

TRABAJO DE GRADO

ESPECIALIZACIÓN SISTEMA PROCESAL PENAL



**UNIVERSIDAD DE
MANIZALES**

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

JOSÉ LUIS ROJAS RODRÍGUEZ

Reserva De Ley Estatutaria De Las Leyes Penales En Colombia

Resumen Ejecutivo

Las leyes penales en Colombia están sirviendo en la actualidad, como armas del discurso utilizado por los parlamentarios para obtener votos en aras de llegar al Congreso de la Republica, aprovechándose de lo que se conoce como los pánicos Morales¹, que son esos miedos fundados o infundados por la criminalidad social, y promueven leyes penales que aumentan las penas frente a ciertos delitos, que a la larga, desde un punto de vista constitucional, legal y de política criminal son contraproducentes en un Estado Social y Democrático de Derecho, porque buscan otros intereses bien sea personales o económicos. Por eso la idea de este trabajo es proponer la utilización de las leyes estatutarias como una medida necesaria y útil para contrarrestar la mutación legislativa Penal que en el criterio de muchos penalistas dentro de los que me incluyo, genera inseguridad jurídica y resultados desagradables desde el punto de vista de política criminal. Desde El punto de Vista procesal penal, considero que el debido proceso, como derecho fundamental que es, debe permear no solo los procesos administrativos y judiciales, sino también los procesos legislativos y posdelictuales, para así humanizar la pena. La pena no es un arma del poder punitivo, por eso es deber del penalista, plantearle límites al jus puniendi, también en la etapa de la configuración de los delitos, de las penas y de la ejecución de la sentencia.

¹ Folk Devils and Moral Panics

Abstract

Criminal laws in Colombia are currently serving as weapons of speech used by parliamentarians to obtain votes in order to reach the Congress of the Republic, taking advantage of what is known as the Moral panics promote criminal laws that increase penalties in front of to certain crimes, which in the long run, from a constitutional, legal and criminal policy point of view, are counterproductive in a Social and Democratic State of Law, because they seek other interests. That is why we will try to propose in this work the use of the statutory laws as a necessary and useful measure to counteract the criminal legislative change that in the criteria of many criminal lawyers, generates legal insecurity and unpleasant results from the point of view of criminal policy. From a criminal procedural point of view, I consider that due process, as a fundamental right that it is, must permeate not only administrative and judicial processes, but also legislative and post-criminal processes, in order to humanize the penalty. The penalty is not a weapon of the punitive power, so it is the duty of the criminal, to set limits to the jus puniendi, also at the stage of the configuration of crimes, penalties and the execution of the sentence.

Introducción

Considero que el tópico desarrollado en este trabajo tiene relevancia en el sentido si se piensa que cualquier Penalista, humanista por demás, debe sentir un sinsabor al evidenciar que la Política Criminal Colombiana se ha venido llevando, desde hace ya algún tiempo, de una manera equívoca, puesto que ha primado la presión de los medios de comunicación y esa sensación de injusticia que traen consigo las noticias que diariamente se le presentan a la comunidad como la de **Natalia Ponce de León**, o la de **Juliana Samboní**, o **la libertad de Garavito, Etc.** y que ha estado sirviendo para que la mayoría de Políticos pertenecientes al Senado de la República

promuevan leyes en materia penal cada tanto que busquen probablemente unos fines legítimos pero que no tengan en cuenta los medios usados ni que Colombia es un Estado Social y democrático de Derecho con todas las consecuencias que trae consigo dicha afirmación.

Se parte de la premisa de creer que la aplicación de los derechos fundamentales en un Estado Social y Democrático de Derecho es irrestricta, es decir, el respeto por los derechos fundamentales no puede estar sometido a la voluntad popular y por tal razón las leyes penales no pueden construirse sin tener en cuenta el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad, el de lesividad, el principio de la última ratio y el principio de humanidad de las penas, entre otros.

Y esto se agrava en mayor medida cuando en las noticias de la Televisión Colombiana se ve diariamente cómo los medios de comunicación generan un Estado de Zozobra frente a la irresponsabilidad judicial al no imponer la pena máxima en un caso determinado, o por haber dejado libre a una persona sin tener en cuenta las garantías procesales propias del debido proceso, razón por la que surge la necesidad de encontrar herramientas que regulen esa actividad legislativa en materia penal que, particularmente califico como desproporcionada y encuentro adecuado, necesario y útil que a las leyes penales en Colombia se les dé trámite de ley estatutaria como sucede en España, no porque allí sea mejor, sino porque es verdad que hay que tener en cuenta que las leyes penales buscan la protección de bienes jurídicos y estos a su vez tienen un nexo cuasi inseparable con los derechos fundamentales, razón jurídica de peso para fundamentar esta teoría, que no es novedosa, pero si necesaria en el galimatías legislativo penal que padece Colombia.

Estas afirmaciones, lejos de ser precepciones individuales, han sido plasmadas en la sentencia T 762 de 2015, en la que se indicó que:

La Comisión Asesora ha concluido que el incremento en la severidad penal, al no ser producto de una reflexión seria sobre los fenómenos criminales, es una expresión de lo que los autores conocen como ‘populismo punitivo’, que pretende que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes debe ser siempre el aumento drástico de las penas.

La prisión ha llegado a convertirse paulatinamente en el eje de la política criminal, a partir de la extendida percepción de inseguridad [que] ha sido también responsable de que se la politice, y ha abierto la puerta al aprovechamiento político del miedo al crimen y al uso del populismo punitivo como estrategia para originar consenso acerca de las medidas de justicia expresiva adoptadas, y para capitalizar electoralmente la ansiedad de la población²

De tal modo el panorama de la política criminal actual se traduce en la adopción de medidas legislativas coyunturales que se alejan de la finalidad de la pena y del derecho penal “en desmedro de su tradicional carácter de ultima ratio, así como de sus notas de fragmentariedad y de subsidiariedad; alejándose del ideario ilustrado afincado en la libertad individual y en la dignidad humana, con el consecuente favorecimiento de modelos autoritarios y expansivos propios de un derecho penal ‘moderno’, donde la acción estatal es apenas aparente e incide

² DE LA TORRE, Verónica y ÁLVAREZ, Alberto Martín. Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central. Perfiles latinoamericanos, 2011, vol. 19, no 37, p. 33-50.

únicamente en el ámbito psicológico-social, convirtiendo al derecho penal en un mecanismo simbólico.

Conforme lo anterior, la política criminal actual obedece a factores que deforman el derecho penal, en sus más primigenios orígenes y derroteros, como respuesta a las impresiones mayoritarias, momentáneas y circunstanciales, sobre las necesidades de la sociedad, en detrimento del valor constitucional de la libertad.

En los diferentes espacios académicos, sociales y culturales, a la hora de criticar la situación colombiana y los problemas del derecho penal, se llega constantemente al problema de la política criminal y se dicen frases al aire como “son razones político – criminales del legislador Colombiano” ¿pero qué es esto? Considero necesario dar un paneo de algunos doctrinantes que han definido lo que entendemos por política criminal para al fin adoptar alguna definición con la que comulgo.

Para (HANS-HEINRICH JESCHECK 1981 Págs. 29 – 30), "la Política Criminal se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal en la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la sociedad. La Política-Criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal, pondera los límites hasta dónde puede el Legislador extender el Derecho Penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute como pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho Penal Material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado por el proceso penal.

Aunque la Política Criminal, como toda ciencia, sea libre en su investigación y se halla sometida sólo a la verdad, existen ciertas limitaciones a las realizaciones de las metas legislativas por ella propuestas. No todo lo que parece como eficaz es también justo. Como baremos en la Política-Criminal cabe mencionar el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho y el principio de humanidad".

(HEINZ ZIPF 1769 Pág. 4) dice que "la Política- Criminal puede definirse como la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal".

(DELMAS-PARTY 1986 Pág. 19) dice que la política criminal es el "conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal".

(PÉREZ PINZÓN 1982 Pág. 144) ha definido la Política-Criminal como la "ciencia encargada de la creación, reforma, modificación o supresión de las normas penales sobre la base de la investigación criminológica".

(FERNÁNDEZ CARRASQUILLA 2011 Pág. 226), la concibe como "la ordenación o disposición de medios sociales para la prevención lo más efectiva posible de los fenómenos criminales y en último término por el recurso al Derecho Penal, en todo caso y siempre en el marco constitucional de los derechos fundamentales y sin perjuicio de los derechos humanos internacionales de todas las personas".

(VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ 2009 Pág. 33) indica que en un sentido amplio, puede entenderse la Política-Criminal como la política jurídica en el ámbito de la justicia penal. Y, en sentido estricto, como la disciplina que se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad”.

Para (VÉLEZ RODRÍGUEZ 2016 Pág. 237) la política criminal es el “sector de las políticas públicas del estado que tiene a su cargo el diseño de mecanismos de prevención y reacción frente a fenómenos que amenazan o vulneran de forma grave al sistema básico social de convivencia, en el libro de derecho penal y política criminal en el Estado Social y Democrático de Derecho.

La Sentencia T 762 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional ha definido la política criminal como el conjunto de respuestas que un Estado adopta para hacer frente a las conductas punibles, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en su jurisdicción. En esa medida, busca combatir la criminalidad a partir de diferentes estrategias y acciones en el ámbito social, jurídico, económico, cultural, administrativo y/o tecnológico, entre otros.

De manera particular, comparto la visión del Dr. LUIS VÉLEZ RODRÍGUEZ en punto que reconoce a la Política Criminal como una política pública más; creo que concuerdo con todos los doctrinantes citados en que el fin de la política criminal es diseñar mecanismos efectivos para la prevención y reacción de las conductas que vulneran con mayor gravedad el ordenamiento jurídico penal, pero no puedo negar que, siendo congruente con mi tesis, comparto la posición

del DR JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA cuando determina que la misma debe tener como límites el respeto al marco de garantías previstas en la constitución sobre todo en el respeto a los derechos fundamentales y a los derechos humanos internacionales de todas las personas.

Y es que resulta menester hacer énfasis en este último tópico, porque algo que debe quedar claro en este punto es que no se puede construir una política criminal en Colombia sin tener en cuenta las garantías penales que trae la Constitución Política y con ella un Estado Social y democrático de derecho, algo que el legislador Colombiano ha olvidado por completo cuando legisla en materia penal y por lo que considero que toda ley penal debe tener regulación estatutaria en Colombia, para que sea la Honorable Corte Constitucional la garante, la que ejerza límites al legislador penal cuando se sienta a determinar el qué hacer punitivo.

La introducción al derecho Penal se estudia en el pregrado y se olvida conforme pasa el tiempo, pero se olvida la evolución de la teoría del delito, las muertes, torturas, sufrimiento, dolor que los estados perpetuaron a través del tiempo y las luchas de personas como Cesare Beccaría, Carrara, Ferri, beling, Von Liszt, Welzel, Mezger, Roxin entre otros dieron para contruir el derecho penal que tenemos hoy, por ello creo que se hace necesario volver a las garantías que la constitución Política y las leyes penales traen, mismas que son de obligatorio cumplimiento y que se hacen necesarias para solventar la necesidad de la construcción obligatoria de leyes penales a través del trámite estatutario:

1) El respeto a la dignidad humana (Art. 1°): El art. 1° del Código Penal y el preámbulo de la Constitución Política Colombiana indican que todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el penal debe construirse bajo el respeto a la dignidad humana. Esta garantía se materializa por ejemplo en la prohibición de penas corpóreas o que recaigan sobre las afectaciones físicas al individuo o en la prohibición de la prisión perpetua. Si hay un derecho de derechos, o un derecho fundamentalísimo es el derecho a la dignidad humana como derecho gendarme, que como ya sabemos se puede ver materializado de diversas formas y además cada derecho tiene un nexo más o menos largo con este; pero volviendo al tópico penal podemos ver su nexo de proximidad con la prohibición de penas corpóreas o prisión perpetua. No obstante, esto se le ha olvidado a algunos Políticos quienes proponen cada tanto para los violadores la castración química³ o prisión perpetua, hechos que no quedan como una anécdota divertida, sino que son el reflejo de la violencia historia Colombiana, teniendo en cuenta que dicho discurso sobrevive en el 2017 con un proyecto de ley que se encuentra en la comisión primera del senado y que tiene como líderes a los senadores MARITZA MARTÍNEZ y JUAN MANUEL GALÁN que buscan la castración química voluntaria de los violadores de menores⁴.

2) Prohibición de la pena de muerte (art. 11): “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. ¿Qué pasa si el legislador prevé en este momento a través de una ley la pena de muerte para los violadores de niños como lo previó la entonces senadora QEPD GILMA GIMENEZ y hoy sobrevive dicha idea en MAURICIO LIZCANO por el vejamen cometido

³ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3260851>.

⁴ <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/proponen-castracion-quimica-voluntaria-para-violadores-de-menores-99270>

sobre Juliana Samboní?⁵, pues la realidad de las cosas es que en caso tal de que este tipo de leyes se voten por el trámite ordinario y sea al fin y al cabo ley de la república, (teniendo la misma gozaría de presunción de legalidad y tendría obligatorio cumplimiento hasta tanto la corte constitucional la declare inexecutable por violación al artículo 11 de la constitución política), sería desastroso desde el punto de vista constitucional. Pero piénsese, ¿este tipo de leyes penales no merecerían control ex ante y no ex post por parte de la Honorable Corte Constitucional a sabiendas que se está regulando un derecho fundamental como lo es el derecho a la vida?.

3) El principio de la Non Reformatio In pejus (art. 31) : Preceptúa la Constitución Política en el anterior artículo que el juez superior no puede agravar la pena impuesta del A Quo cuando el condenado sea apelante único, y aunado a esto la Honorable Corte Constitucional ha dicho en sentencia en sentencia T 246 de 2015 que el principio de la prohibición de la reforma en peor, es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso, contenido expresamente en la Carta Política. La garantía de la non reformatio in pejus, consiste en una institución derivada del ordenamiento procesal-penal, **elevada a rango constitucional**, la cual se dirige a imposibilitar que el operador judicial de superior jerarquía, agrave la pena impuesta, en detrimento del derecho fundamental al debido proceso, cuando el condenado sea apelante único. Por virtud expresa del Constituyente, la prohibición de reforma en perjuicio –en peor- opera como un límite competencial para el juez de superior jerarquía en los casos que el apelante sea único, toda vez que se encuentra imposibilitado para agravar la decisión proferida por el juez inferior, como quiera que la parte que apela no lo hace para desmejorar su situación sino para revocar,

⁵ <http://www.elcolombiano.com/colombia/proponen-en-el-congreso-cadena-perpetua-o-pena-de-muerte-para-abusadores-LE5521386>

enmendar o anular alguna pretensión que supone injusta a sus intereses. En ese sentido, ¿No se cree congruente que los artículos 176, 177, 178 y 179 y sus literales de la ley 906 de 2004, o código de Procedimiento Penal; deben ser tramitados a través de ley estatutaria teniendo en cuenta que se está regulando un principio ius fundamental constitucional como el de la Non Reformatio in Pejus que como lo dijo la misma Corte Constitucional tiene un vínculo íntimo con el debido proceso?.

Y los ejemplos anteriores, al igual que la Doble Conformidad Retroactiva, entre otros, son una mínima muestra de que este tema tiene tanto de ancho como de largo, porque podríamos seguir poniendo ejemplos del siguiente tenor: ¿no se desarrolla el derecho fundamental al debido proceso cuando se regulan normas del procedimiento penal? O ¿no se está desarrollando el derecho de contradicción y defensa cuando se regula el derecho a la doble instancia? O cuando se regula el derecho a las interceptaciones telefónicas no son tópicos que tienen que ver con el derecho fundamental a la intimidad, o cuando se regula el interrogatorio al indiciado o la posibilidad que el procesado declare en su propia causa ¿no se está desarrollando el derecho fundamental al debido proceso y específicamente a la prohibición de la autoincriminación? En fin, podríamos hacer un ejercicio en el que encontraríamos que las normas penales y procesales penales tienen un nexo íntimo y mayor que las demás áreas del derecho con los derechos fundamentales, pero esto implicaría más un ejercicio de una persona que pretenda hacer una demanda de inconstitucionalidad de la ley 599 de 2000 y la ley 600 y pues la idea de este artículo es más tratar de demostrar ¿por qué las leyes penales en Colombia deben tener un trámite de ley estatutaria? Porque la otra discusión ya la dio la Corte Constitucional como se enrostrará con posterioridad.

Por lo anterior considero que la construcción de lo que entendemos como política Criminal está siendo desacertada probablemente porque los fines buscados se están haciendo de cualquier manera, porque estamos de acuerdo que los vejámenes que se viven día a día hay que prevenirlos y combatirlos, pero está fallando gravemente en el cómo, en los medios, que son el respeto a la constitución política y al Estado Social y Democrático de Derecho respetuoso de la Dignidad Humana y de los principios de legalidad, de ultima ratio, de proporcionalidad y necesidad, y esto parece no importarle al legislador Colombiano.

Y los problemas de la política Criminal han sido indicados en la sentencia T 762 de 2015 con los cuales concuerdo. En dicha sentencia se ha venido indicando que La política criminal colombiana necesita con urgencia crear y fortalecer los precarios sistemas de información sobre la criminalidad y sus dinámicas, para poder presentar propuestas que retroalimenten las diversas respuestas institucionales a los fenómenos criminales y aunado a esto se ha dicho que la tendencia al endurecimiento punitivo es una característica de la política criminal colombiana que, según el diagnóstico realizado por la Comisión Asesora, puede evidenciarse a partir del estudio de: (i) la creación de nuevas conductas penales, (ii) el incremento en las penas mínimas y máximas de los delitos existentes y, (iii) el aumento de las personas privadas de la libertad. Yo podría agregarle el irrespeto a las garantías al ejercicio del jus puniendi y a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y la falta de cuidado al principio de reserva de ley penal y una precaria política criminal más reactiva que preventiva.

¿Qué es una ley estatutaria en Colombia?

La anterior precisión se realiza por cuanto tiene diferentes significados dependiendo el país. En Colombia las leyes estatutarias se encuentran reguladas en los artículos 152 y 153 de la Constitución Política que aunque no las definen, si indican su trámite y las materias que regula.

En términos generales una ley estatutaria es aquella que regula tópicos que bien podría calificarse como arquimédicos, como de la columna vertebral de la constitución política, tiene un valor superior a las demás leyes teniendo en cuenta la importancia de los temas que regula y por eso su trámite es más riguroso que el de las otras leyes. El artículo 152 regula las materias que deben tramitarse a través de ley estatutaria y son las siguientes:

a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección

b. Administración de justicia

c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;

d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;

e. Estados de excepción.

F. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

Y el artículo 153 indica que la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprende la revisión previa del proyecto de ley por parte de la Corte Constitucional, debe tramitarse en el Congreso de la República en una sola legislatura (2 periodos que el Colombia están previstos desde el 20 de Julio hasta el 16 de Diciembre y desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio) y necesita para su aprobación lo que se conoce como la mayoría absoluta, que implica el voto mayoritario la mitad de todo el congreso más una persona, es decir que si el congreso de la República prevé 279 congresistas (108 Senadores y 171 Representantes a la Cámara) implicaría que dicha ley estatutaria debería ser aprobada por 140 Congresistas, a diferencia de las mayorías simples que implican el voto mayoritario de los presentes en la sesión.

Realizo las siguientes precisiones conceptuales porque pretendo que dicho texto sea entendido no solo por abogados sino por unas cuantas personas pertenecientes a otras áreas del conocimiento, los que espero que me entiendan en las ideas y los motivos de las mismas.

Partiendo de esta premisa, hay que decir sin dubitación alguna que considero necesario que las leyes penales en Colombia deben tramitarse como leyes Estatutarias, porque estamos viviendo problemas político criminales que no le han interesado al penalista hasta ahora, pero que están afectando el ejercicio de la ciencia del derecho penal al tocar la categoría dogmática Tipicidad, teniendo en cuenta que la fuente de la tipicidad es la ley y la dicha norma la crea el congreso de la República quien está introduciendo al articulado penal no solo errores dogmáticos en las descripciones típicas, sino desproporciones punitivas en las consecuencias normativas de los delitos, aprovechándose una sociedad llena de inseguridades sociales aupadas y reforzadas por los medios masivos de comunicación, situación que se ha agonizado en presencia de la Pandemia generada por el Covid 19. Aunado a lo anterior, esta problemática se ha materializado en que el legislador Colombiano, en aras de la consecución de votos para perpetuarse en el Poder le dé trámite ordinario a leyes penales generando los problemas actuales del derecho penal como lo son el aumento excesivo de penas, el hacinamiento carcelario, la desproporción en la pena entre delitos de menor envergadura con unos de mayor interés Estatal a la luz de los bienes jurídicos, la mutación constante de las normas penales que generan inseguridad jurídica tanto en los jueces y servidores judiciales como en los ciudadanos. En fin zozobras generales acerca de algo que debería regirse con las mayores certezas posibles como lo es, determinar qué es delito y cuánta es la pena.

¿Qué son los Bienes Jurídicos?

Prima Facie, resulta menester indicar que el fin del derecho penal no es la pena, esta es solo una arista de la anterior y tiene sus propios fines, pero el fin del derecho penal como ciencia del derecho no es más que la protección de los bienes jurídicos a lo sumo para la mayoría de doctrinantes a excepción de Günther Jakobs su visión de teoría del delito funcionalista radical que determina que el fin del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos sino que se encuentra en el incumplimiento de un deber ético social, indicando que dicha posición es minoritaria dentro de la Ciencia del derecho penal hasta para los mismos Alemanes y que en Colombia el artículo 11 de la ley 599 define que para que una conducta sea anti-normativa o antijurídica se necesita que se vulnere o se ponga en peligro el bien jurídico; pero ¿Qué son los bienes jurídicos?.

Sobre el Bien Jurídico ha dicho (GÓMEZ LÓPEZ 2003 Pág. 223) que es la relación de libre disponibilidad que tiene un sujeto en correspondencia a un objeto o ámbito de actuación valioso en el mundo individual o social, y que es todo valor de la vida humana protegido por el Derecho.

El Honorable doctrinante (VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ 2017) realiza un desarrollo brillante acerca de los bienes jurídicos, pues los trabaja desde el principio de lesividad. Indica que uno de los postulados orientadores y limitantes del ejercicio del jus puniendi es el principio de lesividad, dañosidad social o de exclusiva protección de bienes jurídicos que se define con el axioma de que no hay delito sin daño, y que se materializa en entender que no puede existir una conducta punible sin que haya una amenaza real o daño para el bien jurídico, que **no puede confundirse con la defensa de ideas morales, estéticas o políticas**. Define los bienes jurídicos con determinados valores sociales que, según la opinión del legislador, merecen especial protección,

como sucede con la vida, el patrimonio económico, la integridad personal, el medio ambiente, el orden económico y social.

K BINDING (1982) sostuvo que el bien jurídico se hallaba intrínseco a la norma jurídica, que era inmanente a ella y que se entendía como todo aquello que a los ojos del legislador es de valor para preservar la vida sana de la comunidad , entendiendo al Estado como el bien fundamental.

FRANK VON LISZT (1905) manifestó que los bienes jurídicos eran intereses vitales para el individuo y para la comunidad surgidos de la vida, y que era tarea del ordenamiento jurídico protegerlos.

CLAUX ROXIN (2006) Indica que el concepto de bien jurídico se hace derivar de las tareas que le incumben al derecho penal, al cual se le asigna como misión fundamental la de asegurar la convivencia libre y pacífica de los ciudadanos en una sociedad democrática y pluralista, que les garantice sus derechos fundamentales protegidos por la constitución.

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS (2015) define al bien jurídico como una categoría que cumple una función de garantía de carácter cognoscitivo, dirigida a salvaguardar todos aquellos valores o intereses que protegen las relaciones sociales esenciales en un momento histórico determinado que sirven al desarrollo del individuo dentro de un sistema democrático; institución que por su función debe ser dinámica para poder afrontar de forma idónea los obstáculos que

ofrecen las nuevas realidades dentro de una sociedad del riesgo como lo es la colectividad social actual.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE Y MERCEDES GARCÍA ARÁN (2012) definieron los bienes jurídicos como aquellos presupuestos que la persona necesita para su auto-realización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.

Pues bien definitivamente considero que la posición que más se acerca a mi manera de pensar sobre este tema es la de CLAUX ROXIN teniendo en cuenta que resulta lógico pensar que la protección de los bienes jurídicos es la guarda que el legislador penal prevé para esos valores ético sociales que ayudan al desarrollo del individuo en sociedad, pero rescato el hecho que se indique que dicha construcción deba estar limitada al respecto y garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución.

Se ha dicho que los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano y que le pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana y según la sentencia **T 406 de 1992** se ha definido los derechos fundamentales de la siguiente manera:

Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como

mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.

Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.

Y la Honorable Corte Constitucional ha indicado que no solo se puede detectar los derechos fundamentales en los artículos 11 al 41 de la Constitución política, sino que el desarrollo jurisprudencial de la protección de derechos ha llevado a que las garantías de segunda generación como la salud, la seguridad social tengan raigambre fundamental. Teniendo en cuenta lo anterior resulta necesario encontrar los nexos entre los derechos fundamentales y la protección de los bienes jurídicos, porque resulta cierto afirmar que no todos los bienes jurídicos protegen de manera directa los derechos fundamentales, circunstancia que no desdibuja que los mismos deban tramitarse como ley estatutaria como se indicará a continuación.

Este estudio me ha llevado a entender que existen 2 gamas de bienes jurídicos que se deben proteger a través de ley estatutaria, pero de manera diversa. La primera camada de bienes jurídicos es la que tiene un vínculo o conexidad directo con los derechos fundamentales a la vida,

la integridad personal, la intimidad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, como lo son los delitos contra la vida, la integridad personal, la formación sexuales, la honra, contra el derecho internacional humanitario.

Y por otra parte no puede olvidarse que los otros bienes jurídicos como lo son el patrimonio económico, o la administración pública, aunque no tienen un nexo directo con los derechos fundamentales, no se puede negar que a diferencia de cualquier otra norma, estos están privando de la libertad a seres humanos, y la libertad es también junto con la dignidad humana, el derecho fundamental por excelencia, razón que lleva a doctrinantes con FRANCISCO MUÑOZ CONDE Y MERCEDES GARCÍA ARÁN a decir frases del siguiente tenor (haciendo la claridad que lo que nosotros los Colombianos entendemos por leyes estatutarias, es lo que entienden los Españoles como leyes Orgánicas, que tienen otro significado en Colombia):

“La constitución impone que las leyes que desarrollan derechos fundamentales revistan la forma de orgánica, de modo que los derechos fundamentales entre los que se encuentra la libertad y el honor... gozan de mayor protección que el resto de derechos y libertades.

Tal cuestión ha planteado si todas las leyes penales, por afectar a derechos fundamentales, deben ser aprobadas como leyes “orgánicas”.

Al respecto, la doctrina mayoritaria ha mantenido que las normas penales, por el hecho de serlo, afectan algún derecho fundamental: así se ha dicho que en la medida que prohíben conductas que

limitan la libertad individual, e igualmente afectan el honor dada la repercusión que en el mismo tiene la posibilidad de ser sometido a un proceso penal...

Pero en otros términos estos doctrinantes indican que “una ley penal no desarrolla un derecho fundamental porque lo proteja como bien jurídico (por ejemplo la norma penal que castiga el homicidio al proteger la vida), sino porque imponga una pena cuya aplicación suponga la restricción de un derecho fundamental y por tanto, afecte a su ejercicio”.

No obstante lo dicho por estos doctrinantes Españoles, invito a pensar en una posición si se quiere más eclética entendiendo que hay vínculos entre los derechos fundamentales y algunos bienes jurídicos y que las otras normas penales que no tienen este nexo directo con derechos fundamentales merecen el trámite de ley estatutaria teniendo en cuenta que regulan el derecho a privar la libertad, siendo esta garantía un derecho fundamental.

La Discusión en Colombia.

Esta discusión que estoy planteando ya la dio en el pasado la Honorable Corte Constitucional en el año de 1994 con ponencia del Honorable Exmagistrado QEPD CARLOS GAVIRIA DÍAZ quien indicó en la providencia C 313 de ese año lo siguiente:

Si se prohijara la tesis extrema de que la totalidad de las implicaciones o facetas propias de los derechos constitucionales fundamentales deben ser objeto de regulación por medio de ley

estatutaria, se llegaría a la situación absurda de configurar un ordenamiento integrado en su mayor parte por esta clase de leyes que, al expandir en forma inconveniente su ámbito, petrificarían una enorme proporción de la normatividad, y de paso vaciarían a la ley ordinaria de su contenido, dejándole un escaso margen de operatividad, a punto tal que lo excepcional devendría en lo corriente y a la inversa. Se impone, entonces, en cuanto toca con los derechos fundamentales, una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria...

Las leyes estatutarias a que se refiere el artículo 152-a de la Constitución Política se ocupan de regular, de modo preferentemente positivo y directo, el ejercicio de los derechos fundamentales. Bien distinto es el contenido de aquellas normas mediante las cuales el Estado, al ejercitar el ius puniendi, limita alguno de esos derechos, a manera de sanción imputable a una conducta tipificada como delictiva. **Tal es el caso de las disposiciones que integran el código penal que, por las razones expuestas, no están sujetas al trámite especial de las leyes estatutarias ni participan de la naturaleza jurídica propia de éstas.** Obsérvese, finalmente, que la ley estatutaria se refiere, en cada caso, a un derecho determinado y su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución. La ley penal, en cambio, asume ab initio un tenor marcadamente prohibicionista que le permite delimitar genéricamente la libertad, definiendo el campo de lo ilícito y reprochable socialmente. **Definitivamente, no hace parte del núcleo esencial de ningún derecho fundamental delinquir; luego, señalar legislativamente los tipos penales y establecer las condignas sanciones, en modo alguno equivale a "regular los derechos fundamentales".**

Un Craso error. Como primera medida, resalto que comparto con la Honorable Corte Constitucional cuando preceptúa que debe haber una restricción en las materias que se deben tramitar a través de leyes estatutarias, y concuerdo en que expandir su ámbito de aplicación le quitaría contenido a las leyes ordinarias, volviendo la excepción de las leyes estatutarias en la regla general y quitándole si se quiere la potestad al Congreso de la República de hacer su trabajo.

No obstante, me parece que la visión de la Honorable Corte constitucional en la que se indicó que no hacía parte del núcleo esencial de ningún derecho fundamental delinquir, desconoce gravemente el principio de lesividad del derecho penal del que se concluye que el fin del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, y que, como se señaló con anterioridad, la consecuencia normativa de los tipos penales, a diferencia de otras normativas, implica pena privativa de la libertad, razón de peso para determinar que aunque se reconozca en este trabajo que la Honorable Corte Constitucional ya dio la discusión del trámite de ley estatutaria de las leyes penales, y que este es un argumento de autoridad, me atrevo a indicar que la discusión fue sesgada y que no tuvo en cuenta las aristas ya mencionadas.

Y pienso que no es porque no se conocieran las discusiones que se han dado en el tribunal constitucional Español en la materia, o la doctrina jurídico-penal que se ha referido a la misma, sino que lo anterior quizás fue una providencia judicial que exteriorizó más una conveniencia de carácter político, que una discusión de origen dogmático.

Problemas de la Teoría

Debo reconocer que como toda teoría, su aplicación traería probablemente efectos secundarios que podrían en un momento determinado generar la problemática de la serpiente mítica de Hidra, indicando que al cortarle la cabeza a lo que consideramos es el problema, nazcan otros problemas más sustanciales y aún más difíciles de erradicar.

Es decir, que por tratar de combatir el mal llamado populismo punitivo y darle un freno al exceso de producción legislativa en materia penal, se estanque la producción en materia legislativa penal y procesal penal de tal forma que el trámite de ley estatutaria no permita adecuar la ley al fenómeno delictual que es evidente que muta, dejando a la sociedad desprotegida, frente al fenómeno de la criminalidad.

Conclusiones

Considero que esta es una medida necesaria para que se construya una política criminal seria, fundamentada, bien pensada, congruente con las garantías y derechos fundamentales, con el Estado Social y democrático de derecho respetuoso de la Dignidad humana y de los límites al ejercicio del jus puniendi, una política criminal que pase por las manos de la Corte Constitucional en revisión previa, una Política criminal preventiva y no reaccionaria, situación que se garantice poniéndole atención a los conceptos del Consejo superior de Política Criminal⁶,

⁶ El Consejo Superior de Política Criminal es un organismo colegiado asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal del Estado. Este organismo debe presentar conceptos, no vinculantes, sobre todos los proyectos de Ley y actos legislativos en materia penal que cursan en el Congreso de la República.

una política criminal estadística que le permita al legislador Colombiano tomar decisiones objetivas en el qué hacer, una política criminal que se desarrolle en una sola legislatura, para que se eviten los proyectos de ley previstos de afán, y una política criminal que exija mayorías absolutas en el Congreso de la república para que a los Colombianos nos quede constancia que derechos fundamentales tan costosos como la libertad, van a ser aprobados por la mayoría absoluta del congreso y así representarán en mayor medida la voluntad popular materializada en la democracia representativa.

Por último considero que el estado de Cosas inconstitucionales decretado por la Honorable Corte Constitucional en la última sentencia, debió afrontar el problema de la creación de las leyes penales, no solo en la problemática planteada de el irrespeto al principio de exclusividad de reformas de código, sino en la necesidad de tramitar estas leyes penales sustanciales, penales militares, procesales y carcelarias a través de leyes estatutarias como una medida definitiva que ayude a superar de una vez por todas el estado de Cosas inconstitucionales y teniendo en cuenta que la corte puede señalar la problemática político criminal y carcelaria, puede tomar también cartas en el asunto y asumir el control previo de las normas penales entendiendo esta teoría y asumiendo las consecuencias normativas que ello conlleva.

Y aunque se piense que no obstante tener estas previsiones en materia legislativa penal, se puedan cometer errores, los mismos serán un error histórico producto de una idea del cómo hacer las cosas, mismo que permitirá evaluar en qué se falló y corregirlo, y no medidas reaccionarias inmediatistas, como se viene presentando en Colombia que han generado el problema del

hacinamiento carcelario, la vulneración a derechos y garantías fundamentales y una política criminal irrisoria.

Bibliografía

- DE LA TORRE, Verónica y ÁLVAREZ, Alberto Martín. Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central. Perfiles latinoamericanos, 2011, vol. 19, no 37, p. 33-50.
- Tratado..., ob. cit... págs. 29-30.
- Introducción a la Política-Criminal, Edersa, Madrid, 1979, pág. 4.
- Modelos actuales de Política-Criminal, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 19.
- Diccionario de Criminología, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, pág. 144.
- Introducción..., ob. cit., pág. 226.
- Derecho Penal, ob. cit., pág. 33. Cfr. Manual..., ob. cit., pág. 17. Como se ve, este autor se afilia, en su concepción de la Política-Criminal en sentido amplio a ZIPF, y en su concepción estricta a JESCHECK.
- <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3260851>.
- <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/proponen-castracion-quimica-voluntaria-para-violadores-de-menores-99270>
- <http://www.elcolombiano.com/colombia/proponen-en-el-congreso-cadena-perpetua-o-pena-de-muerte-para-abusadores-LE5521386>
- Cfr. Página 223 Teoría del delito Jesús Orlando Gómez López Ediciones Doctrina y ley año 2003.