

# Política criminal en Colombia, hacia su constitucionalización<sup>\*1</sup>

## *Criminal Policy in Colombia, Towards a Genuine Constitutionalization*

DOI:

JOHN JAIRO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ<sup>2</sup>

johnrodriguez.1135@yahoo.es

### SUMARIO

Introducción – I. LÍNEAS INVESTIGATIVAS PREVIAS – A. La evolución de la política criminal y el derecho penal – B. Bases metodológicas para una política criminal democrática – C. Política criminal y medios masivos de comunicación – D. Política criminal como política pública – II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA – A. Principios de los sistemas acusatorios – B. Política criminal en Colombia – C. Populismo punitivo – III. HACIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

---

Recepción: 2017/10/27 – Evaluación: 2018/11/21 – Aprobación: 2018/12/11

---

\* Cómo citar este artículo: Rodríguez Sánchez, J. J. (Enero-junio de 2018). Política criminal en Colombia, hacia su constitucionalización. *Criterio Jurídico Garantista* 11(18), 141-158.

- 
1. Artículo de investigación terminada para optar al título de magíster en ciencias penales y forenses, por la Universidad Autónoma de Colombia.
  2. Abogado, candidato a magíster en ciencias penales y forenses, por la Universidad Autónoma de Colombia.

## RESUMEN

El artículo es fruto de la investigación que se realizó con el objetivo de establecer si la política criminal que se desarrolla en Colombia se fundamenta en los principios rectores del sistema acusatorio implementado en el país. Para tal efecto se identificaron las investigaciones y orientaciones teóricas que se han formulado, se expone el estado de las discusiones en cuanto al manejo de la política criminal en Colombia, y en el último capítulo se presenta una propuesta teórico práctica cimentada en lo que se propuso como sistema de enjuiciamiento criminal colombiano, esto es, un sistema acusatorio. La investigación tuvo como derrotero los pilares y los principios que originan estos sistemas, por ello la propuesta que se ofrece se hace desde este marco que es el que, en últimas, inspira teleológicamente el sistema.

**PALABRAS CLAVES:** política criminal, garantías constitucionales, derecho penal, populismo punitivo, ultima ratio.

## ABSTRACT

The current issue is an article resulted from the research aimed to set up whether criminal policy which has been developed in Colombia is based or not under guiding principles of an accusing system, referring to what article 250 from Carta Magna set as a legal action model to be followed through Law 906, 2004 lying on authentic guaranteed criminal law principles in simply critical aspects or in the entitled punitive populism. This will allow to clearly determine what similar research has developed and the theoretical framework used. Therefore, state of theoretical discussions on criminal policy management in Colombia from implementation of oral accusatory criminal system will be presented so that a theoretical-practical proposal can be presented afterwards.

**KEYWORDS:** criminal policy, constitutional guarantees, criminal law, punitive populism, ultima ratio.

## Introducción

En el sistema penal y procesal penal colombiano existe una realidad que emana diáfana en la práctica desde la implementación en Colombia del sistema penal oral acusatorio (SPOA). Sin embargo, en dicha transición se observa una aparente contradicción entre los principios constitucionales del sistema y la política criminal trazada desde el Estado.

Tal situación lleva necesariamente a determinar de manera primigenia qué es un sistema penal

oral acusatorio como el que presuntamente rige desde la expedición de la Ley 906 de 2004, lo cual implica conocer cuáles son sus características. Ello permitirá hacerse una idea de cuáles son los pilares que desde la óptica legal y jurisprudencial orientan esta norma procesal fundada en la modificación hecha al artículo 250 de la Carta Política. Hecho lo anterior es menester ahondar en la figura de la política criminal y sus fundamentos, es decir, en cuáles son las razones que han llevado al Estado colombiano a delinear la manera de prevenir, procesar y sancionar las conductas que afligen a la sociedad, tal como lo

reseña la Corte Constitucional en la Sentencia C- 646/2001:

Es esta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. (M. J. Cepeda).

Pero no basta con determinar qué es y cuáles son los principios de esta política estatal; sumado a ello es imperioso establecer de qué manera se debe trazar dicha política para poder verificar su adecuada articulación con el sistema procesal instaurado. Al respecto, el máximo órgano constitucional ha expresado lo siguiente:

Ha precisado esta Corporación que el proceso de diseño de una política pública en materia criminal incluye los estadios de: (i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos —esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario. (CConst., C-936/2010, L. E. Vargas).

Una vez determinado lo referente a la política criminal estatal se abordará el estudio de la figura denominada populismo punitivo, por cuanto a juicio de quien suscribe puede ser la encargada de desdibujar la finalidad loable con que se estableció el SPOA como modo de juzgamiento penal

en Colombia. En tal sentido, se presentará la definición de la figura, los múltiples factores que la componen y el modo en que de manera directa afecta el estatuto procesal penal colombiano.

Superado el escenario puramente dogmático se esbozará, con unos límites claros establecidos por la misma norma, una propuesta que redunde o se fundamente en el hecho de generar una política criminal acorde con los postulados o principios que inspiran el sistema procesal penal, pues en últimas no puede escindirse la relación entre estos y aquella, toda vez que la propuesta no podría fundarse soslayando esos principios, pues de otro modo caería fácilmente en la incoherencia interna señalada por Ferrajoli en el texto *Derecho y razón* (2014).

Allí radica la importancia de una propuesta seria y constitucionalmente estructurada que permita identificar, estudiar y plasmar las falencias que se señalan a la política criminal colombiana, que la han alejado de la Constitución y la han instituido en la corriente mencionada. Pero para realzar la importancia de esta propuesta práctica es importante conocer algunas de las líneas más importantes en las que se ha buscado determinar la política criminal, a efectos de establecer si tales líneas están presentes en la propuesta que se expone.

## I. Líneas investigativas previas

Con el advenimiento del modelo procesal penal introducido con la implementación del sistema procesal penal acusatorio, mediante la reforma hecha al artículo 250 de la Constitución, se pen-

só que la congestión judicial llegaría a su fin y que un nuevo horizonte nacía en el conocimiento y tratamiento de las conductas delictivas. El modelo de audiencias orales resultaba no solo novedoso, sino que contenía la pretensión de que el proceso penal durara como máximo un año, lo cual llenaba de ilusiones tanto a los operadores como a los usuarios de la justicia.

Pero tales esperanzas se fueron atomizando con el paso del tiempo, hasta llegar a convertirse en utopía al mostrar que, evidentemente, los sistemas acusatorios no son la solución de fondo a la crisis que sufre la administración de justicia, como lo señaló Tocora López:

Proclives como hemos sido a la retórica legal, se anuncia la reforma como la panacea, la solución de todos nuestros males en materia de justicia penal. Se atribuye al sistema inquisitivo escritural, la culpa de la impunidad, la congestión crónica y las demás arbitrariedades que se suman como lugares comunes en los ensayos sobre la justicia, en los editoriales de los medios masivos de comunicación y en los discursos de campaña de los políticos que se lavan las manos y descargan sobre los jueces la responsabilidad de que la administración de justicia penal no funcione. (2015, p. 69).

Lo anterior pone en contexto acertado que, si bien era cierta la necesidad de un nuevo sistema que superara el escritural, también es claro que el oral no ha funcionado de manera correcta, no necesariamente por fallas propias del sistema acusatorio, sino en gran medida por factores externos como el papel de los medios de comunicación, las políticas exógenas tendientes a afectar el sistema penal, entre otras, que lo han permeado y afectado de manera contundente.

Desde la adopción e inicio del sistema se observaron las primeras falencias. Un modelo acusatorio busca por sobre todas las cosas ser garantista de los derechos del procesado, ya que es su suerte y su libertad las que están en juego. Por consiguiente, las víctimas no pueden ser el centro de esta justicia, noción que no solo resulta insostenible sino ajena al concepto mismo de garantismo penal y su idea de que las normas deben proteger bienes de índole constitucional y de justicia material, por cuanto los bienes constitucionales son universales e intrínsecos a la dignidad y los derechos fundamentales (Tocora López, 2015, p. 72).

Se puede señalar entonces que un sistema acusatorio tiene determinadas características que le son inherentes. Aunado a lo anterior se encuentra que la política puede permear el modelo de enjuiciamiento penal mediante la burocratización. Se hace necesario, por tanto, identificar las características de los sistemas acusatorios para poder establecer si en ciertos escenarios la burocratización afecta esas características en el modelo colombiano, o si como lo sostiene Sarre Iguiniz:

El procedimiento acusatorio debe su nombre al principio de igual denominación, según el cual el Estado tiene la carga de la prueba, y se rige por la oralidad del procedimiento, la igualdad de las partes y la publicidad del proceso. Este principio se fundamenta en lo que los estadounidenses llaman la igualdad de armas, es decir, mismas condiciones entre la acusación y la defensa, con lo que se garantiza que el derecho penal cumpla en forma razonable con sus dos finalidades básicas; proteger de una parte a la sociedad del delito, por otra al acusado frente a los excesos, las desviacio-

nes y las perversiones en la acusación; es decir, el derecho penal es, o debe ser, una forma de reducir la violencia en la sociedad, no de agravarla. (2004, pp. 383-386).

De manera específica, los sistemas acusatorios tienen otras características que es necesario señalar:

- Es inherente a los sistemas acusatorios que la mayoría de los casos sean solucionados en el transcurso del proceso, entendiendo la expresión *solucionados* como la posibilidad de que se acuda a la justicia premial o negociada, es decir, acudir a formas propias del sistema como lo son los preacuerdos, los allanamientos, el principio de oportunidad, entre otros.
- Los sistemas acusatorios son adversariales en la media que solo existen dos partes en contienda, el acusador y la defensa, nadie más, cada una de ellas con una tesis que se esgrime ante un tercero que será el juez.
- Ninguna conducta punible puede ser excluida de los beneficios que el sistema trae consigo.
- Es fundamental la participación y existencia del jurado de conciencia para darle participación activa y representación a la sociedad.

En Colombia es evidente que la implementación de la Ley 906 de 2004, que creó en el sistema judicial el juzgamiento mediante un sistema penal acusatorio, dista mucho de ser, en realidad, lo que se proponía ser en su génesis. Si se observa su desarrollo las características no se ven en los estrados judiciales, ni en las leyes que buscan reformarlo, por el contrario, lo que se percibe es cierta tendencia a restringir cada vez más la posibilidad de tener un verdadero sistema acusato-

---

Como quiera que el derecho penal colombiano tomó sus bases dogmáticas del alemán, es necesario determinar su evolución en ambos escenarios. El estudio de la política criminal en Alemania se da a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En aquella época se fundamentaba en dos pilares básicos: el concepto de delito y la teoría de los fines que debía tener la pena al interior del sistema, con un factor primordial: la concepción religiosa.

---

rio. Ello conlleva, necesariamente, que la política criminal del Estado sea maleable y no se ajuste a la Constitución Política, sino que obedezca a criterios populistas que buscan que el derecho penal se convierta en la solución para cualquier clase de conflicto social, sin importar si en ese transcurrir se deben soslayar los derechos de las personas procesadas, o si las leyes que se crean resultan restrictivas de derechos o beneficios, es decir, la política criminal se ha visto afectada por el fenómeno conocido como populismo punitivo.

En cuanto a la política criminal colombiana y el objetivo de esta investigación se han identificado y abordado cuatro líneas: la primera plantea la evolución de dicha política con referencia al derecho penal; la segunda se ocupa de las bases metodológicas necesarias para crear una política criminal democrática; la tercera busca encontrar

el punto de equilibrio entre política criminal y medios de comunicación; y la cuarta, relativa a la política criminal como política pública. A continuación se presenta el estado de cada una de las líneas mencionadas.

### **A. La evolución de la política criminal y el derecho penal**

Como quiera que el derecho penal colombiano tomó sus bases dogmáticas del alemán, es necesario determinar su evolución en ambos escenarios. El estudio de la política criminal en Alemania se da a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En aquella época se fundamentaba en dos pilares básicos: el concepto de delito y la teoría de los fines que debía tener la pena al interior del sistema, con un factor primordial: la concepción religiosa. En el año 2000, Roxin lo planteó en los siguientes términos:

La jurisprudencia alemana encontró preferentemente el fundamento jurídico del castigo de determinadas conductas en la contravención de los mandatos elementales de una ley ética, formulada a partir de la doctrina cristiana del derecho natural. La teoría de los fines de la pena se formuló principalmente a partir de la filosofía idealista alemana, que estaba ligada a la doctrina de la iglesia.

Conforme a ello, la pena sirve a la realización de la Justicia, en la medida que compensa la culpabilidad del autor y de esta manera restaura el derecho transgredido. (P. 17).

Surge entonces diáfana la idea que la política criminal tenía una finalidad determinada por las concepciones religiosas, dominada por las

teorías retributivas de la pena. Posterior a tales posiciones, con la evolución social, se logró que la política criminal se fundara únicamente en el delito, siempre y cuando estuviera revestido de lesividad social. Tales planteamientos tomaron vigencia con posterioridad a 1975, época en la cual el aspecto social adquirió gran importancia para el tratamiento de las conductas dañinas, tal como lo señala Roxin: “Para la corriente ahora anunciada el concepto material del delito ya no se basa en la Ley ética, esto es, en las normas éticas, sino en las necesidades sociales” (2000, p. 21).

Con ello se da un viraje total a la política criminal y con ella al derecho penal, que ahora debería fundamentarse en la protección de la libertad y la seguridad del individuo; los fines de la pena también superan el escenario religioso para situarse en la fundamentación social, con lo cual deja de ser retributiva y pasa a ser preventiva:

El fin de la pena se desplaza en esta fase de la retribución a la prevención. La idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante la retribución es sustituida ahora por la tarea social de la prevención de delitos. (Roxin, 2000, p. 23).

Colofón de lo expuesto en esta línea es que la política criminal necesariamente tiene que verse sometida a la evolución social. La máxima según la cual el Derecho es cambiante conforme a la sociedad es predicable de tal política, lo que implica que no puede estar alejada del cambio social, que debe estar acorde a las incidencias que el conglomerado reclama, eso sí, sin desbordar los límites propios de pensar en el derecho penal o en la política criminal como solución para todo

problema de desviación social, más cuando en no pocas ocasiones el concepto de delito se encuentra influenciado por posiciones subjetivas.

## **B. Bases metodológicas para una política criminal democrática**

Decantado como se encuentra que la primera línea investigativa propende por la evolución de la política criminal a la par con la evolución social, limitando obviamente las posiciones subjetivas que afecten el que se pueda trazar de manera adecuada, en esta segunda línea se busca establecer unas bases para que tal lineamiento obedezca a criterios democráticos y minimalistas. Se trata por tanto de encontrar una forma de política que controle la criminalidad, pero que se aleje de autoritarismos, pues lo que afecta la creación de esta política es la ambigüedad y la falta de rigor en su determinación. Es importante destacar que la propuesta que aquí se hace pretende ir más allá del derecho penal, dado que plantea una interdisciplinariedad, siempre en pro del respeto a un Estado social de derecho, como lo propugna la Constitución colombiana. Binder afirma al respecto:

Es claro que ha existido desde hace siglos política criminal. Es claro también que han existido numerosas —buenas y malas— ideas sobre ella. La cuestión, sin embargo, consiste en determinar cómo y bajo qué presupuestos debemos ocuparnos de ella en el marco de las sociedades y estados actuales y, en particular, bajo los condicionamientos y exigencias de una sociedad democrática sometida al Estado de derecho. No es necesario, en consecuencia, inventar ninguna disciplina, sino orientar la producción teórica y analítica de un sector de la teoría política social hacia el campo

de la política criminal y depurar, desde ese giro metodológico, el conjunto de saberes del sistema penal; depurarlo de sus actuales confusiones e indeterminaciones, propias de una asignación ambigua y contradictoria de tareas a cada uno de los componentes de ese conjunto disciplinario, hoy ya claramente insuficiente para proveer de buenas ideas al desarrollo de la PC. (2012, p. 58).

Es importante destacar cómo en esta línea lo que se hace es empezar a sentar las bases para proponer un diseño transversal de saberes necesarios para trazar una política criminal seria, estable y ante todo democrática, que por primera vez no esté influenciada por el derecho penal de manera exclusiva, sino que contemple la denominada novedad en la defensa social: “En la segunda mitad del siglo pasado ha sido la autodenominada escuela de la nueva defensa social el movimiento de ideas que ha girado más estrechamente alrededor de la necesidad de modernizar y repensar la PC” (Binder, 2012, p. 129).

Concluyendo, esta segunda línea aboga por repensar la política criminal abandonando la idea de beber solamente del derecho penal, y en cambio plantea una transversalidad de disciplinas que puedan modernizarla y actualizarla.

## **C. Política criminal y medios masivos de comunicación**

Esta línea busca establecer el tipo de relación que existe entre la política criminal y los medios de comunicación. En el caso colombiano se ha podido identificar que existe una relación de tipo negativo, pues en la mayoría de las ocasiones se trata de aspectos puramente coyuntura-



La posibilidad de que se eleve a la categoría de política pública todo lo referente al manejo del delito más que una propuesta es una necesidad, atendiendo a las peculiaridades de la sociedad colombiana.

les que propenden por una inflación legislativa, como lo explica Caldas (2014, p. 307):

La incidencia de los medios de comunicación en el acontecer social ha influido en la construcción de una política criminal coyuntural, caracterizada por la hiperinflación legislativa, cuyo eje es la inclusión innecesaria de numerosos tipos penales y un irrazonable aumento en la cuantía de las penas, particularmente las privativas de la libertad.

En esta parte se busca establecer cuál debe ser la caracterización de los medios de comunicación, pues no se trata de eliminarlos del escenario penal, sino de que sean realmente fuentes de información y no de desinformación como en la mayoría de los casos acontece. Del mismo modo, identificar el tipo de relación que permita a los medios masivos de comunicación contribuir a la construcción de una política criminal seria y estable.

Vale la pena señalar que, en este preciso punto, no solo la Corte Constitucional se ha pronunciado, también la Corte Suprema de Justicia ha expuesto lo siguiente:

Desafortunadamente, desde la implementación del sistema de la Ley 906 de 2004, en nuestro país los medios masivos de comunicación han intentado interferir en los procesos la tarea que es del resorte exclusivo de los jueces, tribunales y la Corte Suprema, especialmente en lo que atañe a la imposición de la medida de aseguramiento, su revocatoria y el juicio de responsabilidad. Estas manifestaciones deben ser desestimadas por los funcionarios en razón de sus efectos extraños y nocivos a la función de administrar justicia. Recuérdese que, en un estado social y democrático de derecho, las decisiones judiciales no pueden obedecer a los clamores u opiniones, se debe propender por la protección de las garantías de las partes e intervinientes en el proceso. Las providencias no pueden sustentarse en una reacción mediática desproporcionada. (CSJ Penal, rad. 41350/2014, E. F. Carlier, pp. 27 y 28).

Esta línea tal vez es la más corta en cuanto a los aspectos que aborda, pero evidentemente es una de las más profundas, como quiera que toca uno de los puntos más críticos dentro de nuestro sistema procesal penal: la mala interpretación del principio rector de la publicidad, haciendo que los medios de comunicación se conviertan en el cuarto poder en atención al alcance que poseen y a la altísima credibilidad de que gozan entre la mayoría de la población. Son muchos los casos en los que estos medios dan gran despliegue al momento en que se inician las investigaciones penales o se tramitan las primeras audiencias, juzgando y haciendo juzgar a la ciudadanía; sin embargo, cuando el proceso termina con una absolución o se demuestra que la acusación no



tenía fundamento brillan por su ausencia para comunicar la situación favorable a los procesados, a quienes *ab initio* ellos mismos habían condenado.

#### D. Política criminal como política pública

Una de las más densas líneas halladas es aquella que propugna porque la política criminal tenga raigambre de política pública. Esta línea difiere de la segunda ya planteada, en la medida que señala que el Gobierno, al trazar la política criminal, se debe cimentar en el derecho penal, pues es este el llamado a prevenir, regular y sancionar los delitos; también debe ser regulada por la política penitenciaria y carcelaria, si efectivamente se busca bajar los niveles de hacinamiento. Al decir de Mariño: “En un estado de derecho, una política criminal garantista diferencia los problemas de índole social de los conflictos estrictamente jurídico-penales. Ambas trabajan simbólicamente dando un mensaje de existencia de políticas públicas conjuntas pero diferenciadas en su intención” (2007, p. 110).

En este entendido, la posibilidad de que se eleve a la categoría de política pública todo lo referente al manejo del delito más que una propuesta es una necesidad, atendiendo a las peculiaridades de la sociedad colombiana.

## II. Fundamentación teórica

En su texto *Derecho y razón*, Ferrajoli hace una aseveración que más que polémica resultó visionaria. Señaló de manera contundente que los

sistemas procesales penales están en crisis de legitimidad, en razón de que la legislación no es coherente al momento de determinar el qué, cómo y cuándo sancionar determinadas conductas. Tal incoherencia al interior se visibiliza en la medida que muchas veces las respuestas legislativas contrarían de manera fehaciente la estructura propia de los sistemas procesales. Su aserto tiene plena aplicación en el actual sistema procesal penal colombiano, si el principio rector de la legitimidad obedece a que las normas sean expedidas por el órgano competente y que se ajusten a la teleología del sistema, pues es precisamente allí donde se presentan serias debilidades.

Si dentro de las finalidades de la política criminal está el que las leyes en materia penal cumplan con el ideal de los sistemas procesales acusatorios, cuando tal postulado se violenta al expedir normas que se convierten en verdaderos obstáculos para que el sistema funcione estamos ante una ausencia de legitimidad, no en cuanto al órgano que expide las normas, pues tal requisito se cumple a cabalidad en Colombia en cabeza del Congreso de la República, sino en cuanto a la contradicción entre el espíritu o finalidad, situación que se evidencia al cotejar varias normas entre sí.

#### A. Principios de los sistemas acusatorios

Los sistemas penales acusatorios tienen en la idea de la oralidad una presunta solución al problema de la congestión judicial. Esta supuesta solución se basa en el hecho de creer que al abandonar la escrituralidad se acelera la solución a los conflictos penales, elemento fundan-

te del debido proceso, pues es un derecho tanto para la víctima como para el presunto victimario que la situación que los concita se dilucide de manera pronta, eficaz y eficiente. Para tal efecto se busca que de los casos que sean sometidos a investigación penal, solamente la minoría llegue a juicio oral, pues para casos de menor entidad se debe acudir a las formas e instituciones que los procesos penales acusatorios traen consigo.

La doctrina penal alemana, de la cual bebe la colombiana, ha fundado de manera clara los objetivos y metas que deben perseguirse en el proceso penal, al establecer que evidentemente al interior de un proceso punitivo se encontraban en tensión dos derechos, los de las víctimas y los del victimario, razón por la cual el Estado debe ofrecer un instrumento adecuado, ágil y eficiente frente a tal dicotomía, y ese instrumento no es otro que el proceso penal. A este respecto Schonbohm (2004) refiere:

Este instrumento debe ser claro, eficaz y ordenado para poder cumplir con esa función. El principio de Estado de derecho contiene la obligación del Estado de brindar seguridad a sus ciudadanos y de proteger la confianza en la eficacia de las instituciones estatales, de esta forma el Estado está obligado a garantizar un trato igual a todos los imputados, lo que significa que se debe realizar el derecho penal material en todos los casos. Paralelamente y por el mismo principio de Estado de derecho, debe proteger al individuo de una persecución injusta y de una privación inadecuada de su libertad. Resumiendo, la meta del derecho procesal penal no es el castigo de una persona, idealmente del culpable, sino la decisión sobre una sospecha. (P. 123).

Sumado a ello, en el contexto del proceso penal alemán se ha establecido que para lograr la fina-

lidad de que sean pocos los casos que lleguen a un juicio oral contradictorio es menester ofrecer una gran variedad de salidas alternas, y para tal efecto se posibilita que existan beneficios, posibilidad de negociaciones procesales y demás medios para evitar un desgaste innecesario y, a *contrario sensu*, lograr con el objetivo fundante de todo sistema acusatorio la celeridad con justicia pronta y eficaz. Con tal propósito se busca que la mayoría de denuncias sean sometidas a las figuras propias del sistema, como preacuerdos, principios de oportunidad, preclusiones, etc., es decir, ofrecer una salida alterna al juicio oral. Por ello los sistemas acusatorios están regidos por la denominada justicia premial, según la cual al victimario que se someta y colabore con la administración de justicia se le debe dar una contraprestación, generalmente punitiva, es decir, disminución de penas e incluso la eliminación de la pena cuando ello no fuere necesario; sea cual sea la salida, lo que se busca es solidificar lo adversarial del sistema, pues son solamente tres las partes inmersas en este, con la claridad que solo dos, defensa y fiscalía, tienen una teoría del caso; la tercera parte imparcial, que es el juez, no tiene teoría del caso, sino que buscará a partir de la valoración probatoria cuál de las teorías que le sean presentadas le satisface y sobre todo le es demostrada.

Pero no solamente ha sido la doctrina la que ha tratado de establecer los principios del sistema penal oral acusatorio, también la jurisprudencia de la Corte Suprema de manera extensa ha buscado fincar tales postulados al expresar:

De esta manera, se matizó para nuestro medio el alcance de algunos aspectos que en el derecho comparado caracterizan la metodología con-

sustancial a sistemas procesales adversariales, pero esto no ha sido óbice para que igualmente, con el paso del tiempo, hayan sido delineados principios básicos inherentes a su estructura, la protección del derecho de defensa (...); frente a este postulado la jurisprudencia de la corte ha precisado que el sistema adoptado mediante la ley 906 de 2004 como cualquier modelo de corte acusatorio, tiene por nota característica la protección a ultranza del derecho de defensa, de modo que potencia hasta su mayor grado de expresión garantías tales como el derecho de contradicción (CSJ Penal, Auto 41.375/2013, J. L., Barceló Camacho).

En Colombia se presentan sendos e innumerables problemas para acoger esta tesis procesal. Pese a que se trató de implementar con buena intención un sistema acusatorio, lo único que se ha logrado es generar el resultado contrario; la mayoría de procesos se llevan a juicio así no exista la posibilidad real de un escenario de contienda jurídico-argumentativa porque no existe otra posibilidad, y no existe en la medida que el legislador ha expedido normas que vulneran cada vez más el presunto sistema acusatorio y que restringen e impiden beneficios, logrando así que el derecho penal sesgue cada vez más los beneficios y, por ende, las salidas alternas tan loables y necesarias en un país tan convulsivo como el nuestro. Lo más censurable es que tales decisiones se tomen en una coyuntura especial y obedezcan a criterios que los medios de comunicación pretenden imponer, alejándose totalmente del aspecto jurídico penal que debería orientarlas. Sobre estas situaciones se volverá más adelante cuando se presente la propuesta práctica para que el sistema procesal penal sea realmente acusatorio.

## B. Política criminal en Colombia

Una vez analizados los principios y derroteros de un sistema procesal penal tanto desde la óptica de la doctrina como de la jurisprudencia, es necesario aterrizar el concepto de política criminal para poder determinar si realmente esta se estructura con respeto a los principios ya relacionados en líneas precedentes.

Tal como se indicó inicialmente, la política criminal conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en las providencias traídas a colación de los años 2001 a 2010, es el conjunto de respuestas de un Estado frente a las situaciones reprochables o censurables que afecten el conglomerado social. Para tal efecto debe responder a tres formas de criminalización: la definición de delitos, la forma de determinar la responsabilidad del encausado o presunto infractor y lo atinente a la judicialización y procesamiento penal de la situación lesiva. Y a efectos de cumplir con tales postulados, en el Estado colombiano desde al año 2003 se creó el Consejo Superior de Política Criminal, conforme a los principios del Decreto 200 de tal anualidad; normativa esta que ha sufrido las modificaciones introducidas por la Ley 888 de 2004 y el Decreto 2055 de la misma calenda. De estas normas se extrae que este Consejo tiene que regular lo señalado como las tres formas de criminalización, pero sumado a ello debe “emitir concepto sobre los proyectos de ley relacionados con política criminal y penitenciaria formuladas por el Estado” (L. 888/2004, art. 2).

De lo hasta acá expuesto se puede concluir que, en Colombia, la política criminal es la forma o

respuesta que debe dar el Estado colombiano para hacer frente a la delincuencia, analizado este fenómeno de manera tripartita o en los tres niveles de criminalización.

La política criminal tiene vínculos estrechos con las llamadas tres formas de criminalización. Así, la política criminal tiene que ver con la “*criminalización primaria*” o definición de un comportamiento como delito, que es su fase legislativa; igualmente se vincula con la “*criminalización secundaria*”, esto es con la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, que es el problema de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles; y finalmente también se vincula con la “*criminalización terciaria*”, esto es, la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, que es la fase de ejecución penitenciaria. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 17). [Cursivas en el original].

Al respecto se cuenta con el Consejo Superior de Política Criminal, que debe, entre sus funciones, emitir conceptos cuando se pretenda introducir modificaciones legislativas a este conjunto de respuestas, pero podría señalarse que esta función tiene un carácter constitucional en sus tres niveles. Sobre el primero de ellos, referido a la regulación de las conductas presuntamente delictivas, la Comisión Asesora de Política Criminal ha expuesto al respecto:

Las penas implican la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos; por ello, deben ser previstas e impuestas con las limitaciones que señalan la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos, considerando la configuración del bloque de constitucionalidad. A su vez, el establecimiento de penas se ve limitado por los principios de le-

galidad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad de la pena y de razonabilidad.

(...)

Estas consideraciones muestran que un Estado democrático fundado en los derechos humanos debe evitar los desbordamientos punitivos. Ni la idea del Estado social de derecho (CP art. 1º), ni los deberes de justicia y solidaridad que esta impone (CP art. 2º), ni el reconocimiento de los deberes de las autoridades de respetar y garantizar los derechos humanos, implican una fuga hacia el derecho penal. Por el contrario, este tipo de Estado se funda en una minimización de la intervención punitiva del Estado, pues si el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y la garantía y protección de los derechos humanos puede ser alcanzada por vías distintas a la penal, como la política social, las políticas preventivas o el uso de mecanismos administrativos de control, entonces es ilegítimo recurrir al instrumento penal. (2012, pp. 17 y 18).

Esta posición es importante tenerla presente, pues recuérdese que el Consejo Superior de Política Criminal señala algo que se presentó desde la introducción del presente artículo, y es que el derecho penal no puede verse como la solución a todos y cada uno de los conflictos sociales. Lo anterior implica que no se puede desdibujar el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, según el cual siempre que exista otro mecanismo para hacerle frente a una situación social se debe acudir a este; el derecho penal debe ser la última opción que se debe contemplar, ello por su carácter altamente lesivo para uno de los pilares de la dignidad humana cual es la libertad, pues es conocido que es solo al derecho penal, dentro del ejercicio del *ius puniendi*, al que se le legitima para que restringa de manera provisional o definitiva este derecho fundamental a una persona inmersa en un proceso de esta cruel naturaleza.

Pero el fundamento constitucional de la política criminal no es solo en su primer nivel, también en los dos restantes. En cuanto al segundo nivel, la Comisión Asesora de Política Criminal establece:

La política criminal en general y la política penal en particular se encuentran también condicionadas normativamente por las garantías procesales, esto es, por los principios constitucionales y de derechos humanos que señalan los requisitos básicos que debe reunir la investigación criminal y el proceso penal para ser legítimo constitucionalmente. (2012, p. 20).

Significa lo anterior que en la estructuración de las respuestas que el Estado colombiano ofrece ante las conductas reprochables o censurables socialmente, se debe tener en cuenta el proceso penal legalmente establecido, es decir, que las respuestas estatales deben respetar de manera irrestricta el sistema penal oral acusatorio, aceptación que debe ser íntegra y completa, pues no se puede sesgar el proceso o sus principios rectores para tomarlo y aplicarlo por partes, puesto que ello sería atentar contra la máxima del derecho según la cual la ley es una, indivisible e inescindible, es decir, no se puede aplicar de manera fraccionada.

### C. Populismo punitivo

Cuando en el ejercicio legislativo se expiden normas que se alejan de los principios del sis-

Un Estado democrático fundado en los derechos humanos debe evitar los desbordamientos punitivos. Ni la idea del Estado social de derecho (CP art. 1º), ni los deberes de justicia y solidaridad que esta impone (CP art. 2º), ni el reconocimiento de los deberes de las autoridades de respetar y garantizar los derechos humanos, implican una fuga hacia el derecho penal.

tema acusatorio desdibujándolo por completo, o que no tienen un estudio político serio —criminalmente hablando—, se está frente a una norma que si bien es cierto es válida desde el punto de vista del órgano que la expide, en nuestro caso el Congreso de la República, adolece de validez desde la óptica de la incoherencia interna planteada por Ferrajoli (2014). Esta situación ha sido referida en Colombia bajo el nombre de

populismo punitivo; se entiende entonces que se está frente a esta corriente cuando se vulneran los principios constitucionales y legales no solamente del proceso penal legalmente establecido, sino también cuando las creaciones o modificaciones legislativas adolecen de un estudio previo serio y estructurado que demuestre su necesidad; y sumado a ello, que la situación de facto que se pretende regular o modificar no tenga otra opción judicial o administrativa de regulación

y por ello se acude al derecho penal, llegando incluso a lograr interpretaciones arbitrarias y restrictivas. Su origen está dado no solamente por quienes intervienen de manera desacertada en el proceso penal, también se exterioriza en la reacción visceral de la ciudadanía ante un hecho de alto impacto, que de manera inmediata es “legislado” por los medios de comunicación que prejuzgan, y de manera amarillista buscan convertirse en legisladores y jueces en este tipo de hechos generando en la conciencia de la ciudadanía una posición frente a tales procesos.

El impacto mediático del delito que conmociona al ciudadano es aprovechado en este contexto, para aparentar que se da respuesta a las justas reclamaciones de la sociedad, asediada por múltiples violencias (...) “primero, hace falta infundir alarma social entre los ciudadanos, meterles miedo y después, ya vendrán los diferentes actores a aportar soluciones represivas, que serán inmediatamente aceptadas por una población asustada de antemano” (...)

Populismo penal es el terrorismo judicial que amenaza al defensor que se opone a los desafueros; que intimida al fiscal que archiva o impetra preclusiones; que procesa disciplinaria y/o penalmente al juez constitucional que cumple a cabalidad su sagrada misión (...) El populismo penal promueve (...) –sin previos estudios de política criminal, pero con gran incidencia en el nivel político-electoral–, la expedición de leyes impróvidas, incongruentes, irracionales, para aumentar penas, crear delitos, reducir beneficios, privatizar la justicia y de contera, desestructurar el modelo procesal, soslayar derechos, menoscabar garantías y vulnerar el debido proceso acusatorio. (Fernández León, 2012).

### III. Hacia la constitucionalización de la política criminal en Colombia

Con la modificación del artículo 250 de la Constitución Política se implementó en Colombia el sistema procesal penal acusatorio. Según se expuso en ese momento, se buscaba darle un giro total a las investigaciones penales adelantadas bajo el sesgo inquisitivo de la Ley 600 de 2000. Emanaba entonces la Ley 906 de 2004, con la cual se traía toda una serie de instituciones propias del sistema pretendido, para cumplir con el parámetro internacional según el cual deben ser

pocos los casos que lleguen a un juicio oral. Se buscaba, además, la implementación de una justicia restaurativa mediante la cual se escucharan otras posibilidades para terminar de manera anormal el proceso penal y lograr así la descongestión de los despachos judiciales. Sin embargo, hay que enfatizar en que el legislador no atente contra los pilares del sistema penal oral acusatorio, pues la misma Corte Suprema de Justicia señaló de manera clara:

Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera anormal, es decir, a través de la terminación anticipada, procurándose que esta sea la vía que normalmente dé fin a la actuación con sentencia, ya que, se repite, la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustenta el sistema, conduce a que así, se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía. De ahí que resulta oportuno traer a colación la sentencia C-591 de 2005, en la cual la Corte Constitucional fue tajante al afirmar que al legislador le está vedado romper las reglas de los elementos del nuevo sistema acusatorio. (CSJ Penal, Sentencia 38285/2012, F. A. Castro Caballero).

Postulado este que definitivamente y de manera triste, hay que reconocer, se desvió al interior de la normatividad colombiana, porque lastimosamente se han permeado las instituciones legislativas por el denominado populismo punitivo, un fenómeno que afecta el derecho penal en la me-

didada que se profieren leyes puramente coyunturales, se expiden normas que en manera alguna obedecen a un estudio sociológico y jurídico de una situación que aflige a la sociedad para buscar regularla, sino que, por el contrario, en el momento en que se da una situación reprochable se reacciona de manera visceral sin ningún tipo de fundamento legal, y se opta por la creación de normas innecesarias, la restricción de beneficios y el endurecimiento de penas, pensando equivocadamente que de esa manera se evitará que se sigan presentando tales conductas.

Si lo esencial de un sistema acusatorio es que pocos casos lleguen a juicio, es un contrasentido y falta de coherencia interna, como lo decía Ferrajoli (2014), que en Colombia adoptemos un sistema de este talante, pero con que expidan normas que restrinjan beneficios punitivos para ciertos delitos, en manera alguna se está buscando crear impunidad o tratar de pasar por alto situaciones que son altamente reprochables. Lo que se evidencia es que si se adopta un sistema tenemos que aceptarlo con toda su estructura y no hacerle una serie innecesaria de ajustes solo para satisfacer la idiosincrasia colombiana. A modo de ejemplo veamos la siguiente situación: se procesa a un ciudadano cualquiera por un delito contra la integridad y formación sexual de un menor de edad, situación escabrosa y, de comprobarse, merecedora de una sanción. El Código de la Infancia y la Adolescencia, en el numeral 2 de su artículo 199, estableció que en los casos donde las víctimas sean menores de edad, no procederá ningún beneficio judicial o administrativo; hasta acá se evidencia que esta norma es incoherente, en la medida que va en contravía directa de la teleología de los sistemas



No toda violencia contra la mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género, no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena de violencia que cree un patrón de discriminación que demuestre la intención de matar por razones de género.

acusatorios pues como ya se señaló, en estos no hay restricción de beneficios; tampoco se puede perder de vista que conforme a este sistema, el proceso penal está para proteger los derechos de los victimarios, no el de las víctimas, pues en últimas la libertad que está en juego es la del sujeto activo de la conducta reprochable, es decir, ya la política criminal colombiana está afectando el proceso penal.

Ante este panorama lo único que puede hacerse es llevar la investigación y el proceso hasta el juicio oral, seguramente con el investigado —que se presume inocente— privado de su libertad bajo una medida de aseguramiento restrictiva de esta. Con ello se satura el aparato jurisdiccional y se congestionan los despachos, pues al no poder acudir a una figura que termine el proceso de manera anticipada y que le reporte un beneficio así sea mínimo al procesado hay que agotar todo

el trámite ordinario y, en no pocas ocasiones, llegada la audiencia de juicio oral las víctimas no comparecen, lo cual llevará a la absolución del procesado por ausencia de pruebas. Y por si fuera poco, con eso se abre la posibilidad para que el procesado demande administrativamente al Estado por la privación de su libertad. Es válido, entonces, hacerse la siguiente pregunta: ¿Se expiden una serie de normas supuestamente para evitar la impunidad, y en un caso concreto como el expuesto qué genera más impunidad?

Como este caso pueden darse muchos más, con los cuales se demuestra la necesidad de una propuesta práctica que pueda descongestionar los despachos judiciales sin afectar los principios del sistema acusatorio y sin soslayar que existen conductas merecedoras de una sanción. Sumado a ello, uno de los problemas más serios es la expedición de normas que no aportan nada al sistema acusatorio y que, *a contrario sensu*, van en contravía de este. A modo de ejemplo podemos observar que la ley que crea el feminicidio como delito autónomo (Ley 1761 de 2015), obedeció a un momento coyuntural como fue el censurable homicidio de Rosa Elvira Cely, situación que de facto evidentemente es altamente lesiva para la seguridad social; pero nótese cómo se contrarían los principios del sistema acusatorio, pues es de muy difícil probanza que el homicidio que se cause a una mujer sea por el hecho de serlo. Ello abriría la puerta para que en muchos casos se puedan dar absoluciones, pues no se puede perder de vista que desde la dogmática penal una acción puede ser delito si se demuestran todos y cada uno de los componentes del tipo penal. Con esta nueva ley se debe demostrar ese elemento subjetivo consistente en que la afec-

tación o atentado contra una mujer lo sea por el hecho de ser tal. Significa lo anterior que de no probarse tal condición se deberá absolver al implicado. Fue tan coyuntural la promulgación de esa ley, que al estar ya regulado el hecho de atentar contra una mujer como un agravante para el homicidio, no se tuvo en cuenta que es de más fácil probanza y consecuentemente de sanción penal esta última situación y no su regulación de manera independiente. Desafortunadamente, en Colombia en no pocas ocasiones se legisla para los medios de comunicación, para la reacción visceral, para el momento coyuntural; y esta es una situación que debe detenerse, que debe manejarse de mejor manera, conforme a los principios que inspiran la política criminal en Colombia. La Corte Constitucional, al analizar la mencionada ley, así se expresó en sentencia reciente:

No toda violencia contra la mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género, no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena de violencia que cree un patrón de discriminación que demuestre la intención de matar por razones de género, pues el elemento subjetivo del tipo debe ser probado a partir de criterios que demuestren que efectivamente existió una intención de matar por razón de género. (CConst., C-297/2016, G. S. Ruiz).

Significa lo anterior que muchas demandas por feminicidio, y no por homicidio agravado como estaba regulando anteriormente, pueden ser archivadas o generar una absolución en el escenario de un juicio oral, como consecuencia de una reacción social y visceral a un hecho que aunque lamentable y censurable no requería de ser legislado de manera autónoma pues ya existía normatividad al respecto, lo que no se compa-



dece en nada con los postulados de política criminal y menos aún con los de los sistemas acusatorios; ello en la medida que conforme a esa prerrogativa legal estos delitos no representan beneficios punitivos por acuerdos o si los hay son mínimos, y sería obligatorio ir a juicio con las consecuencias que se podrían dar y que ya han sido señaladas.

#### IV. Conclusiones

Este artículo permite concluir que en Colombia, si bien es cierto el tema de la política criminal ha sido analizado y estudiado, no se ha hecho o elevado una propuesta contundente al respecto. Se entiende la política criminal como un fenómeno cambiante que está llamado a evolucionar a la par con la sociedad, que debe estructurarse de manera interdisciplinaria para que no quede ningún aspecto al azar, pero también se hallaron posturas que señalan que más allá de las ciencias que la fundamenten, lo que sí es claro y necesario es que sea coherente. Para tal fin se propone que dicha política sea democrática, minimalista y alejada de burocratizaciones acomodadas a los intereses de unos pocos.

Es importante observar cómo todas las líneas apuntan a señalar la necesidad de un cambio en la manera en que se enfoca la política criminal en Colombia, y reafirman la necesidad de una respuesta propositiva desde la óptica del sistema acusatorio. A lo anterior deberán sumarse bases puramente metodológicas que permitan fincar una propuesta que acoja los postulados que se han venido delineando, tratando de observar y determinar un punto de equilibrio entre las lí-

neas investigativas, que permita crear los derroteros que lleven a constitucionalizar la política criminal, de modo que sea la Carta Política la que la fundamente, que sea ella la que permita, a partir de la reforma constitucional del artículo 250 Superior, que esta política observe plenamente lo que el sistema procesal penal colombiano requiere.

Finalmente, puede concluirse sin temor a equívocos, que la política criminal en Colombia es incoherente con las instituciones del sistema penal oral acusatorio no solo por la restricción injustificada de beneficios, el endurecimiento de penas, la creación sin estudios serios de leyes innecesarias y demás, sino también porque definitivamente hay contradicción entre quienes trazan la política criminal y quienes promulgan las leyes que la deforman.

La investigación expuesta muestra con claridad una problemática en relación con la cual la Corte ha venido mostrando su preocupación: “La manera inconsistente en que el ejecutivo y el legislativo han venido diseñando y ejecutando la política criminal, tanto en lo penal propiamente dicho como en aspectos procesales (CSJ Penal, sentencia 33254/2013, J. L. Bustos Martínez).

#### Referencias

- Binder, A. (2012). *Análisis político criminal*. Bogotá: Editorial Astrea.
- Caldas, J. (2014). *Política criminal y libertad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Comisión Asesora de Política Criminal. (Junio de 2012). *Informe final. Diagnóstico y propues-*

- ta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano.* Bogotá: Autor.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-646 de 2001 (M. P.: Manuel José Cepeda; junio 20 de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-936 de 2010 (M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva; noviembre 23 de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-297 de 2016 (M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado; junio 8 de 2016).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 38285 (M. P.: Fernando Castro Caballero; julio 11 de 2012).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 33254 (M. P.: José Leónidas Bustos Martínez; febrero 27 de 2013).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 41350 M. P.: Eugenio Fernández Carlier; abril 30 de 2014).
- Fernández León, W. (2 de marzo de 2012). Populismo punitivo y penal. *Ámbito Jurídico*.
- Ferrajoli, L. (2014). *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta.
- Mariño Rojas, C. (2007). La política criminal dentro de las políticas públicas: desconocimiento del carácter excepcional que la privación de la libertad debe tener en ella. En M. Gutiérrez Quevedo, *Análisis de las políticas públicas en torno a la prisión*. Cátedra de Investigación Científica (2). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Política Criminal.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sarre, M. (2012). *Sistema acusatorio y juicio oral*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia Ltda.
- Schonbohm, H. (2004): El proceso penal: principio acusatorio y oralidad en Alemania. En *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*. Bogotá: Editorial Jurídica Colombiana.
- Tocora López, L. F. (2015). *Política criminal global en América Latina*. Buenos Aires: Editorial Eudeba.