

Política criminal y funcionamiento del legislativo: de la creación de una política pública

El funcionamiento del Estado como organismo público supremo que debe buscar el bienestar de la población o, en otros términos, como el órgano mediante el cual una sociedad busca mejorar sus condiciones de vida, está determinado por aquello que se denominan políticas públicas, es decir, el conjunto de acciones que el estado realiza con el fin de atender un problema o un aspecto determinado de la vida en sociedad¹. Es así como hablamos de política hospitalaria, política fiscal o política criminal, e incluimos en cada uno de estos conjuntos cuestiones tan disímiles como lo organizacional, lo presupuestal o lo normativo. El objetivo principal de esta monografía es la de indagar brevemente, y mediante un trabajo de campo más que a través de disquisiciones teóricas, en la formación y formulación de una política penal² entre 1990 y 2002, centrándose en la llamada política de excepción y en los aportes del Legislativo a la construcción de dicha política³. Dado que este campo sigue siendo muy amplio, y siguiendo las indicaciones de la investigación del CIJUS (Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, “Guerra y Derecho: Hacia una concepción del derecho punitivo de emergencia en Colombia” (2002-2003). Fundación para la Promoción de la Investigación y la Tecnología (F.P.I.T.)

¹ El análisis de políticas públicas es un elemento indispensable en el buen funcionamiento de un Estado, y su función es la de determinar qué problemas sociales deben ser atendidos por el Estado, y de qué forma puede encontrarse una solución, es decir, cuál de las posibles alternativas es la más adecuada. Al respecto, véase MENY, Yves, “Las políticas públicas, Ariel, Barcelona, 1992 y SUBIRATS, Joan, “Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración”, Ministerio para las administraciones Públicas, Madrid, 1994

² De forma general, se entiende por política criminal el conjunto de acciones realizadas por el Estado y que tienen como finalidad la solución de los problemas que el compete resolver en esta área.

³ Se entiende por política criminal de excepción (o de orden público, de emergencia, especial) el conjunto de acciones emprendidas por el Estado para luchar contra el crimen que, según dicho discurso, atentan contra la su existencia misma. Se trata, más concretamente, de las formas criminales asociadas al narcotráfico, la guerrilla y el paramilitarismo, que han sido enfrentadas por medio de una legislación diferente a la que se aplica a las demás formas del delito, como veremos más adelante.

del Banco de la República) dentro de la cual se enmarca este estudio, limité el campo de acción al legislativo, como lugar en el cual, en principio, se deben discutir las normas que permiten implementar una política determinada.

No sobra aclarar, de forma preliminar, el por qué de la elección de esta temática. En primera instancia, la situación de orden público, la inseguridad creciente, las “guerras” que contra el narcotráfico, la insurgencia y los grupos paramilitares ha vivido el Estado colombiano, todo ello ha llevado a que la política criminal sea una de las más debatidas y fundamentales para el Estado y la sociedad colombiana. Antes (arriba, cuando define el objeto de estudio) vale la pena definir brevemente qué entiende usted por política criminal. El énfasis que se ha dado en estas discusiones, naturalmente, se ha puesto en los delitos de mayor impacto, en esas conductas que se asocian con los más grandes “enemigos” del Estado colombiano, lo que hace que el derecho penal que se crea en relación con ellos no busque tanto la reinserción en la sociedad sino el castigo de las conductas realizadas⁴, y que por lo tanto también serán enfatizadas y subrayadas en este estudio. Por otro lado, la crisis política colombiana, la anunciada disolución o muerte de los partidos políticos tradicionales (que, por demás, nada que ocurre, pues los partidos tradicionales no han desaparecido), la carencia de alternativas de izquierda y demás problemas que afectan a nuestra política y que han sido más que analizados, todo ellos pasan en gran medida por las dificultades que vive el Congreso para fungir de foro democrático nacional y para ser el lugar por excelencia del funcionamiento de unos partidos sólidos y coherentes. En este sentido, esta breve investigación busca observar cuál es el funcionamiento de éste órgano en una parte de su campo de acción, que debería ser (pues en la práctica, como muestra la investigación, no lo es) el aspecto menos importante de sus preocupaciones (por lo menos en principio).

Las intenciones de la presente monografía son dos: se busca tanto analizar el desarrollo de la política criminal de excepción en estos doce años como observar el

⁴ Se trataría, como ya se mencionó, del narcotráfico, la guerrilla y el paramilitarismo, quienes son vistos como grupos de delincuentes incorregibles con los que hay que ajustar cuentas pero que, a la vez, parecen tener un estatus similar al del Estado (de ahí, por ejemplo, la existencia del delito de rebelión). Este problema del derecho penal y el enemigo se desarrolla sustancialmente en otra investigación del CIJUS. Véase APONTE, Alejandro, “Guerra y derecho penal del enemigo”, Estudios Ocasionales CIJUS, Bogotá, 1999

trabajo y el funcionamiento del legislativo con respecto a dicha política. Claro que circunscribirse al manejo del legislativo limita ambos objetivos, pues parecería que, de entrada, se identifica política criminal con normatividad penal. Sin embargo, ya veremos cómo esto es simplemente un enfoque inicial que quizás se debe, en gran medida, a que las posibilidades del Congreso como actor de creación de una política pública se dirigen al proceso legislativo.

Así, este análisis deja de lado las cuestiones carcelarias y penitenciarias así como el aspecto presupuestal de la política criminal de excepción, que son dos herramientas elementales para el buen funcionamiento de cualquier política criminal. Así mismo, se descartaron los convenios internacionales en la materia y las políticas gubernamentales cuyo desarrollo no requiere de la intervención del Legislativo. A cambio de ello se prefirió que la investigación se centrara en la política criminal como tal, tanto en sus cuestiones de derecho penal sustantivo (es decir, los delitos y sus penas) como de derecho penal procesal (es decir, los funcionarios competentes para conocer estos delitos y los procedimientos judiciales aplicables). Sin embargo, la investigación se enfocó más en las cuestiones de la evolución misma de la política que de sus contenidos, es decir, prefirió mirar de qué forma se modifican o mantienen las reglas de juego antes que por especificar cuáles son los contenidos de dichas reglas. Esto se debe no sólo a las limitaciones de la presente monografía sino porque la intención no es tanto de la de valorar una determinada política criminal sino la de analizar la forma en la cual ésta se determina.

El escrito se divide en dos partes. En primera instancia, se hace un breve análisis cuantitativo del trabajo legislativo relacionado con la política penal de excepción, con lo que se arrojan unos resultados aproximados. Más concretamente, se hará un sencillo trabajo estadístico con los datos de los proyectos de ley que fueron presentados al Senado⁵ en el período comprendido entre 1992 y 2002, con lo que se busca lograr una

⁵ La intención inicial era la de incluir en este conteo los proyectos presentados en las dos cámaras, pero las dificultades en la obtención de la información en la Cámara de Representantes impidió que se lograra este objetivo. Por esto, desafortunadamente, sólo se cuentan con los registros de la cámara alta. Hay que aclarar que, en todo caso,

imagen general de lo ocurrido en tal período. En segunda instancia, se analiza brevemente el trámite legislativo de algunos de los proyectos más relevantes del período arriba delimitado, con el fin de indagar más en detalle cuáles son las funciones que realmente realiza el Congreso Nacional en la discusión de iniciativas que, por ser ejes centrales de la política criminal, tienen una enorme repercusión en el país. En otras palabras, tras el análisis general, se hará un estudio cualitativo y mucho más detenido en el trámite de proyectos claves, lo que da una visión complementaria y más precisa que la que se espera obtener por medio de la lectura cuantitativa de la primera parte.

buena parte de los proyectos presentados al consideración del Senado de la República también se presentaron ante la Cámara de Representantes, especialmente cuando su iniciativa no era legislativa, como veremos más adelante.

I. Análisis cuantitativo de los proyectos presentados en el Senado

Como una primera aproximación al desarrollo de la política criminal de excepción por parte del Congreso de la República, se identificaron los proyectos de ley que tuvieran relación con ella, dentro de los límites expuestos en la parte introductoria de la presente investigación, es decir, dejando de lado la cuestión carcelaria, los convenios internacionales y la parte presupuestal y las políticas del Ejecutivo que no pasan por el Congreso. Este breve vistazo al trabajo legislativo en torno a la política criminal de excepción indudablemente no basta para hacer afirmaciones contundentes y concluyentes, pero sí sirve como un primer esbozo y como una introducción general que se complementa y se torna más contundente al ser complementada con el análisis cualitativo de varios proyectos de ley, claves dentro de la formulación de ésta política pública.

Dentro del período iniciado en 1992 con la expedición de la nueva Constitución y las labores del primer Congreso que se rige por ésta y hasta la primera mitad del 2002 (antes de la posesión del Congreso elegido en marzo de este año), se encontraron 92 proyectos de ley referentes a la política criminal de emergencia⁶, lo que nos daría un promedio de 9,2 proyectos por año. Estos se pueden discriminar por año de la siguiente forma:

⁶ Este número se halló a través de la lectura de los libros radicadores que se encuentran en la oficina de leyes del Senado de la República, así como de la información sistematizada de la misma dependencia, que fue amablemente compartida con los investigadores.

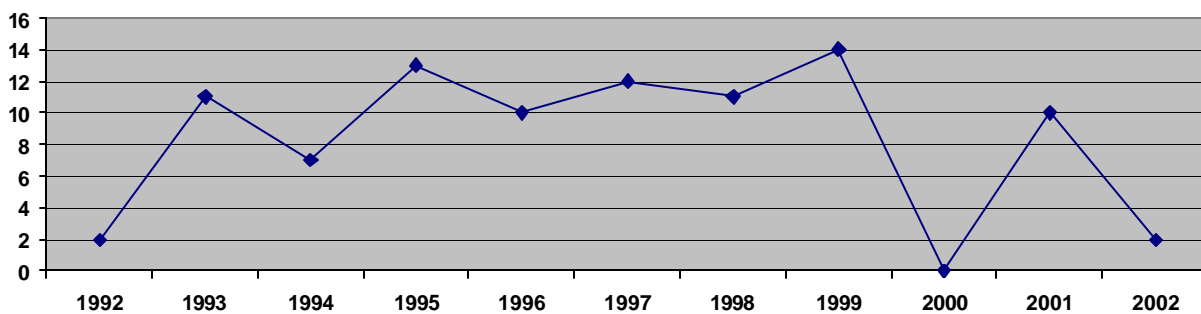
Cuadro No. 1. Número de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción que fueron presentados al Senado de la República. 1992 - 2002

Año	Número de Proyectos
1992	2
1993	11
1994	7
1995	13
1996	10
1997	12
1998	11
1999	14
2000	0
2001	10
2002	2

Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

La gráfica correspondiente es la siguiente:

Gráfica No. 1. Número de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción que fueron presentados al Senado de la República. 1992 - 2002



Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Estos proyectos se pueden dividir de forma más concreta según el tema al que se refieren, así⁷:

Cuadro No. 2. Número de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción que fueron presentados al Senado de la República, por temas. 1992 - 2002

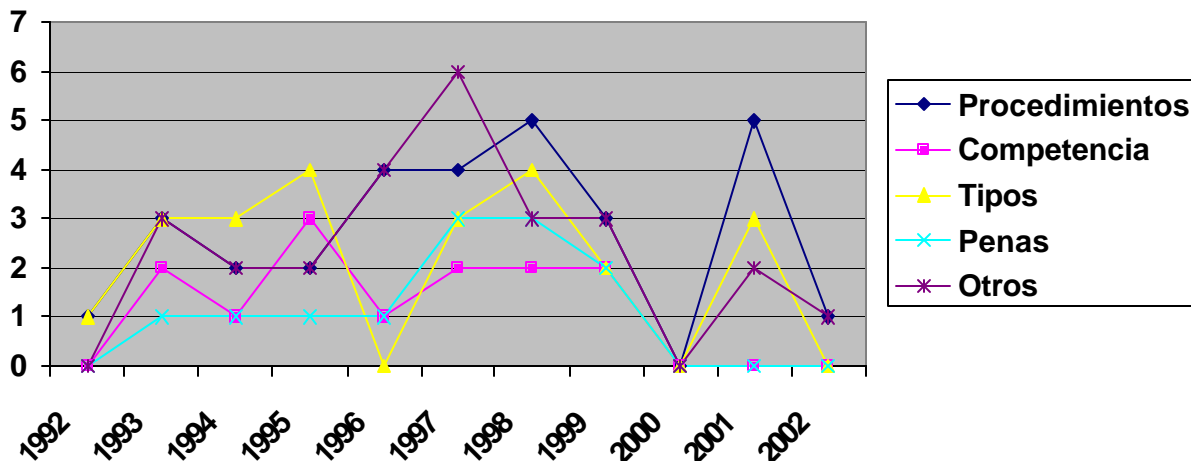
	Procedimientos	Competencia	Tipos penales	Penas	Otros ⁸
1992	1	0	1	0	0
1993	3	2	3	1	3
1994	2	1	3	1	2
1995	2	3	4	1	2
1996	4	1	0	1	4
1997	4	2	3	3	6
1998	5	2	4	3	3
1999	3	2	2	2	3
2000	0	0	0	0	0
2001	5	0	3	0	2
2002	1	0	0	0	1
Total	30	13	23	12	26

Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

⁷ Estas cifras no coinciden necesariamente con las de arriba, porque algunos proyectos pueden ser incluidos en varias categorías, como es el caso de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia o de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

⁸ Dentro de esta categoría se incluyen proyectos tales como el 347 de 1993 que creaba el “programa de protección a testigos, jueces y demás intervinientes en el proceso penal”, el 19 de 1996 que desarrolla la extinción del dominio o el 110 de 1997 que amplía las funciones del Vicefiscal General de la Nación

Gráfica No. 2. Número de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción que fueron presentados al Senado de la República, por temas. 1992 - 2002



Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Como vemos, cuestiones fundamentales como los procedimientos a seguir para juzgar a un posible delincuente o la determinación de la persona que lo debe investigar y juzgar fueron objeto de un altísimo número de proyectos. Esto representa una gran variación respecto al juez competente para juzgar los diferentes delitos. Además de esto, tampoco es despreciable la cantidad de proyectos que buscaban crear tipos penales o modificar los ya existentes, así como variar las penas mínimas y máximas que se les pueden aplicar a quienes resulten condenados en estas investigaciones, generalmente endureciendo dichas penas (de hecho, aparte del nuevo Código penal, que se analizará en detalle más adelante, los proyectos individuales y específicos siempre buscan un aumento de penas por delitos específicos).

Estos datos se basan en la fecha de presentación de los proyectos de ley al Senado, lo que no necesariamente coincide con la fecha de primera presentación al Congreso de la República, por lo que pueden existir ciertas inexactitudes, dado que los proyectos pueden iniciar su trámite por cualquiera de las cámaras y, por lo tanto, estas fechas

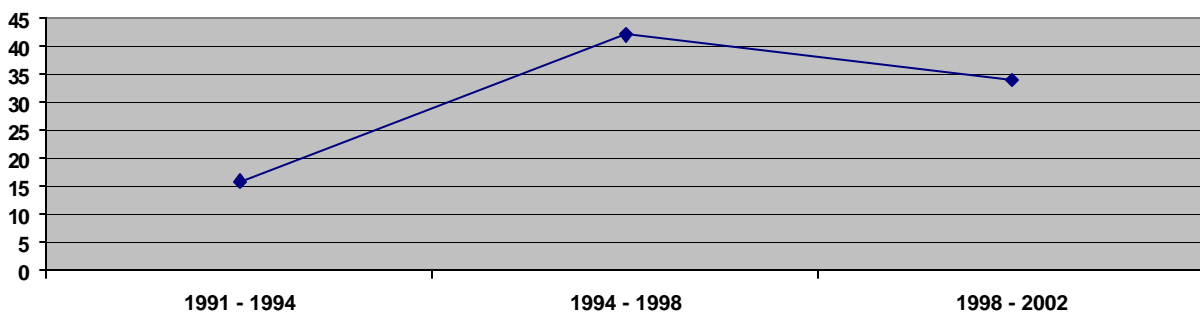
pueden ser las de presentación en el Senado tras haber sido debatidos y aprobados por la Cámara de Representantes. Además, quizás sea más interesante discriminar entre las tres administraciones estudiadas (Gobiernos de César Gaviria, Ernesto Samper y Andrés Pastrana), ya que cada una de ellas adelantó su política penal de diferentes maneras y con prioridades variables. Los siguientes son, pues, los datos desagregados siguiendo los períodos legislativos que acompañan a los presidenciales (en lugar de iniciar y terminar el 7 de agosto, la fecha de corte es el 20 de julio, puesto que las legislaturas se inician en dicha fecha):

Cuadro No. 3. Número de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción que fueron presentados al Senado de la República, por administraciones. 1992 - 2002

Período	Número de proyectos
César Gaviria 1991 – 1994	16
Ernesto Samper 1994 – 1998	42
Andrés Pastrana 1998 - 2002	34

Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Gráfica No. 3. Número de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción que fueron presentados al Senado de la República, por administraciones. 1992 - 2002



Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Si comparamos los resultados al desagregar las cifras de estas dos maneras es apenas evidente la ventaja que tiene la segunda en cuanto a interpretaciones globales de las cifras, ya que es claro que durante la administración Gaviria la cantidad de proyectos presentados fue notoriamente menor que en las dos administraciones siguientes⁹. De momento se puede concluir que la política criminal pasa cada vez más por el legislativo, ya que antes de 1991 las normales penales generalmente se producían unilateralmente por el Ejecutivo, al amparo del generoso régimen de excepción del Estado de Sitio.

Por otro lado, se hace necesario tener en cuenta la relevancia de dicha política pública dentro de las políticas globales de cada gobierno, así como el enfoque que cada una de las administraciones le haya dado. En efecto, pensar que el legislativo ha ganado poder en lo que respecta a la política penal con fundamento en las cifras anteriores dejaría de lado otras posibilidades reales: el tema puede haber ido ganando en importancia política y, por lo tanto, su peso dentro de la totalidad de los proyectos de ley presentados por el Gobierno ha aumentado; en una perspectiva más cualitativa, es posible que pese al incremento de los proyectos el poder real del legislativo a la hora de debatir y definir la viabilidad de los proyectos sea muy limitado. Ya veremos cuál de estas posibilidades es la más probable a la luz del presente análisis.

Para precisar estas ideas debemos recordar que el cambio constitucional de 1991 limitó tanto la extensión temporal como la extensión normativa de los estados de excepción, con el paso de un Estado de Sitio, que se había tornado casi en situación permanente, por tres estados especiales, limitados en el tiempo y cuyas medidas más difícilmente se convertirían en legislación permanente, además de la revisión automática, tanto de la declaratoria como de los decretos que los desarrollan, por parte de la Corte Constitucional. Bajo el anterior régimen constitucional no existía límite alguno a la posibilidad de que las normas creadas como decretos legislativos bajo el Estado de Sitio se convirtieran en legislación permanente a través de un trámite legislativo

⁹ En gran medida, esta diferencia se debe a que la Comisión Especial Legislativa (el llamado “Congresito”), convirtió en legislación permanente por un buen número de decretos legislativos dictados con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1991 y dictados bajo el antiguo estado de sitio.

cualquiera, en tanto que bajo la actual constitución sí existe un límite claro como es el de que una vez deje de regir el estado de excepción los decretos legislativos pierden vigencia. Esto es aún más relevante dado que mientras que el Estado de Sitio no tenía límite temporal alguno, los estados de excepción de la Constitución de 1991 sí los tienen. Esto implica que mientras que con anterioridad a 1991 la función del Congreso solía limitarse a aprobar las medidas ya tomadas por el Ejecutivo, que ya habían sido aplicadas en la práctica y que en caso de rechazo podían ser reinstauradas a través de la declaratoria del Estado de Sitio, las circunstancias actuales otorgan al legislativo un poder de decisión mucho más amplio, pues el gobierno se ve obligado a someter su política al escrutinio y la decisión del Congreso. A esto se suma la continua delegación de funciones legislativas en el ejecutivo pues, no existiendo límite para ello, el Congreso solía otorgar funciones extraordinarias para que el gobierno expidiera todo tipo de leyes¹⁰.

No puede dejarse de lado la situación de orden público: las fases finales de la guerra contra los grandes carteles de la droga en la primera mitad de los noventa, la agudización y creciente complejidad del conflicto armado con las guerrillas izquierdistas (FARC, ELN, ERP) y los paramilitares de derecha. Estos factores reales hacen que el Congreso se vea afectado por una gran cantidad de presiones de toda índole (políticas, mediáticas, económicas, ideológicas) para producir un determinado tipo de legislación criminal, que además va cambiando al vaivén de los acontecimientos externos. No se busca criticar la existencia de tales presiones, que son, a mi juicio, innegables e inevitables, sino que se trata de precisar de qué forma reacciona el legislativo ante ellas y por qué lo hace así.

En todo caso, estas breves reflexiones muestran que es necesario plantearse otras cuestiones cuantitativas. Así, en primer lugar está la pregunta por el peso específico de los proyectos de ley relacionados con la materia penal dentro del total de proyectos de ley. Esto se establece en las siguientes tablas y gráficos:

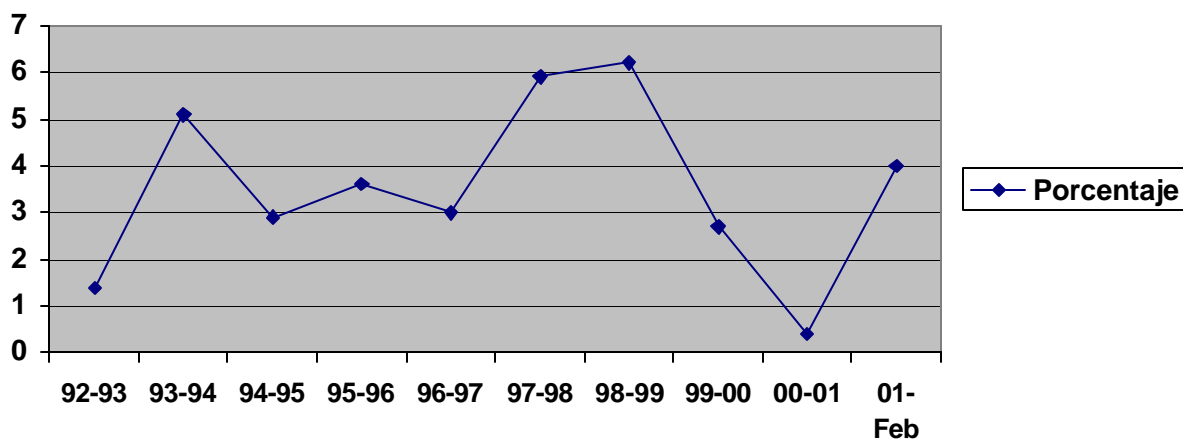
¹⁰ Para una breve reseña crítica de la historia constitucional colombiana, véase VALENCIA VILLA, Hernando “Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano”, Universidad Nacional de Colombia/CEREC; Bogotá, 1987

Cuadro No. 4. Número de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción sobre el total de proyectos que fueron presentados al Senado de la República, discriminados por legislaturas. 1992 - 2002

Legislatura	Total de proyectos Senado	Proyectos relacionados con la política criminal de excepción	Porcentaje de proyectos relacionados con la política criminal de excepción sobre total de proyectos presentados
92-93	358	5	1,4%
93-94	216	11	5,1%
94-95	247	7	2,9%
95-96	302	14	3,6%
96-97	270	8	3%
97-98	219	13	5,9%
98-99	225	14	6,2%
99-00	300	8	2,7%
00-01	225	1	0,4%
01-02	279	11	4%

Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Gráfica No. 4. Porcentaje de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción sobre el total de proyectos que fueron presentados al Senado de la República, discriminados por legislaturas. 1992 - 2002



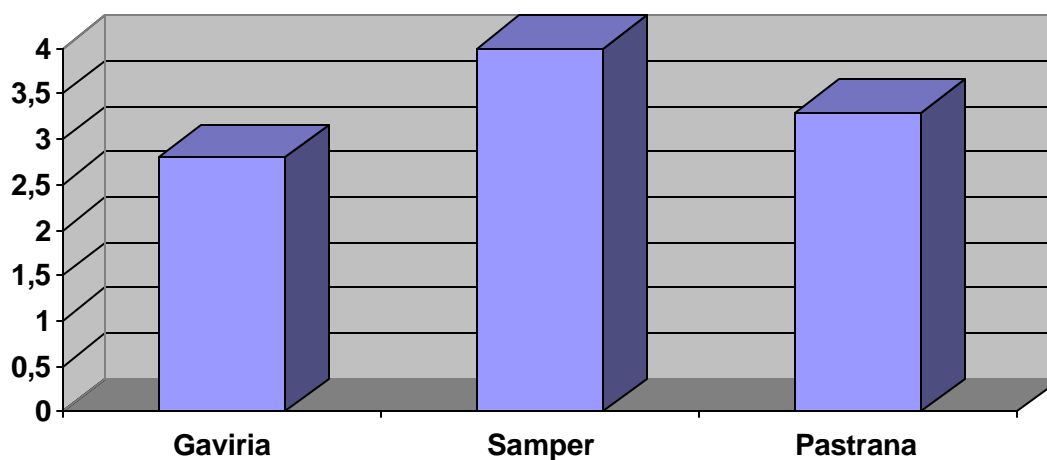
Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Cuadro No. 5. Porcentaje de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción sobre el total de proyectos que fueron presentados al Senado de la República, discriminados por gobiernos. 1992 - 2002

Gobierno	Total de proyectos Senado	Proyectos relacionados con la política criminal de excepción	Porcentaje de proyectos relacionados con la política criminal de excepción sobre total de proyectos presentados
Gaviria	574	16	2,8%
Samper	1038	42	4%
Pastrana	1029	34	3,3%

Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Gráfica No. 5. Porcentaje de proyectos de ley relacionados con la política criminal de excepción sobre el total de proyectos que fueron presentados al Senado de la República, discriminados por gobiernos. 1992 - 2002



Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Como vemos, estos indicadores muestran que, por lo menos desde un punto de vista cuantitativo, la diferencia entre la cantidad de proyectos presentados por la administración Gaviria y lo ocurrido en los dos cuatrenios siguientes no es muy grande.

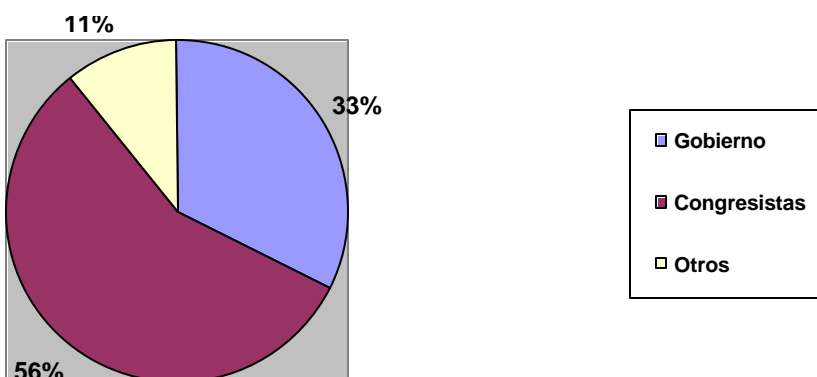
Sin embargo, sí es claro que fue durante la administración de Ernesto Samper que los proyectos de ley relacionados con la política criminal tuvieron un mayor peso dentro del total. Ahora bien, ello puede depender tanto de la actitud del gobierno como de la conformación del Congreso, y de las relaciones entre los dos poderes; en otras palabras, este dato no sólo puede leerse como la existencia de una mayor preocupación por parte de dicho gobierno por producir una política criminal sino que podría deberse a su debilidad ante el Congreso que le “hundía” con mayor facilidad sus proyectos, a la necesidad de proponer proyectos de ley para hacer más presencia mediática a su favor o a la incoherencia de una política criminal llena de incertidumbres. En fin, las posibilidades son múltiples. Debido a este desconocimiento respecto a las posibles causas de estos resultados, analizamos ahora el origen de los proyectos, intentando establecer si existe una relación entre quién lo presenta al legislativo y las posibilidades de que estas propuestas se conviertan en leyes de la República.

Cuadro No. 6. Iniciativa de los proyectos relacionados con la política criminal de excepción presentados al Senado de la República. 1992 - 2002

Iniciativa	Número	Porcentaje (participación en el total de proyectos estudiados)
Gubernamental	30	32.6%
Legislativa	52	56.5%
Altas cortes	2	2.2%
Fiscalía general de la Nación	5	5.4%
Defensoría del pueblo	3	3.3%
Popular	0	0

Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Gráfica No. 6. Iniciativa de los proyectos relacionados con la política criminal de excepción presentados al Senado de la República, participación sobre el total. 1992 – 2002



Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

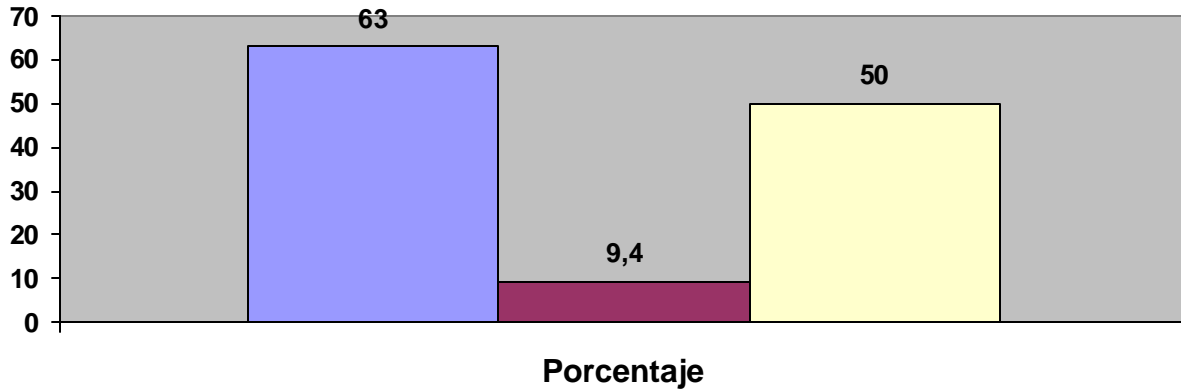
Relacionemos ahora estas cifras con las de los proyectos que lograron superar el trámite legislativo para convertirse en leyes, es decir, con la tasa de éxito que tienen los proyectos respaldados por el gobierno o por los legisladores. Esto permite aclarar un poco más el panorama de la incidencia real del gobierno y de los congresistas en la política criminal que se aplica en el país. En primer lugar, tenemos que de los 93 proyectos en estudio, 29 fueron debatidos y aceptados por las cámaras, con lo que tras la sanción presidencial se convirtieron en leyes, lo que significa que existió una tasa global de éxito de 31,9%. Los datos discriminados son los siguientes:

Cuadro No. 7. Iniciativa de los proyectos relacionados con la política criminal de excepción presentados al Senado de la República y tasa de éxito. 1992 - 2002

Iniciativa	Cantidad de proyectos presentados	Cantidad de proyectos exitosos	Porcentaje de éxito	Porcentaje de leyes de su iniciativa
Gobierno	30	19	63%	65.5%
Congresistas	52	5	9.4%	12.25%
Otros	10	5	50%	17.25%

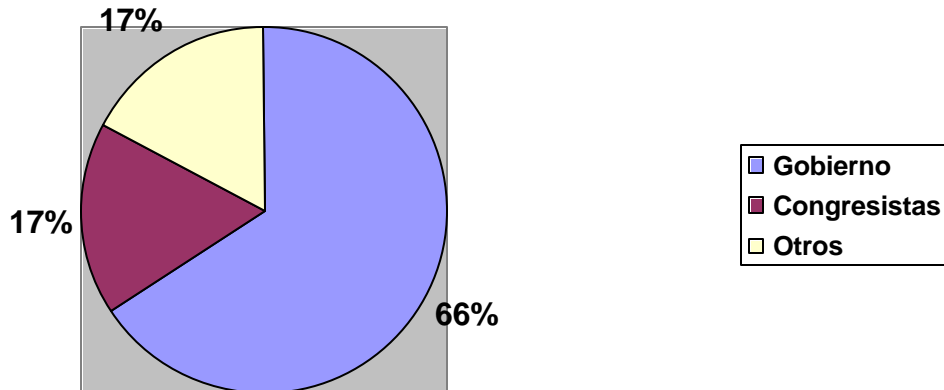
Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Gráfica No. 7. Tasa de éxito de los proyectos relacionados con la política criminal de excepción presentados al Senado de la República, por iniciativa. 1992 - 2002



Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Gráfica No. 8. Tasa de éxito de los proyectos relacionados con la política criminal de excepción presentados al Senado de la República, por iniciativa. 1992 - 2002



Fuente: Oficina de Leyes del Senado de la República

Como vemos, pese a que los congresistas presentaron una cantidad mayor de proyectos de ley que el gobierno, la proporción en que éstos lograron convertirse en leyes es sustancialmente menor a la de los proyectos de iniciativa gubernamental. Hay que resaltar, además, que de los cinco proyectos presentados por el Fiscal General de

la Nación 4 se convirtieron en leyes¹¹ lo que muestra un gran peso político de este funcionario, ya sea por cuestiones de prestigio, de capacidad de negociación o de preparación previa para presentar los proyectos. En gran medida esto se debe a la casi desaparición de fuerzas políticas cohesionadas en el Congreso, puesto que la presentación de proyectos por parlamentarios de forma individual y el posterior proceso de convencimiento de sus colegas es muchísimo más difícil que la formulación de un proyecto por parte de un Gobierno que cuenta con recursos técnicos y humanos mucho más grandes tanto para su concepción como para el apoyo a su trámite legislativo: el Gobierno tiene una bastísima capacidad de negociación a través de todo tiempo de incentivos de corte clientelista, ya sea a través de puestos burocráticos, de actuaciones de la administración en la región del congresista y que éste reivindicará ante sus electorado o de cualquier otro tipo de ayudas. De hecho, la proliferación de microempresas electorales, debida a la atomización de los partidos, impide que el Congreso funcione por medio de bancadas estructuradas y disciplinadas y hace que cada congresista simplemente busque impulsar su carrera política. Así, lo importante para la gran mayoría de ellos es retribuir específicamente sus apoyos (de ahí la nota clientelista) antes que contribuir a un Estado más eficiente en forma global, pues éste es un capital mucho más difuso y, por ende, más difícil de reivindicar. Por demás, esta división hace que muchos de los proyectos sean fruto de preocupaciones casi personales de un legislador, por lo que el eco que puedan tener entre los demás congresistas, que también buscan lograr la aprobación de otros “microproyectos”, es mucho más limitado, aún si se trata de la manifestación de una preocupación amplia y real¹².

¹¹ (son éstos: el proyecto 205 de 1992 que se convirtió en la ley 81 de 1993 y que modificaba el código de procedimiento penal, el proyecto 110 de 1997 que se convirtió en la ley 417 y que amplía las funciones del Vicefiscal General de la Nación, el proyecto 40 de 1998 que se convirtió en el Código Penal - Ley 599 - y el proyecto 42 de 1998 que se convirtió en el Código de Procedimiento Penal - Ley 600)

¹² Al respecto, vale la pena leer el estudio del CIJUS dirigido por Ana María Bejarano (BEJARANO SANDOVAL; Ana María (et. al.) “¿Qué hace funcionar al Congreso?” Una aproximación inicial a las fallas y los aciertos de la institución legislativa” en *Discusiones obre la reforma del Estado en Colombia: la fragmentación del Estado y el funcionamiento del Congreso*, Colciencias-Ediciones Uniandes, serie Estudios Ocasionales CIJUS, Bogotá, 2001), en el que se indica que el funcionamiento de las dos cámaras, además de ser notablemente similar, denota la importancia de lo local y regional antes que de lo nacional para los congresistas (pp. 254- 255). Así mismo, al fragmentación de los partidos políticos permite que, en palabras del representante Germán Navas Talero “el Legislativo es un empleado del Ejecutivo” (p. 256 y 260-261)

Esta dispersión de fuerzas al interior del Congreso facilita, además, la labor del ejecutivo en términos de eficiencia, puesto que sus proyectos en general se encuentran con una situación de desorden en las que el avance puede llegar a ser muy lento, pero donde sus presiones políticas y su capacidad de negociación son mucho mayores. En efecto, la carencia de partidos políticos verdaderos, de actuación en bancadas, hace que cada congresista se halle en condiciones de inferioridad ante el Ejecutivo, lo que debilita de forma sustancial no sólo la capacidad propositiva del Legislativo sino su función más importante, como es el control político que debe ejercer¹³. De hecho, y siguiendo anteriores diagnósticos de la labor legislativa actual en Colombia, se puede proponer que esta es una muestra del desinterés del Congreso en materia en las que no se ven afectados sus intereses de forma directa, lo que está relacionado tanto con la fragmentación del Estado como con el descrédito del principal foro político de una democracia moderna¹⁴.

Ese breve análisis cuantitativo permite entrever de forma bastante elemental la fuerza que tiene el ejecutivo en el proceso legislativo. Sin embargo, hasta el momento no se puede hablar más que de conclusiones parciales, por cuanto sólo se ha mirado la cantidad de los proyectos, y no se ha indagado en la calidad de los mismos. Este segundo enfoque busca complementar el anterior, al acercarse más al funcionamiento del legislativo en algunos casos concretos, lo que permitirá corroborar o desaprobar las conclusiones parciales arriba esgrimidas. De la suma de estos dos tipos de análisis, en últimas, se logra tener una visión matizada y global del problema planteado, el del rol del legislativo en la creación de una política criminal de excepción.

¹³ Respecto a este cambio en las funciones esenciales del Congreso en un estado social de derecho, veáse GARCIA - PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza

¹⁴ BEJARANO SANDOVAL; Ana María (et. al.) *op. cit*

II. Algunos proyectos claves: la política penal desde el punto de vista material

Dentro del análisis del desarrollo legislativo de la política criminal, se escogieron ciertas leyes que tienen una incidencia fundamental en su formación, para hacer de ellos un análisis más profundo, lo que permite establecer en estos casos la relevancia del debate legislativo, del control político que debe ejercer el Congreso a la función administrativa del Ejecutivo que se realiza tanto por medio de las leyes que regulan las actuaciones de la administración estatal como a través de debates públicos y de la moción de censura a ministros. En este sentido, se busca mirar hasta qué punto el Congreso realmente hace parte de la formulación de estas políticas, bien sea debatiendo y modificando los proyectos de origen gubernamental o proponiendo otros proyectos que se integren en forma debida a la normatividad existente.

Como acotación previa se debe manifestar que a raíz de la Constitución de 1991 el gobierno perdió en gran medida la posibilidad para incorporar decretos legislativos de Estado de Sitio a la normatividad ordinaria, y más específicamente se prohibió de forma absoluta la posibilidad del ejecutivo de promulgar Códigos por esta vía, lo que es apenas lógico si se tiene en cuenta la tajante prohibición de que las normas dictadas bajo los estados de excepción sean convertidas en legislación permanente. Además, y de forma concordante, la Constitución prohíbe explícitamente que se otorguen al gobierno facultades extraordinarias para expedir códigos (art. 150 num. 10)¹⁵, por lo que el papel del Legislativo ganó bastante importancia, especialmente en el tema del orden público que era la cuestión central de las normas de Estado de Sitio.

Dentro del gran conjunto de proyectos que conforman nuestro objeto de estudio, varios se destacan por tratarse de iniciativas individuales, atomizadas y desordenadas para modificar el Código Penal de 1980. Así, en la administración Gaviria encontramos siete proyectos que siguen esta dirección¹⁶, lo que totaliza un 44% de los proyectos pertinentes presentados en ese lapso, y que tocaban asuntos como la desaparición

¹⁵ Véase sentencias C-252/94 MP. Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell y C-064/97 MP. Jorge Arango Mejía

¹⁶ Los proyectos son los siguientes: 152792, 14/93, 24/93, 26/93, 129/93, 138/93 y 196/94 del Senado.

forzada, el acoso sexual o la desinformación. Estas preocupaciones aparecen aisladas entre sí y alejadas de una preocupación por tener un sistema penal organizado, ya que cada una de ellas simplemente busca “arreglar” un desperfecto de la normatividad vigente con relación a un delito en particular, sin tener en cuenta la colcha de retazos que se va formando de esta manera. Durante el gobierno de Ernesto Samper, por su parte, encontramos once proyectos en este sentido¹⁷ que dan cuenta de un 26,2% del total de proyectos pertinentes de dicho período, y tocando temas tan disímiles como la desaparición forzada, la urbanización ilegal o los delitos sexuales.

Como vemos, el peso proporcional de este tipo de proyectos dentro de la agenda legislativa relacionada con la política penal va disminuyendo, lo que se hace perfectamente comprensible cuando se encara la legislatura siguiente, ya que en septiembre de 1998 el Fiscal General de la Nación presentó ante el Senado tres proyectos: los de Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Código Penitenciario, es decir, la columna vertebral de la política penal del Estado colombiano. La evidente relevancia de estas normas nos obliga a hacer un estudio más detenido de las mismas, como a continuación se hará. Pero antes de llegar a este punto, parece esclarecedor esbozar un panorama general de la evolución de la política criminal con anterioridad a las grandes reformas planteadas en 1998.

1- La evolución de la normatividad penal con anterioridad a los proyectos de 1998

Para entrar a precisar el trámite que tuvieron cada una de las normas que actualmente configuran la política criminal, es menester hacer un corto recuento del proceso legislativo que llevó a producir estas leyes que armonizan los diferentes componentes de esta política pública, con especial detenimiento en lo que se relaciona, como se dijo en la introducción, con las conductas de mayor impacto (narcotráfico y conflicto armado).

¹⁷ 116/94, 191/94, 174/95, 01/95, 02/95, 35/95, 70/95, 142/95, 18/96, 121/96 y 129/97 del Senado.

Este desarrollo legislativo tiene como antecedentes el Tribunal de Orden Público (que fue reemplazado por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá) y toda la llamada “justicia regional” que tenía un funcionamiento muy similar, ya que esta justicia se ideó justamente para encarar los retos producidos por el narcotráfico y el conflicto armado. Esta justicia fue creada por los decretos que convirtieron en legislación permanente varias normas de Estado de Sitio, en 1991 y en virtud a la atribución especial consagrada por algunos artículos transitorios de la Constitución. De hecho, la jurisdicción de orden público había sido creada en 1984 (el Tribunal de Orden Público, más precisamente, mediante el decreto legislativo 474 de 1988) aunque el decreto 2790 de 1990 actualizaba y reformulaba toda la estructura de esta jurisdicción especial. Esta modificación institucional fue aprovechada también para modificar algunos tipos penales, ampliar la competencia de esta jurisdicción al incluir todos los tipos que eventualmente podrían estar relacionados con el narcotráfico o el funcionamiento de las organizaciones guerrilleras, y establecer el procedimiento por el que debían llevarse las fases de investigación del proceso. Esta norma fue complementada por los decretos legislativos 99 y 390 de 1991. Ahora bien, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 hizo necesaria la reformulación de estas normas, por lo que el gobierno promulgó el decreto 2271 que en gran medida convertía en legislación permanente decretos legislativos propios del Estado de Sitio, como obligación surgida del cambio constitucional que impedía que los decretos legislativos anteriores siguieran vigentes, salvo que se incorporaran como leyes nacionales o, siguiendo los artículos transitorios, por decreto del ejecutivo si no habían sido improbados por la Comisión legislativa (“Congresito”).

En 1991 el decreto 2700 creó un nuevo Código de Procedimiento Penal, para que la normatividad vigente estuviera en concordancia con la creación constitucional de una justicia con un sistema mixto entre el acusatorio y el inquisitivo. Así, este año vio una primera gran reforma con respecto al procedimiento penal. En lo que atañe a los delitos de mayor impacto como son los relacionados con el narcotráfico y el conflicto armado, los decretos 2790 de 1990, 2271 de 1991 y 2326 de 1991 establecieron ciertas reglas de especial importancia, en desarrollo de la política del gobierno Gaviria tendiente a

lograr la colaboración y el sometimiento a la justicia de los grandes capos de los carteles de la droga¹⁸. Ahora bien, normas como los decretos 1156 de 1992, 1941 de 1992 o 1496 de 1993 de conmoción interior, modificaron de forma temporal lo establecido por normas permanentes en cuestiones como la competencia de los jueces o los términos de los procedimientos de la justicia regional, aumentando así la variabilidad y consecuente confusión del sistema penal.

Sin embargo, apenas dos años después de su promulgación, el Código de Procedimiento Penal sufrió sus primeras modificaciones a través de la Ley 81 de 1993, que también modificó el Código Penal. En esta norma se modificaron aspectos relativos a la rebaja por sentencia anticipada o por confesión, y se introdujo la posibilidad de otra rebaja por colaboración con la justicia (que no procedería con la de sentencia anticipada); estas rebajas incluían todos los delitos y, por ende, también los que más se relacionan con las conductas de mayor impacto. Así mismo, se modificaron las competencias de jueces regionales, municipales y de circuito, con lo que se inició un intercambio de expedientes que, naturalmente, haría más lenta la decisión judicial. En suma, esta norma varió de forma sustancial lo establecido por el decreto 2700 de 1991, buscando implantar la política de colaboración con la justicia y los beneficios que esta establecía, con lo que se puede decir que desde el principio la reacción pareció ser equivocada dada la falta de previsión de los traumatismos que producen estos cambios bruscos, repentinos y consecutivos. En efecto, estos cambios dificultan la comprensión de la normatividad aplicable tanto para los defensores como para los investigadores, lo que a la larga genera desgaste e ineficiencia en la implementación de la política criminal. Además de lo anterior, la administración de justicia se convierte en un ejercicio engorroso, problemático y opaco, con permanentes cambios del juez que conoce el tema y las respectivas demoras y dudas respecto a la solución jurídica de los casos concretos.

¹⁸ Se trata de las normas centrales de la famosa “política de sometimiento a la justicia”, que entregaba beneficios jurídicos a quienes colaboraran con las autoridades a través de su entrega, confesión y señalamiento de otros participantes en hechos delictuosos.

Normas como las leyes 40 de 1993 (ley antisequestro), 415 de 1997 (ley de alternatividad penal), 333 de 1996 (ley de extinción de dominio), 365 de 1997 (disposiciones contra el crimen organizado) o 282 de 1996 (ley antisequestro) han modificado de forma parcial y parcelada este cuerpo de normas, desatendiendo a la importancia de tener un sistema claro y organizado, y variando sobre la marcha atribuciones y competencias de funcionarios judiciales, lo que entorpece de forma evidente su eficiencia en dichas labores, como se explicó arriba.

La ley 40 de 1993 modificó los tipos penales relativos al secuestro, creó otros nuevos, entre los cuales estaba la omisión de denuncia, y que dispuso el congelamiento de los bienes del secuestrado y sus familiares. Los problemas constitucionales¹⁹ de esta norma llevaron a la promulgación de la ley 282 de 1996, ley que creó algunos organismos en la rama ejecutiva (el Consejo Nacional de Lucha contra el Secuestro y Demás Atentados contra la Libertad Personal, los GAULA, el Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal y el Fondo Nacional para la Defensa de la Libertad Personal), modificó algunos procedimientos penales y modificó o creó nuevos tipos penales relacionados con el secuestro. La ley 333 de 1996 creó la figura de la extinción del dominio, que incluía en sus causales el “grave deterioro a la moral social”, que se dirigía especialmente a las conductas de narcotráfico y secuestro, tocando también cuestiones de rebelión, es decir, siendo posible su aplicación contra organizaciones guerrilleras o paramilitares. La ley 365 de 1997, entre tanto, modificó y creó, de nuevo, algunos tipos penales, a la vez que cambió aspectos relativos a la extinción del dominio y de beneficios por colaboración con la justicia, modificando también el estatuto de estupefacientes y el estatuto orgánico del sistema financiero, para combatir el lavado de activos. Por su parte, la ley 415 de 1997, buscando la reducción del hacinamiento carcelario, flexibilizó las condiciones necesarias para obtener la libertad provisional, exceptuando de ello los delitos relacionados con el narcotráfico, el secuestro, el porte ilegal de armas y el homicidio agravado.

¹⁹ Esta ley fue objeto de varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, en sus sentencias C-542/93, C-565/93, C-069/94, C-213/94, C-274/94 y C-599/97. En ellas, se limitó la posibilidad de que la colaboración con la justicia conllevara la eliminación de la pena y se eliminó la “vigilancia administrativa de bienes” por parte de la Fiscalía (que, en la práctica era una congelación del patrimonio del secuestrado y sus familiares).

Como vemos, estas normas obedecen a cuestiones coyunturales y sólo la de extinción de dominio y la de lucha contra el crimen organizado establecen mecanismos que son útiles de forma continua, es decir, contemplan herramientas legales que son útiles así hayan pasado las circunstancias coyunturales que llevan a su creación. Las leyes 282 de 1996 y 415 de 1997 ofrecen soluciones rápidas a los problemas que produjeron su formación, pero tienen efectos colaterales bastante nefastos, al romper la armonía de las normas penales, complicar los procedimientos, modificar competencias para pequeñas zonas del espectro criminal y aplicarse de forma permanente: Así, una vez superados o mutados los fenómenos que les dieron origen, se hace necesaria una nueva reforma para regresar al estado original de las cosas. Por ejemplo, en el caso de la ley 415 de 1997 en lugar de buscar mecanismos legales para ampliar las cárceles y penitenciarías existentes o de buscar penas alternativas, se facilita la obtención del beneficio de la libertad condicional, en una decisión que debe formar parte no de la solución a un problema coyuntural sino de una verdadera política criminal. Además de esto, la continua modificación de otras normas, así se fundamente en intereses reales de la sociedad y constituya una serie de soluciones adecuadas, desnuda problemas de técnica legislativa ya que la necesidad de producción de pequeñas leyes *ad hoc* demuestra falta de previsión y de trabajo de fondo en la determinación de las normas como forma de solucionar los problemas a los que se dirigen. La confusión que se va creando por estos cambios permanentes, sin embargo, no acaba allí.

La Ley 504 de 1999 modificó toda la legislación anterior e introdujo la figura de los jueces penales de circuito especializados, quienes conocían de los delitos relacionados con situaciones delicadas, como la tortura, el homicidio agravado, las lesiones personales con fines terroristas, el secuestro extorsivo o agravado, del tráfico de armas, el terrorismo, del concierto para delinquir relativo a estos delitos y de las diferentes modalidades de producción, tráfico y venta de narcóticos, así como el lavado de activos y el hurto de combustibles; es decir, con el tipo de criminalidad de que trata esta investigación. En efecto, esta ley fue promulgada debido al inminente fin de la justicia regional (que legalmente estaba sujeta a un plazo). Por ello, la ley 504 de 1999

desmontó parcialmente la justicia regional al excluir de la nueva justicia especializada algunos de los delitos que eran competencia de la justicia regional, a la vez replicó de forma menos estricta las limitaciones a las garantías procesales establecidas en la justicia regional.

En esta norma se contemplaba la posibilidad de reserva de identidad de funcionarios y testigos, se establecía que la detención preventiva procedía para todos estos delitos, y en general se endurecían las condiciones para acceder a beneficios como la libertad condicional o la casa por cárcel. La Corte Constitucional, en su sentencia C-392 de 2000, declaró inexecutable todo lo que hacía posible la reserva de identidad de testigos y funcionarios, con lo que esta ley se debilitó en buena parte. Pero este nuevo orden normativo, cambió apenas un año después de su instauración, por la introducción del Código de Procedimiento Penal cuyo trámite examinaré más adelante.

Recordando la variabilidad de la normatividad penal, que anotábamos al hablar del decreto 2700 de 1991 y de la ley 504 de 1999, esta característica se reproduce en otra ley, la 733 de 2002. Esta norma, una nueva ley “antisequestro”, modificó el Código Penal que llevaba tan sólo seis meses de vigencia; tratando los problemas del secuestro y la extorsión, se modificaron las penas y las causales de agravación previstas en el Código Penal – cuyo trámite será objeto de análisis más adelante -, así como el concierto para delinquir relacionado con estas conductas. Además, impide que quien haya cometido alguno de dichos delitos se beneficie de los beneficios penales como la libertad provisional, las rebajas de pena o la prisión domiciliaria, así como de la posibilidad de que se vea cobijado por una amnistía o un indulto. Así mismo, se atribuyó el conocimiento de estas conductas a los jueces especializados creados, como vimos más arriba, por la Ley 504 de 1999.

Pero esto no es todo: un decreto de desarrollo del estado de conmoción interior declarado por el gobierno Uribe, el decreto 2001 de 2002, suspendió las atribuciones que el Código de Procedimiento Penal y la ley 733 daban a los jueces especializados y amplió su competencia a un número mayor de conductas (desde genocidio hasta

construcción ilegal de pistas de aterrizaje, sin aclarar que en casos como éste último la idea es que sea sólo cuando estén relacionados con lo que el decreto llama, genéricamente, terrorismo), con lo que, de nuevo, se hace necesario mover los expedientes y que nuevos funcionarios continúen con procesos que no conocen, con lo que se debilita notablemente la eficiencia y eficacia del aparato judicial. Hemos de aclarar que estos jueces especializados sí están consagrados en el Código Penal, pero en artículos transitorios en su parte final, y la vigencia de este tipo de justicia se hizo por un máximo de seis años, con lo que desde ya se sabe que habrá otra modificación sustancial en antes del fin de estos seis años, bien sea para no permitir su terminación, para reemplazarlos por otro tipo de justicia especial o para acomodar el sistema judicial a su desaparición.

Luego de este breve esbozo de la evolución de la jurisdicción penal durante la década de los noventa, que varió sucesivamente y de forma sustancial la política criminal del Estado colombiano, pasamos a precisar el trámite legislativo de varias de las grandes modificaciones a esta política que se presentaron a finales de dicha década y comienzos de la actual.

2- El Código Penal Militar y la justicia penal militar

El proyecto de nuevo Código Penal Militar, primera de las grandes reformas a la legislación penal, toca temas delicados y de gran importancia como el fuero militar (aquellos delitos cuya investigación y juzgamiento está por fuera de la órbita de la justicia ordinaria, debido a que ocurren en las circunstancias especiales que envuelven la vida militar) El actual Código proviene de un proyecto presentado a finales de la administración Samper por el Gobierno en cabeza de varios de sus ministros²⁰. La presentación de este proyecto de ley se fundamenta, en gran medida, en el interés de clarificar la cuestión del fuero militar, que tantos problemas tiene —especialmente lo

²⁰ Se trata del proyecto de ley 107 de 1997 del Senado, y sus autores fueron la Ministra de relaciones Exteriores Maria Emma Mejía, el Ministro del Interior, Carlos Holmes Trujillo, la Ministra de Justicia Almabeatriz Rengifo y el Ministro de Defensa Gilberto Echeverri

relacionado con la determinación de su competencia, es decir, con la definición de qué actos de los miembros de las fuerzas militares deben ser juzgados por la justicia penal militar. Para el representante Gustavo Petro, estas discusiones reviven algunos recuerdos del famoso Estatuto de Seguridad del gobierno Turbay, así como sus relaciones con casos mucho más recientes como el de la desaparición de Nydia Erika Bautista. En todo caso, la necesidad de un nuevo Código Penal Militar también proviene, según los ponentes, del hecho que el anterior provenía de un decreto con fuerza de ley, el 2550 de 1988, lo que lo haría que ya estuviese desactualizado con respecto al marco constitucional, tanto en sus aspectos formales (por no haber sido creado por medio de una ley sino de un decreto) y sustanciales.

Este proyecto es fundamental dentro de la articulación de una política penal por diversas razones. Por una parte, fue el primer código pertinente creado tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con lo que su debate es un indicador clave al respecto. Por otro lado, la vinculación de los miembros de las Fuerzas Militares en el conflicto, y las reiteradas denuncias de cooperación con los paramilitares (sean o no ciertas), relacionan este proyecto no sólo con la política penal en general sino con la política penal de emergencia.

El proyecto de ley tuvo un trayecto tranquilo por el Senado, donde la ponencia de Fabio Valencia Cossio y Jorge Enrique Escobar cursó sin inconvenientes, hasta el punto que ésta fue aprobada por la plenaria sin debate alguno²¹: Queda la duda de si en un país que se halla en medio de un agudo conflicto armado, la cuestión de la responsabilidad penal de los miembros de las Fuerzas Militares es un punto pacífico, que no requiere discusión alguna.

En la Cámara de Representantes, con ponencia de Jesús Ignacio García, Roberto Camacho y Luis Fernando Almario, el proyecto sí tuvo algunos inconvenientes. En junio de 1999, casi dos años después de su presentación inicial por el gobierno Samper al

²¹ No fue posible conseguir información de las discusiones en comisión, por cuanto éstas no constan en la gaceta del Congreso ni en ningún otro documento conocido. De forma general, véase gacetas del Congreso 368, 485, 508, 542 y 545 de 1997, 144 de 1998 y 178, 237 y 238 de 1999.

Senado y a pocos días de terminar la legislatura, el proyecto fue debatido por fin en la plenaria de la Cámara. Esta demora se debió, en gran medida, a la renovada importancia del proyecto (que curiosamente pasó desapercibido en el Senado), por lo que se conformó una subcomisión *ad hoc* con miembros de las dos cámaras, militares y representantes del gobierno, con el fin de aclarar inquietudes, y aclarar y modificar el proyecto dentro de lo posible, así como de buscar consensos mínimos para asegurar su aprobación²². Reitero que este trámite hace aún más extraña la falta de debate del proyecto en el Senado, el cual parece no haberse percatado de su relevancia. Dado que ningún proyecto de ley puede ser debatido durante más de dos legislaturas, la falta de aprobación en ese momento equivaldría a su archivación; sin embargo los representantes Tarquino Pacheco, Joaquín José Vives, Juan de Dios Alfonso, Gustavo Ramos y Emith Montilla propusieron el aplazamiento del debate para el día siguiente, alegando falta de discusión académica y de estudio del proyecto por fuera de la subcomisión interparlamentaria. Esta moción triunfó y su discusión se aplazó para el día siguiente, pese a la oposición del Ministro de Hacienda Juan Camilo Restrepo, quien se hallaba presente y apoyó expresamente el proyecto solicitando su inmediata aprobación; el proyecto quedó al borde del abismo. Es interesante ver cómo, pese al apoyo que el gobierno dio a este proyecto de su autoría, un día tan crucial como éste no había ningún miembro del ejecutivo en el recinto de la Cámara, excepto el ministro de Hacienda quien, por casualidad y sin mayor fortuna, debió ponerse al frente de la defensa del proyecto. Sin embargo, al día siguiente el proyecto se aprobó sin discusión alguna, y las inquietudes respecto al fuero militar²³ se presentaron tan solo cuando ya había sido votado de forma afirmativa y, por lo tanto, ya había culminado su trámite legislativo. Este cambio radical respecto al destino del proyecto no tiene explicación alguna a partir de las gacetas del congreso, lo que lleva a pensar que o bien estos documentos oficiales no incorporan toda la información que deberían, o bien desde su concepción misma están imposibilitados para hacer realmente públicas las razones y vicisitudes de los debates. Cualquiera sea la razón, queda la sensación de que no existe toda la transparencia que se requiere, y que, por lo tanto, cualquier maniobra

²² No se logró obtener información respecto a los puntos concretos que fueron discutidos, sólo se tiene referencia a través de lo que se mencionó al respecto en la plenaria.

²³ Ver gaceta 238 de 1999, p. 9 a 11

política del gobierno puede modificar los resultados del trámite legislativo. En este caso no hay evidencias de que el gobierno haya intervenido para cambiar la decisión, pero el radical viraje sí deja abiertas muchas inquietudes al respecto.

Este breve resumen del camino de un proyecto tan importante como este, especialmente para las Fuerzas Militares y para quienes más se preocupan sobre su régimen, como son las asociaciones de retirados de las Fuerzas Armadas o los defensores de derechos humanos, deja varias sensaciones, que aún no podemos calificar de hipótesis pero que podrán ser confirmadas o desvirtuadas por los siguientes estudios de casos. En primer lugar, la falta de debate es más que evidente. La creación de una comisión interparlamentaria en el trámite en la Cámara y la discusión dentro de las comisiones permanentes de las cámaras parecen suplir cierta imposibilidad en el funcionamiento del Congreso (más que en sus estructuras, que no presentan problemas fundamentales para ello) de que existan serios y reales debates en las plenarias. Esto debilita la función de foro nacional y democrático del Congreso, ya que mientras que las plenarias son registradas en las gacetas del Congreso e incluso pueden ser televisadas y tienen asistencia de una pluralidad de vertientes políticas y de representantes de varios sectores nacionales, las comisiones suelen ser lugares menos públicos y su conformación se debe más a acuerdos políticos que a un juego democrático, siendo que por su especialidad justamente deberían tener debates más fructíferos y técnico, que por lo tanto merecen por lo menos tanta publicidad como las plenarias. Por otro lado, en ningún lugar se encuentra manifestación alguna de la existencia de posiciones comunes, por bancadas, ya que todos los pronunciamientos se realizan de forma individual. Por último, quedan enormes dudas respecto al trámite real del proyecto, ya que un cambio de posición frente al proyecto tan evidente como el que se manifiesta en la plenaria de la Cámara de Representantes, -con una moción de aplazamiento que buscaba más debate, seguida por la aprobación sin discusión que se da al día siguiente- , y no existe ningún registro público de las razones que dieron lugar a dicho viraje.

Claro que además de estas cuestiones está el punto de las decisiones que se tomaron, de las normas que se adoptaron como parte del Código Penal Militar. Siguiendo las líneas del proyecto del gobierno y tras la discusión de la comisión interparlamentaria, se estableció una justicia penal militar cuya jurisdicción se limita a los delitos relacionados con las actividades militares, algunos de ellos específicos y muchos otros en común con las normas penales generales (especialmente, lo que estipula el artículo 195 de dicho Código, que habla de la aplicación de las normas penales generales para los delitos comunes, es decir, que a los delitos que nos son específicos de la función militar aplican, residualmente, las normas del Código Penal), y con una organización similar a la de las diferentes fuerzas armadas (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional), con sus procedimientos específicos aunque similares en gran medida a los aplicables a la justicia penal ordinaria. La regla general del fuero militar estableció que todo delito cometido en relación directa con el servicio debía ser protegido por este fuero (art.2: “Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia”) y, por lo tanto, su competencia debía ser atribuida a la Justicia Penal Militar. Sin embargo, la misma ley en su artículo tercero establece excepciones concretas y absolutas a dicha regla: “en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada”. La interpretación y vigencia de estas normas deben ser analizadas, sin embargo, desde la óptica de la evolución jurisprudencial, ya que en varias sentencias de constitucionalidad la Corte Constitucional ha podido aclarar estos aspectos del Código Penal Militar²⁴.

²⁴ Al respecto, al Corte se ha pronunciado en nueve sentencias de constitucionalidad sobre diferentes apartes y desde diferentes puntos de vista. Así, la C-563/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz, que trata del delito de cobardía en relación con los militares profesionales y quienes prestan el servicio militar; la C-141/95, M.P. Antonio Barrera Carbonnell, que habla de la imparcialidad de los jueces militares de un Consejo Verbal de Guerra; la C-399/95, M.P. Alejandro Martínez caballero, que determina la existencia de competencia de la procuraduría en los juicios de la justicia penal militar; la C-196/97, M.P. Carmenza Isaza de Gómez, que determina que deben ser militares quienes integren el tribunal o la corte marcial, pero no los demás intervinientes en el proceso; la C-358/99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, sobre el régimen disciplinario aplicable a los empleados del Tribunal Superior Militar; la C-047/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la que se determina que la expedición del Código anterior por medio de facultades extraordinarias no era inconstitucional por tratarse de la vigencia de la Constitución anterior; la C-878/2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, que precisa la relación directa que ha de haber entre el delito y la función del sujeto en el sentido que ésta debe ser un abuso o extralimitación de una función ordinaria sin que exista una voluntad criminal inicial; la C-368/2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz, que declara inexecutable ciertos tipos de desistimiento a la

3- El Código de Procedimiento Penal

Como dijimos más arriba, el Fiscal General de la Nación presentó en bloque los proyectos de Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Código Penitenciario, el tercero de los cuales no será estudiado ya que no entra dentro del marco de la presente investigación. El Código de Procedimiento Penal, si bien no establece las penas ni la forma de tasarlas, tiene una inmensa relevancia práctica, ya que establece tanto las condiciones para acceder a ciertos beneficios,- por ejemplo, la llamada “casa por cárcel” o la libertad condicional, que repercuten de forma directa en la realidad de las normas penales, en la aplicación práctica de los preceptos contenidos en el Código Penal -, como los términos y las formalidades que se deben llenar para determinar la culpabilidad penal de cualquier individuo determinado. En este sentido, el Código de Procedimiento Penal es esencial para asegurar el debido proceso y el derecho a la defensa a los acusados de cometer delitos, es decir, es la ley que contiene las garantías procesales de quienes intervienen en el proceso penal.

De forma más estricta, éste código desarrolla cuestiones de jurisdicción y competencia de los diferentes jueces, fiscales y procuradores, de pruebas, de términos, notificaciones y recursos, de policía judicial, de medidas de aseguramiento, del juicio y de la ejecución de las penas y medidas de seguridad. Así, el procedimiento que esta normatividad regula es básico para que los delitos y las penas que se establecen en el Código penal tengan una aplicación práctica tan útil y completa como sea posible. Dejando de lado la cuestión institucional y de organización y competencia de la justicia penal, acá hacemos un análisis de su tránsito legislativo desde la óptica arriba mencionada, el de la política criminal de excepción.

conducta como forma de ausencia de responsabilidad; a C-1141/2001, M.P. Jaime Araújo Rentería, en relación con la indemnización a la víctima; la C-740/2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis, en relación con la posibilidad de ausencia de responsabilidad del delito de desobediencia del llamado a filas de los reservistas si se aplican alguna de las exenciones legales; la C-1241/01. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, que aparta la competencia de la Justicia Penal Militar de las conductas llevadas a cabo por alumnos de las escuelas de formación; la C.1054/2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, que determina que la Fiscalía no tiene incidencia alguna en el proceso penal militar; y la C-178/2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que declara inexecutable algunos términos de estos procesos

De acuerdo con la motivación que hizo el Fiscal General de la Nación y los ponentes del proyecto de ley, la necesidad de dar trámite a dicho proyecto se basa en gran medida en que el cambio fundamental que en el régimen jurídico supone una nueva Constitución, hizo que a partir de 1991, el sistema penal colombiano estuviera desactualizado respecto a la norma superior, es decir, las normas penales no parecían estar de acuerdo o, en todo caso, no desarrollaban de forma adecuada los mandatos constitucionales. De forma general, además, se hacía necesaria la actualización de la totalidad del sistema, por lo cual se presentaron los tres códigos simultáneamente con el fin de crear un sistema más coherente, con la consecuente facilidad para manejar los procesos y el correlativo aumento de la eficacia de la administración de la justicia penal. En últimas, éste es uno de los puntos centrales de la existencia de una política criminal, pues se establece una estructura definida para el derecho penal, con vocación de mantenerse en el tiempo y con todas las posibilidades de servir de base estable a cualquier decisión estatal o privada. Más en detalle, el proyecto buscaba no sólo esta cohesión del sistema penal sino que, siguiendo una línea que no se define ni como garantista ni como peligrosista, buscaba asegurar que las penas se impongan a quienes realmente cometen los delitos y que, además, estas se cumplan efectivamente.

El Código de Procedimiento Penal tuvo una ponencia favorable, con pequeños cambios más de detalle que de fondo, por parte de los senadores Miguel Pinedo Vidal y Germán Vargas Lleras ante la comisión primera del Senado. Las modificaciones propuestas revestían un carácter bastante técnico, y las pocas aprobadas por la comisión obtuvieron el visto bueno por parte del Vicefiscal General de la Nación, con lo que el autor de la iniciativa no se desligó de la misma en este punto, sino que realizó un trabajo cercano a los ponentes y demás miembros de la comisión²⁵. Con nueva ponencia igualmente favorable aunque muy ligeramente modificada de los senadores Pinedo Vidal y Vargas Lleras, se presentó el proyecto ante la plenaria del Senado. Allí, la senadora Ingrid Betancur hizo una larga intervención defendiendo la detención domiciliaria, en tanto que Jaime Dussán exigió un mayor debate y solicitó la votación

²⁵ Véase gacetas del Congreso 141 y 247 de 1998

artículo por artículo y no en bloque, con el fin de identificar aquellos artículos que no contaban con la aprobación absoluta por parte de la plenaria y sobre los cuales debía darse un debate mayor. Sin embargo, ésta moción fue derrotada y el proyecto, votado en bloque, se aprobó sin mayor discusión. Así, la Cámara de Representantes recibió este proyecto y su comisión primera aprobó la ponencia positiva de María Isabel Rueda y Mario Rincón²⁶. Ya en plenaria, el proyecto recibió una fortísima crítica por parte de Germán Navas Talero, especialmente por la falta de debate pero también por cuestiones más técnicas, y éste reforzó sus afirmaciones con una carta suscrita por el subdirector de la Corporación Excelencia en la Justicia, el director de la Red de Veedurías Ciudadanas, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura y otras personas conocedoras del tema que, más que criticar al proyecto como tal, solicitaban más exposición del mismo a críticas y opiniones. Sin embargo, acto seguido intervino el ponente Mario Rincón para exponer los puntos generales del proyecto y luego el Ministro de Justicia, el Vicefiscal, los ponentes y los representantes Tarquino Pacheco y Antenor Durán, quienes lo defendieron, especialmente refutando la tesis del Representante Navas Talero en cuanto a la falta de debate: seminarios, mesas redondas, conferencias y todo tipo de eventos fueron realizados para divulgar el proyecto a medios académicos y a grupos de interesados, según los defensores del proyecto. Así, la votación no nominal y en bloque, pese a la impugnación por supuesta falta de quórum que hicieron Navas Talero y Mario Álvarez Celis, favoreció al proyecto, con lo que llegó al término de su trámite legislativo.

Tras este recuento, podemos sacar nuevas conclusiones y compararlas con lo que se dijo respecto al trámite del proyecto del Código Penal Militar. De nuevo se evidencia falta de debate, pues si bien vemos algunos intentos de entablarlo como el realizado por Germán Navas Talero y la respuesta múltiple a sus críticas, o la posición de Juana Bazán en pro del establecimiento de un procedimiento que se centre en la oralidad de los juicios, sigue siendo una discusión pobrísima. De hecho, los ataques de Jaime Dussán y de Germán Navas Talero, en las plenarias de Senado y Cámara

²⁶ No se pudo conseguir información de las discusiones en comisión, por cuanto éstas no constan en la gaceta del Congreso ni en ningún otro documento conocido.

respectivamente, se fundamentaron justamente en dicha carencia, así como la carta presentada por el segundo. Esto se relaciona con las conclusiones del análisis del proyecto anterior, como es la debilidad del Congreso como foro de discusión, ya que tanto en la defensa como en el ataque del proyecto parece darse por sentado que el debate “académico”, externo a las labores parlamentarias, es el que es realmente relevante y el que determina la bondad y la viabilidad de un proyecto de ley. Esto significa que se sobreentiende que el debate académico es más importante que el político (que, generalmente, se supone es ideológico y académico), o bien que el debate político se hace por otro medio que no es el Congreso, siendo que éste es el llamado a hacerlo. Además de lo anterior, el que se realice un debate académico por fuera del Congreso no garantiza en lo más mínimo que las posiciones discutidas tengan algún efecto en el debate político. Respecto a la transparencia de la información, en este caso no se hace presente ninguna situación que realmente ponga de presente esta cuestión, aun cuando sí existen algunas consideraciones metodológicas que presentaremos que muestran ciertas falencias al respecto: la falta de información respecto a la totalidad de lo discutido y a las posiciones fijadas por los congresistas dificulta notablemente el debate mismo y el seguimiento a su labor²⁷.

El Código de Procedimiento Penal que finalmente fue adoptado establece un procedimiento bastante similar al anterior, pues aunque tiene diferencias de detalle, uno de sus objetivos centrales es el de retomar y ordenar una legislación dispersa creada a partir del cambio constitucional, más que impulsar una gran reforma del procedimiento penal colombiano. Es interesante notar que en este caso el Ministro de Justicia sí estuvo presente en el debate de plenaria de la Cámara, lo que muestra el interés del ejecutivo en el proyecto, si bien, como ya se dijo, es difícil rastrear las relaciones entre el gobierno y los legisladores, incluso respecto a los ponentes. Al igual que en el caso anterior, hay que recalcar que la aplicabilidad de las normas sigue estando sujeta a los pronunciamientos judiciales, como en general ha ocurrido desde 1991: la Corte

²⁷ Ver conclusión No. 1

Constitucional se ha pronunciado en 24 oportunidades sobre la constitucionalidad de diferentes apartes de esta ley²⁸

4- El Código Penal

Entramos entonces al caso del Código Penal, que es la ley más dicente y representativa, en general, de la política penal, pues es la que determina qué conductas se entienden como delitos, y qué gravedad reviste cada una de ellas, según las penas que se impongan.

Como ya vimos, la presentación de este proyecto por parte del Fiscal General partía esencialmente de una preocupación por actualizar el Código anterior, modificado en varias ocasiones de forma parcial, por lo que además de armonizar el régimen penal con la Constitución de 1991 se buscaba sistematizar unas normas dispersas y dictadas más al vaivén de la coyuntura que buscando una respuesta duradera y coherente a problemas más estructurales. Como vimos más arriba, en esta materia se presentaron dieciocho proyectos de ley de forma aislada y desorganizada. Así, éste proyecto apuntaba a las justicias especializadas, como producto que fueron de la legislación dispersa y variada, y la desproporción entre el daño producido a la sociedad y la pena impuesta (es decir, no estaba interesado en imponer penas ejemplares²⁹), dentro de una noción difundida entre los teóricos del derecho penal de definir a ésta como una *ultima ratio*, es decir, la salida extrema y última que debe tener el Estado para solucionar los problemas públicos y castigar las conductas antisociales más extremas³⁰. El proyecto argumentaba las razones para cada cambio y la bondad de lo propuesto en

²⁸ La relación entre jurisprudencia y política penal se presentará en otro aparte de este estudio. En todo caso, estas sentencias son las siguientes: C-252/2001, C-581/01, C-582/01, C-583/01, C-620/01, C-646/01, C-648/01, C-668/01, C-669/01, C-760/01, C-774/01, C-775/01, C-776/01, C-777/01, C-816/01, C-1193/01, C-1216/01, C-1217/01, C-1288/01, C-1291/01, C-042/02, C-185/02, C-199/02, C-228/02, C-284/02, C-296/02, C-310/02, C-312/02, C-371/02

²⁹ Respecto a las “penas ejemplares” pueden verse, por ejemplo, los extractos del “Manual de Inquisidores” sobre el tema de los interrogatorios y los tormentos incluidos en DUBY, Georges, (1990) *Europa en al Edad Media*, Barcelona, Paidós, pp. 146 – 149 o la descripción de la muerte del asesino fracasado de Luis XV en el París del siglo XVII presentado en el estudio preliminar de Nódier Agudelo en BECCARIA; Cesare (2000) *De los delitos y las penas*, Bogotá, Temis, pp. XI – XIV.

³⁰ Por ejemplo, véase, ROXIN, Claus, (1997) *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, Tomo I, pp. 41 - 46

cada acápite, aclarando que no se consideraba perteneciente a escuela dogmática alguna. Como innovaciones importantes, en la parte general (la que establece los principios del sistema) está la utilización de la multa como sanción penal, ya sea en reemplazo de la privación de la libertad o como complemento de ella, medida en una “unidad multa” que tiene en cuenta el nivel económico del condenado y que, en caso de no cumplirse, puede ser sustituida por arresto. Además de lo anterior, se establece un sistema matemático de dosificación de la pena, según la existencia de atenuantes y agravantes del delito, que aumentan en proporción a la pena establecida en el código, y cuya aplicación por el juez debe hacerse en alguno de los cuartiles en los que se puede dividir el tiempo de la pena entre sus mínimos y sus máximos. En cuanto a la parte especial (aquella que tipifica los diferentes delitos y establece sus penas mínimas y máximas), se modificaron las penas en general disminuyendo sus tope máximos y aumentando sus mínimos para tener una mayor homogeneidad y asegurar la efectiva aplicación de ellas. Se establecieron además nuevos tipos penales. Vale la pena anotar que se redujo la pena máxima de sesenta a cuarenta años de prisión y que, en relación con los delitos de mayor impacto, se mantuvo la rebelión como delito político. Además de ello, fueron tenidos en cuenta la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales para armonizar la legislación penal. De forma clave, debe anotarse que se tipificaron el genocidio, los delitos contra bienes y personas protegidas por el DIH y la desaparición forzada, así como los delitos derivados de los adelantos científicos en materia genética e informática.

En el caso del genocidio y la desaparición forzada, el proyecto de Código Penal puede confundirse con un proyecto de ley anterior, el No 20 de 1998, que tras su breve paso por la Cámara³¹, se debatió en el Senado con el fin de tramitarlo más velozmente que los proyectos de Códigos³². El ponente, Germán Vargas Lleras, propuso que se incluyesen la tipificación del delito de masacre y la del desplazamiento forzado, además de explicar que la diferencia de la desaparición con el genocidio se halla en la intención

³¹ Fue imposible obtener información detallada al respecto, aunque se sabe, en la gaceta 144 de 1998, que no existe informe alguno de la subcomisión que se conformó y terminó conciliando las posiciones de las dos Cámaras y permitiendo su paso al Senado

³² Véase gaceta 185 de 1998

del autor de ocultar el destino de una persona; todo esto fue aprobado en Comisión. Allí también se planteó, por los senadores Jesús Piñacué y José Renán Trujillo, la posibilidad de tipificar un genocidio contra un grupo político, pero la oposición del Ministro de Justicia finalmente prosperó³³. Sin embargo, esta idea fue incluida de nuevo por Piñacué para el debate en plenaria³⁴. Ya veremos, más adelante, qué ocurrió al final con este proyecto.

Pero volvamos al Código Penal. El trámite de este proyecto de ley fue un poco más complejo que los anteriormente analizados. Presentada ante la comisión primera del Senado por los ponentes Claudia Blum, Jesús Ángel Carrizosa, Rodrigo Rivera y Darío Martínez Guerra, las modificaciones que se propusieron frente al proyecto original fueron más bien pequeñas, desde cuestiones técnicas (como el derecho penal de acto, la inimputabilidad por inadaptación social, o la reclusión hospitalaria) hasta la penalización del aborto y el incremento de penas para algunos delitos, de muy variada índole, para evitar la excarcelación. Dentro del debate presentado, el senador Jesús Piñacué propuso cambios en el sentido de proteger la diversidad cultural, mientras que los senadores Germán Vargas Lleras, Rodrigo Rivera, Juan Martín Caicedo, Margarita Londoño y Carlos Corsi solicitaron la inclusión de nuevos tipos penales o el aumento de penas o disminución de atenuantes en otros tipos penales. De todo ello, la mayor parte fue finalmente aprobada por la comisión³⁵. Para la ponencia en plenaria se retiró uno de los ponentes, Darío Martínez Guerra, y se mantuvo lo aceptado por la comisión, excepto cierto cambios puntuales Claudia Blum, Jesús Ángel Carrizosa y Rodrigo Rivera (p. ej: cambio de enfermedad por trastorno mental, o de fluido telefónico a señal de telecomunicaciones). La plenaria aceptó la mayor parte del articulado propuesto (un 70%, según se dice en la gaceta), pero para algunos artículos problemáticos se creó una comisión accidental. Esta sesionó con asistencia de miembros de la Fiscalía, Ministerio de Justicia y la DIAN. El informe a plenaria presentó nuevas propuestas que

³³ Véase gaceta 253 de 1998

³⁴ En la gaceta 277 de 1998 consta esto en el orden del día, pero no aparecen las transcripciones de los debates, ni el destino final del proyecto.

³⁵ Véase gaceta 280 de 1998

fueron aceptadas³⁶, con lo que todas las modificaciones propuestas fueron aceptadas y el proyecto logró salir del Senado con bastante consenso respecto a su bondad.

Ante la comisión primera de la Cámara de Representantes se presentó una ponencia bastante similar a lo aprobado por el Senado, aunque se propusieron algunas modificaciones de carácter eminentemente técnico que buscaban una mayor precisión, tanto de los conceptos de dogmática penal como de técnica legislativa. Cabe anotar que en este momento se recogió el proyecto sobre desaparición forzada presentado a la cámara baja, cuyos ponentes eran los representantes María Isabel Rueda, Antonio Navarro y Luis Fernando Velasco, el cual fue integrado al proyecto bajo estudio, lo que tiene mucho sentido si recordamos que uno de los objetivos del proyecto era eliminar la dispersión en las normas penales³⁷. Según diría luego Germán Navas Talero, el proyecto se aprobó “a pupitrazo” en la comisión. En la plenaria el Fiscal General de la Nación intervino y defendió al proyecto de sus críticos, entre los cuales se encontraban la Corporación Excelencia en la Justicia que esperaba un sistema acusatorio puro³⁸ y Francisco Santos, quien arremetió contra el proyecto porque reducía las penas para el delito de secuestro. Respecto a la cuestión del sistema acusatorio o inquisitivo, hemos de tener en cuenta que el proyecto del Fiscal no propuso la implantación de uno acusatorio puro por dos razones principales: la primera, la dificultad en su implementación, ya que habría sido un giro radical en la justicia penal colombiana; la segunda, porque no compartía del todo sus principios, como la inexistencia de la obligación del fiscal de investigar lo favorable al delincuente, para transformar a este funcionario en un acusador neto, con lo que se puede tener cierta reducción teórica de las garantías del acusado. Acto seguido, uno de los ponentes, Luis Fernando Velasco, también atacó a Santos, y defendió al Congreso, con evidente deseo de polarizarlo a favor del proyecto y contra el actual vicepresidente, de las acusaciones de aprobar el

³⁶ Véase gaceta 63 de 1999

³⁷ La información que se tiene sobre el debate en comisión es tangencial, y proviene de la publicación en gaceta del congreso del debate en plenaria, que se puede encontrar en la gaceta 599 de 2000

³⁸ es decir, un sistema igual al de los Estados Unidos, en el cual el Fiscal no tiene que investigar integralmente sino que busca demostrar la culpabilidad del acusado, como si se tratara de la contraparte de un proceso civil y, por lo tanto, no tiene funciones jurisdiccionales. Es interesante notar que esta crítica se realizó en el debate del Código penal y no del Código de Procedimiento penal, que es el que define esta materia. Se nota así la íntima relación entre los dos proyectos

proyecto por el interés de evitar que luego les fueran impuestas a algunos congresistas penas por supuestos delitos pendientes. Esta neutralización de los virulentos y personales ataques por parte de Francisco Santos, permite que se logre una mínima cohesión en la plenaria, lo que quiere decir que las críticas de Santos a la larga lo que logran es conseguir una actuación mancomunada gracias al espíritu de cuerpo, de quienes no funcionan generalmente como bancada. Al final, se aprobaron de una sola vez 394 artículos sobre los cuales no había ninguna propuesta modificatoria y se creó una subcomisión para que estudiase los 70 restantes, es decir, aquellos que no produjeron un mínimo consenso por razones variopintas e indiscernibles, dada la documentación de que se dispone.³⁹

Dentro de la subcomisión se logró conciliar las posiciones más garantistas que optaban por preferir que el Estado se concentre en imponer penas reales más que en aumentar penas teóricas que no van a ser cumplidas, con el punto de vista de los parlamentarios que buscaban menos delitos excarcelables y penas más largas; a la larga lo que se hizo fue aumentar las penas mínimas y reducir las máximas para casi todos los delitos discutidos, con el fin de que sí se redujera la excarcelación y se pudieran imponer penas reales pero no se castigase con condenas muy largas a todos los condenados. El único debate real que se formó giró alrededor de los delitos sexuales y del delito de inasistencia alimentaria entre los ponentes y Germán Navas Talero y Nelly Moreno, por lo menos dentro de la información que recopilan las gacetas del Congreso.

Este proyecto de ley, sin embargo, no cesó su trámite en este punto, ya que el Gobierno presentó una serie de objeciones, tanto por inconstitucionalidad como por inconveniencia⁴⁰, por lo que vale la pena tener en cuenta la falta de cohesión entre la Fiscalía, el Legislativo y el Ejecutivo, que no pudieron ponerse de acuerdo antes de la aprobación final del proyecto por parte de la Cámara, prolongando así su trámite. Las objeciones fueron estudiadas por Roberto Camacho y Luis Fernando Velasco de la Cámara y Claudia Blum, Héctor Helí Rojas, Rodrigo Rivera, Jesús Ángel Carrizosa y

³⁹ En efecto, en las gacetas nos se explican quiénes ni por qué razones discrepaban de dichos artículos.

⁴⁰ Véase gacetas 66 de 2000 y 194 de 1999

Carlos Corsi del Senado que se mostraron en general de acuerdo con ellas, dentro del marco de una Comisión de Conciliación con el Gobierno y la Fiscalía. Las cinco objeciones por inconstitucionalidad fueron aceptadas, en tanto que de las de inconveniencia, que se dirigían en su totalidad a la parte especial del código, se aceptaron 15 y se negaron 43. Quizás la más importante que se aceptó es el cambio de sujeto de los tipos penales relacionados con el DIH de “el combatiente” a “el que”, ya que se amplía el campo de aplicación de las conductas sancionadas. En este punto el Representante Germán Navas Talero aprovechó para intentar por fin un debate sobre otras normas (como la culpa preterintencional, o la nocturnidad como agravante del hurto) pero no tuvo mayor eco, en tanto que Roberto Gerlein atacó la intención del gobierno de otorgar la libertad condicional una vez se cumplan las 2/3 partes de la pena y no las 3/5 partes, apoyado por Espinosa Faccio-Lince, y logró que se votara el artículo inicialmente presentado por la Fiscalía, que establecía las 3/5 partes, pese a la oposición del Ministro de Justicia, endureciendo así en gran medida el código al limitar la posibilidad de libertad condicional.

Como vemos, el trámite de las objeciones presidenciales permite que se dé una nueva oportunidad para el debate, lo que puede tener dos lecturas. Desde cierto punto de vista, apoyado en las teorías procedimentalistas respecto a la técnica legislativa⁴¹, se trata de una barrera extra, que puede ser benéfica o perjudicial según se tome una posición liberal en la que las leyes deben ser escasas para permitir el libre juego de las fuerzas sociales (y que por lo tanto sería una ayuda para que menos leyes se aprueben y el Estado se inmiscuya menos en la vida privada y modifique menos la normatividad) o una más intervencionista, en la que coartar la capacidad legislativa es una limitación innecesaria (y sería entonces un estorbo a la capacidad del estado de normar conductas y adaptar el orden jurídico a una realidad cambiante). Desde otra perspectiva, puede leerse como una muestra del poder del Ejecutivo sobre el legislativo, ya que le da una herramienta más de negociación, lo que fortalece su posición; así, cada vez que el proyecto no sea del todo del gusto del gobierno, basta con objetarlo y

⁴¹ Véase ESKRIDGE, William y FRISK, P.(1995) *Cases and Materials on Legislation. Statutes and the Creation of Public Policy*, ST Paul, Minnesota, West Publishing Co. pp 43-

así tener una posibilidad más de doblegar la voluntad de los legisladores, de aprovechar coyunturas en las que se tienen más aliados en su interior, o cuando menos de dilatar su accionar y, por lo tanto, de debilitarlo. En todo caso, el Código Penal que finalmente se aprobó fue objeto de un debate, si bien quizás insuficiente, por lo menos un poco más amplio que los proyectos anteriormente estudiados. Sin olvidar la importancia que, como hemos venido insistiendo, tiene la jurisprudencia constitucional en la vigencia final de las normas aprobadas por el Legislativo⁴², hay que resaltar, de forma preliminar, los avances que en materia penal trae este proyecto, y el apoyo que en general le otorgaron los congresistas.

Respecto a las conclusiones que venimos consolidando, no hay mayores cambios. Las reiteradas críticas de Germán Navas Talero a la falta de debate en el Congreso, si bien quizás son un poco ingenuas ya que parecen olvidar que no todos los miembros son abogados, y menos aún penalistas que comprendan y manejen todas las sutilezas legales y que tengan en mente un cuadro general de la evolución normativa y las experiencias de otros países, sí muestran cierto desencanto y una evidente falta de debate, lo que a su vez repercute en un menor control político, puesto que esta falta de debate facilita el trámite de los proyectos y, por lo tanto, hace que su suerte dependa más de los apoyos políticos que tenga o logre quien lo presenta que la calidad intrínseca de lo propuesto. La posición del representante Navas Talero puede leerse, entonces, en el desencanto de alguien que es nuevo en la política pero que ha dedicado su vida a las leyes, y conoce los inmensos problemas que produce la aprobación torpe o ciega de una regla, pero también muestra el entusiasmo que produce el ser un experto en uno de los múltiples temas que pasan por el Legislativo, y la posibilidad que esto da para hacerse notar. En cuanto a la falta de información que se tiene respecto a lo realmente ocurrido, si bien hay un incremento en las fuentes, siguen sin tenerse en claro qué ocurrió, como veremos más adelante.

⁴² En relación con ésta ley, existen 23 sentencias de la Corte Constitucional

5- La Ley de Seguridad y Defensa Nacional

Antes de adelantar las conclusiones que se puedan hacer respecto al Congreso y la política penal en Colombia, analizaremos el proceso legislativo de una última ley, la controvertida Ley de Seguridad y Defensa Nacional que se relaciona con la política criminal por cuanto establece una serie de mecanismos para la aplicación de la misma por parte de las Fuerzas Militares, en temas como allanamientos o funciones de policía judicial⁴³. En primer lugar, hay que aclarar que ha existido una norma que organiza el sistema nacional de defensa y seguridad desde la década de los sesenta⁴⁴, con actualizaciones periódicas, y cuyo objetivo primordial es determinar la organización de las diferentes instancias que toman decisiones alrededor de la política de defensa y seguridad nacional, como los comités y consejos de seguridad o las funciones de los comandantes de fuerzas. Otro punto interesante de este proyecto es que se trata de un proyecto de iniciativa legislativa, puesto que su autor es el Senador Germán Vargas Lleras, con lo que, por lo menos en un principio, no existe el peso del Gobierno apoyando al proyecto. Sin embargo, como es de esperarse, se recogen ideas del Ministro de Defensa, quien, en compañía de los comandantes militares, ejerció su poder para apoyar el trámite de este proyecto.

El ponente ante el Senado fue Enrique Gómez Hurtado, quien logró que en la comisión segunda se aprobara el proyecto, conciliando la propuesta de Vargas Lleras con la contrapropuesta del Ministerio de Defensa, con lo que se determina que la iniciativa legislativa cuenta con el apoyo determinante del Gobierno nacional. En plenaria, el

⁴³ Si bien en la Constitución se establece que la Policía Nacional, la Procuraduría y la Fiscalía son las entidades que tienen la función de policía judicial, el artículo 251 en su numeral 4 abre la posibilidad de que la Fiscalía pueda otorgar dicha atribución a otros entes de forma transitoria. Además, el artículo 250 abría las posibilidades de que esta función fuera ejercida por “la policía nacional y los demás organismos que señale la ley”. La polémica alrededor de este punto fue resuelta por la Corte Constitucional, cuya sentencia C 251/2002 declaró totalmente inexecutable esta ley, y determinó que a la luz de la Constitución las Fuerzas Militares no pueden cumplir funciones de policía judicial, sobre el fundamento de que la disposición rompía el vínculo funcional que debe haber entre la Fiscalía General de la Nación y su delegado (según el art. 251 num. 4) y vulneraba la prohibición de que los militares juzguen o investiguen a civiles (art. 213).

⁴⁴ Las normas fundamentales son el decreto 3398 de 1965 y la ley 48 de 1968.

proyecto hizo su trámite casi sin notarse: pasó de largo, sin debate alguno⁴⁵. Ya en la Cámara, en la comisión segunda y con ponencia de Benjamín Higueta, María Eugenia Jaramillo, Mario Álvarez Celis, José Gentil Palacios y Manuel Ramiro Velásquez, se empezaron a notar los primeros señalamientos de lo que más adelante se convirtió en un gran debate⁴⁶. En efecto, en este momento los ponentes sintieron que era necesario aclarar que no se trataba de una legislación sólo para la guerra y que respetaba los DDHH y el DIH, y alegaron que el análisis de la norma se realizó teniendo en cuenta un gran número de posiciones, como son las de los Ministros de Defensa, Interior y Justicia, la del Procurador, del Fiscal, del Defensor del Pueblo, del Consejero para la Paz, de los Comandantes de las Fuerzas Armadas, de la policía Nacional y del DAS, del director del Departamento Nacional de Planeación, de analistas como Héctor Riveros y Alfredo Rangel, de Anders Kompass (el Delegado de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU), y de organizaciones como Asonal Judicial, la Fundación Social, Redepaz, Codhes o la Comisión Colombiana de Juristas. Dentro de la breve presentación del proyecto, se resaltó la importancia de los teatros de operaciones, las funciones judiciales de “todos los miembros de las Fuerzas Militares” a través de la aprehensión preventiva (que se apegaría a todos los derechos del individuo, como el *habeas corpus*, pero que fue objeto de tales controversias antes de la presentación del proyecto que su discusión se propuso a la comisión). Frente al proyecto aprobado por el Senado, y ante la creciente atención, se suprimió la posibilidad de establecer policías municipales, se estableció las de captura en flagrancia y aprehensión preventiva, así como la posibilidad de que si no hay fiscales disponibles fuesen miembros de las Fuerzas Militares quienes cumplan dicha función, y se cambió toda la estructura del proyecto, lo cual fue aceptado por la comisión.

El debate en plenaria de la Cámara se dio en un momento en el que ya la prensa, y por ende la opinión pública, tenía un conocimiento mucho mayor del proyecto, por lo que el debate se amplió⁴⁷. Desde la misma ponencia, Manuel Ramiro Velásquez (los ponentes son los mismos que ante la comisión) anunció que hubo un trámite debatido y

⁴⁵ Véase gaceta 220 de 1999 y gaceta 51 de 2001

⁴⁶ Véase gaceta 264 de 2001

⁴⁷ Véase gacetas 320 y 343 de 2001

prolongado y explicó que el proyecto se modificó para que fuera legislación para la paz y no para la guerra, con lo que intentó anticiparse a algunas críticas. Pese a esto, Tanto Orlando Beltrán como Germán Navas Talero solicitaron una invitación al Defensor del Pueblo ante la plenaria, a lo que se opuso Omar Baquero, a la vez que Edgar Ruiz propuso una modificación en el concepto de Poder Nacional (uno de los principios contemplados por la ley, y que “aglomeraba las capacidades de la Nación en la Defensa”, es decir, ponía a toda la población a servicio de la defensa, confundiendo para algunos el concepto de “nación” con el de “estado”) a la vez que atacó la forma en que fue aprobado el proyecto por el Senado y las funciones de policía judicial para las Fuerzas Armadas. Gustavo Petro, por su parte, recordó el Estatuto de Seguridad de principios de los ochenta y atacó el concepto de Poder Nacional, y el Ministro de Defensa cerró el debate alegando la constitucionalidad del proyecto puesto que su interpretación debería hacerse en armonía con la Constitución, y demás normas relativas a los Derechos Humanos y el DIH. Como forma de suavizar el proyecto, se aceptó la modificación al artículo 3, que era el que se refería al problemático concepto del “poder nacional”.

Este último proyecto, como es notorio, pasó casi desapercibido por el Senado, mientras que en la Cámara tuvo un debate relativamente importante, especialmente en la plenaria. Acá vemos que la función de control político se hizo un poco más fuerte, pero en realidad en gran medida ello se debió a la presión de ciertos grupos como las ONGs o la prensa, lo que motivó a varios congresistas a criticar el proyecto de forma notoriamente más fuerte a lo que había ocurrido con los proyectos antes estudiados. Es notable, entonces, el grado en el que el Congreso es sensible a presiones externas, y más concretamente vale la pena notar que el grado de participación de los congresistas en el debate se relaciona con el grado de exposición de un determinado proyecto de ley a la opinión pública.

Conclusiones

El estudio de estos casos, aclara un poco tanto el funcionamiento del Congreso como el contenido de la política penal, aunque su objetivo central, que esperamos por demás haya sido suficientemente esclarecido, es la conjunción de los dos, es decir, la función del legislativo ante la política penal y especialmente la justicia de excepción. De ellos surgen bastante inquietudes, que van desde la falta de transparencia por la dificultad en conseguir la información de los debates que se producen en el legislativo hasta la necesidad de fortalecimiento de los partidos políticos y la consecuente votación por bancadas.

1. **La información:** dado que el Congreso de la República tiene una función de foro democrático y público, nacional, de ser el lugar en el que de forma natural se deben debatir los grandes problemas de la sociedad colombiana y sus salidas y soluciones (y de allí adoptar las políticas públicas adecuadas), es necesario que el manejo de lo que allí ocurre sea lo más transparente posible. Esta transparencia no es sólo de forma externa, es decir, como forma de control de los electores a los elegidos y como rendición de cuentas, sino como necesidad interna para poder articular mejor las posiciones de los legisladores ante los problemas y, por lo tanto, lograr un mejor control político.
2. **Los debates y el control político:** para que el Congreso pueda ejercer eficientemente su función de control político ante las decisiones tomadas por el Ejecutivo, es evidentemente fundamental que los debates se realicen debates amplios, lo que, como hemos visto, no ocurre. Esto está relacionado íntimamente con el principal incentivo que tienen los congresistas, que es el de lograr la reelección o, por lo menos, mantener cierta imagen y cierto prestigio ante algún grupo (que puede no ser el de los electores). De esta forma, y ante cierta opacidad en lo que ocurre en el Congreso, los proyectos que no tocan directamente la situación de los congresistas y no convocan la prensa, se manejan de forma sumamente discreta.

3. **Los grupos de interés:** en buena medida, los congresistas asumen posiciones individuales y evaden responsabilidades ante algunos temas debido a que necesitan el apoyo de ciertos grupos, como pueden ser quienes votan por ellos, la región de la que provienen, sus aliados políticos, o sus fuentes de financiación. De hecho, el mayor “grupo de interés”, si así se puede calificar, es el gobierno, ya que sus mecanismos de negociación son inmensos, tanto en materia de puestos, como presupuestal o, en cuestiones menos relacionadas con la corrupción, en capacidad técnica de analizar proyectos de ley y de proponer políticas públicas.
4. **Los partidos políticos:** la práctica inexistencia de los partidos políticos debilita la capacidad de negociación del legislativo, a la vez que limita la probabilidad de éxito de las iniciativas parlamentarias y multiplica las iniciativas parlamentarias según las opiniones individuales de los congresistas. Es bastante impresionante ver cómo en todos los proyectos estudiados se nota la carencia de manifiestos partidarios, de posición de partido, pues lo más similar son agrupamientos más o menos prolongados de congresistas individuales que tiene intereses comunes o posiciones compartidas frente a algunos temas.
5. **La organización interna:** el papel de las comisiones es fundamental y preponderante en la decisión frente a los proyectos de ley; muchas veces en las plenarios existen quejas por dificultad para conocer el texto de los proyectos que se debaten o se notan muestras de desconocimiento casi absoluto de los temas. El evidente exceso de proyectos de ley también crea una cantidad excesiva e innecesaria de trabajo, especialmente teniendo en cuenta el gran número de proyectos que no logran convertirse en leyes.
6. **Las dificultades para hacer una política penal común:** todos estos inmensos defectos en el funcionamiento del Congreso lo debilitan ante el Gobierno, que tiene cierta facilidad para hacer aprobar sus proyectos de ley y que, por lo tanto,

logra imponer una política penal con muy baja oposición política, escaso debate y muy poco control. Es por todo lo anterior que dentro del Estado colombiano el Congreso está desdibujado y que la función de control político ha sido asumida por las altas cortes, especialmente la Corte Constitucional, que por lo tanto recibe comprensibles críticas de politización. Pero, siendo razonables, es mejor una Corte que controle a un gobierno libre de hacer lo que quiera, a un gobierno absolutamente impune.

7. **La variabilidad de la política penal:** como ya se observó, los bandazos que ha dado el Estado en relación con una política penal son más que evidentes y más que dañinos. En efecto, estas modificaciones llenan de incertidumbre a los actores en los procesos judiciales, facilitan la confusión de investigadores, defensores y jueces, y a la larga sólo producen más congestión judicial y, en consecuencia, una impunidad más notoria. Los permanentes cambios, que no parecen ser cosa del pasado según lo visto en los primeros meses del gobierno de Uribe, pueden surgir de las mejores intenciones pero traen consecuencias negativas.
8. **La maravilla de lo novedoso:** parece que todo lo bueno es nuevo, puesto que los cambios tanto en materia de política criminal como de composición y funcionamiento del Congreso son bienvenidos y vitoreados. Sólo quiero recordar que a veces termina por ser mejor lo viejo y malo pero estable, que la inestabilidad permanente, que impide que aún las buenas ideas implementadas duren mucho tiempo y logren consolidarse. Más valen debates largos y serios, que llevan a modificaciones de largo plazo y con oportunidad de concretarse, que el afán reformista que plaga todo de errores y hace necesaria una nueva reforma al cabo de poco tiempo.
9. **¿Existe una política criminal de excepción?:** esta serie de dificultades en el funcionamiento del legislativo e, incluso, del Estado en general, dificultan notablemente la posibilidad de crear ese conjunto coherente de acciones

estatales que conforma una política pública. La actividad legislativa al respecto ha sido, como se vio, incierta, dubitativa y variable, lo que permite afirmar que no existe una verdadera política penal de excepción. El defectuoso funcionamiento del Congreso, sumado a grandes incoherencias en el manejo jurisprudencial y gubernamental de los textos legislativos relativos a esta supuesta política, son obstáculos para la creación de una política pública en la materia. Lo ideal, sin duda, sería que en lugar de convertirse en factores en la formulación de la política pública, su trabajo estuviera orientado a ser actores de la misma, a través de la discusión abierta, la presentación de programas coherentes y con espíritu de larga duración y el compromiso que requiere una análisis de largo plazo de las normas.

Bibliografía utilizada

1. Libros, artículos y estudios

- APONTE, Alejandro, “Guerra y derecho penal del enemigo”, Estudios Ocasionales CIJUS, Bogotá, 1999
- BECCARIA; Cesare, *De los delitos y las penas*, Bogotá, Temis, 2000
- BEJARANO SANDOVAL; Ana María (et. al.) “¿Qué hace funcionar al Congreso?” Una aproximación inicial a las fallas y los aciertos de la institución legislativa” en *Discusiones obre la reforma del Estado en Colombia: la fragmentación del Estado y el funcionamiento del Congreso*, Colciencias-Ediciones Uniandes, serie Estudios Ocasionales CIJUS, Bogotá, 2001
- DUBY, Georges,(1990) *Europa en al Edad Media*, Barcelona, Paidós
- ESKRIDGE, William y FRISK, P.(1995) *Cases and Materials on Legislation. Statues and the Creation of Public Policy*, ST Paul, Minnesota, West Publishing Co
- GARCIA - PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza
- MENY, Yves, “Las políticas públicas, Ariel, Barcelona, 1992
- OROZCO ABAD, Iván, Juan Gabriel Gómez Abello (1999). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santafé de Bogotá: IEPRI-Temis
- ROXIN, Claus, (1997) *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas
- SUBIRATS, Joan, “Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración”, Ministerio para las administraciones Públicas, Madrid, 1994
- VALENCIA VILLA, Hernando “Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano”, Universidad Nacional de Colombia/CEREC; Bogotá, 1987

2. Gacetas del Congreso

- **1997:** 368, 485, 508, 542, 545
- **1998:** 141, 144, 185, 238, 247, 253, 277, 280
- **1999:** 63, 178, 194, 220, 237, 238
- **2000:** 66, 599
- **2001:** 51, 264, 320, 343