

Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*

Juan Oberto Sotomayor Acosta**

RESUMEN

Partiendo de las particularidades de la realidad social y política colombiana, se presentan algunas cifras sobre la criminalidad en el país. Se pone de presente cómo la situación de conflicto interno que se vive se manifiesta en un grave déficit de investigación penal del Estado, que este ha pretendido ocultar tras las diferentes reformas al sistema de justicia penal. A partir de esta realidad, se hace un detallado análisis de la legislación penal producida en Colombia entre los años 2000-2006, atendiendo a su orientación político criminal y sus rasgos ideológicos.

* Este trabajo fue realizado en gran parte durante la estancia de investigación del autor en el Área de Derecho penal de la Universidad de Málaga, financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia de España (Programa de Estancias de Profesores e Investigadores Extranjeros en régimen de año sabático en España). En la recopilación legislativa el autor recibió la colaboración de Susana Escobar Vélez, investigadora del Grupo de Estudios Penales de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia).

** Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

ABSTRACT

In view of the particularities of the social and political reality in Colombian, there are presented in the text some facts, statistics or records of the criminality in the country. It is underlined how the situation of internal conflict its manifest in a serious deficit of State criminal investigation, which this last one has tried to conceal with the different reforms of the criminal justice system. Taking into consideration this reality, there is done a detailed analysis of the criminal legislation produced in Colombia between the years 2000-2006, attending to its criminal policy orientation, and its ideological features.

PALABRAS CLAVE

Política criminal; Política legislativa penal; Racionalidad legislativa.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS CIFRAS DE CRIMINALIDAD EN COLOMBIA. 3. LA CALIDAD DE LA RESPUESTA INSTITUCIONAL. 4. REFORMAS LEGALES, DEBILIDAD POLÍTICA Y PROTAGONISMO JUDICIAL. 5. ORIENTACIÓN POLÍTICO CRIMINAL Y RASGOS IDEOLÓGICOS DE LAS RECIENTES REFORMAS GENERALES. 6. EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES. 7. ¿CONTENER LA IRRACIONALIDAD LEGISLATIVA ACTUAL?

1. Introducción

Aproximarse a los problemas del derecho en América Latina supone casi siempre una empresa difícil, por las dificultades que surgen al advertir sus altos índices de ineficacia y la consiguiente brecha entre derecho y realidad¹, que en algún grado convierte al primero no en un hecho más o menos cierto que acompaña la convivencia de un número importante de individuos sino en un objetivo político a alcanzar, en un futuro que de acuerdo con los vaivenes de los acontecimientos del presente se podrá visualizar más o menos lejano o cercano pero siempre como un proyecto de futuro.

¹ Al respecto, GARZÓN VALDÉS, E., "Las funciones del derecho en América Latina", en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

De otra parte, si bien puede admitirse la existencia de ciertas características comunes al derecho en Latinoamérica, también es posible encontrar diferencias importantes entre países o grupos de países, que hacen difícilmente trasladables las perspectivas de un lugar a otro. En tal sentido suele destacarse por su complejidad el caso colombiano, pues se trata de un país en el que durante muchos años ha sido posible la coexistencia -inclusive en las convulsionadas décadas de 70 y 80- de altos índices de violencia generalizada, con una tasa de crecimiento económico a veces superiores a la media regional y la estabilidad del régimen político².

En Colombia ha sido posible la coexistencia de una “confrontación interna de larga duración”³ con el modelo constitucional del Estado de Derecho, que le otorga al conflicto colombiano unas características singulares. Como lo explica Pérez Toro, la pervivencia de la guerra durante gran parte de la historia del país muestra hoy “un conflicto que se desarrolla en un tiempo que no pareciera ser el suyo, pues si bien subsisten evidentemente motivos aludidos que –suele plantearse- son propios de otro tiempo (las causas remotas) y se mantiene la vía armada como método, ambas circunstancias conviven con el ritmo de un mundo cambiante y siempre diferente desde el punto de vista de grandes transformaciones técnicas, culturales y poblacionales, y del ‘acercamiento’ –por lo menos comunicacional- de las sociedades”⁴. De ahí que resulte válido entender que en materia de derecho penal, como en tantos otros ámbitos de la vida pública, Colombia vive de manera simultánea en varios siglos de la historia: por un lado, le toca enfrentar los dilemas del presente y enfrentar los retos que plantea el desarrollo tecnológico y la globalización económica. Pero, al mismo tiempo, le corresponde resolver los problemas propios de construcción del Estado, por lo tanto más cercanos a los vividos en Europa durante los siglos XVI y XVII⁵.

² Cfr. PALACIO, G. y ROJAS, F., “Empresarios de la cocaína, parainstitucionalidad y flexibilidad del régimen político colombiano (narcotráfico y contrainsurgencia en Colombia)”, en PALACIO, G. (Comp.), *La irrupción del paraestado (ensayos sobre la crisis colombiana)*, Bogotá, ILSA-CEREC, 1991, pp. 70-71.

³ PÉREZ TORO, W. F., “Guerra y delito en Colombia”, en *EP*, 2000 (16), p. 14.

⁴ PÉREZ TORO, W. F., “Guerra y delito...”, p. 15.

⁵ APONTE, A., “Derecho penal de enemigo vs derecho penal del ciudadano. El derecho penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra”, en DE GIORGI, R. (a cura di): *II Diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro*

Por momentos pareciera que no existe aún el Estado sino la guerra, dada la incapacidad del primero para imponerse de forma coercitiva sobre al poder económico y sobre la voluntad de los individuos. Y por ello, desde este punto de vista, el derecho (en especial el constitucional y el penal) se muestra como un instrumento de la guerra o en el mejor de los casos como expresión de los desesperados intentos estatales de lograr a toda costa el monopolio de la coacción (que explica la permanente tendencia a establecer excepciones a las garantías constitucionales). Lo paradójico es que a pesar de lo anterior, el derecho, como lo explica Uprimny, se manifiesta también como parte de un proyecto de construcción de ciudadanía a partir de los derechos fundamentales: “Estas lógicas en conflicto –estado de excepción y proyecto de ciudadanía- tienen una incidencia directa en la justicia y explican, tanto la tendencia a la sobre-criminalización y restricción de garantías, como la despenalización y constitucionalización de derechos”⁶.

En otras palabras, el derecho penal en Colombia es un arma de guerra -y en tal sentido es un derecho ilegítimo- que, como todas, se utiliza para aniquilar o en todo caso vencer al adversario; pero también, al mismo tiempo, es una herramienta necesaria en la construcción de un proyecto de ciudadanía, en cuanto mecanismo de protección de los derechos del individuo. Pero precisamente esta ambivalencia del derecho penal lo convierte en una herramienta demasiado peligrosa, por los riesgos siempre ciertos y latentes de manipulación.

Esta problematicidad y complejidad de la situación colombiana se refleja directamente también, por supuesto, tanto en las cifras de criminalidad y violencia existentes en el país como en la política legislativa penal, de manera muy particular en las dos últimas décadas.

2. Las cifras de criminalidad en Colombia

La primera dificultad que surge al aproximarse a la compleja realidad colombiana se presenta en algo aparentemente tan simple como la

Baratta, Lecce, Pensa Multimedia, 2002, p. 257; en igual dirección, Pérez Toro, W. F., “Guerra y delito”, p. 14; SANTOS, B. DE S. y GARCÍA VILLEGAS, M., “Colombia: el revés del contrato social de la modernidad”, en SANTOS, B. DE S. y GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, 2001, p. 37; UPRIMNY, R., “Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”, en SANTOS, B. DE S. y GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio...*, Tomo I, p. 312.

⁶ UPRIMNY, R., “Las transformaciones”, p. 312.

determinación de aquello que debe entenderse por criminalidad, por cuanto en algunas ocasiones las categorías penales se muestran insuficientes y a veces hasta contraproducentes para abarcar algunos de los hechos que suceden en Colombia. Por ejemplo, si alguien aprehende a una persona y exige una suma de dinero por su liberación, se trata simplemente de una conducta de secuestro extorsivo prevista en el art. 169 del CP; sin embargo, cuando un grupo de rebeldes retiene a varios militares o policías después de un combate, surge la duda de si el caso amerita el mismo tratamiento legal o si por el contrario se trata de eventos que deberían ser abarcados por otro tipo de categorías, como la toma de rehenes o prisioneros de guerra, por ejemplo, propias del derecho internacional humanitario⁷.

Otra dificultad muy importante tiene que ver con la ausencia de información estadística confiable. En un país que vive un largo conflicto interno la información sobre la criminalidad -en tanto involucra al mismo tiempo datos sobre la conflictiva realidad política nacional- ha adquirido una importancia que va mucho más allá del necesario conocimiento de la realidad a efectos de evaluar y ajustar las políticas estatales de acuerdo con sus resultados efectivos. Muy por el contrario, en Colombia, por lo menos en los gobiernos del presidente Uribe Vélez, las estadísticas sobre temas relacionados con la seguridad deben pasar por un “Consejo de Seguridad” antes de ser publicadas y presentadas a la opinión pública⁸. No debe sorprender que luego más del 60% de la población de las más grandes ciudades del país no confíe en los informes de seguridad⁹.

⁷ Así, OROZCO ABAD, I., “Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia”, en SOTOMAYOR ACOSTA, J. O. (Coordinador), *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 37-56; en especial, pp. 50-54.

⁸ En septiembre de 2004 el entonces director del DANE, César Caballero, debió renunciar por negarse a cumplir la orden gubernamental de no publicar, sin la presentación previa a un “Consejo de Seguridad”, los resultados de una encuesta de victimización realizada en las ciudades de Bogotá, Medellín y Cali. En el comunicado de prensa expedido por la Presidencia de la República a raíz de dicha renuncia, se explica: “el Gobierno Nacional adoptó como procedimiento no divulgar información relacionada con el tema de seguridad a la opinión pública, antes de ser conocida y analizada por el Consejo de Seguridad que dirige el Presidente de la República y en el que participan el Ministro de Defensa, los Comandantes de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y el Director del DAS” [este comunicado se encuentra publicado en <http://www.presidencia.gov.co/sne/2004/septiembre/15/25152004.htm>].

⁹ Véase en tal sentido, FSD, “Criminalidad y victimización en las ciudades más

En principio los únicos datos generales disponibles acerca de la extensión de la criminalidad en Colombia provienen de algunas encuestas de victimización, entre ellas las oficiales realizadas por el DANE en 1985, 1991, 1995 y 2003 (esta última referida solo a las ciudades de Bogotá, Cali y Medellín)¹⁰. Pese a las limitaciones de este tipo de estudios¹¹, las encuestas de victimización realizadas resultan suficientes al menos para constatar dos hechos especialmente relevantes: en primer lugar, el bajísimo número de denuncias, lo cual se corresponde con una valoración negativa tanto de la policía como de la justicia penal en general¹². De otra parte, también

grandes de Colombia”, Encuesta anual, noviembre de 2006, consultado en <http://www.seguridadydemocracia.org>.

¹⁰ Cfr. DANE, “Encuesta de victimización”, 2003, en <http://www.dane.gov.co>. También cabe mencionar las realizadas por FSD, “Criminalidad y victimización...” y los datos ofrecidos por GORDON ATEHORTÚA, L. y KURY, H., “Victimización como hecho cotidiano. Un estudio victimológico en Colombia”, en *RDPC*, 2006 (18), pp. 401-532.

¹¹ Cfr. Sozzo, M., “¿Contando el delito? Análisis crítico y comparativo de las encuestas de victimización en Argentina”, en *Cartapacio*, No. 5, Buenos Aires, 2003, pp. 1-143, consultado en: <http://www.cartapacio.edu.ar>, pp. 30 y ss.; SILVA GARCÍA, G. y PACHECO, I., “El crimen y la justicia en Colombia según la misión Alesina”, en *REI*, 2001 (5), pp. 191-192; Díez RIPOLLÉS, J. L. y otros, *Delincuencia y víctimas (Encuestas de victimización en Málaga)*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, pp. 18-22.

¹² Según el DANE, “Encuesta de victimización”, 2003, en Bogotá se abstiene de denunciar el 72,52% de los ciudadanos afectados por alguna acción delictiva, en Medellín el 71,92% y en Cali el 84,65%; en Bogotá, el 43,05% del total de víctimas que no denunciaron explicaron que no lo hicieron porque “las autoridades no hacen nada”, razón que alegó el 41,10 por ciento en Cali y el 23 por ciento en Medellín. Aún más, de conformidad con una anterior encuesta de hogares (1991), aún frente a un delito tan grave como el homicidio, según comenta RUBIO, M., “Crimen con misterio. La calidad de la información sobre criminalidad y violencia en Colombia”, Bogotá, CEDE, Universidad de los Andes, 1998, p. 14 [consultado en: <http://economia.uniandes.edu.co>]: “más de la mitad de los hogares que habían sido víctimas manifestaron no haber hecho nada y únicamente el 38% reportó haber puesto la respectiva denuncia”. Por supuesto de este hecho no puede deducirse, como parece insinuar este autor, que el 62% de homicidios restante no llega a conocimiento del sistema penal, pues bien se sabe que se trata de un delito investigable de oficio y por las cifras que ofrece el INMLCF es de suponer que la mayoría de ellos al menos alcanza a ser conocido por la fiscalía, así en la mayoría de casos el autor del hecho nunca llegue a ser conocido y mucho menos procesado. El dato, sin embargo, sí resulta suficiente para indicar el grado de desconfianza de la mayoría de los encuestados hacia el sistema judicial en general, así como también la poca

llama la atención el alto porcentaje que los delitos contra el patrimonio económico -en especial el hurto- tienen en la percepción ciudadana de la criminalidad: en las encuestas de 1985 y 1995 constituyen una proporción superior al 90% del total de delitos percibidos¹³ y en la de 2003 (referida sólo a Bogotá, Cali y Medellín) excede el 86%¹⁴. Por supuesto tales datos no pueden entenderse como indicativos de la extensión de la criminalidad real en el país¹⁵, pero sí de los hechos que la mayoría de la población sigue identificando como delictivos, los cuales se corresponden con los delitos tradicionales (homicidio, lesiones personales, secuestro, hurto, etc.), quedando al margen el grupo de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos (socioeconómicos, medioambientales, etc.) e inclusive hechos tan graves como el desaparecimiento de personas, que no siempre es visto en sí mismo como un delito¹⁶. Así mismo, en un país acostumbrado a una permanente presencia militar en las calles y veredas no resulta descabellado pensar que otra serie de conductas delictivas como la detención arbitraria o el allanamiento ilegal tampoco resultan valoradas como delictivas por un sector importante de la población¹⁷, amén de las conocidas falencias de las encuestas de victimización en materia de delitos sexuales, delitos sin víctima, etc.¹⁸

confiabilidad de los datos policiales sobre la criminalidad, los cuales suelen reflejar sobre todo el número de denuncias recibidas, cosa que por demás en Colombia lo más común es que se haga directamente en la fiscalía.

¹³ Ver RUBIO, M., "Crimen sin sumario. Análisis económico de la justicia penal colombiana", Bogotá, CEDE, Universidad de los Andes, 1998, pp. 14-18, en <http://economia.uniandes.edu.co> [consultado el 27/06/2007].

¹⁴ Ver DANE, "Encuesta de victimización", 2003, en <http://www.dane.gov.co>

¹⁵ En esta confusión parece incurrir RUBIO, M., "Crimen sin sumario...", pp. 14 y ss.; un contundente análisis crítico del manejo de datos por parte de este autor ha sido realizado por SILVA GARCÍA G., y Pacheco, I., "El crimen y la justicia...", pp. 188-196. pp. 188-196.

¹⁶ Cfr. SILVA GARCÍA, G. y PACHECO, I., "El crimen y la justicia...", p. 192.

¹⁷ Según estadísticas de la CCJ, "Colombia: 2002-2006: situación de derechos humanos y derecho humanitario", p. 4 [consultado en <http://www.coljuristas.org>], "Entre el 7 de agosto de 2002 y el 30 de junio de 2006, por lo menos 6.912 personas fueron detenidas arbitrariamente en Colombia (cinco personas en promedio cada día)".

¹⁸ Sozzo, M., "¿Contando el delito?...", pp. 29-35; SILVA GARCÍA, G. y PACHECO, I., "El crimen y la justicia...", pp. 191-192.

Ante tales dificultades, quizás sea preferible acudir a datos sectoriales relacionados con algunas de las formas más graves de criminalidad, los cuales suelen considerarse un poco más ajustados a la realidad, pues al fin y al cabo se trata de delitos más visibles y de los que más han llamado la atención sobre la realidad colombiana por los altísimos niveles alcanzados en algunos momentos.

En el caso del homicidio se tienen como muy confiables¹⁹ las cifras recopiladas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, según las cuales durante 2005 se presentaron 17.331 casos de posibles homicidios dolosos, que representan un descenso de 1557 casos en comparación con el año 2004 (es decir, 8.2%); ello significa para ese año una tasa de homicidios equivalente a 38 casos por cada cien mil habitantes, que representa también una disminución estadística significativa en comparación con el año anterior, cuya tasa aproximada de homicidios ascendió a 42²⁰.

Según las estadísticas de la policía nacional²¹, la tasa de homicidios ha tenido en los últimos años la evolución que se señala en la tabla 1.

Tabla 1: Homicidios 2000 - 2006

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2000-2006
Homicidios	26.540	27.840	28.837	23.523	20.167	18.111	17.479	162.497

Fuente: Policía Nacional

¹⁹ Así, RUBIO, M., "Crimen con misterio...", p. 6.

²⁰ Ver INMLCF, "Homicidios. Colombia 2005", en *Forensis. Datos para la vida*, Bogotá, 2005, pp. 53-75. En valores porcentuales las cifras de homicidios de la policía para el año 2005 no difiere mucho de las del INMLCF, aunque dicha diferencia fue mayor en el año 2004.; según los registros policiales la tasa de homicidios durante 2005 se situó en 39 y la de 2004 en 45; cfr. Policía Nacional, "Estadística delincuencia y contravencional", RC, 2005 (48), pp. 98 y ss.

²¹ Policía Nacional, "Estadística delincencial...", p. 15; los datos correspondientes al año 2006 se citan de acuerdo con la información policial recogida en <http://www.eltiempo.com>, julio 17 de 2007. Debe tenerse en cuenta que en las cifras anteriores no aparecen registradas las muertes producidas en casos de "homicidios colectivos", que la policía registra por aparte; en este tipo de hechos, según la información policial, murieron en 2005 un total de 252 personas, frente a 263 que lo hicieron en 2004 en las mismas circunstancias.

Como puede apreciarse, las cifras de muertes violentas presentan una importante tendencia a la baja a partir de 2002, si bien conforme a los datos más recientes la tendencia no parece seguir la misma línea (o al menos no en la misma proporción) existente hasta 2005²². Aún así, las cifras de muertes violentas en Colombia se mantienen en niveles alarmantes comparadas con las de otros países²³.

Lo mismo cabría decir respecto de otras formas de criminalidad violenta, si se analizan los datos disponibles sobre secuestros, desapariciones forzadas y desplazamiento interno. En efecto, no es ningún secreto que Colombia tiene la tasa de secuestros más alta del mundo y aunque las cifras parecen indicar un significativo descenso de los niveles apreciables en el período comprendido entre 1998 y 2002 (época de auge de la práctica de secuestros masivos por parte de los grupos insurgentes), lo cierto del caso es que según los propios datos oficiales, entre 2002 y 2006 se produjeron en Colombia 7630 secuestros (ver tabla 2).

Tabla 2: Secuestros 2002 - 2006

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2002-2006
Secuestros	2882	2121	1440	800	687	7630

Fuente: Fondelibertad.

Las cifras de desaparecidos son igual de graves; los registros de ASFADDES dan cuenta de 7136 desaparecidos en el período 1977-2004, presentando en los últimos años la evolución que se evidencia en la tabla 3.

Tabla 3: Desaparecidos 2000 – 2004

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2000-2004
Desaparecidos	767	1.609	1.362	1.189	148	5.075

²² Según fuentes policiales citadas en <http://www.eltiempo.com>, julio 17 de 2007, a junio de 2007 se tenía noticia de 94 homicidios más que en los primeros seis meses del 2006.

²³ Cfr. PECAUT, D., "Presente, pasado y futuro de la violencia", en *AP*, 1997 (30), p. 1; para el caso europeo y en particular español, Díez RIPOLLÉS, J. L., "Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI", en *REIC*, 2006 (4), p. 3, disponible en, <http://www.criminologia.net>.

Fuente: ASFADDES

Cabe aclarar que estos datos no excluyen una importante cifra negra, pues en muchos lugares del país no funcionan oficinas del INMLCF y las necropsias corren a cargo de médicos rurales, pero bien se sabe que no son pocas las poblaciones colombianas que ni siquiera cuentan con este servicio. Así mismo, no es descabellado pensar que en las zonas rurales la confrontación interna produzca numerosos hechos que no son recogidos por las estadísticas, no sólo por la razón antes mencionada sino, sobre todo, porque los mismos se producen en zonas de fuerte presencia guerrillera o paramilitar²⁴; tal situación sólo recientemente ha comenzado a salir a la luz pública, a raíz de las denuncias sobre la existencia de un número incalculable de fosas comunes, que constituyen el retrato macabro de la silenciosa guerra colombiana²⁵.

El drama del desplazamiento forzado interno viene a ser otra prueba fehaciente de la violencia en los campos colombianos; según ACNUR, “El problema de los desplazados internos en Colombia es una de las situaciones más graves del mundo. El Gobierno de Colombia estima que hay entre 2,5 y 3 millones de Desplazados Internos en el país, siendo 1.796.508 los registrados en el Sistema Único de Registro (SUR), hasta el 30 de abril de 2006. Según datos de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) 3.662.842 personas han sido desplazadas por la violencia hasta el 25 de octubre de 2005 y día a día esta cifra aumenta producto de la violencia política asociada al conflicto armado interno”²⁶.

²⁴ Cfr. RUBIO, M., “Crimen con misterio...”, p. 25, nota 69. Así también lo resalta ASFADDES, “Análisis Coyuntural. Estadísticas de la Desaparición Forzada en Colombia” [consultado en www.asfaddes.org.co].

²⁵ Véase <http://www.eltiempo.com>, “Colombia busca a 10.000 muertos”, abril 24 de 2007; según el informe de este diario, hay entre 10.000 y 31.000 personas en fosas comunes, “de las que no ha quedado rastro después de los últimos años de guerra (el primer dato es de la Fiscalía, el segundo es de la Comisión Colombiana de Juristas)... la Fiscalía ha recibido 3.710 denuncias de sitios en donde hallarlas; pero la mayoría no se ha podido explorar por falta de recursos: se han encontrado 533 cuerpos y lo más dramático es que solo 13 han sido identificados plenamente, es decir, con ADN”.

²⁶ Véase, <http://www.acnur.org/crisis/colombia>, donde se pueden consultar, además, cifras e importantes documentos sobre el problema del desplazamiento interno en el país, entre ellos una importante sentencia de la Corte Constitucional (T-025/2004), en la cual declara la situación de los desplazados como un “estado de cosas inconstitucional”.

Si bien es cierto que la mayoría de homicidios no son atribuibles directamente a la confrontación armada, no se puede negar su incidencia en los índices de violencia en Colombia, ya que su valoración no se puede restringir al número de muertes causadas por el enfrentamiento entre los distintos actores armados, de por sí ya relevante²⁷, sino que debe extenderse también a las permanentes violaciones de derechos humanos²⁸ y a todas aquellas que podrían denominarse consecuencias indirectas (flujo de armas de fuego entre la población, conformación de bandas de delincuencia común, etc.) y de impacto espacial, como lo han señalado algunas investigaciones²⁹. También es indudable la influencia en estas cifras de la criminalidad organizada derivada del tráfico de drogas y que en atención a los recientes datos estadísticos parece reflejarse de manera especialmente intensa en algunos municipios, incluidas sus capitales, de los departamentos de Antioquia, Valle y Risaralda³⁰. Aún más, la relación del

²⁷ Conforme a los datos del INMLCF, "Colombia. Homicidios 2005", p. 60, del total de 17.331 muertes violentas ocurridas en 2005, 2.004 son atribuibles de forma directa al conflicto armado (enfrentamiento, acción ofensiva, actos de terrorismo, homicidio con fines políticos); no obstante, el número de muertes sin conocimiento del móvil es muy alto (11.138), lo cual hace suponer que las muertes directas atribuibles al conflicto armado sean incluso mayores. Para la CCJ, "Colombia: 2002-2006...", pp. 1-2, entre julio de 2002 y julio de 2006, "se registraron 11.084 personas asesinadas o desaparecidas por fuera de combate (o sea en su casa, en la calle o en su trabajo), por violencia sociopolítica... Si se incluyen las personas que perdieron la vida en medio de combates, el total de personas muertas o desaparecidas por violencia sociopolítica en el mismo período fue de casi veinte mil personas: 19.875. Se registraron 8.791 personas que perdieron la vida en medio de combates. Esto significa que en total durante el período en estudio el promedio de personas muertas o desaparecidas por violencia sociopolítica fue de cerca de catorce personas cada día, semejante al promedio diario registrado durante los seis años precedentes...".

²⁸ Cfr. ACNUDHC, "Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia", 2006, [consultado en <http://www.hchr.org.co>], pp. 5 y ss.; también el informe de la CCJ, "Colombia: 2002-2006...", pp. 1-13.

²⁹ Cfr. SÁNCHEZ, F., DÍAZ, A. M. y FORMISANO, M., "Conflicto, violencia y actividad criminal en Colombia: un análisis espacial", Documento CEDE 2003-05, Bogotá, Universidad de los Andes, 2003 (consultado en <http://economia.uniandes.edu.co>), p. 34.

³⁰ Cfr. datos del INMLCF, "Homicidios. Colombia 2005", pp. 67-71. Esto también es destacado por FRANCO AGUDELO, S., "Una aproximación a los contextos

conflicto interno y la situación de violencia es aún mayor si a lo anterior se suma el hecho de que tanto los grupos insurgentes como los paramilitares acuden cada vez más al tráfico de drogas para financiar sus actividades; por ello, como destaca Pecauc³¹, en la situación colombiana actual resulta muy difícil trazar una frontera entre la violencia política y aquella que no lo es, mas en todo caso se puede estimar que la violencia puesta en obra por los protagonistas organizados constituye por lo menos el marco de la violencia generalizada existente.

Como señalan algunos analistas, todas estas cifras corresponden a las de un país en guerra³² (cualquiera sea el nombre que se le quiera dar). Por este motivo, las cifras de criminalidad deben ser leídas con mucha cautela, pues no sólo está siempre latente la cuestión de su confiabilidad, sino también el riesgo de juicios precipitados sobre los éxitos o fracasos de determinados programas o políticas. Si alguna enseñanza deja el largo conflicto colombiano es que en no pocas ocasiones las cifras suelen obedecer más a los vaivenes y lógicas propias de la confrontación (con sus ofensivas, retiradas, treguas, diálogos, indultos, etc.) que a transformaciones reales en el plano institucional.

3. La calidad de la respuesta institucional

La problemática de la violencia en Colombia se torna aún más grave cuando se tiene en cuenta la calidad de la respuesta institucional y muy particularmente de la justicia penal, caracterizada por los elevados índices de impunidad, inclusive en aquellos casos que se consideran de especial gravedad, como el homicidio, el secuestro, la desaparición forzada, etc. En efecto, pese a las dificultades que hacen que hoy sea casi imposible saber la verdadera magnitud de la impunidad en Colombia³³, los analistas coinciden en que esta no sólo es muy alta sino persistente³⁴. Para el caso

explicativos de la violencia en Colombia”, en *Forensis. Datos para la vida*, Bogotá, 2005, pp. 41-43.

³¹ PECAUC, D., “Presente, pasado y futuro...”, p. 1.

³² ASÍ, RUBIO, M., “Crimen con misterio...”, p. 31.

³³ RESTREPO, E. M. y MARTÍNEZ CUÉLLAR, M., “Impunidad penal: mitos y realidades”, Documento CEDE 2004-4, Bogotá, Universidad de los Andes, 2004 [consultado en <http://economia.uniandes.edu.co>]; Uprimny, R., “La justicia colombiana en la encrucijada”, p. 2, en <http://www.djs.org.co> [consultado el 21/06/2007].

³⁴ En general sobre el tema y desde distintos puntos de vista, entre otros,

del homicidio, según Rubio, “La probabilidad de que un homicidio sea condenado, del 11% en los sesentas apenas sobrepasa en la actualidad el 4%”³⁵. Como es de suponer, la situación no es más alentadora cuando se mira hacia el secuestro, la desaparición forzada y otros hechos de similar gravedad³⁶.

Lo anterior ha derivado en una profunda crisis del sistema de justicia penal en Colombia, que por tal motivo se ha visto sometido en los últimos años a permanentes reformas de muy diferentes signos, como se refleja con claridad en la profusa producción legislativa de carácter penal que se comentará más adelante.

Aunque los problemas son múltiples, lo primero que salta a la vista es una clarísima falta de capacidad investigativa de la justicia penal, pues un número importante de delitos no logran siquiera superar la fase de indagación preliminar, inclusive tratándose del homicidio. Tal situación está produciendo lo que con carácter general algunos denominan como proceso de trivialización del sistema judicial colombiano, que en el caso de la justicia penal “significa la dedicación prioritaria del aparato judicial a casos de fácil solución, esto es, aquellos en los que la identidad del acusado y las circunstancias del delito están esclarecidas desde un comienzo y, por tanto, dan generalmente lugar a resoluciones de acusación por parte de la Fiscalía y a sentencias condenatorias por parte de los jueces penales. Entre tanto, el sistema penal no dedica tiempo y recursos suficientes a la investigación y condena de casos difíciles, esto es, precisamente aquellos que generan mayor inestabilidad en la sociedad colombiana –v. gr. homicidios comunes,

PECAUT, D., “Presente, pasado y futuro...”, pp. 34-36; RESTREPO, E. M. y MARTÍNEZ CUÉLLAR, M., “Impunidad penal...”, *passim*; UPRIMNY R., “La justicia colombiana”, p. 2; RUBIO, M., “Crimen sin sumario...”, pp. 11 y ss.; RODRÍGUEZ, C., UPRIMNY, R. y GARCÍA VILLEGAS, M., “Entre el protagonismo y la rutina: análisis sociojurídico de la justicia en Colombia”, pp. 44-49, en <http://www.djs.org.co> [consultado 21/06/2007]; GAITÁN DAZA, F., “Multicausalidad, impunidad y violencia: una visión alternativa”, en REI, 2001 (5), pp. 78-105.

³⁵ RUBIO, M., “Crimen sin sumario...”, p. 40.

³⁶ Cfr. RESTREPO, E. M., SÁNCHEZ TORRES, F. y MARTÍNEZ, M., “¿Impunidad o castigo? Análisis e implicaciones de la investigación penal en secuestro, terrorismo y peculado”, Bogotá, Documento CEDE 2004-09, Universidad de los Andes, 2004, pp. 1-39, en <http://economia.uniandes.edu.co> [consultado el 27/06/2007]; CCJ, “Colombia 2002-2006...”, pp. 1-13; ACNUDH, “Informe”, pp. 5-27.

esto es, los cometidos por criminales comunes o personas envueltas en disputas personales, que... constituyen la gran mayoría de los homicidios cometidos en Colombia. Esta tendencia es acentuada por la imposición de criterios cuantitativos de eficiencia en la justicia penal³⁷.

La superación de esta situación se ha convertido en uno de los mayores retos de la justicia penal, así como también uno de los temas más polémicos entre los analistas, por cuanto algunos, como Rubio, consideran que dicha situación es atribuible en alguna medida a ciertos mecanismos de la legislación procesal penal que desde el código de 1987, en su afán por descongestionar los despachos judiciales, restringió la apertura de sumarios a aquellos incidentes penales que tuvieran un sindicado conocido³⁸. Al respecto no parece haber muchas dudas en el sentido de que estas disposiciones procesales se crearon fundamentalmente con el objetivo de descongestionar los despachos judiciales (y posteriormente a la fiscalía), frente a la gran cantidad de expedientes con sindicado N.N. Tampoco se puede negar el sentido eficientista con el que se empezaron a utilizar dichos criterios, excluyendo el número de procesos “pendientes” para mostrar una supuesta mayor eficiencia del sistema penal y de alguna manera ocultar su inoperancia investigativa³⁹.

Al margen de tan burda maniobra, salta a la vista que no es éste tampoco el problema de fondo; al fin y al cabo dicho mecanismo lo único que hace es trasladar la congestión de los despachos judiciales y de la fiscalía a la policía judicial y a las unidades de investigación preliminar, aunque ciertamente con la ganancia para la imagen del sistema de que la actividad de estas últimas instancias no genera cifras negativas. Pero por supuesto la acumulación de investigaciones previas y por tanto el número de delitos que la justicia penal no logra esclarecer continúan, razón por la cual el sistema cada cierto tiempo se deshace de los mismos mediante la

³⁷ RODRÍGUEZ, C., UPRIMNY, R. y GARCÍA VILLEGAS, M., “Entre el protagonismo y la rutina...”, pp. 48-49. Para SILVA GARCÍA, G. y PACHECO, I., “El crimen y la justicia...”, pp. 196-197, no es cierto “que los delitos menores sean los más fáciles y que los graves (como el homicidio) sean más difíciles. La dificultad no depende del tipo de infracción sino de los rastros del delito y de sus circunstancias específicas, de la posibilidad de probar los hechos y de la acción de los sujetos procesales”.

³⁸ RUBIO, M., “Crimen sin sumario...”, p. 22. Críticos de los planteamientos de este autor, SILVA GARCÍA, G. y PACHECO, I., “El crimen y la justicia...”, pp. 197.

³⁹ Ello lo resalta también RUBIO, M., “Crimen sin sumario...”, pp. 20-26.

expedición de reglas especiales de prescripción⁴⁰.

El problema de fondo lo constituye en definitiva la precaria capacidad investigativa del sistema judicial, que tarde o temprano siempre se hace visible, independientemente del momento procesal o preprocesal en que ello ocurra. Y dicha debilidad investigativa es la que en realidad explica la evolución reciente del sistema penal colombiano, tanto en una perspectiva funcional como formal. Por ejemplo, revela la deficiencia anotada antes en el sentido de que la justicia penal sólo parece funcionar en aquellos casos de muy pocas exigencias probatorias (tal como sucede en los casos de flagrancia y del pequeño comercio callejero de drogas, lesiones y homicidios en accidentes de tránsito, etc.), o de cierta clase de delitos en los que el imputado es identificado desde un comienzo (como sucede en la inasistencia alimentaria, violencia intrafamiliar, etc.). Por el contrario, los casos delincuenciales en los que se desconoce al posible autor difícilmente llegan a ser resueltos, independientemente de la gravedad del delito.

Lo más grave es que también en el plano formal el sistema se ha ido acomodando a la situación denunciada y poco a poco se han comenzado a introducir mecanismos legales que intentan compensar el déficit de investigación existente con beneficios por confesión, sentencia anticipada (o aceptación de cargos), negociación de penas, al tiempo que crece la utilización indiscriminada del sistema de las recompensas. De esta manera se ha ido institucionalizando un sistema procesal penal de corte eficientista, que a su vez está generando una negativa influencia en el derecho penal sustantivo y a lo que mucho parecen estar contribuyendo las recientes reformas procesales, como se comentará más adelante.

Lo que no resulta correcto es atribuir estas dificultades a un asunto de mera eficiencia del sistema penal, que podría entonces subsanarse con el aumento de la planta de personal de la fiscalía; y mucho menos a un vicio formal sobre la apertura o no de sumarios, solucionable con un cambio

⁴⁰ La más reciente fue introducida por el art. 531 transitorio del nuevo código de procedimiento penal (Ley 906/2004), que prevé no sólo la reducción en una cuarta parte de los términos de prescripción para todos los hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de dicho código, sino la prescripción de las investigaciones previas (con algunas excepciones que no incluyen el homicidio simple) con más de cuatro años (la norma fue, sin embargo, declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1033 de 2006).

de legislación⁴¹. En ambos casos, se tratan como causas los que parecen más bien efectos de la grave crisis de la justicia penal colombiana, pues se desconoce la incidencia de la confrontación interna y de una realidad que no se ha querido asumir: que “la soberanía ha permanecido en vilo, en disputa por largos períodos. Es decir, se mantienen por tiempo indefinido los estados de guerra, permitiendo que en varias regiones del territorio nacional se configuren órdenes alternativos de facto con pretensiones también soberanas. En estos espacios se definen formas particulares y no convencionales de hacer y representar la política, de usar los recursos colectivos y de fuerza; se trazan fronteras y se delimitan territorios exclusivos; se instalan autoridades y mandos alternativos; se establecen circuitos de poder a través de los cuales se mantiene, en los espacios controlados de esta manera, la capacidad para tomar decisiones soberanas: desplazar población no confiable y concitar obediencia y acato de quienes allí residen, bien sean estos ciudadanos corrientes o representantes y administradores del poder público”⁴².

En consecuencia, frente a ciertos comportamientos de los grupos involucrados en el conflicto armado no se trata muchas veces ni siquiera de dificultades para identificar a los autores, pues algunos hechos son reivindicados por grupos o personas que por lo general tienen en su contra órdenes de captura vigentes. Que la mayoría de las veces dichas capturas no sea posible cumplirlas en la práctica no puede atribuirse a deficiencias de la legislación o la estructura judicial del país, pues aunque parezca demasiado obvio es preciso recordar que las indagaciones para revelar la identidad de los posibles delincuentes o para proceder a una captura requieren más de la actividad policial que de la judicial⁴³. Pero aún más, en Colombia ni siquiera la actividad policial ordinaria se muestra eficaz en tal labor y de ahí la tendencia a su militarización y la permanente pretensión -hasta ahora sin éxito- de otorgarle funciones de policía judicial a las fuerzas militares, que con frecuencia ha convertido a la propia justicia penal en objeto de

⁴¹ Esta parece ser sin embargo la posición de RUBIO, M., “Crimen sin sumario...”, pp. 37-45.

⁴² URIBE DE HINCAPIÉ, M. T., “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”, en EP, 1998 (13), p. 19.

⁴³ SILVA GARCÍA, G., “Una revisión del análisis económico del derecho. Una lectura crítica a propósito de la obra Crimen e Impunidad”, en REI, 2000 (2), p. 191.

control⁴⁴.

Al no reconocerse la naturaleza del conflicto, de forma equivocada se ha buscado una solución jurídico-penal al problema de la guerra, con todas las consecuencias negativas que ello representa, tanto desde el punto de vista del conflicto (que por supuesto no puede ser resuelto) como de la justicia penal, que termina utilizada como instrumento de guerra. Esta situación se ha hecho más compleja en los últimos años a consecuencia de la redefinición de que ha sido objeto el delincuente político en el país, que de guerrillero rebelde ha pasado a ser considerado terrorista y delincuente común⁴⁵, que ha implicado el traslado del problema de la guerra al derecho penal, ya no por vía de la excepción sino del derecho ordinario⁴⁶. En estas condiciones, la policía se muestra inoperante en su función principal de prevención y control de la criminalidad, porque preparados para la lucha contrainsurgente y la persecución de las grandes mafias del narcotráfico, los órganos de investigación policial resultan muy poco eficaces en la protección de los ciudadanos y en la investigación de los delitos⁴⁷.

Estas circunstancias no hacen más que profundizar la crisis del sistema de justicia penal, puesto que sus niveles de eficiencia no mejoran pese a los

⁴⁴ De lo cual ilustra el dramático caso de La Rochela; sobre ello, SUÁREZ NIÑO, A., "Colombia: la masacre de la Rochela y la justicia interamericana", en JD, 2007 (58), pp. 124-136.

⁴⁵ Cfr. OROZCO ABAD, I., *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, Temis – IEPRI, 1992.

⁴⁶ Al respecto, APONTE, A., *Guerra y derecho penal de enemigo*. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo, Bogotá, Ibáñez, 2006, pp. 370-424; sobre la evolución legislativa en esta materia véase también a Pérez Toro, W. F., VANEGAS YEPES, A. L. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. M., *Estado de derecho y sistema penal (la emergencia permanente de la reacción penal en Colombia)*, Medellín, Díké e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997, pp. 53 y ss.

⁴⁷ Al respecto, APONTE, A., *Guerra y derecho penal de enemigo...* pp. 486-519. Destaca la militarización y deficiencias de la policía colombiana, GUERRERO PERALTA, O. J., "La policía en el Estado de Derecho latinoamericano: el caso Colombia", en Ambos, K., GÓMEZ COLOMER, J. L. y VOGLER, R. (editores), *La policía en los estados de derecho latinoamericanos: un proyecto internacional de investigación*, Bogotá, GUSTAVO IBÁÑEZ, 2003, pp. 195-237; también, GORDON ATEHORTÚA, L. y KURY, H., "Victimización como hecho cotidiano...", pp. 403-407.

esfuerzos reformistas y todos los recursos invertidos; y porque orientada de forma prioritaria a reafirmar el poder estatal frente a quienes lo cuestionan, la justicia penal abandona sus propias funciones y por ello choca constantemente con el modelo constitucional, lo que de alguna manera ha propiciado el protagonismo de la justicia constitucional en Colombia.

4. Reformas legales, debilidad política y protagonismo judicial

Ante una confrontación armada interna tan larga que sigue aún hoy desangrando el país con su larga estela de muertes, secuestros, desaparecidos, desplazados, etc.; ante una compleja realidad social que genera una gran masa de excluidos y unos altos índices de criminalidad violenta atribuibles a las mafias del narcotráfico y la delincuencia común; y ante los pobres resultados del sistema de justicia penal, el Estado ha optado por la vía de la reformas legales como solución, como si la ley tuviera la fuerza suficiente para transformar por sí sola la realidad que pretende regular. El número de reformas del sistema de justicia penal en los últimos años ha sido de tal magnitud (en calidad y cantidad) que raya en el paroxismo. Sólo unos cuantos ejemplos para dimensionar el problema: en los últimos veinte años en Colombia han regido cuatro códigos de procedimiento penal (decreto 050/1987, decreto 2700/1991, ley 600/2000 y ley 906/2004), dos códigos penales (decreto 100/1980 y ley 599/2000), dos códigos de menores (decreto 2737/1989 y ley 1098/2006), sin incluir las innumerables reformas parciales. Y en general, sólo de 2000 a 2006 se expidieron más de cincuenta leyes penales, incluyendo los convenios y protocolos internacionales relacionados con la materia⁴⁸.

⁴⁸ En los últimos años Colombia ha incorporado a su ordenamiento jurídico: la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal es y sobre su destrucción (ley 554/2000); Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal (ley 636/2001); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 707/2002); Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (ley 737/2002); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ley 742/2002); Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional (ley 764/2002); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (ley 765/2002); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir,

Este hecho es un simple reflejo de la crisis de gobernabilidad que el país enfrenta en los últimos años⁴⁹ y por ello ilustra al mismo tiempo el déficit de legitimación del sistema político colombiano, reflejado en el paulatino deterioro de los partidos políticos en razón de su desideologización, burocratización y corrupción, que los ha desconectado por completo de la sociedad. El ingreso de dinero de las mafias del narcotráfico a la campaña del luego presidente Samper y los denunciados vínculos de algunos congresistas con grupos paramilitares, constituyen sólo los escándalos más relevantes de un sistema político que ha perdido buena parte de su credibilidad ante la opinión pública.

El fuerte presidencialismo colombiano ha convertido al Congreso de la república en un simple tramitador de las propuestas gubernamentales, sin que hasta el momento haya sido posible construir una oposición que lleve a cabo un efectivo control político. Cuando no es que buscando congraciarse con una sociedad cada vez menos identificada con el sistema político en general y los partidos en particular, los políticos colombianos se dedican a presentar proyectos y a aprobar leyes que consideren rentables ante una indiferente opinión pública, entre las cuales las de contenido penal suelen ser siempre las favoritas.

No sorprende entonces que este deterioro de la política coincida con una época caracterizada por un elevado protagonismo judicial y muy particularmente de la justicia constitucional⁵⁰. Protagonismo que se atribuye

Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, (ley 800/2003); Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (ley 804/2003); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Ley 808/2003); Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (ley 830/2003); Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes (ley 837/2003); Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (ley 970/2005); Convenio sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito (ley 1017/2006); Convención Interamericana contra el Terrorismo (ley 1108/2006).

⁴⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, C., UPRIMNY, R. y GARCÍA VILLEGAS, M., "Entre el protagonismo y la rutina...", pp. 7-9; URIBE DE HINCAPIÉ, M. T., "Crisis política y gobernabilidad en Colombia 1980-1995", en *EP*, 1996 (7/8), p. 39-59; OCAÑO, J. A., "Economía, conflicto y gobernabilidad en Colombia", en *EC*, 2004 (302), pp. 25-49.

⁵⁰ Sobre el tema, UPRIMNY, R. "La justicia colombiana...", pp. 1-6; RODRÍGUEZ, C., UPRIMNY, R. y GARCÍA VILLEGAS, M., "Entre el protagonismo y la rutina...", pp. 24-33.

también a la expedición de la Constitución de 1991, que no sólo amplió de forma considerable el catálogo de derechos sino que creó la denominada acción de tutela, mecanismo que permite a cualquier persona solicitar a los jueces la protección de sus derechos fundamentales. Esta Constitución reafirmó al mismo tiempo un sistema difuso y público, ampliamente democrático, de control constitucional, que permite a los ciudadanos demandar ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de una ley, situación que ha llevado al máximo tribunal de lo constitucional a participar activamente en la configuración del modelo de justicia existente, con todas las consecuencias positivas y negativas que ello suele acarrear.

El balance de la jurisprudencia constitucional en esta materia es sin embargo contradictorio, pues en lo que toca estrictamente con el tema penal, la Corte Constitucional ha defendido tanto posiciones de defensa de las garantías penales fundamentales⁵¹, como también muchas otras veces ha asumido posiciones totalmente contrarias, sobre todo cuando se trata de leyes penales expedidas con fines promocionales o que tienen que ver con el control del orden público o la criminalidad organizada, materias en las cuales ha sido ampliamente generosa con el poder punitivo⁵². Mas en todo

⁵¹ Entre otras, las sentencias sobre la despenalización del consumo de drogas (C-221/1994), la permisión de algunos casos de eutanasia (C-239/1997), la defensa técnica (C-049/1996), la limitación de la detención preventiva (C-774/2001) y más recientemente la admisión de algunos supuestos de justificación del aborto (C-355/2006). Los fallos más trascendentales de los últimos años han sido la declaración de inconstitucionalidad de la ley 684/2001 ("Estatuto para la seguridad y defensa nacional") y del acto legislativo 02/2003 ("Estatuto antiterrorista"), mediante lo cuales se pretendió imponer un "estado de excepción" permanente, lo que de hecho implicaba un cambio en el modelo de Estado (sentencias C-251/2002 y C-816/2004, respectivamente). Así mismo debe mencionarse la sentencia C-370/2006, que limitó los alcances de la denominada "ley de justicia y paz" (ley 975/2005).

⁵² También sólo a manera de ejemplo, la Corte Constitucional declaró ajustadas a la Constitución las penas de 60 años de prisión (C-565/1993); la conversión en ordinaria y permanente de buena parte de la legislación dictada en vigencia del estado de sitio conforme a la Constitución anterior, entre otras la que permitió en su momento la existencia de "jueces sin rostro" (C-053/1993); la legalización de las "cooperativas" de seguridad privada (C-572/1997); el disparate dogmático y constitucional que supone el delito de "enriquecimiento ilícito de particulares" (C-319/1996), etc. Un amplio análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia penal puede verse en OROZCO ABAD, I. y GÓMEZ ALBARELLO, J. G., *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*,

caso, bien a través del control constitucional o de la revisión de acciones de tutela, lo cierto es que a la Corte Constitucional le ha correspondido pronunciarse de forma permanente sobre un número tal de asuntos que tocan con la interpretación de las normas penales, que no resulta exagerado afirmar que en Colombia no se puede conocer hoy en día a cabalidad la legislación penal vigente prescindiendo de la jurisprudencia constitucional.

Este protagonismo judicial sucede en una realidad especialmente problemática como la colombiana y en momentos de un creciente desdén de los ciudadanos hacia la política, que ha conducido a ciertos sectores sociales a esperar y a veces a exigir del poder judicial respuestas a problemas cuya solución normalmente corresponde al plano de la política⁵³. Y dado el compromiso de un sector de la judicatura nacional con la defensa de los derechos ciudadanos, lo anterior ha derivado, como explica Uprimny, en que “el aparato de justicia, que no tiene origen popular, sea a veces percibido como más democrático que los órganos políticos elegidos por voto, con lo cual ha operado un cierto desplazamiento, bastante paradójico, de la legitimidad democrática del sistema político al sistema judicial”⁵⁴.

5. Orientación político criminal y rasgos ideológicos de las recientes reformas penales

La alta complejidad y conflictividad de la realidad colombiana se evidencia en una legislación contradictoria y de muy variado contenido, reflejo de la falta de consenso en torno a la orientación del sistema penal

Bogotá, IEPRI - Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997; además, LOPERA MESA, G. P., “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)”, en *NFP*, 2005 (67), pp. 13-63; APONTE, A., *Guerra y derecho penal de enemigo...*, pp. 523-570; REYES CUARTAS, J. F., “El papel de la Corte Constitucional en la protección de las garantías penales en Colombia”, en SOTOMAYOR ACOSTA, J. O. (Coordinador), *Garantismo y derecho penal*, pp. 181-196; CALLE CALDERÓN, A. L., “La Corte Constitucional y las garantías penales”, en SOTOMAYOR ACOSTA, J. O. (Coordinador), *Garantismo y derecho penal*, pp. 217-222.

⁵³ UPRIMNY, “La justicia colombiana...”, pp. 5-6.

⁵⁴ UPRIMNY, “La justicia colombiana...”, p. 6.

colombiano⁵⁵. Ello supone una dificultad adicional al momento de valorar la profusa legislación penal colombiana, pues son pocas las leyes que pueden ser asignadas de manera fácil o en su integridad a un determinado modelo político criminal. Lo más usual, sobre todo cuando se trata de códigos o de leyes de amplia cobertura, es que confluyan diferentes corrientes ideológicas y políticas, dejando de lado, claro está, los fines manifiestos de las reformas, casi nunca coincidentes con aquellos que emergen una vez se analiza su contenido. No obstante y sólo a efectos de ofrecer un panorama global sobre las leyes más recientes, se pueden destacar algunas tendencias orientadoras del derecho penal actual.

a. *Actualización legislativa*

La primera tendencia la integran aquellas leyes orientadas a la actualización legislativa, entre las que habría que ubicar en primer lugar las diferentes codificaciones. Desde 2000 se han expedido en el país un código penal (ley 599/2000), dos códigos de procedimiento penal (ley 600/2000 y ley 906/2004) y el código de la infancia y la adolescencia (ley 1098/2006). También habría que incluir en esta misma orientación a la ley reguladora del *habeas corpus* (ley 1095/2006)⁵⁶ y algunas cuantas leyes que reformaron el CP, como el art. 42 de la ley 633/2000, que mantuvo la vigencia después de la expedición del nuevo CP de la exención de responsabilidad penal por el pago o acuerdo de pago de las sumas adeudadas por concepto de IVA o retención en la fuente, a su vez reformado por el 21 de ley 1066/2006; la ley 685/2001 (código de minas), en cuyos arts. 159 a 165 se amplían los supuestos del delito de explotación de yacimiento minero y otros materiales (actual art. 338 CP) y se crea una pena accesoria de inhabilidad especial; la ley 747/2002 que modificó sustancialmente el delito de trata de personas (ya no restringido a la prostitución); y finalmente la ley 750/2002, que consagra la prisión domiciliaria y el trabajo comunitario para la “mujer

⁵⁵ UPRIMNY, “La justicia colombiana...”, p. 5; en general, pp. 1-6; de igual opinión, APONTE, A., *Guerra y derecho penal de enemigo...*, p. 646.

⁵⁶ La acción de *habeas corpus* fue regulada en el CPP de 2000, en sus arts. 4 y 382 a 389. No obstante, dichos artículos fueron declarados inconstitucionales mediante la sentencia C-760/2001, por considerar la Corte Constitucional que dicha acción debía ser objeto de ley estatutaria.

cabeza de familia”⁵⁷.

1. El “código penal de la Constitución” (ley 599/2000)

El CP de 2000 surgió inicialmente de la necesidad de unificar la legislación penal, ante la gran cantidad de leyes especiales y complementarias del CP de 1980 hasta entonces vigentes⁵⁸. No obstante, el proyecto presentado por el fiscal general de la nación no se circunscribió a simplemente recopilar la dispersa legislación existente sino que introdujo importantes modificaciones tanto en la parte general como especial, argumentando fundamentalmente la necesidad adecuar la legislación penal a los postulados de la Constitución de 1991 y a las “necesidades de modernización y adecuación de la legislación para una sociedad cambiante que ha evolucionado considerablemente desde la década del ochenta”⁵⁹. Y aunque en ningún momento se explicitaron los artículos del CP anterior considerados contrarios a la nueva carta constitucional o se expusieron las transformaciones sociales que ameritaban la modificación de las normas penales, lo cierto del caso fue que se presentó y aprobó, casi sin discusión alguna⁶⁰.

En general puede decirse que se trata de un código ecléctico, tanto en su orientación político criminal como en su parte dogmática, aunque con un predominio, en el primer caso, de una concepción ampliamente intervencionista en materia penal y con una fuerte presencia de las

⁵⁷ Dado que la ley justificaba dicha medida en la protección de la familia y muy en especial de los hijos menores de edad, la Corte Constitucional la declaró exequible (C-184/2003), “en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el *interés superior del hijo menor o del hijo impedido*”.

⁵⁸ Sobre la evolución de la legislación penal en Colombia véase a VELÁSQUEZ, F., *Manual de derecho penal, parte general*, 3ª edición, Medellín, Comlibros, 2007, pp. 193-205.

⁵⁹ “Exposición de motivos”, en LÓPEZ MORALES, J., *Antecedentes del nuevo Código Penal*, Bogotá, Editorial Doctrina y Ley, 2000, p. 11. Gaceta del Congreso, No. 139, Bogotá, 1998.

⁶⁰ Un análisis crítico de la génesis y tramitación de la reforma emprendida por el entonces fiscal general Alfonso Gómez Méndez, que incluyó la propuesta de tres códigos (penal, procedimiento y ejecución penal, aunque finalmente este último no alcanzó a aprobarse), en GROSSO GARCÍA, M. S., *La reforma del sistema penal colombiano*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1999.

funciones simbólicas del derecho penal. Sobresale también su excesivo tecnicismo, a lo cual suma una muy descuidada redacción, propia de la forma improvisada como se elaboró⁶¹.

a) En lo tocante a la estructura del delito, se reformularon muchos de los conceptos centrales de la teoría del delito (error, autoría, participación, omisión impropia, dolo eventual, culpa, inimputabilidad, comunicabilidad de circunstancias, entre otros)⁶², a veces de forma innecesaria y casi siempre de espaldas a los desarrollos de la propia doctrina nacional⁶³, hasta el punto que algunos de los cambios y normas introducidos parecieran orientarse más a zanjar debates sobre la teoría del delito que a resolver problemas concretos de la aplicación de la ley colombiana.

b) Respecto de la parte especial, pese a que supuestamente la tipificación de conductas se hizo consultando el principio de intervención mínima⁶⁴, el CP refleja una tendencia expansiva importante, que se concreta en la creación de alrededor de sesenta nuevos delitos, así como la conversión en delitos de más o menos unas quince conductas antes tratadas como contravenciones (o faltas); sin contar como tales a una gran cantidad de delitos que se encontraban dispersos en la legislación

⁶¹ Así también lo destaca, VELÁSQUEZ, F., *Manual...*, p. 204.

⁶² Sobre algunas de las más importantes modificaciones de la parte general, desde distintos puntos de vista, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *La reforma al sistema penal*, Bogotá, 1999; VELÁSQUEZ, F., "La teoría de la conducta punible en el nuevo código penal", en *NFP*, 2000 (63), pp. 15 y ss.; EL MISMO, "La teoría del error en el proyecto de código penal colombiano de 1998", en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Directores), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Cuenca, U. de Castilla-La Mancha y U. de Salamanca, 2001, pp. 1375-1387; CADAVID QUINTERO, A., "El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal", en *NFP*, 1999 (61), pp. 57-87; GÓMEZ PAVAJEAU, C. A., *Estudios de dogmática en el nuevo código penal*, Bogotá, GUSTAVO IBÁÑEZ, 2002; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "La problemática de la codelincuencia en el código penal colombiano (complicidad y acuerdo previo; el 'interviniente' del art. 30, párrafo final)", en *DPC*, 2005 (77) pp. 57 a 61; ARIAS HOLGUÍN, D. P. y SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., "Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción del deber", en *DPCRI*, 2006 (15), pp. 133-190; y ESCOBAR VÉLEZ, S., *El "actuar en lugar de otro" en el código penal colombiano (Aproximación al fundamento, ámbito de aplicación y problemas más relevantes de la fórmula del art. 29 inciso 3)*, Cuadernos de Investigación, No. 44, Medellín, Universidad EAFIT, 2006.

⁶³ De otra opinión, VELÁSQUEZ, F., "La teoría de la conducta punible...", p. 30.

⁶⁴ "Exposición de motivos", p. 13.

penal complementaria y que fueron incorporados también al código penal prácticamente sin excepción (incluyendo muchos provenientes de la anterior legislación de orden público).

c) El CP de 2000 también se caracteriza por la dureza de su sistema de sanciones⁶⁵, pues si bien rebajó en su momento la pena máxima de prisión a los 40 años, aumentó al mismo tiempo la pena mínima de un buen número de delitos y extendió de forma generalizada la pena de multa, en la mayoría de casos como complementaria de la prisión y de montos muchas veces impagables. A ello se suma un nuevo sistema de determinación de la pena que tiende a la imposición del grado máximo⁶⁶.

2. *Las reformas al proceso penal (leyes 600/2000 y 906/2004)*

En la línea de las reformas realizadas en alguna medida con una perspectiva de actualización legislativa debe mencionarse la expedición de los códigos de procedimiento penal. El CPP de 2000 (ley 600) se presentó por el entonces fiscal general de la nación Alfonso Gómez Méndez junto con el actual CP y el fallido proyecto de código de ejecución de penas, por lo que surge en el mismo contexto del ya comentado estatuto sustantivo. Por su parte la ley 906/2004 fue aprobada a partir de una previa y quizás innecesaria⁶⁷ reforma constitucional (acto legislativo 03/2002), que instauró un sistema de tendencia acusatoria y oral. Las razones por las cuales se presentó a consideración del Congreso una reforma integral al procedimiento penal a menos de un año de la entrada en vigencia del código de procedimiento penal anterior son un verdadero misterio, que al parecer tiene que ver con razones partidistas y rivalidades personales entre los fiscales que lideraron ambas propuestas y no tanto con razones de fondo, las cuales sólo se adujeron después para justificar la reforma. Los

⁶⁵ En igual sentido, VELÁSQUEZ, F., *Manual...*, p. 204.

⁶⁶ Sobre el nuevo sistema de determinación de la pena, POSADA MAYA, R. y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H. M., *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Medellín, Diké-Universidad Pontificia Bolivariana, 2001.

⁶⁷ Cfr. UPRIMNY, R., "El desafío de la reforma al procedimiento penal: ¿ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y de la investigación criminal en Colombia?", Ministerio de Justicia y del Derecho y Universidad Nacional de Colombia, *Foro Reforma Integral al Sistema Penal*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, pp. 33-56; CALLE CALDERÓN, A. L., "Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación", en *NFP*, 2005 (67), pp. 153-154.

dos estatutos regulan de manera comprensiva los distintos aspectos usuales de un código procesal penal, aunque dadas las diferencias de perspectiva los cambios desde el punto de vista de la dogmática procesal entre ellos son de mucha importancia.

Como se trata sólo de destacar la orientación político criminal y los rasgos ideológicos de las reformas, quizás sea suficiente con resaltar, por sus desastrosos efectos en la legislación sustantiva, la creciente autonomía del proceso penal como mecanismo de control⁶⁸, en tanto pareciera que ahora el objetivo de la persecución penal no fuera ya (o al menos no sólo) la imposición de una pena por el delito cometido, sino procesar a quien se cree que lo ha cometido. Tal hecho se manifiesta principalmente a través de un predominio de la detención preventiva como objetivo concreto de la persecución penal, que la está convirtiendo en un equivalente funcional de las medidas de seguridad predelictuales, con un claro predominio de las nociones de peligrosidad y defensa social⁶⁹.

Lo anterior está provocando a su vez, de manera indirecta, un generalizado y desmesurado incremento del mínimo de las penas, toda vez que los dos códigos de procedimiento penal vigentes (leyes 600/2001 y 906/2004), hacen depender la procedencia de la detención preventiva de que el delito imputado tenga una pena mínima igual o superior a los 4 años de prisión; cosa parecida ocurre con la detención domiciliaria, que sólo procede por delitos sancionados con una pena mínima de 5 años. Pues bien, para obligar a la detención preventiva (o evitar la procedencia de la detención domiciliaria) en desarrollo de la tendencia legislativa que se comenta, el legislador penal colombiano ha optado por el camino más fácil: ha aumentado la pena mínima de los delitos hasta el tope exigido por la ley procesal para imponer la medida cautelar. El resultado: un inimaginable

⁶⁸ Lo cual no es ninguna novedad, aunque antes, como ha ocurrido en otros lugares, se había dado en el marco de la legislación penal de emergencia; al respecto, MUÑAGORRI, I., "Algunas notas sobre el proceso penal como momento de criminalización y de control social, con comentarios a la reciente normativa española", en BERGALLI, R. y BUSTOS, J., *El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pp. 299-319, en especial, pp. 303-305.

⁶⁹ Cfr. HERNÁNDEZ, T., *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977; TERRADILLOS, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, Akal, 1981; y SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, pp. 119-129.

endurecimiento punitivo con fines exclusivamente procesales, que se comentará más adelante.

La otra gran característica de las recientes reformas procesales es la búsqueda de la condena a cualquier precio. Esta tendencia se acentuó en el nuevo CPP de 2004, que consagró tanto la posibilidad de acuerdos entre la fiscalía y el procesado como el principio de oportunidad, pero sus bases ya se encontraban en el CPP de 2000, que al igual que su homólogo penal del mismo año convirtió en legislación ordinaria y permanente gran parte de la legislación de emergencia anterior, entre otras la orientada a promover la colaboración del procesado, es decir, a facilitar su condena: beneficios por colaboración eficaz (art. 413), reducción de pena por confesión (art. 283) y la sentencia anticipada (art. 40).

Como es fácilmente apreciable, esta configuración del proceso penal actual ha sido la opción escogida por el legislador colombiano para enfrentar (y ocultar) la tantas veces mencionada incapacidad investigativa del Estado. En realidad, se trata de una política legislativa muy torpe desde el punto de vista práctico, ya que al déficit investigativo que por supuesto persiste habrá que agregar ahora los costos políticos de la desnaturalización del proceso penal, que paulatinamente deja de funcionar alrededor de la contradicción probatoria (es decir, deja de ser proceso) para hacerlo en torno a la confesión, la delación o la aceptación de cargos.

En definitiva, estos estatutos procesales parecen reflejar cambios cualitativos en la política penal, que por su repercusión en otras reformas legislativas más recientes se analizarán con mayor detalle más adelante como una orientación político-criminal autónoma.

3. *El nuevo código de la infancia y la adolescencia (ley 1098/2006)*

El recién expedido CIA (ley 1098/2006) constituye un buen ejemplo de los vaivenes de la política legislativa penal en Colombia, porque a diferencia de las leyes más recientes, en términos generales satisface un buen porcentaje de demandas de mayores garantías en el ámbito de responsabilidad penal juvenil⁷⁰, no obstante su severidad en materia de privación de libertad, las

⁷⁰ El nuevo CIA reemplaza al anterior código del menor (decreto 2737/1989), que permanecía anclado en la ideología de la situación irregular; cfr. LONDOÑO BERRÍO, H. L. y SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., "El código del menor: ¿una nueva política criminal?", en *NFP*, 1990 (49), pp. 16-40; SOTOMAYOR ACOSTA, J. O.,

dudas sobre el tratamiento de los menores vinculados al conflicto armado y de los rasgos de populismo punitivo apreciables en los casos de delitos contra menores (arts. 199 y 200). Ello no deja de llamar la atención por cuanto el código fue tramitado en medio de una serie de leyes claramente orientadas al endurecimiento punitivo (leyes 890/2004 y 1142 de 2007 por citar sólo dos ejemplos).

Según la exposición de motivos, el nuevo CIA pretende actualizar la legislación sobre la materia conforme a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño que Colombia había aprobado años atrás (ley 12/1991), tras varios intentos fallidos con anterioridad. Este compromiso internacional y sobre todo el hecho de que el proyecto hubiese sido el producto de un trabajo colectivo durante varios años de un grupo de organizaciones nacionales e internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, reunidas bajo la "Alianza por la Niñez Colombiana"⁷¹, hizo posible la aprobación de una legislación que en términos generales satisface los estándares internacionales sobre la materia, no obstante el complicado trámite en el Congreso de la república, que implicó algunas modificaciones sustanciales, sobre todo en lo atinente a la regulación de las medidas privativas de la libertad (art. 187).

En el marco de la denominada doctrina de la protección integral⁷² (art. 7), se pueden mencionar como rasgos relevantes en el tema de la responsabilidad penal para adolescentes, los siguientes:

a) Están sometidos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes las personas entre 14 y 18 años al momento de realizar el hecho.

b) Se consagran como sanciones aplicables al adolescente la amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semi-cerrado y

"Responsabilidad o irresponsabilidad penal del menor en Colombia: un falso dilema", en *ED*, 1998 (130), pp. 143-156; GALLEGO GARCÍA, G. M., "El tratamiento jurídico- penal del menor en Colombia", en *JD*, No. 29, Madrid, 1997, pp. 94-104; y HALL GARCÍA, A. P., "Aproximación al problema de la responsabilidad penal del menor en Colombia", en *RIDP*, 2004 1-2 (75), pp. 231-262.

⁷¹ Los interesantes antecedentes del proyecto de CIA son relatados de forma minuciosa en la "Exposición de motivos", en *GC*, 2005 (551), pp. 25-26 [consultable también en <http://www.secretariasenado.gov.co>].

⁷² Ver GARCÍA MÉNDEZ, E., *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, Forum Pacis, 1994.

privación de libertad en centro de atención especializado (art. 177) y a diferencia del sistema anterior, en el art. 178 se establecen los criterios para definir su aplicación.

c) Según el art. 187, la privación de la libertad en centro de atención especializada sólo es aplicable, en principio, a las personas entre los 16 y los 18 años de edad, responsables de delitos “cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión”. No obstante, dicha medida podrá imponerse incluso a los sujetos de 14 años en adelante, cuando su responsabilidad sea por homicidio doloso, secuestro o extorsión, eventos en los que la sanción tendrá una duración de 2 a 8 años. Aunque según el mismo artículo, en cualquier caso una parte de la sanción privativa de libertad “podrá ser sustituida por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez”.

d) Las mejores y más importantes novedades del CIA se encuentran en el aspecto procesal, ámbito en el que se regulan de forma detallada las garantías procesales en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes (arts. 151 a 162), bajo el entendido de que los derechos del adolescente acusado de cometer o participar en un delito “son, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004” (art. 151).

b. *El nuevo rumbo de la justicia penal en Colombia: el proceso como condena y la condena sin proceso*

1. *El proceso como condena*

Como se indicó antes, uno de los rasgos distintivos de las reformas procesales ha sido la transformación del proceso penal en objetivo prioritario de la intervención penal, es decir, en un fin en sí mismo. A dicha inversión del papel del proceso mucho ha contribuido el rol que ha asumido desde su creación la fiscalía general de la nación, pues, en medio de una notable precariedad investigativa estatal y de los desafíos de la criminalidad organizada de las mafias del narcotráfico, a partir de las reformas de 1991 se hizo especialmente notoria la desmedida acumulación de poderes en cabeza de la fiscalía general de la nación, cuya actividad se convirtió en eje de la justicia penal y generadora de una ideología que trasciende el ámbito estrictamente judicial. En efecto, de la mano de un manejo ligero

e irresponsable de los asuntos atinentes a la criminalidad por parte de los medios de comunicación, una fiscalía que también tenía a su cargo funciones jurisdiccionales como la de ordenar capturas, allanamientos, detenciones, entre otras, terminó asumiendo un rol casi policivo de “lucha contra la criminalidad”, lo cual no sólo al interior de la institución misma sino en el imaginario social, terminó reduciendo la justicia penal a la actuación de su ente investigador; luego, una detención es vista ya como la satisfacción del objetivo penal y una libertad provisional (es decir, sin levantamiento de los cargos) comenzó a ser percibida como sinónimo de fracaso e impunidad.

El resultado de esta política es bastante previsible: según datos del INPEC⁷³ a mayo de 2007 había un total de 60.139 reclusos en Colombia, de los cuales 43.657 tienen la calidad de detenidos, es decir, el 72.59%; además, los altos índices de hacinamiento carcelario han empezado ya a disparar las alarmas de los organismos internacionales de defensa de los derechos humanos y de algunas instituciones estatales⁷⁴.

Claro que el amplio número de detenidos no es ninguna novedad en los sistemas penales latinoamericanos⁷⁵ y muchos menos en el colombiano⁷⁶. Lo nuevo está en que en los últimos años las normas penales sustantivas colombianas se han ido acomodando a esta realidad, hasta el punto que hoy en día la fijación de la pena abstracta de una figura delictiva por parte del legislador, no se hace con base en los tradicionales criterios del grado de injusto y de culpabilidad, o inclusive de la necesidad de pena,

⁷³ Dichas cifras se pueden consultar en <http://www.inpec.gov.co>, aunque debe aclararse que el INPEC manipula las cifras al presentar diferenciados el número de sindicados, condenados en primera instancia y condenados en segunda instancia, cuando sólo los últimos tienen la calidad de condenados.

⁷⁴ Consultar los informes de la ACNUDHC, “Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos”, informe del 31 de octubre de 2001 [disponible en: <http://www.hchr.org.co>]; Defensoría del Pueblo, “Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia”, Bogotá, 2003, consultado en <http://www.defensoria.org.co>; y Procuraduría General de la Nación, “El sistema de prisiones colombiano opera bajo niveles de presión crecientes; los derechos humanos de las personas privadas de libertad en riesgo”, en <http://www.procuraduria.gov.co> [consultado 16/07/2007].

⁷⁵ Cfr. CARRANZA, E. y otros, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José, ILANUD, 1998.

⁷⁶ Al respecto la sentencia T-153/1998, en la cual la Corte Constitucional declaró la situación de las cárceles colombianas como un “estado de cosas inconstitucional”.

sino en atención a su repercusión sobre los presupuestos de la detención preventiva o la libertad provisional, o inclusive la detención domiciliaria, de conformidad con las normas procesales vigentes.

La legislación procesal, no obstante, conserva ese carácter ambivalente característico del derecho penal colombiano en general, que impide afirmar que se esté ante una situación irreversible. En efecto, la primera restricción al abuso de la detención preventiva la hizo la Corte Constitucional, que mediante la sentencia C-774 de 2001 estableció que para la imposición de la detención preventiva “no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”⁷⁷. De manera que, en opinión del tribunal constitucional, para la imposición de la detención preventiva no basta que se trate de un determinado delito o que este tenga prevista una cantidad de pena exigida por la ley, pues siempre habrá que acreditar su necesidad en el caso concreto, y en tal sentido decretó la constitucionalidad condicionada del art. 357 de la ley 600/2000.

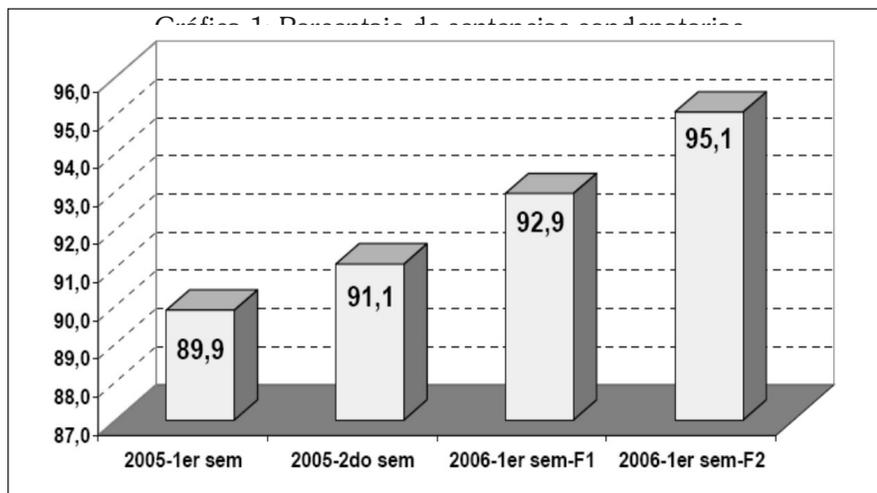
Esta exigencia que puede parecer elemental en sistemas con un mayor grado de respeto de la presunción de inocencia, tiene en el caso colombiano, por lo reseñado antes, una trascendencia extraordinaria, al cuestionar uno de los pilares básicos del eficientismo actual. Igual valoración cabe hacer de un importante cambio introducido por la ley 906/2000, al despojar a la fiscalía de sus poderes jurisdiccionales, entre ellos el de decretar la detención preventiva y reafirmar en sus arts. 295 y 296 el principio de libertad y la finalidad estrictamente procesal de las restricciones a la misma. Conforme al nuevo sistema, por regla general sólo el juez de control de garantías puede decretar la medida de aseguramiento previa solicitud del fiscal (art. 308), quien deberá aportar “los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente” (art. 306). Se trata de una efectiva pérdida de poder de la fiscalía en el proceso, que podría significar una quiebra importante de la línea ideológica que se comenta. Por ello no es de extrañar que el manejo de la libertad en el proceso haya sido foco de tensión en los primeros años de funcionamiento del nuevo estatuto

⁷⁷ Un amplio análisis de la jurisprudencia en esta materia, en LONDOÑO BERRÍO, H. L., “La detención preventiva en las jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia (Reflexiones a propósito de la sentencia C-744 de 2001)”, en *NFP*, 2003 (65), pp. 191-270.

procesal⁷⁸ y también objeto de los primeros signos de contrarreforma (ley 1142/2007).

2) La condena sin proceso

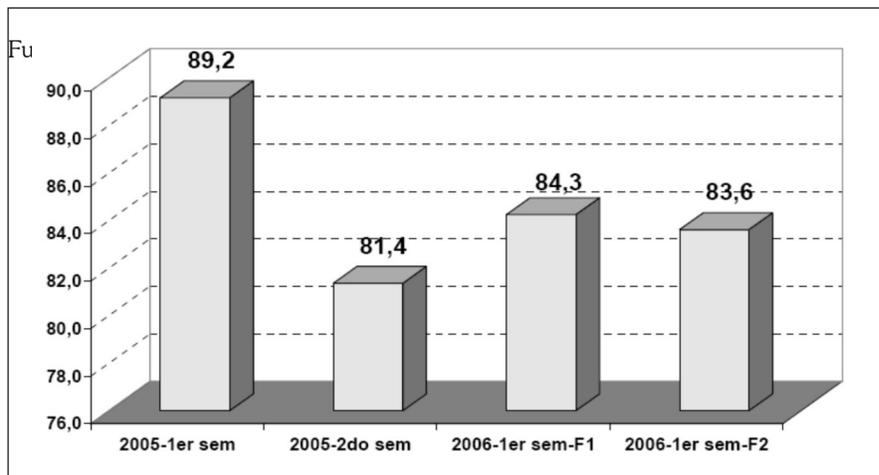
La orientación a una condena sin proceso se ha hecho más visible a partir de la entrada en vigencia de la más reciente reforma al proceso penal (ley 906/2004), de la que se ha afirmado que adoptó como modelo el proceso norteamericano y no otro precisamente por su orientación efficientista⁷⁹. Así lo demuestran, además, los primeros datos que se conocen sobre el funcionamiento del nuevo sistema, tanto en su fase I (Bogotá y eje cafetero) como en la fase II (Medellín, Valle y otros), como se puede apreciar en las siguientes gráficas⁸⁰.



⁷⁸ Cfr. APONTE, A., *Guerra y derecho penal de enemigo...*, pp. 415.

⁷⁹ CALLE CALDERÓN, A. L., "Acerca de la reforma procesal penal...", pp. 157-158. Sobre algunas características del proceso penal norteamericano, SCHÜNEMANN, B., "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", en el mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 288-302; y GUERRERO PERALTA, O. J., "El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental", en *ADCL*, 2006, pp. 1047-1069.

⁸⁰ Tomadas de CEJ, "Observatorio ciudadano del sistema acusatorio", pp. 45 y 54, en <http://www.cej.org.co>.



Fuente: CEJOSPA

Según estos datos, el nuevo sistema penal acusatorio ha comenzado a funcionar como una máquina de producción de condenas, con lo cual, en razón del alto porcentaje de sentencias con aceptación de cargos (como puede apreciarse en la gráfica 2), el sistema está cumpliendo a cabalidad con el objetivo para el que al parecer fue creado: producir condenas sin proceso⁸¹.

A esta máquina eficientista hay que sumarle el nuevo motor que en tal sentido puede significar el principio de oportunidad (arts. 321 a 330),

⁸¹ Así por lo demás lo expresa la gran impulsora e ideóloga de la reforma, la Corporación Excelencia en la Justicia, en CEJ, "Observatorio ciudadano...", p. 46: "El 80%, aproximadamente, de sentencias con aceptación de cargos representa un *gran avance* en comparación con la proporción de sentencias anticipadas en el sistema anterior que sólo alcanzaba el 29%. *Este resultado indica que el modelo se está desarrollando de la manera en que fue concebido pues se esperaba que un alto número de procesos concluyera de esta manera*" (cursivas fuera de texto).

que pese a su todavía escasa aplicación⁸² amenaza con aumentar aún más la selectividad del sistema penal colombiano, con el riesgo adicional que un mecanismo como este supone en un país en el que la utilización (y no utilización) estatal del derecho penal con fines políticos no es ninguna novedad⁸³.

Como el problema de la justicia penal colombiana es sin embargo estructural y no de las formas del proceso o de configuración formal de la ley sustantiva, lo que parece estar sucediendo es simplemente la acomodación del nuevo sistema acusatorio a la realidad existente. No ha habido cambios en los resultados pues al igual que el “viejo sistema” en la práctica el sistema acusatorio sólo está funcionando para los casos de flagrancia o con imputado conocido, es decir, para los casos más fáciles de resolver desde el punto de vista investigativo.

En otras palabras, el sistema se muestra especialmente eficiente con la criminalidad de bagatela⁸⁴, frente a la cual la verdad es que todos los sistemas penales suelen funcionar demasiado bien. Por el contrario, el problema de fondo, es decir, la debilidad investigativa generalizada y muy particularmente frente a las manifestaciones más graves de la criminalidad se mantiene intacta. No es de extrañar, en consecuencia, que a menos de dos años de su puesta en vigencia el sistema ya presente importantes signos de congestión en la fase de indagación⁸⁵, tal como sucedía en el sistema anterior. Por ello es de temer que el afán eficientista por mostrar resultados inmediatos ponga en riesgo algunos evidentes logros del sistema en materia de garantías procesales, cuya realización efectiva presupone la existencia de proceso, que es lo que casi no hay todavía.

3) *La consolidación de la tendencia: las leyes 890/2004 y 1142/2007*

⁸² Según los datos de CEJ, “Observatorio ciudadano...”, p. 40, entre enero de 2005 y junio de 2006, se ha dado aplicación al principio de oportunidad en 904 ocasiones.

⁸³ Llama la atención sobre este aspecto, CALLE CALDERÓN, A. L., “Acerca de la reforma procesal penal...”, pp. 162-165.

⁸⁴ Así lo corroboran los datos del Consejo Superior de la Judicatura, “Sistema penal acusatorio. 2 años de expedición del código de procedimiento penal”, Documento SA-0101, pp. 13-14 [disponible en www.ramajudicial.gov.co].

⁸⁵ Como informa la CEJ, “Observatorio ciudadano...”, p. 52.

Esta tendencia se ha consolidado con la expedición de las leyes 890/2004 y 1142/2007. La primera de ellas aumentó el máximo de la pena de prisión hasta los 60 años en caso de concurso de delitos y hasta los 50 para delitos en particular (arts. 1 y 2). Pero lo verdaderamente increíble fue el aumento generalizado de penas previsto en el art. 14, que ordenó para todos los delitos un incremento de la pena mínima en una tercera parte y del máximo en la mitad. Si un aumento generalizado de penas como éste es en sí mismo cuestionable en un país cuyo sistema de penas no se caracteriza precisamente por su moderación, el asunto raya en lo demencial cuando se conocen los motivos tenidos en cuenta para proponer y aprobar dicho incremento: la negociación y preacuerdos de pena entre la fiscalía y el procesado⁸⁶.

Se trataba simple y llanamente de “aceitar” de manera adecuada la máquina eficientista de producción de condenas en que desde un comienzo se ha querido convertir el proceso acusatorio, para lo cual se requería entonces disponer de unas penas lo suficientemente altas para constreñir al imputado a negociar o a la aceptación de cargos. O simplemente con el argumento de que al finalizar las rebajas la pena siga siendo de alguna manera proporcional al delito cometido⁸⁷.

De otra parte, como ya se indicó, la orientación a la detención preventiva está provocando a su vez otro aumento considerable y generalizado de penas: así sucedió en la misma ley 890/2004 en relación con algunos delitos

⁸⁶ “Exposición de motivos”, en GC, 2003 (345) [consultada en: <http://www.secretariassenado.gov.co>].

⁸⁷ Véase la intervención en tal sentido del representante Navas Talero, ponente del proyecto, en la plenaria de la Cámara de Representantes, en GC, 2004 (391), [consultada en <http://www.secretariassenado.gov.co>]. Pese a la irracionalidad tanto de las medidas adoptadas como de los argumentos, la ley ha superado en términos generales las evaluaciones de la Corte Constitucional (sentencias C-193/2005, C-194/2005, C-823/2005, entre otras). Con una agravante adicional: la ley 890/2004, a diferencia de lo ocurrido con el sistema acusatorio (ley 906/2004) cuya implementación ha sido gradual, entró a regir de inmediato en todo el país, con lo cual las penas se aumentaron para todos los delitos y en todo el territorio, aun cuando los hechos fueran juzgados conforme a la ley 600/2000, que no prevé posibilidad de negociación entre fiscalía y defensa y que consagra para la sentencia anticipada una rebaja de pena menor a la del nuevo CPP; situación que ha dado lugar a graves problemas de aplicación práctica, por la evidente desigualdad punitiva entre las personas juzgadas conforme al “viejo” y el “nuevo” sistema procesal. Cfr. CSJ, Sentencias de 14/12/2005 y 7/02/2006.

contra la administración de justicia (entre ellos el falso testimonio), cuyas penas mínimas se incrementaron a los 4 ó 6 años con la sola finalidad de hacer posible la detención preventiva o de excluir la libertad provisional o la detención domiciliaria. En esta misma línea se deben mencionar la ley 813/2003 en relación con el hurto de automotores, que con ese fin pasó de considerarse un supuesto de hurto agravado (art. 241-6) a convertirse en un caso de hurto calificado (o robo); la ley 1028/2006, que incluyó el delito autónomo de hurto de hidrocarburos en el CP (antes incluido en la temporal ley 782/2002); un aumento de penas en el mismo sentido se hizo mediante la ley 1032/2006 para algunos delitos como la prestación, acceso o uso ilegal de los servicios de comunicaciones (art. 257), violación de derechos patrimoniales de autor y otros (art. 271) y usurpación de derechos de propiedad industrial y de obtentores de variedades vegetales (art. 306); así como en la más amplia y reciente ley 1142/2007, cuyo solo nombre es indicativo de la ideología que inspira su contenido: “Ley de convivencia y seguridad ciudadana”.

Esta última ley 1142/2007 supone un paso muy importante en la institucionalización de la ideología eficientista que se analiza. En primer término, porque con toda claridad se trata de una reforma que se hizo con la única pretensión de facilitar la detención en el sistema acusatorio, quizás como reacción a la posición un poco más estricta (al menos en comparación con la que tenían los propios fiscales conforme al sistema anterior) que al respecto han asumido algunos jueces de garantías, de conformidad con las exigencias de la jurisprudencia constitucional. Pero no se crea que se trata de un objetivo oculto o algo por el estilo; todo lo contrario, la propuesta reivindica abiertamente tal ideología, hasta el extremo de calificar como “impunidad” la no imposición de la detención preventiva⁸⁸.

Entre los muchos aspectos retrógrados de la ley hay dos especialmente destacables: la reforma de algunos tipos y en especial el aumento considerable de la pena mínima (entre los 4 y los 6 años), con el objetivo ya indicado, en delitos como la inasistencia alimentaria, hurto calificado, hurto agravado, receptación, delitos electorales, porte de armas y otros más. Y con idéntica finalidad se reforma el CPP en cuanto a los criterios a tener en cuenta para imponer la detención preventiva; y aunque el Congreso finalmente no aprobó la propuesta original de establecer un catálogo de

⁸⁸ Véase la exposición de motivos de los autores de la iniciativa, el ministro del interior y el fiscal general de la nación, en GC, 2006 (250) [consultada en: <http://www.secretariasenado.gov.co>].

delitos en los cuales “se presume el peligro para la comunidad” (art. 20 del proyecto original), de todas maneras la reforma reduce los poderes del juez de garantías y sobre todo exime a la fiscalía del deber de acreditar ante el juez los presupuestos materiales que justifican su solicitud de detención preventiva.

c. *Endurecimiento punitivo y supresión de garantías con fines políticos*

Las reformas tendientes al fortalecimiento de la detención preventiva son una buena muestra del endurecimiento punitivo que caracteriza la legislación penal colombiana actual, casi siempre acompañado de la limitación y a veces hasta supresión de algunas de las tradicionales garantías del derecho penal liberal. Sin embargo, esta particularidad no puede atribuirse sólo a los cambios en el procedimiento penal, ya que son apreciables también otras fuentes, entre ellas la utilización política de la ley penal como instrumento de lucha contrainsurgente.

Como se explicó antes, en los últimos años la tendencia en Colombia ha sido la de integrar en el derecho ordinario la llamada legislación de emergencia, sobre todo a raíz de las mayores exigencias impuestas por la Constitución de 1991 y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la declaración de conmoción interior. Ello ha dado lugar a la práctica desaparición de la legislación excepcional característica de la situación anterior, en la medida en que la utilización del derecho penal con tales fines se lleva a cabo ahora a través de la legislación ordinaria, y no por medio de las clásicas y hasta míticas figuras de la rebelión o la sedición, sino de delitos “comunes” como el terrorismo, secuestro, extorsión, concierto para delinquir, porte ilegal de armas, etc. En consecuencia, la más importante legislación “de enemigo” de fechas recientes es el CP de 2000, al convertir en legislación permanente buena parte de la anterior legislación de estado de sitio. Basta mirar las penas previstas para los delitos mencionados para darse cuenta de que no se trata de figuras concebidas para tratar la criminalidad común sino para enfrentar punitivamente al enemigo. Se trata, por consiguiente, de un derecho penal político, con unas particularidades muy propias de la situación colombiana⁸⁹.

⁸⁹ Véase el completo análisis realizado por APONTE, A., *Guerra y derecho penal de*

En esta dirección deben mencionarse las leyes 733/2002 y 1121/2006, que aumentaron las penas y/o incorporaron agravantes, suprimieron subrogados penales y prohibieron la amnistía y el indulto para los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión. En esta misma línea de endurecimiento punitivo con fines políticos habría que incluir también los fallidos⁹⁰ estatutos de seguridad y defensa nacional (ley 684/2001) y antiterrorista (acto legislativo 2/2003): el primero de ellos pretendió instaurar un estado de “excepción” permanente y el segundo no sólo darle rango constitucional al otorgamiento de funciones de policía judicial a las fuerzas armadas, sino también a la interceptación de correspondencia y comunicaciones privadas y a las detenciones y allanamientos sin orden judicial, cuando se realizan “para prevenir la comisión de actos terroristas”.

d. *Populismo legislativo*

La otra fuente de incrementos punitivos desmesurados la constituye el populismo legislativo de los congresistas colombianos. Según comenta Larrauri, la expresión “populismo punitivo” creada por Bottoms “se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso”⁹¹. Conforme a esta noción, en ningún caso podría incluirse como populismo punitivo la comentada utilización del derecho penal con fines políticos o procesales, pues si bien en ellos se produce un endurecimiento del derecho penal y la reducción de garantías, las mayores penas no buscan propiamente reducir el delito sino golpear directamente al “enemigo” o simplemente detener a las personas. No obstante, en el país se ha dado otro tipo de legislación en la que, en diferente grado, parecieran vislumbrarse algunas características del populismo punitivo. Tal podría ser el caso de leyes como la 679/2001, que creó los delitos de “Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores” (art. 219A)

enemigo, pp. 335-519.

⁹⁰ Ambos estatutos fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-251/2002 y C-816/2004.

⁹¹ LARRAURI, E., “Populismo punitivo... y como resistirlo”, en *JD*, 2006 (55), p. 15.

y “Omisión de denuncia” (de abusos sexuales con menores) (art. 219B); la ley 745/2002, que tipificó como contravención el consumo de drogas en presencia de menores⁹²; la ley 777/2002 que aumentó la pena del delito de tráfico de moneda falsa (art. 274); la ley 882/2004, que reformó el tipo de violencia intrafamiliar (art. 229); la ley 919/2004 que consagró el delito de comercialización de componentes anatómicos humanos; ley 985/2005 que modifica el delito de trata de personas (art. 188A); en este grupo cabe incluir así mismo algunas normas del CIA como el art. 199 que prohíbe la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional, la detención domiciliaria, rebajas de pena, etc., “cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes”⁹³.

Los delitos en los que las víctimas son menores son los que más parecen jalonar esta tendencia, que sin embargo no alcanza aún la trascendencia que tiene en otros lugares, dado el mar de leyes penales y de exacerbación punitiva de otros muy diversos signos existentes en Colombia. De todas maneras se debe matizar el uso de la expresión, o tal vez hablar de un populismo punitivo “a la colombiana”, pues el fenómeno parece obedecer a razones que nada tienen que ver con las que lo han originado en otros países⁹⁴: no es resultado del desmonte de un Estado de bienestar impensable

⁹² La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-101/2004 declaró la inconstitucionalidad del procedimiento previsto para dicha contravención, razón por la cual nunca pudo ser aplicada. La norma ha sido sin embargo recogida de nuevo en la reciente ley 1153/2007, que regula el “tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”.

⁹³ El mismo CIA prevé en su art. 48 inc. 2 la publicación en algunos espacios de radio y televisión “y por lo menos una vez a la semana”, los nombres completos y foto reciente “de las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, ‘Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales’, cuando la víctima haya sido un menor de edad”. A su vez el Concejo de Bogotá, sin ninguna competencia para ello y supuestamente en “desarrollo” de este artículo del CIA autorizó la publicación de las fotografías de abusadores de niños en muros y vallas de la capital, en lo que antes de ponerse en práctica ya se conoce como el “muro de la infamia”.

⁹⁴ Sobre el particular GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 31-70. También, para el caso europeo, WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Madrid, Alianza,

en un país como Colombia, ni es tampoco la respuesta a un aumento real de la criminalidad, mucho menos a un aumento de confianza en el sistema penal y ni siquiera a una política criminal orientada realmente a un mayor control de la delincuencia.

e. “*Derecho del conflicto armado interno*”

Uno de los aspectos que más dificulta el análisis del derecho penal en Colombia es el de su coexistencia con una situación de conflicto armado, circunstancia que -como ya se dijo- ha dado lugar a la existencia de una legislación “de enemigo”. Pero esta misma coexistencia ha convertido a la paz en un objetivo más del derecho, de donde ha surgido algo así como un “derecho del conflicto armado interno”, mediante el cual se busca de alguna manera “regular” la confrontación⁹⁵. En muchas ocasiones estas dos caras del derecho se mezclan y confunden, aunque en otras se pueden claramente deslindar. Este último podría ser el caso por ejemplo, entre la reciente legislación con implicaciones penales⁹⁶, de las leyes 759/2002, 782/2002 y 971/2005. Por el contrario la ley 975/2005 es un buen ejemplo de confusión de ambas perspectivas.

1) Ley 759/2002, “Por medio de la cual se dictan normas para dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal es y sobre su destrucción y se fijan disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersona”. Esta ley si bien implicó la creación de dos nuevos delitos en el CP (arts. 367A y 367B) con penas muy severas, pretende ir más allá de la simple criminalización de las conductas del adversario, en tanto propugna la erradicación del uso de las minas

2000, pp. 75-156; ALBRECHT, P.- A., “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, págs. 471 a 487; Díez RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *RECPC*, 2004 (06-03), pp. 1-6; LARRAURI, E., “Populismo punitivo...”, pp. 15-17.

⁹⁵ Cfr. APONTE, A., *Guerra y derecho penal de enemigo*...pp. 292-331; y PÉREZ TORO, W. F., “Orden jurídico, negociación, paz y reinserción. La constante imbricación entre política y derecho en Colombia”, en *EP*, 2005 (27), pp. 67-100.

⁹⁶ Referencias legislativas más amplias en PÉREZ TORO, W. F., “Orden jurídico, negociación...”, pp. 74-95, en especial.

antipersonal con miras a la protección de la población civil⁹⁷. Con tal fin impone obligaciones al propio Estado, en los términos previstos en la Convención de Ottawa (aprobada mediante la ley 554/2000).

2) La ley 782/2002, que “prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones”, fija el marco jurídico de las negociaciones de paz con los grupos armados ilegales. Entre múltiples aspectos esta ley permite la suspensión de las órdenes de captura de los representantes y voceros de los grupos que inicien un proceso de negociación con el gobierno, así como el indulto por delitos políticos en favor de los miembros de grupos ilegales que culminen dicha negociación o se desmovilicen de manera individual.

3) La ley 971/2005, aprobada por iniciativa del Defensor del pueblo, reglamenta el mecanismo de “búsqueda urgente” de personas desaparecidas previsto en el CPP (ley 600/2005).

4) Finalmente, habría que mencionar también la polémica ley 975/2005, conocida como “ley de justicia y paz” pero que en realidad no parece satisfacer las exigencias de la una ni de la otra⁹⁸. La ley fue producto del proceso de negociación del gobierno del presidente Uribe Vélez con algunos grupos paramilitares y pese a que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-306/2006, declaró la inconstitucionalidad (o la constitucionalidad condicionada) de algunos de sus disposiciones más polémicas, se teme que genere la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos, dado que con el procedimiento previsto será prácticamente imposible llevar a cabo una investigación que vaya más allá de los hechos que las personas involucradas hayan querido confesar. En

⁹⁷ Véase el informe de HRW, *Mutilando al pueblo. El uso de minas antipersonal y otras armas indiscriminadas por parte de la guerrilla en Colombia*, julio de 2007, [consultado en <http://www.hrw.org>].

⁹⁸ La ley ha sido criticada desde diversos sectores, en especial por los organismos nacionales e internacionales defensores de derechos humanos: HRW, “Colombia: librando a los paramilitares de sus responsabilidades”, enero de 2005 [disponible en <http://www.hrw.org>]; AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Colombia: la Ley de Justicia y Paz garantizará la impunidad para los autores de abusos contra los derechos humanos”, abril 26 de 2005 [disponible en <http://www.amnesty.org>]; ACNUDHC, “Consideraciones sobre la ley de ‘Justicia y Paz’”, junio 27 de 2005; CCJ, “Sin paz y sin justicia”, Boletín No. 6, junio 29 de 2005; CIDH, “La CIDH se pronuncia frente a la aprobación de la ley de justicia y paz en Colombia”, julio 15 de 2005 [los tres últimos documentos están disponibles en <http://www.coljuristas.org>].

efecto, ya se comentó que la debilidad investigativa del Estado colombiano constituye uno de los mayores problemas de su aparato de justicia penal, por el gran número de delitos graves que no alcanza a superar la fase de investigación previa; pues si eso es así en el campo de la justicia ordinaria, no se puede esperar que en un lapso de tiempo mucho más breve y sin recursos técnicos ni humanos se puedan esclarecer dolorosos episodios que no han podido investigarse durante años⁹⁹, la mayoría de las veces ocurridos en regiones muy apartadas de las ciudades donde se realizan los “juicios”.

Que de un trámite casi administrativo como el previsto en la ley puedan derivarse amnistías e indultos para quienes no tengan procesos judiciales abiertos o condenas, o para quienes sólo puedan ser acusados de delitos políticos (rebelión, sedición y asonada), concierto para delinquir, utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir, o fabricación, tráfico y porte de armas y municiones (art. 69), parece más propio del tipo de leyes de “perdón y olvido”. Pero además, el hecho de que algunos de los más graves crímenes cometidos por los grupos paramilitares puedan terminar con una pena máxima de 7 años de prisión no deja de entrañar una gravísima desigualdad y desproporcionalidad, cuando al tiempo que el gobierno impulsaba la aprobación de esta ley, presentaba al Congreso las ya mencionadas leyes de incrementos punitivos¹⁰⁰, entre ellas la ley 890/2004 que aumentó los mínimos y máximos de las penas para todos los delitos y después la ley 1142/2007, que entre otras disposiciones aumenta la pena del hurto calificado por la violencia contra las personas, de 8 a 16 años de prisión (art. 37). Que un ladronzuelo que realiza un hurto callejero con intimidación pueda recibir más del doble de pena que los autores de algunos de los hechos más dolorosos de la reciente historia nacional (homicidios colectivos, la mayoría de ellos en condiciones de indefensión de la víctima, desmembración de cuerpos, desapariciones de personas y un largo etcétera) es algo tan desproporcionado que jurídicamente resulta muy difícil de justificar.

Si el logro de la paz legítima o no este tipo de leyes es un interrogante

⁹⁹ En este sentido, GONZÁLEZ ZAPATA, J., “Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005”, en *EP*, 2005 (27), p. 50; así también lo han manifestado las organizaciones citadas en la nota anterior.

¹⁰⁰ Este hecho también lo resalta GONZÁLEZ ZAPATA, J., “Verdad, justicia, paz...”, p. 58.

realmente complejo, que no puede tener una respuesta sin matices. El problema de la ley 975/2005 es que ella ni siquiera supone el logro de la paz, pues “se trata de una ley que se expide no al final sino en medio de la guerra”¹⁰¹, a lo cual habría que agregar el hecho de no implicar ni siquiera el desmonte real y efectivo de las estructuras paramilitares, dado que permite la desmovilización individual, sin que ella signifique ningún compromiso respecto de las organizaciones armadas respectivas¹⁰².

Todo parece indicar que esta ley constituye más bien un nuevo uso de la legislación penal como mecanismo de guerra, porque cabe recordar que ello se puede dar por la utilización por parte del Estado tanto de mecanismos positivos como negativos; vale decir, tanto cuando se usa la ley para golpear directamente al adversario, como también cuando a través de la ley se crean mecanismos que aseguran inmunidad frente al sistema penal institucional, bien de los propios agentes estatales o de sus aliados, a través de instrumentos tales como la justicia penal militar, la obediencia debida o leyes especiales como la 975/2005.

6. El proceso de toma de decisiones

a. *Actitudes sociales, medios de comunicación y grupos de presión*

En Colombia no aparece de forma clara y directa una conexión entre la legislación penal recientemente aprobada y las inquietudes y demandas sociales. En efecto, en principio cabría suponer que al clima de radicalización existente en buena parte de la población en el tema del conflicto armado se corresponderían posiciones igualmente duras y beligerantes frente al control de la criminalidad, más aún teniendo en cuenta que al menos en las tres más grandes ciudades la gente manifiesta sentirse insegura¹⁰³. Y no es que exista un alto grado de tolerancia social ni nada que se le parezca, pues

¹⁰¹ GONZÁLEZ ZAPATA, J., “Verdad, justicia, paz...”, p. 45.

¹⁰² Como lo manifestaron en su momento, entre otros, la ACNUDH, junio 27 de 2005, p. 2 y la CCJ, “Sin paz y sin justicia”, p. 2. De hecho ya se informa del surgimiento de “nuevos” grupos paramilitares, en <http://www.elespectador.com>, “El vuelo de las águilas negras”, 27 de enero de 2007; <http://www.eltiempo.com>, “Grupos criminales ligados a narcotráfico y paramilitarismo tienen copada media Colombia de nuevo”, julio 16 de 2007.

¹⁰³ Cfr. DANE, “Encuesta de victimización”, 2003, ya citada.

precisamente los índices de criminalidad y violencia en general indican lo contrario; lo que se quiere poner de presente es que dicha intolerancia, inseguridad y radicalización no se está traduciendo en demandas punitivas concretas, como parece indicarlo el ya comentado altísimo porcentaje de hechos que no se denuncian. Tampoco es usual en el país la existencia de movimientos de vecinos o de víctimas de delitos que se asocien en demandas de una mayor punición o protección. Quizás los más relevantes sean los creados por las víctimas o familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos (desaparecidos, presos políticos y otros), pero en estos casos se trata de demandas que más bien parecieran ir a contra vía de la gran mayoría de desarrollos legislativos recientes, si bien algunas de estas asociaciones participaron en la fase prelegislativa de la ley 971/2005 (mecanismo de búsqueda urgente de desaparecidos).

Quizás el único caso que vale la pena comentar de propuestas claramente punitivas es el de la fundación “País Libre”, dedicada al tema del secuestro y autora de la única ley penal de iniciativa popular hasta ahora aprobada en Colombia, la llamada “ley antisequestro” (ley 40 de 1993), que fue la primera en consagrar penas de 60 años de prisión en Colombia; no obstante, en los últimos años no han surgido leyes penales con un origen ni siquiera parecido, muy seguramente porque las circunstancias que dieron lugar a la aprobación de la ley 40/1993 como una ley de origen “popular” fueron bastante particulares y difíciles de repetir¹⁰⁴.

Tampoco podría decirse con carácter general que los medios masivos de comunicación hayan influido de manera significativa en la fase prelegislativa de las reformas penales de mayor trascendencia, pese a la actitud sensacionalista que suele caracterizar su cubrimiento del tema de la

¹⁰⁴ La fundación “País Libre” fue creada por el periodista Francisco Santos Calderón, después del secuestro del cual fue víctima por parte de las mafias del narcotráfico. Su creación y el impulso de la mencionada ley se debieron fundamentalmente al hecho de contar con el apoyo del diario El Tiempo (de propiedad de la familia Santos), de notable influencia en el ámbito gubernamental y político en general; de hecho en la actualidad dos miembros de dicha familia ocupan altos cargos en el gobierno: el mismo Francisco Santos es el actual vicepresidente de la república y su primo Juan Manuel Santos es el ministro de defensa y ya antes había sido Designado a la presidencia y ministro de Hacienda. Un interesante análisis de las circunstancias que han rodeado la legislación contra el secuestro en Colombia, en Lopera Mesa, G. P., “La lucha antisequestro en Colombia (o el extravío de la razón punitiva)”, en *JD*, 1998 (31), pp. 89-98, en especial 92-93.

criminalidad y que en el último tiempo ha tenido como blanco principal a los delitos sexuales, aunque no se excluye que el cubrimiento de determinados sucesos por los medios masivos de comunicación haya motivado alguna que otra propuesta legislativa particular¹⁰⁵.

Pareciera en todo caso que la influencia de los medios masivos de comunicación social fuese mayor en el ámbito judicial, ya que en no pocas ocasiones ha sido evidente el papel de algunos de ellos como condicionantes de decisiones judiciales, sobre todo cuando se trata de casos ampliamente ventilados ante la opinión pública o que adelantan los más altos tribunales. Tal interés es por lo general muy explícito cuando involucra escándalos políticos, tal como sucedió con el ingreso de dinero de mafias del narcotráfico a la campaña del presidente Samper y con el actual procesamiento por la Corte Suprema de Justicia y la fiscalía general de la nación de un importante grupo de políticos (la mayoría congresistas pertenecientes a la coalición de gobierno) por posibles vínculos con los grupos paramilitares.

Luego, no se da en Colombia el fenómeno apreciable en otros países y que Díez Ripollés denomina “protagonismo de la plebe”¹⁰⁶, pues aunque es innegable que la confrontación armada interna ha producido una evidente radicalización de la sociedad y mucha laxitud en el uso de la violencia, tales circunstancias se presentan, como se comentó atrás, acompañadas de una gran desconfianza hacia las instituciones policiales y penales, a las que precisamente no suele recurrir mucha gente en demanda de protección, ni siquiera tratándose de los delitos más graves. Es posible además que en razón de su prolongación en el tiempo, la situación de violencia generalizada termine pareciendo casi “banal”¹⁰⁷ para la sociedad y en especial para los grupos sociales vulnerables, más preocupados por la supervivencia diaria en medio de las apremiantes circunstancias económicas; también puede suceder que por ello la sociedad haya ido incorporando algunas formas de violencia a su funcionamiento, dando lugar a lo que se conoce como

¹⁰⁵ Por ejemplo, en la exposición de motivos de la ley 919/2004 que creó el delito de tráfico de componentes anatómicos humanos, se alude a hechos difundidos por medios de comunicación nacionales e internacionales; cfr. GC, 2003 (348) [consultable en <http://www.secretariassenado.gov.co>].

¹⁰⁶ Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 36-41.

¹⁰⁷ Cfr. PECAUT, D., “Presente, pasado y futuro...”, p. 37.

cultura de la violencia¹⁰⁸, que explicaría al menos en parte la preocupante desinstitucionalización de la función penal apreciable en Colombia. Mas en todo caso la situación parece estar muy alejada de la cultura del control a la que se refiere Garland¹⁰⁹, escenario en el cual resultan impensables leyes como las de “descongestión”, rebajas de penas, despenalización, indultos, etc., tan frecuentes en la historia legislativa colombiana y cuyo ejemplo más reciente es la ley 1153/2007, que regula “el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”; leyes que en Colombia todavía son posibles quizás porque a diferencia de sus gobernantes y legisladores la gran mayoría de la población (74%) atribuye la inseguridad a causas sociales como la pobreza, el desempleo y la falta de programas para ocupar el tiempo libre¹¹⁰, opinión que muy poco favorece la aparición de programas de acción no expertos¹¹¹.

Lo anterior no excluye la intervención activa de algunos grupos de presión en la génesis de algunas leyes penales muy particulares. Por ejemplo, para nadie es un secreto que los intereses de las empresas aseguradoras han estado detrás de las múltiples reformas al tratamiento jurídico penal del hurto de automotores¹¹², en razón de los altos costos que está generando

¹⁰⁸ PECAUT, D., “Presente, pasado y futuro...”, p. 2.

¹⁰⁹ GARLAND, D., *La cultura del control...*, pp. 275-312.

¹¹⁰ Cfr. FSD, “Criminalidad y victimización...”, p. 21. Según esta encuesta realizada en las seis ciudades más grandes del país, en promedio la gente considera como la principal causa de la inseguridad de sus ciudades, las siguientes: pobreza (41%), falta de programas para ocupar el tiempo libre de los jóvenes (25%), falta de justicia (15%), falta de policía (14%), falta de empleo (8%) y otros (3%). En ciudades como Cali el porcentaje de quienes valoran a la pobreza como la principal causa alcanza el 64% y en Cartagena la cifra de quienes consideran que es el desempleo llega al 21%; la falta de policía tuvo el porcentaje más alto en Cúcuta, donde llegó al 24%, aun cuando en todo caso muy por debajo a la suma de las causas sociales.

¹¹¹ Según explica Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 40-41, algunos de los factores sociales que fomentan el “protagonismo de la plebe” serían: el consenso social sobre las medidas a tomar; la confianza en la efectividad de las actuaciones de los poderes públicos; ausencia de preocupaciones sociales más importantes; y pocos márgenes de arbitrio en la aplicación del derecho. De todos ellos, los tres primeros claramente no se dan en Colombia.

¹¹² Desde el CP de 1980 el hurto se entiende agravado cuando recae sobre vehículo automotor, norma que permaneció en esencia igual en el CP de 2000; con el objetivo declarado de prevenir el hurto de automotores, se aprobó la ley 738/2002, que sancionaba con la misma pena del delito de receptación a “Quien

la alta siniestralidad a causa de este delito; así como también ha sucedido con las empresas de telefonía en relación con las modificaciones del delito de fraude en las telecomunicaciones (ley 1032/2006) y con otras particularmente interesadas en la represión de ciertas conductas lesivas de la propiedad industrial o intelectual (ley 1032/2006).

También se ha evidenciado la participación en la fase prelegislativa de algunas leyes penales, de organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, ya se dijo que el CIA fue producto de un programa de acción conjunto de entidades estatales como la Procuraduría general de la Nación, la Defensoría del pueblo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y una serie de organizaciones no gubernamentales encabezada por algunas agencias de las Naciones Unidas, como la UNICEF. De igual manera la ley 971/2005 que reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente de desaparecidos, presentada al Congreso por la defensoría del pueblo, fue a su vez producto del trabajo de la Comisión Nacional de Búsqueda, en la cual tienen representación, además de algunos organismos gubernamentales, la asociación de familiares de detenidos desaparecidos (ASFADDES) y la Comisión Colombiana de Juristas como representante de las organizaciones defensoras de derechos humanos. Se sabe también que la Corporación Excelencia en la Justicia tuvo una activa participación en la promoción y elaboración del proyecto que culminó en la ley 906/2004 (sistema acusatorio); así mismo, en la ley 747/2002 sobre la trata de personas y de migrantes, la representante que presentó el proyecto de ley contó con la asesoría de la Fundación Esperanza. Y aunque no precisamente como promotores de la ley, la propuesta gubernamental de “ley de justicia y paz” (ley 975/2005) movilizó a múltiples organizaciones nacionales e internacionales de defensa de los derechos humanos.

En todo caso debe reconocerse que la movilización de grupos y organizaciones sociales suele ser más notoria en el control de constitucionalidad de las leyes penales, aprovechando no sólo el carácter público del mismo sino también que el examen de constitucionalidad ante la Corte incluye la posibilidad de intervención ciudadana. Se corrobora así lo dicho antes respecto del paulatino traslado a la Corte Constitucional de demandas

comercio con autopartes usadas de vehículos automotores y no demuestre su procedencia lícita” (ley declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-205/2003); por su parte la ley 813/2003 convirtió dicha circunstancia en calificante del hurto (lo cual implicó un automático aumento punitivo y posibilidades de detención preventiva); finalmente, la ley 1142 de 2007 aumentó la pena para esta modalidad del hurto calificado, quedando de 7 a 15 años de prisión, lo cual excluye la detención y prisión domiciliarias.

y espacios que tradicionalmente han pertenecido a la política y por tanto al órgano legislativo, que explica el ya comentado protagonismo judicial.

b. *La fase legislativa penal*

1) *Iniciativa legislativa*

La gran reformadora de la legislación penal colombiana en los últimos seis años ha sido la Fiscalía general de la nación, en cuanto autora de las leyes penales de mayor alcance (que en algunos casos ha presentado en “coalición” con el gobierno nacional, a través del ministerio del interior y justicia, para asegurar su aprobación): C.P y CPP de 2000, CPP de 2004 (sistema acusatorio), ley 890/2004 (aumento general de penas), ley 1142/2007 (“ley de convivencia y seguridad ciudadana”) y ley 1153/2007 (ley de “pequeñas” causas).

Lo anterior ha dado a las reformas penales en Colombia los rasgos ideológicos y particularidades comentados atrás. Ahora bien, a la luz de los resultados obtenidos quizás deba valorarse de manera negativa la asignación constitucional de iniciativa legislativa a la Fiscalía general de la nación¹¹³. En primer término por cuanto no se puede perder de vista que la fiscalía en Colombia, inclusive después de la reforma de 2004, sigue siendo la encargada de investigar y acusar a los posibles responsables de la comisión de un delito; luego, las reformas impulsadas por ella en algunos casos parecen obedecer a una visión sesgada de los problemas penales y procesales. Por ejemplo, las reformas legislativas orientadas a la detención preventiva en buena medida lo que han hecho ha sido otorgarle amparo legal a algunas de las prácticas que los fiscales han venido construyendo por su propia cuenta y que está propiciando la conversión del proceso penal en un medio autónomo de prevención, en claro detrimento de sus funciones constitucionales de garantía. En realidad, pareciera que la fiscalía estuviera asumiendo en la práctica las funciones de prevención que en teoría corresponderían a la policía, pero además valiéndose de una nueva herramienta: la reforma legal.

Lo anterior se hace aún más grave si se tiene en cuenta que según el art. 249 de la Constitución la fiscalía pertenece a la rama judicial. Pero por lo visto se trata de un ente de carácter “judicial” que no sólo se ha convertido

¹¹³ En relación con las reformas de 2000 véanse las enjundiosas críticas de GROSSO GARCÍA, M. S., *La reforma del sistema penal...*, pp. 76 y ss.

en el más importante legislador penal, sino que en muchos aspectos depende claramente del ejecutivo: por ejemplo, el fiscal general es elegido por la Corte Suprema de Justicia de terna conformada por el presidente de la república. Y según una de las últimas reformas - impulsada por supuesto por el gobierno nacional, a solicitud de la propia fiscalía- el fiscal general debe “suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público” (art. 251-6 de la Constitución, reformado por el acto legislativo 3/2002).

Como si lo anterior fuera poco, más de quince años después de la creación y puesta en funcionamiento de la fiscalía, los fiscales delegados de todos los rangos continúan por fuera de la carrera judicial, lo cual, por una parte, les sitúa en una situación de evidente precariedad al interior de la entidad; y por otra, ha convertido a esta última en un apetecido botín burocrático de los partidos y grupos políticos, en especial -aunque no sólo- en sus órganos de dirección nacional y regional.

El gobierno nacional, por su parte, mantiene prácticamente el monopolio sobre la legislación penal de más clara orientación política; de estas leyes la única que no fue producto de la iniciativa gubernamental fue el frustrado estatuto para la “seguridad y defensa nacional” (ley 684/2001), cuya iniciativa correspondió al senador Vargas Lleras, uno de los líderes de la actual coalición de gobierno y reconocido por sus conservadoras posiciones en materia de libertades públicas. En cuanto a las leyes que “regulan” el conflicto interno, el gobierno también ha sido el autor de las dos leyes con mayor relevancia política, esto es, las que permiten los diálogos de paz y la desmovilización de combatientes (leyes 782/2002 y 975/2005). Sin embargo, leyes de corte humanitario como la que busca la erradicación de las minas antipersona (ley 759/2002) y la que reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente de desaparecidos (ley 971/2005) fueron producto de la iniciativa parlamentaria en el primer caso y de la Defensoría del pueblo en el segundo.

Por el contrario, la legislación populista tiene origen en el órgano legislativo, la gran mayoría de las veces producto de iniciativas de congresistas que actúan de manera autónoma. Debe aclararse de todas maneras que este populismo parlamentario se expresa no sólo en el ámbito de las iniciativas legislativas sino también, y en muy alto grado, durante la fase deliberativa, tanto en las respectivas comisiones como en las plenarias.

El mejor ejemplo de ello lo constituye lo sucedido con la ley 679/2001, orientada a la prevención de la explotación sexual de menores a través de redes de información global. En el proyecto original presentado a la Cámara por un grupo de representantes se proponía con tal fin una serie de medidas de muy diversa índole, pero no se incluía ninguna modificación al CP. Sin embargo, en la ponencia para primer debate en la cámara baja se decidió “enriquecer”¹¹⁴ el proyecto con tres nuevos delitos, con penas de 3 a 5 años de prisión, que se convirtieron en prisión entre 5 y 10 años durante el trámite en el senado. Cosa parecida ocurrió durante el trámite legislativo de las leyes 747/2002 (trata de personas), 1032/2006 (usurpación del derecho de obtentor de variedades vegetales) y con el ya mencionado CIA.

2) *¿Deliberación?*

La fase deliberativa del proceso legislativo penal en Colombia es de una pobreza extrema y en algunos casos se podría afirmar inclusive que no existe. Por lo general se actúa como si la aprobación de las leyes penales no requiriese de una motivación específica, resultando suficiente la existencia de una ratio legis general para justificarlas, aunque en concreto no aparezca clara su necesidad o idoneidad, las cuales simplemente se presumen. Por poner sólo el ejemplo de la ya mencionada ley 679/2001, la adición de tres nuevas normas de carácter penal (que en el caso del hoy art. 219A significó un nuevo delito con una pena de hasta 10 años de prisión) se hizo sin motivación alguna, pues se consideró por parte de los ponentes que “la redacción de estos tipos habla por sí misma”¹¹⁵.

Hoy en día lo apreciable es que en relación con las propuestas más relevantes (por ejemplo, CPP, ley 890/2004, acto legislativo 02/2003, ley 975/2005, ley 1121/2006 y ley 1142/2007), el Congreso haga casi de simple tramitador de las propuestas presentadas por el gobierno (de ahí que el fiscal general de la nación prefiera presentar sus propuestas debidamente respaldadas por el ministerio del interior y justicia), con la excepción de

¹¹⁴ Cfr. GC, 1999 (302) [consultable en <http://www.secretariassenado.gov.co>].

¹¹⁵ Cfr. GC, 2000 (488), p. 11 [consultable en <http://www.secretariassenado.gov.co>].

aquellas leyes con una orientación política más clara, como la de “justicia y paz” (ley 975/2005) o el “estatuto antiterrorista” (acto legislativo 02/2003) y otras en las que los aspectos políticos involucrados suelen generar debates por la oposición. Luego, la “aproximación simplista a la realidad y la pérdida de oportunidades de reelaboración reflexiva y compartida de los análisis” que suelen entenderse como manifestaciones propias del “protagonismo de la plebe”¹¹⁶, en Colombia son más bien características del populismo legislativo de sus congresistas.

7. ¿Contener la irracionalidad legislativa actual?

Ante una realidad tan compleja como la colombiana resulta difícil hablar de propuestas concretas que puedan incidir en una mayor racionalidad de la legislación penal, pues la situación actual pareciera ser el cúmulo de una gran cantidad de factores de muy diversa índole. De hecho, si alguna conclusión cabe sacar al analizar la intensa actividad legislativa de los últimos seis años es la de que el camino no parece estar por el lado de las reformas legales.

Salta a la vista que cualquier propuesta relacionada con el sistema de justicia penal colombiano no puede hacerse por fuera de la situación política existente y más concretamente del conflicto armado interno en el que el país se encuentra inmerso desde hace más de cincuenta años, el cual ha repercutido en el sistema de justicia en general y de manera principal en la justicia penal. Es un dato cierto que tanto las acciones de los grupos insurgentes como las prácticas contrainsurgentes derivadas de las mismas han ocasionado un grave debilitamiento del Estado, que a su vez ha degenerado en un largo y profundo proceso de desinstitucionalización, que afecta de manera grave a la justicia penal, deslegitimada por la imposibilidad de su ejercicio en algunos sectores del territorio nacional, el surgimiento de grupos de justicia privada y otras fórmulas extralegales (y en muchas ocasiones inclusive ilegales) de resolución de los conflictos, altas tasas de impunidad, etc. Este es uno de los factores más influyentes en la poca efectividad del sistema penal colombiano y por ello difícilmente podría avanzarse en su mejoramiento mientras no se resuelva el problema de la confrontación armada interna, vía que debería empezar por un acuerdo humanitario inmediato que implique la liberación de rehenes, secuestrados, presos políticos y que debería extenderse a todas aquellas

¹¹⁶ Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 36-37.

medidas tendientes a disminuir los efectos del conflicto en la población civil. Este cese del conflicto (cualquiera que sea el tiempo y la forma en que se logre) deberá ir acompañado, por supuesto, de otra serie de medidas económicas, sociales y políticas que haga posible la superación de un conflicto tan largo y doloroso.

El problema está en que el presente no permite ser optimista en este sentido, por lo que surge el interrogante de si son posibles algunas medidas adicionales tendientes, para decirlo de manera un poco más realista, a una contención o disminución de la irracionalidad legislativa existente en la actualidad. En este orden de ideas quizás pudieran ser útiles algunas medidas en particular:

1) En primer lugar valdría la pena insistir en la propuesta ya formulada por un sector de la doctrina penal colombiana¹¹⁷, en el sentido de exigir para las leyes penales el trámite de las leyes estatutarias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 152 de la Constitución política. Hasta ahora la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reacia a dicha exigencia con argumentos harto discutibles y contradictorios¹¹⁸, en los que se desconoce el papel del derecho penal (sustantivo y procesal) como mecanismo de protección de derechos fundamentales, empezando por el derecho a un debido proceso legal, que según la propia jurisprudencia constitucional es un derecho de aplicación inmediata y merecedor de la acción de tutela (arts. 85 y 86).

Esta reserva de ley estatutaria es posible que pueda al menos dificultar no sólo el populismo legislativo sino las reformas legales permanentes, en tanto obligaría a consensos políticos de mayor alcance al exigir su aprobación por mayoría absoluta y su trámite en una misma legislatura (art. 153). Adicionalmente, la revisión previa del proyecto de ley por parte de la Corte Constitucional impediría la entrada en vigencia de normas inconstitucionales, aspecto que redundaría en una más eficaz salvaguardia de los derechos fundamentales y evitaría algunos problemas de aplicación temporal de la ley que la declaración de inconstitucionalidad suele

¹¹⁷ Cfr. VELÁSQUEZ, F., *Manual...*, p. 55.

¹¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-013/1993; C-313/1994; C-226/1994, C-424/1994C-055/1995; C-193/2005. Ampliamente al respecto, PACHECO PÉREZ, J. E., *La reserva de ley estatutaria en materia penal en Colombia: un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional*, trabajo de grado, Medellín, Universidad de Antioquia, 2001.

generar.

2) De otra parte, valdría la pena pensar seriamente en la posibilidad de establecer ciertas exigencias en la motivación de las leyes penales (sin perjuicio de que dichas exigencias puedan extenderse a algunas otras materias o a todas en general), inclusive hasta implicar la obligatoriedad de ciertos requisitos básicos, que estarían plenamente justificados dado el carácter altamente aflictivo de la intervención penal. En particular, pareciera imprescindible que todo proyecto de ley penal acredite por lo menos su necesidad e idoneidad respecto de los objetivos perseguidos; así mismo debería prever los resultados esperados, de manera que facilite su evaluación posterior.

3) Acorde con lo anterior y dado el rumbo actual de la legislación penal colombiana, resulta imperioso que la exposición de motivos de las leyes sea objeto del juicio de constitucionalidad de las leyes penales, dado que sólo así podrán ser correctamente evaluadas la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de los medios penales propuestos, acorde con los más recientes desarrollos doctrinales respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad en el análisis de constitucionalidad de las leyes penales¹¹⁹.

4) Finalmente, la experiencia colombiana ha demostrado la inconveniencia de otorgarle iniciativa legislativa al fiscal general de la nación, con mayor razón si según la propia Constitución la fiscalía pertenece a la rama judicial. Por tal motivo debería suprimirse dicha facultad, sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier juez o fiscal (y no sólo el fiscal general de la nación) pueda sugerir al gobierno nacional o directamente al Congreso de la república alguna reforma particular de la legislación penal.

¹¹⁹ Véase a LOPERA MESA, G. P., "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en *JD*, 2005 (53), pp. 39-53; más ampliamente, de la misma autora, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

ABREVIATURAS

ACNUDHC	Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia
ADCL	Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
AP	Análisis Político
ASFADDES	Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos
CCJ	Comisión Colombiana de Juristas
CEJ	Corporación Excelencia en la Justicia
CEJOSPA	Corporación Excelencia en la Justicia Observatorio del Sistema Penal Acusatorio
CIA	Código de la Infancia y la adolescencia
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código penal
CPP	Código de procedimiento penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DANE	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
DPC	Derecho Penal y Criminología (Bogotá)
DPCRI	Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional
EC	Economía Colombiana
ED	Estudios de Derecho
EP	Estudios Políticos
FSD	Fundación Seguridad y Democracia
GC	Gaceta del Congreso