientos. La tendencia legislativa advertida en los últimos tiempos, dirigida a la creación constante de delitos, al aumento no meditado de penas y al recorte sistemático de beneficios judiciales no ha atajado el creciente estado de descomposición que reina en Colombia. Quizás el ejemplo más elocuente esté dado en el fenómeno del secuestro, delito atroz y abominable que no para, pese a las altísimas penas contempladas para sus ejecutores.

4. El contexto social y las causas particulares que generan el fenómeno criminal, como

---

[23] Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Curso de Criminología. Santafé de Bogotá: Forum Pacis, 1994. p.121.

[24] Citado por Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental. 2 ed. Santafé de Bogotá: Temis, 1998. p.11.

[25] Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal: Temis. P.1.

[26] Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito: Temis. P.9.

[27] Fernández Carrasquilla, Juan. Op. cit. p.35, 36.

referente obligado para el ejercicio legislativo en materia penal.

Se sostiene, con toda razón, que las normas jurídicas van de la mano con el desarrollo social. O mejor: que el derecho es reflejo de los sucesos sociales, en tanto que su encargo es el de regular las conductas en la sociedad, a efecto de lograr la convivencia pacífica. La medida de la necesidad jurídica la impone la necesidad social. Si el derecho se queda corto, devienen el caos, el desorden y la anarquía; si hay desborde, naturalmente existe uso arbitrario del poder de legislar y el Estado se torna despótico.

Con lo anterior, se deduce que el legislador de un Estado, para guardar el equilibrio entre la necesidad social y la jurídica, no puede echar a un lado el conocimiento de las particularidades sociales, pues ellas determinan el alcance de la potestad de legislar. Empero, ese conocimiento no puede quedarse en el plano simplista de las suposiciones, en tanto que debe fundarse en las conclusiones derivadas de estudios llevados a cabo con la mayor seriedad científica.

Dada su capacidad intrínseca de lesividad, el derecho penal, más que otros, requiere del conocimiento científico de las circunstancias sociales en que el suceso a reglamentar se desenvuelve. Convertir una conducta en delito, entonces, implica saber de su necesidad, concluir en que no existen mecanismos alternos y menos severos para resolver el conflicto, pero por sobre todo, conocer los orígenes y ambiente en que se desarrolla, bajo riesgo de implantar soluciones equivocadas. No olvidar que el Estado a través de su normatividad legal, busca incesantemente el orden y la disciplina social.

Una de las grandes críticas que se han hecho a Estados como Colombia es su marcada tendencia a buscar el derecho penal cada vez que se asoma un suceso social que demande intervención oficial. Es el instrumento de control por antonomasia. Previo al procedimiento de creación de normas penales, no existen estudios serios que hablen sobre su necesidad o rechazo. Tal circunstancia, sucedida de espaldas a la realidad social, fatalmente muestra su fracaso. Es la consecuencia obvia de la improvisación.

El profesor José Francisco Martínez Rincones toma una cruda radiografía del actuar legislativo en los países occidentales, cuestionando con severidad la manera como se hacen las leyes penales, a despecho de los requerimientos sociales, que claman por la mesura. El desconocimiento de la realidad social, en la formación de las leyes penales, lleva a los estados a olvidar también que hay otras formas de atacar los fenómenos que atentan contra la sociedad establecida, dentro de las cuales se erige como la más adecuada la política de prevención. En alguno de sus apartes, Martínez así se manifiesta:

"En su vieja contumaz lucha contra la delincuencia el Estado ha fracasado. El estudio científico de las particulares razones de esta derrota pudiera generar un interminable documento; sin embargo, puede decirse en resumidas cuentas, que este fracaso se debe a la ausencia de una científica y evidente política criminal fundamentalmente preventiva[28]".

Para el caso de Colombia, explícitamente **Pastor Alberto Acevedo**, culpa a los juristas de desconocer la realidad social, cuando de crear leyes de tipo criminal se trata y por ende les atribuye responsabilidad en los fracasos de las mismas. Estos son algunos de sus esbozos:

"Una primera consecuencia es ya posible plantear: al encomendar el Estado a los juristas y abogados la misión de hacer las leyes (códigos, decretos, etc.), le ha entregado la elaboración de normas para aplicar en el país, a quienes no conocen la realidad de este país, a quienes carecen de una mínima solvencia teórica en otras disciplinas, que de tenerla, les posibilitaría comprender la realidad para la cual elaboran las normas. En este trabajo quiero afirmar que la normatividad vigente en el país está totalmente desfasada de la realidad en la cual sirve, como mandato para la administración de justicia penal[29]".

En el plano de la violencia, que resulta ser una triste realidad en nuestra patria**,** **Acevedo** hace esta consideración:

"No es de extrañar, entonces, que los escenarios donde se discute hoy sobre la violencia, sus causas y soluciones, los abogados y los juristas, cuando se presentan, lo hagan llevando únicamente propuestas de expedición de leyes y decretos, y fundamentos con una profunda elaboración teórica, para modificar códigos y reglamentos. Los abogados, en su formación y a consecuencia de ella, han sido por completo enajenados de la realidad para la cual legislan, o en la que ejercen la función de administrar justicia penal[30]".

Adicionalmente, una concepción seria del problema, como presupuesto inexorable en la búsqueda de soluciones, debe ser -sin olvidar otros requisitos- la evaluación de las causas que lo generan. Si se ignoran los motivos que causan

---

28 Martínez Rincones, José Francisco. Prevención Integral del Delito. En Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Vol. 7, Nº 14 (1986); p.p. 87–98. En este ensayo el profesor venezolano hace énfasis en la necesidad de conocer la realidad social, tras la realización de estudios científicos, donde tiene cabida una política de prevención.

29 Acevedo H., Pastor Alberto. Op. cit. p.71.

30 Acevedo H., Pastor Alberto. Op. cit. p.70.

el fenómeno, válidamente no se pueden exponer respuestas. En ese orden de ideas, se toma indispensable explorar los terrenos interiores del hombre colombiano, sumido tradicionalmente en una violencia sin cuartel, que de alguna manera toca a todos. Por ese estado de cosas, no puede desprender el investigador de su agenda la posibilidad de deterioros psicológicos en las personas, que a costa de observar violencia por doquier adquieren una predisposición a desarrollarla en su medio.

Si admitimos esto como posible, de igual manera debemos aceptar que el tratamiento estatal no puede ser exclusiva y excluyentemente punitivo. Mas, si acaso se impone al fin la necesidad de acudir al expediente de hacer leyes penales, que ello sea el fruto de estudios realizados con la suficiente seriedad, que aconsejen obrar de esa forma porque se concluye que no existen mecanismos alternos de solución y que no implique improvisación o abuso de la función legislativa.

a) El control social como objetivo de mesura en la función legislativa penal

"Entendemos por Control Social al conjunto de sistemas normativos e instituciones que permiten, mediante estrategias de socialización y procesos selectivos, asegurar la fidelidad o el sometimiento de las personas a los valores del orden social preestablecido[31]*".*

Para lograr tales cometidos, se acude fundamentalmente a dos formas de intervención: una, la denominada primaria o de control informal, que está a cargo de ciertas instituciones, no directamente vinculadas con la función oficial del Estado y que tienen cobertura hacia toda la colectividad. Trabajan en ese campo, la religión, la familia, el estamento educativo, el sistema laboral, etc. Su rol se sintetiza en la invitación a la sociedad para que esta acoja ciertas normas de carácter abstracto, generalmente de índole moral, con la enunciación de recompensas, igualmente de carácter abstracto e impersonal. El premio por el acato a esas genéricas disposiciones, se visualiza en la conquista del cielo, los ascensos, un estatus, etc.

Mientras la colectividad se ciñe a los parámetros de conducta que fijan estas instituciones, existe paz y armonía, pero sobre todo, resulta innecesario implantar instrumentos de otra especie, que pueden resultar, al contrario, contraproducentes. Solo en la medida en que fallen estos iniciales mecanismos de control social, se acude a la llamada "Socialización Secundaria" o control formal, que ya no está dirigida a toda la sociedad, solamente a los pequeños grupos disidentes, pero en lugar de gratificaciones etéreas, se impone un castigo. Las leyes, la prisión, el ejército, la policía, los manicomios, los ancianatos, las instancias judiciales, etc., son ejemplos de esta forma de socialización.

De lo dicho surge una conclusión natural: las formas de control social formal representan la actitud extrema del Estado, en tanto que no se justifica su aplicación, sino en la medida en que la "Socialización Primaria" resulte ineficaz. De este modo, frente a la aparición de fenómenos sociales que ofrecen peligro a la estabilidad de un orden establecido, habrá de verse al Estado, ante todo y sin apresuramiento, imprimiendo énfasis a formas que regulen la situación, a través de instancias diferentes a las leyes, porque estas, como ya se dijo, forman parte de los instrumentos directos (formales) de control. La utilización desmedida de estos mecanismos lleva al desprestigio de los mismos y revela debilidad en el sistema establecido.

Siendo reales, no se tiene datos que informen que a la penalización recurrente de conductas en Colombia, le haya precedido una actitud estatal dirigida a controlar el fenómeno a través de otras vías. De allí que se quede sin conocer si mecanismos alternos pudieron servir para atajar el problema.

5. La función legislativa debe estar enmarcada dentro del concepto de "derecho penal como *ultima ratio".*

Desde hace ya algún tiempo, los teóricos vienen cuestionando la manera como algunos estados acuden desproporcionada e innecesariamente a la creación de normas penales y al aumento inusitado de sanciones. Tras develar los abusos, inconsistencias, causación de daños irreparables tanto para la víctima como para el victimario y en general para todos los intervinientes y sobre todo la ineficacia en el propósito que inspiró la legislación, se han planteado teorías que van desde la propuesta abolicionista, hasta otras menos radicales pero sí más conciliadoras, como las del "Derecho Penal Mínimo"; esta última, aun compartiendo los argumentos de los abolicionistas, propone la existencia del derecho penal, pero lo supeditan a extremas necesidades[32]. Hoy se habla de un derecho penal que sustenta su existencia en los derechos humanos[33]".

---

[31] Mora Castillo, Efraín. Control Social Formal o Control Total. En Revista de Abogados Penalistas del Valle. Vol. VII. Nº 13. marzo 1985.

[32] El máximo representante de la Teoría Abolicionista es Louk Hulsman, mientras que del Derecho Penal Mínimo es exponente Alessandro Baratta. Ver sus exposiciones en Aniyar de Castro, Lola. La Nueva Criminología y lo Criminalizable. En Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Vol.8. Nº 15. (mar. 1985); p. 47 – 56.

[33] Ver: Malinowski, Bronislaw. Una Teoría Científica de la Cultura. Buenos Aires: Sudamérica, 1970. p.109. Sobre el tema y sobre la Teoría del Derecho Penal Mínimo, se expresa en Colombia Fernández Carrasquilla, Juan. Op. cit. proemio y p. 10 – 33.

Al margen, parece tener mayor receptividad, al menos en el ámbito iberoamericano, la teoría que admite la existencia del derecho penal, pues que el abolicionismo es propuesta inaplicable. En todo caso, en consideración a los datos empíricos, nadie parecería que admitiera un tratamiento punitivo a ultranza, de los fenómenos sociales a regular. La despenalización, la descriminalización, el derecho penal como *ultima ratio,* la conciliación, son, entre otros, mecanismos que se desprenden de la necesidad de evitar el tratamiento penal a los conflictos sociales presentados.

Una frase de Foucault resume por qué el sistema penal y la cárcel como su presupuesto resulta altamente inconveniente por ineficaz. Dice el maestro: *"Las prisiones no disminuyen las tasas de criminalidad: se puede muy bien extenderlas, multiplicarlas o transformarlas, y la cantidad de crímenes y de criminales se mantiene estable o, lo que es peor, aumenta...*[34]*".* Es que desde el tiempo de Beccaria ya se hablaba de que lo que inhibe al hombre de cometer un delito no es precisamente la drasticidad de las sanciones, sino que, aún siendo leves, estas se cumplan estrictamente[35].

Ya se hizo referencia *supra* sobre la infortunada tendencia del Estado colombiano de orientar su política criminal a la creación desmesurada de delitos, el incremento desmedido de penas y el recorte inusitado de prerrogativas procesales, aspectos que preocupan no solamente porque van en contravía de orientaciones teóricas de la modernidad que aconsejan el ensayo de alternativas menos severas que el derecho penal, sino que atentan contra una filosofía de Estado plasmada en el Acto Legislativo 03 de 2002, con la creación del nuevo Sistema Penal Acusatorio, cuya vigencia y eficacia están basadas en el denominado "Derecho Premial", que implica, indefectiblemente, la concesión de beneficios para quienes son procesados a cambio de que su asunto se termine por las vías abreviadas.

Por lo demás, lejos de ser real que un Estado que acude con tanta recurrencia al derecho y particularmente al derecho penal sea fuerte, lo que desnuda es una fatal debilidad, merced a que sólo puede conjurar sus problemas echando mano a su sistema jurídico represivo.

6. Hacia la constitucionalización de la Política Criminal

De lo expuesto a lo largo de esta ponencia pueden extraerse las siguientes convicciones, surgidas solamente de un franco acto de contrición y de la verificación palmaria de una realidad vivida:

1. El Estado colombiano ha tenido una tradición legislativa dirigida a la huida al derecho penal; esto es, ha adoptado una dirección inequívoca hacia la creación sistemática e incontenible de delitos, al incremento inusitado de penas y a la supresión de beneficios judiciales.

2. Constituye una verdad incontrastable que la sociedad ha incubado sin reticencia en su mente la equivocada idea de considerar al derecho penal - y a la cárcel como su natural consecuencia – como la única herramienta estatal para enfrentar los agudos y diversos problemas que azotan y de vieja data a la patria.

3. Que por esa senda y debido a lo antedicho, se ha convertido en una actitud recurrente en el Congreso, la presentación, igualmente sistemática y recurrente, de proyectos de leyes dirigidos a reformar el sistema penal.

4. Que tales proyectos se convierten con relativa facilidad en leyes de la República, sin que les haya precedido un estudio serio sobre las causas que generaron la problemática puesta a consideración; cuando más, todo queda en una breve discusión en las Comisiones y en la Plenaria, donde generalmente, con la sola base teórica, se magnifica el fenómeno.

5. Hay que decirlo con contundencia: dichas leyes no revelan un diagnóstico que haya surgido de una investigación criminológica y no se ocupa, por ese mismo motivo, de hacer un pronóstico sobre su utilidad práctica.

6. Y, finalmente, que como consecuencia de esa actitud oficial, hoy por hoy contamos con unos códigos, ricos y prolijos en normas - lo cual no deja de ser un inconveniente incluso para los efectos de la aplicación judicial -, pero que acusan carencia de efectividad, a juzgar por la reiteración en la comisión de delitos.

Ahora que, si de buscar las causas generadoras de las mentadas situaciones se trata, no vacilamos en decir que las mismas se ubican en la inexistencia de un diseño de políticas públicas encaminadas a enfrentar las diversas expresiones delincuenciales; más claro: salvo que se considere suficiente argumento mencionar que en Colombia sí se combate los delitos y se hace a través de la criminalización constante de comportamientos o el incremento de penas o, se itera, recortando sistemáticamente privilegios judiciales, no resulta aventurado concluir que nuestro Estado carece de política criminal, lo que deviene no solamente preocupante, sino ciertamente peligroso para los propósitos del control social.

Conspira para que ello se dé, la manera como se encuentra establecida la distribución funcio-

---

34 Cita de Martínez Rincones, José Francisco. Op. cit. p.87.

35 Ver Beccaria, César. De los Delitos y de las Penas. Madrid: Aguilar, 1969.

nal, respecto al tema de política criminal. Si bien es verdad, como no puede desconocerse que en la estructura de un Estado de derecho corresponde al Congreso, mediante su rol de legislar, desarrollar las políticas necesarias para enfrentar el delito, también lo es que resulta una imposibilidad física que se ocupe de hacerlo de la forma como se ha intentado explicar en esta ponencia. Las inmensas y variadas responsabilidades que le asisten impiden el cumplimiento de esas necesarias demandas. De allí que encuentre explicación el suceso de acuerdo con el cual los proyectos de ley en materia penal sean aprobados sin mayores resistencias, echando de menos las indispensables discusiones en la profundidad que ameritan.

Pero tal entuerto puede ser superado: el sistema jurídico cuenta con la estructura orgánica necesaria para aspirar no solamente a establecer un diseño de una verdadera política criminal de Estado, sino a contribuir de manera determinante en el buen desarrollo práctico de la misma.

Como se sabe, existe el denominado Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, el cual, según el querer de la Ley 888 de 2004, que en lo concerniente al tema modificó el Decreto 200 de 2000, está conformado por el Ministro del Interior y de Justicia; el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura; el Fiscal General de la Nación; el Procurador General de la Nación; el Defensor del Pueblo; El Director General de la Policía; el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS; el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec; el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF; dos (2) Senadores y cuatro (4) Representantes a la Cámara pertenecientes a las Comisiones Primera y Segunda.

Como puede notarse, este grupo luce propicio para efectos de abordar la responsabilidad que se le encarga, puesto que aunque representantes vivos de instituciones o entidades con funciones rigurosamente diferentes, sin embargo los acoge la comunidad de un fin: todos, de alguna manera y el ámbito de sus roles, confluyen en el propósito de ejecutar las políticas destinadas a enfrentar la delincuencia. Quizás, dicho de paso, pensamos que quedaría faltando la presencia siempre dinámica, ilustrativa y trascendental de la academia.

Empero, lo que se cuestiona es que un grupo de semejante talante no esté ofreciendo el aporte social que potencialmente está en capacidad de dar. Las excelsas calidades de esa pléyade están llamadas a desempeñar un papel de mayor relevancia que el de simple asesoría, nada vinculante en el ejercicio legislativo en materia penal, como está dispuesto en el ordenamiento actual.

En la tarea de lograr el mayor acierto posible en la construcción de esta propuesta, hemos recabado la opinión de muchos sectores involucrados en el tratamiento del problema, y hemos recibido valiosísimos puntos de vista, como el contenido en el aporte del Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, e integrante del **Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria,** quien además de expresar preocupaciones en el mismo sentido de la presente iniciativa sugiere la necesidad de que el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria sea **órgano consultivo necesario**, en el tema de política criminal del Estado.

Es interesante destacar varios apartes que reflejan la confluencia de preocupaciones entre la Sala de Casación Penal de la Corte, el actual Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria y el suscrito Senador, como el siguiente:

"Por lo tanto, es en extremo conveniente que se incorporen previsiones constitucionales que hagan obligatoria la opinión del órgano especializado, a fin de evitar tramitaciones parlamentarias sobre temas penales por vía de urgencia, o eludiendo trámites del procedimiento legislativo normal, en especial cuando se evidencie una estrecha relación temporal con sucesos aislados que hayan causado un fuerte impacto o alarma social.

Ello, para erradicar esa especie de propuesta al mejor postor que incluso con fines propagandísticos o claramente electorales, hoy en día pululan, aprovechando el impacto inmediato de casos aislados y el natural escozor que producen, y que facultan de cualquier ciudadano, informado o no, sin la existencia de estudios previos o adecuados, postular incrementos descontextualizados de penas o incluso reformas constitucionales para habilitar penas permanentes o la de muerte, afortunadamente proscritas de nuestro ordenamiento penal e incluso, respecto a la máxima pena, imposibilitadas de reimplantar ante las exigencias de instrumentos internacionales ratificados por Colombia, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos."

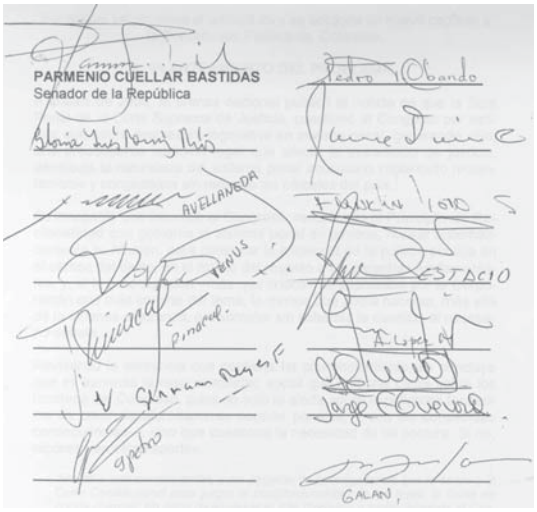
Proponemos, entonces, como primera medida, el establecimiento como función del Consejo, el de elaborar un diseño de política criminal que debe ser conocido por el Congreso de la República y que se constituya una especie de carta de navegación sujeta a los postulados que emergen de considerar al derecho penal como *ultima ratio* y que incluya, obligatoriamente, políticas públicas de prevención del delito vía educación pública, y que sea objeto de revisión constante por parte del mencionado organismo.

De otro lado, para el desarrollo práctico de la política criminal, que se supone ya diseñada por ese organismo superior, proponemos *que todo proyecto de ley que pretenda la creación de nuevos tipos penales, el incremento de penas y el recorte o limitación de beneficios judiciales sea sometido de manera obligatoria al estudio del* ***Consejo Superior de Política Criminal****,* organismo que emitirá concepto luego de realizar, para el caso concreto, estudios relacionados con las causas sociales, económicas, culturales y todos los factores incidentes en la aparición del fenómeno, y de las secuelas que el delito deja a la sociedad, comenzando por la situación de las víctimas directas del acto delincuencial, de las propias familias del delincuente, -que también son víctimas indirectas no solo del delito, sino de la represión del mismo-, y de la sociedad en su conjunto.

En todo caso, la emisión de tales leyes deberá sujetarse a los principios de **racionalidad, igualdad, necesidad, proporcionalidad y utilidad**, valga decir, de los principios orientadores de toda política criminal estatal.

Resumiendo: Esta propuesta busca **constitucionalizar la Política Criminal** en Colombia.

Para su concreción, ponemos a consideración del Congreso de la República esta reforma constitucional.



SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General

(Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 18 del mes de agosto del año 2009 se radicó en este Despacho el Proyecto de Acto Legislativo número 07, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por los honorables Senadores *Parmenio Cuéllar Bastidas, Gloria Inés Ramírez, Venus Albeiro.*

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogota, D. C., 18 de agosto de 2009

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 07 de 2009, *por el cual se modifica el artículo 29 y se adiciona un nuevo Capítulo a la Constitución Política de Colombia,* me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado Proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogota, D. C., 18 de agosto de 2009

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el Proyecto de Acto Legislativo de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la ***Gaceta del Congreso***.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Javier Cáceres Leal.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

* * *

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 08 DE 2009

por medio del cual se modifican los artículos 186, 235, 241 y 251 de la Constitución Nacional.

Bogotá, D. C., agosto 18 de 2009

Doctor

JAVIER ENRIQUE CACERES LEAL

Presidente

Honorable Senado de la República

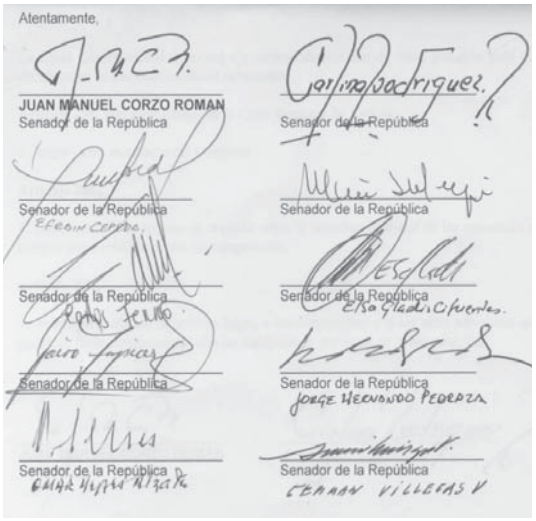
Ciudad

Referencia: *Proyecto de Acto Legislativo*

Cordial saludo:

A través de la presente nos permitimos presentar Proyecto de Acto Legislativo, por lo cual adjuntamos Ponencia con Exposición de Motivos y Artículado propuesto.

Atentamente,



PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NUMERO 08 DE 2009

por medio del cual se modifican los artículos 186, 235, 241 y 251 de la Constitución Nacional

Artículo 186. Ningún Senador de la República o Representante a la Cámara, desde el día de su elección hasta el de su cese, podrá ser detenido, excepto en el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún delito taxativamente contemplado en el Código Penal Colombiano, aquellos que atentan Contra el Orden Económico Social, Título X, Capítulo V; Delitos Contra la Seguridad Pública, Título XII, Capítulo I; Delitos Contra la Existencia y Seguridad del Estado, Título XVII. De lo cual se dará cuenta a la Corporación respectiva a la que pertenezca el parlamentario, para que previa votación del pleno se levante la investidura.

Parágrafo. De los delitos que cometan los congresistas, le corresponde al Fiscal General de la Nación, investigar y acusar ante la Corte Suprema de Justicia que los juzgará.

La Corte Constitucional conocerá vía recurso de revisión de estos procesos para que decida sobre la constitucionalidad del mismo.

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 3. Juzgar a los miembros del Congreso.

Artículo 241.

4. Decidir en vía de recurso de revisión sobre la constitucionalidad de las sentencias en materia penal emitida contra los congresistas.

Artículo 251.

1. Investigar y acusar, si hubiera lugar, a los congresistas y a los altos servidores que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución.





EXPOSICION DE MOTIVOS

El propósito del presente Acto Legislativo es revestir de garantías la actividad parlamentaria y fortalecer el ejercicio de su actividad legislativa respecto de la función que cumplen las demás Ramas del Poder Público.

El argumento de tratadistas y doctrinantes que consideran que los Constituyentes de 1991, así como los legisladores no han llenado el vacío en el caso de garantías de los Congresistas, dejando una posible violación de normas de carácter Internacional, que por otras vías se aplicarían buscando se ejerciera la Inmunidad Parlamentaria y de doble Instancia.

Hoy más que nunca, bajo diferentes presiones; de posiciones políticas, el Congreso de Colombia ha tenido una circunstancia sin precedentes en la Historia Republicana de esta Nación. Han sido objeto los congresistas de las mismas vicisitudes que han vivido muchos colombianos, con grupos armados y al margen de la ley del País, como del enfrentamiento de poderes.

Pero en la parte procedimental los Congresistas han quedado sin herramientas que propendan a buscar justicia en su defensa. Un mero anónimo o una prueba controversial es objeto para que inmediatamente se le capture, creando un desafuero para él, para su familia y para la institucionalidad de la Rama Legislativa.

Lo anterior lo ha venido agudizando el enfrentamiento frontal entre la Rama Ejecutiva y el Poder Judicial, que por posiciones eminentemente filosóficas y de "poder" han ocasionado un quiebre, dirigido a debilitar el Poder intermedio que es el Legislativo en él que residen grandes decisiones del futuro del país y se alberga el

poder de las maquinarias electorales y políticas de nuestra República de Colombia.

De acuerdo a lo anterior y con fundamento en normas de Orden Internacional, que respaldan la incorporación a nuestra Constitución Política de Colombia, es necesario incluir los temas de la Doble Instancia y la Inmunidad Parlamentaria y, en busca de la protección de los Derechos de los Congresistas y las garantías para estos, es necesario hacer referencia a los siguientes argumentos.

Derecho Internacional

Al margen del Derecho Constitucional, el numeral 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas establece que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley" y el literal h) del numeral 2 del artículo 8° de La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) establece Derecho de recurrir al fallo ante el Juez o tribunal superior".

Lo anterior nos conduce a aplicar el derecho Universal a la igualdad, que cualquier persona posee y con mayor razón debe ser prerrogativa para los congresistas para protección ante los eventos enunciados.

Nacen aquí varios interrogantes en el desarrollo Constitucional Colombiano: ¿Es sano que la Corte Suprema de Justicia tenga el único poder ante los congresistas de investigarlos y juzgarlos en única instancia?

¿Contraviene la ausencia de Legislación colombiana con el Derecho Internacional?. ¿La renuncia de congresistas buscando doble instancia y garantías frente a la detención es una muestra del defecto constitucional colombiano?. ¿Qué otro órgano de poder del mismo orden jerárquico podría conocer de la doble instancia?

Estas preguntas y otras más surgirían del análisis que pudiéramos tener al respecto.

El Protocolo Número Siete (7) de la Convención Europea de Derechos Humanos, con la enmienda del Protocolo Once (11), reconoce el Derecho a una doble instancia en los casos Luis Oliveros Capellades vs. España (CCPR/C/87/D/1211/2003 y Jesús Terrón vs. España (CCPR7C/82/D/1073/2002), que el que una persona sea juzgada por el máximo tribunal no implica la posibilidad de negar la doble instancia:

"7.4. El Estado Parte argumenta que en situaciones como la del autor, si una persona es juzgada por el más alto tribunal ordinario en materia penal, no es aplicable en la garantía establecida en el artículo 14, párrafo 5° del pacto; que la circunstancia de no tener derecho a una Revisión por un tribunal superior se compensa con el juzgamiento por el tribunal de mayor jerarquía y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto. El párrafo 5° del artículo 14 del pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El comité recuerda que la expresión "conforme a lo prescrito por la ley" no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación el Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por el tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal. Por consiguiente, el comité concluye que se ha violado el artículo 14 párrafo 5° del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación".

Al revisarse las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, es claro que el legislador no reguló la manera en que se garantizaría la segunda instancia en los procesos en los cuales la Corte Suprema de Justicia asume la tarea de investigar y juzgar a los miembros del Congreso. Esto, antes que implicar la inconstitucionalidad de la competencia de la Corte, nos coloca ante una omisión legislativa relativa que podría ser objeto del Control Constitucional.

De tal forma se puede concluir que no resulta contrario a los tratados de Derechos Humanos el que a la Corte Suprema de Justicia se le asigne la competencia exclusiva de investigar y juzgar a los miembros del Congreso. Resulta inconstitucional por ser violatorio de tales tratados el que dicho juzgamiento no esté acompañado de las garantías judiciales dispuestas y reconocidas en tales tratados.

Ante semejante vacío, la renuncia de los congresistas a su fuero buscando garantías procesales hace que sea una expresión válida, máxime cuando se les coarta su libertad y al temor de ser condenados sin posibilidad de acudir a la doble instancia, como cualquier ciudadano.

Debemos entender que por la razón de ser congresistas no se renuncia a un fuero especial cuando se rompe en el caso colombiano el "sistema de pesos y contrapesos" en los poderes públicos.

De tal manera que se debe concebir que la inmunidad parlamentaria no es un escudo para delinquir, sino al contrario para proteger la ins-

titucionalidad cuando se presenten estos defectos de poder. Ya en otros países de Europa y América los legisladores tienen estos Derechos, pero por ello no son inmunes a los intereses de la Patria.

Por eso en este proyecto de Acto Legislativo, la inmunidad está dirigida a proteger la institucionalidad y no como un privilegio personal, antes bien, es algo que viene con el cargo y que se mantiene a pesar del cargo. Es por ello que lo importante para las circunstancias que vive nuestro país son las excepciones de los delitos, por los cuales se levantaría la inmunidad como son:

Título X "Delitos Contra el Orden Económico Social", Capítulo V; Título XII "Delitos Contra la Seguridad Pública" Capítulo I, y Título XVII "Delitos Contra la existencia y Seguridad del Estado; del Libro II del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000).

Por faltas de garantías y del vacío constitucional existente, es que ha ocurrido la renuncia al fuero por parte de los congresistas investigados por la Corte Suprema de Justicia, por lo que se hace necesario y de manera urgente reglamentar tanto la doble instancia como la inmunidad Parlamentaria sin ello se seguirá produciendo la desigualdad entre los Poderes Públicos de Colombia.

En el caso de la inmunidad son fuente de estudio para este proyecto países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, El Salvador, Uruguay y Venezuela.

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General

(Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 18 del mes de agosto del año 2009 se radicó en Plenaria del Senado el Proyecto de Acto Legislativo número 08, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por los honorables Senadores *Juan Manuel Corzo* y otros.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

SENADO DE LA REPUBLICA

SECRETARIA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogota, D. C., 18 de agosto de 2009

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 08 de 2009, *por el medio del cual se modifican los artículos 186, 235, 241 y 251 de la Constitución Nacional,* me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General. La materia de que trata el mencionado proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Emilio Otero Dajud.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA

Bogota, D. C., 18 de agosto de 2009

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el Proyecto de Acto Legislativo de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la ***Gaceta del Congreso***.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Javier Cáceres Leal.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Emilio Otero Dajud.

CONTENIDO

Gaceta número 764 - Jueves 20 de agosto de 2009
SENADO DE LA REPUBLICA

Pág.

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

Proyecto de Acto legislativo número 07 de 2009 Senado, por el cual se modifica el artículo 29 y se adiciona un nuevo Capítulo a la Constitución Política de Colombia 1

Proyecto de Acto legislativo número 08 de 2009, por medio del cual se modifican los artículos 186, 235, 241 y 251 de la Constitución Nacional 13

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA - 2009