

# OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN ASESORA PARA EL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO COLOMBIANO\*, A LA INICIATIVA SOBRE LA IMPOSICIÓN DE CADENA PERPETUA A CIERTOS DELITOS REALIZADOS CONTRA MENORES

## I. INTRODUCCIÓN

La **COMISIÓN ASESORA** comparte la preocupación de muchas personas sobre la gravedad de la violencia, tanto física como síquica y sexual, que hoy padecen muchos menores edad en el país. Así mismo, se muestra preocupada porque, al decir de muchos analistas, funcionarios y representantes de las fuerzas políticas, la gran mayoría de esos crímenes en contra de ellos quedan en la impunidad. Por ello, considera importante la promoción de iniciativas encaminadas a amparar mejor los derechos de los menores frente a esos graves atentados punibles y a combatir de forma eficaz la impunidad —cuando la hubiere— en estos casos.

Sin embargo, la **COMISIÓN ASESORA** estima que la iniciativa discutida en el Senado de la República (Proyecto de Ley 206 de 2010) para someter a referendo la procedencia o no de la cadena perpetua, en tratándose de ciertos delitos contra menores (como homicidio, secuestro o violación), no avanza en la mejor dirección y se torna en altamente inconveniente, amén de inconstitucional.

---

\* La **COMISIÓN ASESORA** fue creada por el Ministerio del Interior y de Justicia, mediante Resolución 0286 del quince de febrero de 2011, adicionada con la Resolución 0451 del tres de mayo del mismo año, con el propósito esencial de que elabore y presente un documento que contenga los lineamientos de Política Criminal, labor que ha venido cumpliendo. Excepcionalmente, y a pedido del Ministerio, dicho organismo estudia proyectos en curso y formula recomendaciones al respecto, como lo ha hecho con este análisis sobre el proyecto de referendo sobre cadena perpetua.

Razones como las siguientes, así lo indican: en primer lugar, tanto por razones de fondo como de forma, la propuesta resulta contraria a la Constitución; en segundo lugar, la Exposición de Motivos que la sustenta no ofrece —en verdad— ningún argumento convincente desde la perspectiva de una Política criminal coherente que permita, de manera razonable, suponer que esa iniciativa está llamada a traducirse en una mejor protección para la vida y la integridad física, sexual y síquica de los menores.

Así mismo, en tercer lugar, si se intentan reconstruir los posibles argumentos que podrían sustentar una propuesta como la de la cadena perpetua para esos delitos, en realidad ninguno de ellos resulta convincente, pues la imposición de tal consecuencia jurídica en esos casos deviene incompatible con los principios básicos del Estado Social y Democrático de derecho e introduce distorsiones graves a las bases de la que debe ser una verdadera Política criminal.

Además, en cuarto lugar, parece claro que el Congreso —como cuerpo representativo que es— no debe limitarse a ser un mero notario forzado a tramitar toda iniciativa popular; por el contrario: en el marco de la democracia representativa a él le corresponde deliberar y discutir la iniciativa y, si encuentra que ella es inconveniente, injusta o inconstitucional, debe proceder a rechazarla y a ordenar su archivo.

En este escrito la **COMISIÓN ASESORA** desarrolla las anteriores tesis, que en lo sustancial se corresponden con los planteamientos presentados por ella ante el **CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA** en la sesión realizada el pasado once de abril de 2011, en la cual —de forma prácticamente unánime— los integrantes de dicho

Consejo se opusieron a esa medida de la cadena perpetua. Para sustentar sus conclusiones, desde una perspectiva metodológica apropiada, este texto examina las siguientes problemáticas luego de este acápite introductorio [I]: el papel del Congreso en la discusión de una iniciativa ciudadana de referendo [II]; las razones para afirmar que la iniciativa es inconstitucional, tanto por vicios de procedimiento como por motivos de fondo, al traicionar principios esenciales del Estado de derecho [literal III)]. Luego, estudia el contenido mismo de la propuesta, para lo cual se resalta que ni la Exposición de Motivos ni la Ponencia para primer debate, realmente, incorporan argumentos de Política criminal serios a favor del Proyecto [IV)].

Además, después se exploran los argumentos esgrimidos por un sector de la opinión pública para avalar la iniciativa, o que se suelen invocar en estos casos (a pesar de no encontrarse plasmados ni en la Exposición de Motivos ni en la Ponencia), para mostrar que ellos carecen de sustento y son inconvenientes pues esa reforma, en ningún caso, mejora la protección de los menores amén de que introduce distorsiones en los principios que gobiernan una Política Criminal con vocación democrática y respetuosa de los postulados del Estado de Derecho [V)]. Al final, se culmina el estudio con algunas conclusiones sobre los riesgos que se corren cuando se legisla emocionalmente en este tipo de casos y se cae en lo que algunos llaman, con toda razón, el populismo punitivo o la demagogia punitiva [VI)].

## **II. EL PAPEL DEL CONGRESO FRENTE A LAS INICIATIVAS POPULARES DE REFERENDO**

**A.** Los mecanismos de participación establecidos en la Constitución Política, como la iniciativa popular, el referendo, el plebiscito o la consulta popular, no están consagrados al margen de la democracia representativa.

La democracia participativa no sustituyó a la democracia representativa en el ordenamiento constitucional sino que la complementa, y por ello todos los mecanismos de participación —sin excepción— requieren de la aprobación del Congreso de la República, cuyo papel no se limita sólo a tramitar las iniciativas ciudadanas, por populares que éstas sean, sino que a él le corresponde estudiarlas, evaluarlas y debatirlas.

**B.** La Corte Constitucional ha señalado con claridad, en varias ocasiones, la tarea esencial que tiene el Congreso en la discusión y en la deliberación en tratándose de los mecanismos propios de la democracia directa. Así, en la sentencia C-551 de 2003, en donde analizó detalladamente la reforma constitucional por referendo, señaló en el fundamento 44 que “...*la Carta, al establecer el referendo como mecanismo de reforma constitucional, no pretendió consagrar un procedimiento de democracia directa pura, sin controles judiciales, y que estuviera totalmente desvinculado de las instancias de representación. Por el contrario, el artículo 378 superior busca una articulación entre la democracia representativa, la participación directa del pueblo y la garantía judicial de la supremacía de la Carta*”. Por ello, agregó, se requiere siempre “*que el proyecto sea debatido y aprobado por el Congreso, que es el órgano por excelencia de la representación política (CP art. 133)*”, pues la “*Constitución busca entonces “democratizar la democracia”, estableciendo una democracia participativa que articula las formas representativas con los mecanismos propios de la democracia directa*”.

En el mismo sentido, en la sentencia C-397 de 2010 que, valga la pena recordarlo, declaró la inexecutable de la ley que había intentado convocar un referendo idéntico al actual en materia de cadena perpetua, la Corte Constitucional precisó que “*el referendo constitucional de iniciativa*

*ciudadana no puede ser convocado directamente por el grupo de ciudadanos que apoya la presentación de tal iniciativa, ya que no sólo requiere que el proyecto sea debatido y aprobado por el Congreso, que es el órgano por excelencia de la representación política (CP art. 133), sino que además debe ser sometido al control automático de la Corte Constitucional para verificar el respeto de los principios y reglas constitucionales, estatutarias y orgánicas que rigen el procedimiento de formación de esa ley (CP art. 241)”.*

**C.** Esto muestra, sin duda, que el Congreso de la República está obligado por la Carta Fundamental a debatir la iniciativa de referendo presentada por los ciudadanos y no limitarse a darle sólo su trámite, sin examinar su conveniencia, constitucionalidad o justicia. Es, entonces, deber de los legisladores estudiar, discutir y deliberar en torno esas propuestas, pues, conforme al artículo 133 de la Constitución Política, los integrantes de ese órgano de elección popular “*representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común*”, lo cual significa que deben reflexionar sobre la pertinencia, la conveniencia y la justicia de las iniciativas, y no simplemente aprobarlas con el argumento de que tienen amplio respaldo popular.

**D.** Esta atribución otorgada al Congreso para deliberar en torno a esas iniciativas y, con base en los resultados de esas discusiones, aprobarlas o rechazarlas, no sólo tiene expreso respaldo en el propio texto constitucional —como ya se mostró— sino que, además, encuentra amplio sustento en principios contemporáneos de filosofía política, según los cuales la democracia no es el gobierno desbordado de las mayorías en donde las simples preferencias privadas de aquellas son convertidas en ley sino que, sin desestimar para nada la importancia del principio de la mayoría, la

democracia constitucional incorpora dos dimensiones esenciales que le confieren un valor ético superior.

De un lado, el respeto por los derechos humanos, que no pueden ser avasallados por el principio de mayoría. Y, de otro lado, la importancia de que exista una deliberación pública, abierta y transparente de las iniciativas. La democracia colombiana, aunque como toda organización social de la misma índole se funda en el principio de la mayoría está, además, cimentada en los derechos fundamentales y en el principio de la deliberación pública. Y ambos aspectos, recuérdese, confieren un papel esencial al órgano legislativo en el trámite de los referendos.

**E.** La importancia de la discusión y del debate públicos están vinculados a las concepciones deliberativas acerca de la democracia, que son defendidas por pensadores tan destacados y diversos, como HABERMAS, ELSTER o RAWLS, y, en el ámbito latinoamericano, por teóricos del nivel de NINO o GARGARELLA<sup>1</sup>. A pesar de sus obvias diferencias, estos autores consideran que la democracia no consiste únicamente en la conversión de las preferencias privadas en decisiones mayoritarias, por un simple proceso de agregación de las predilecciones personales, por cuanto la deliberación y la justificación pública de las decisiones legislativas son un elemento esencial de la legitimidad democrática.

Esta defensa de la discusión pública por parte de las concepciones deliberativas no es gratuita, sino que se funda en varias virtudes que esos enfoques atribuyen a dicha discusión para el logro de una sociedad más justa y

---

<sup>1</sup> Una compilación sobre las perspectivas en torno a la democracia deliberativa, se puede ver en James Bonham, William Rehg (Eds). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT, Press, 1997. También, entre otros, Jürgen Habermas. *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT, Press, 1995; John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993; Carlos Santiago Nino. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

democrática. Sin pretender ser exhaustivos, es útil recordar algunas de dichas bondades<sup>2</sup>: así, en primer término, la deliberación pública permite corregir errores, puesto que somete los argumentos empíricos y teóricos a la controversia de los opositores, quienes al destacar las debilidades de las tesis rivales, permiten avanzar en la construcción de decisiones más racionales.

En segundo lugar, la deliberación pública también permite además hacer más justas las decisiones, por cuanto obliga a tomar en consideración los intereses ajenos, dado que las mayorías no pueden ignorar las visiones de las minorías, con el argumento de que son intereses minoritarios, pues dicha actitud —por su profundo irrespeto a la dignidad de los otros— resulta poco defendible en la esfera pública en una democracia.

En tercer término, y en forma directa ligado a lo anterior, la publicidad obliga a presentar de modo abierto las razones que sustentan la decisión adoptada, con lo cual ciertas motivaciones manifiestamente injustas quedan excluidas del debate político, porque por ser inaceptables desde el punto de vista social, no pueden ser defendidas de manera explícita. Por ejemplo: nadie ampararía de manera pública una exención tributaria porque lo beneficia, aunque sea catastrófica para las finanzas públicas; quien quiera que dicha exención sea adoptada en un debate público tiene que trascender su interés privado y mostrar que ella es aceptable en términos del bien común. Por ello, KANT considera que uno de los principios trascendentales del derecho público es el siguiente: “*son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados*”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre las virtudes de la deliberación pública, ver, entre otros, Roberto Gargarella. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996, pp. 157 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Emanuel Kant. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985, Segundo Apéndice, p. 61.

En cuarto término, la deliberación pública permite un mayor control ciudadano sobre las autoridades, con lo cual realiza en forma más profunda los ideales del Estado de derecho y de la soberanía popular, pues obliga a los funcionarios a justificar y explicar sus decisiones. Y, para culminar, esta discusión pública de los asuntos comunes estimula la formación de virtudes republicanas en los habitantes y en los líderes políticos, en la medida en que los obliga a ir más allá de sus intereses personales. En efecto, en una democracia deliberativa, en la medida en que las decisiones se fundan en una discusión pública, los ciudadanos y los líderes tienen que defender sus posiciones con base en argumentos con una pretensión de universalidad suficiente, para que sus tesis puedan ser aceptadas por todos los que puedan resultar afectados; o, al menos, dichas manifestaciones deben tener una imparcialidad suficiente para poder ser presentadas en el escenario público.

**F.** Las anteriores consideraciones, que no son las únicas susceptibles de ser aducidas en favor de una defensa de la discusión y el debate públicos, permiten a estos enfoques deliberativos acerca de la democracia sostener una idea básica: *la legitimidad de una decisión colectiva en una democracia depende no sólo de que ésta sea mayoritaria sino, además, de que dicha decisión haya sido el producto de una deliberación pública de los ciudadanos o de sus representantes.*

**G.** Esta importancia de la deliberación es la que ha llevado a la Corte Constitucional, en numerosas sentencias, a sostener que para que una ley o un acto legislativo sean tramitados en debida forma no basta que sean votados de forma mayoritaria sino que sean debatidos, por lo cual —si el Congreso elude o suprime la discusión— incurre en un vicio de procedimiento que genera la inexecutable de la correspondiente ley o acto legislativo. Por eso, dicho organismo resalta que en “*un régimen democrático el debate parlamentario*

*tiene relevancia constitucional en cuanto éste le da legitimidad a la organización estatal. A través del debate se hace efectivo el principio democrático en el proceso de formación de las leyes, ya que hace posible la intervención de las mayorías y de las minorías políticas, y resulta ser un escenario preciso para la discusión, la controversia y la confrontación de las diferentes corrientes de pensamiento que encuentra espacio en el Congreso de la República”<sup>4</sup>.*

**H.** En particular, en la sentencia C-816 de 2004, en los fundamentos 137 y 138, el tribunal constitucional patrio resalta la importancia de la deliberación pública de las iniciativas aprobadas por el Congreso, en los siguientes términos:

*“La soberanía popular hoy se expresa, en gran medida, a través de deliberaciones y decisiones sometidas a reglas procedimentales, que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática de las asambleas representativas, que exprese obviamente la decisión mayoritaria, pero de tal manera que esas decisiones colectivas, que vinculan a toda la sociedad, sea un producto de una discusión pública, que haya permitido además la participación de las minorías. Y es que en una democracia constitucional como la colombiana, que es esencialmente pluralista, la validez de una decisión mayoritaria no reside únicamente en que ésta haya sido adoptada por una mayoría sino además en que ésta haya sido públicamente deliberada y discutida, de tal manera que las distintas razones para justificar dicha decisión hayan sido debatidas, sopesadas y conocidas por la ciudadanía y que, además, las minorías hayan podido participar en dichos debates y sus derechos hayan sido respetados. Por consiguiente, para esta concepción, la democracia no es la tiranía de las mayorías, pues los derechos de las minorías deben ser respetados y protegidos. Además, en la democracia constitucional, las decisiones colectivas deben ser deliberadas en público pues de esa manera se logran decisiones más racionales, justas e imparciales (...) El proceso legislativo no debe ser entonces únicamente un sistema de agregación de preferencias o que simplemente legitima acuerdos privados o negociaciones ocultas sino que debe constituirse en una deliberación pública, en la cual los representantes de los ciudadanos, sin olvidar los intereses de los votantes que los eligieron, sin embargo discuten públicamente y ofrecen razones sobre cuál es la mejor decisión que puede adoptarse en un determinado punto (...) (E)s claro que las democracias constitucionales, y específicamente la Carta de 1991, optan por un modelo deliberativo y público de formación de las leyes y de los actos legislativos(...) (L)as sesiones del Congreso tienen que ser espacios en donde verdaderamente sean*

---

<sup>4</sup> Sentencia C-801 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Fundamento 4.2, criterio reiterado en las sentencias C-1056 de 2003 y C-1147 de 2003.

*discutidas y debatidas, en forma abierta y ante la opinión ciudadana, las distintas posiciones y perspectivas frente a los asuntos de interés nacional. El Congreso es un espacio de razón pública. O al menos la Constitución postula que así debe ser. Y por ello las fuerzas políticas que buscan una decisión legislativa, y con mayor razón una decisión que se plasme en una reforma constitucional, deben acudir a ese espacio de razón pública a presentar sus razones. Deben igualmente convocar a los grupos rivales, incluso si son minoritarios, a presentar sus perspectivas. Y, en ese contexto, la deliberación pública es un incentivo para que los distintos grupos trasciendan la defensa estrecha de sus intereses y sus concepciones específicas pues deben desarrollar justificaciones públicas de sus posturas. Esto debería permitir, por las razones anteriormente explicadas, decisiones legislativas y de reforma constitucional más justas e imparciales’.*

**1.** La Constitución política es el marco dentro del cual deben actuar todos los poderes públicos. En un Estado constitucional y democrático de derecho como el colombiano, los llamados órganos de soberanía no tienen poderes abiertos sino apenas competencias constitucionales más o menos amplias pero siempre limitadas. Ello vale también para el poder legislativo, el cual está sometido a la Constitución y con ello, por supuesto, a los límites impuestos por la Carta de los Derechos. En este sentido, el control formalizado de constitucionalidad en cabeza sobre todo de la Corte Constitucional no representa sino una última salvaguarda de la integridad de la Carta, que debe operar cuando el Legislador actúa por fuera de los límites de la Constitución. No solo a la Corte Constitucional le corresponde deliberar para proteger el núcleo esencial de los derechos fundamentales y humanos, sino también a quienes cumplen funciones legislativas o ejecutivas. La “colaboración de poderes” es, como mínimo, una actividad mancomunada entre poderes independientes para la defensa del orden constitucional.

De acuerdo con la Constitución, la democracia colombiana es representativa por lo cual el mandato que rige la actuación de senadores y representantes es deliberativo y no, simplemente, imperativo. Los legisladores no pueden obrar como simples vehículos y notarios ni siquiera

cuando deben darle trámite a una iniciativa popular de referendo. De cara a la voluntad expresada por quienes firman la convocatoria correspondiente, también en este caso están obligados a deliberar no solo en torno a la conveniencia política sino también sobre la constitucionalidad del Proyecto que un respetable segmento de opinión pone a su consideración. En este sentido, también ellos —y más adelante la Corte Constitucional— deben estar dispuestos a deliberar sobre derechos fundamentales y, si llegan a considerarlo correcto, a oponerse a darle trámite a iniciativas populares, no importa que las mismas estén inspiradas en un *telos* —que no todavía en una decisión— super-mayoritario, si de esta manera protegen el núcleo esencial de un derecho y con ello, en último término, la integridad de la Constitución Política.

**J.** Por todo lo anterior, corresponde al Congreso deliberar y debatir acerca de la iniciativa de la cadena perpetua, con el fin de evaluar su justeza, su conveniencia, su constitucionalidad y su compatibilidad con los derechos fundamentales. No cumpliría el Congreso su función si se limitara a aprobar la ley con el argumento de que es un Proyecto muy popular, pues, como se verá, ello lo torna en inconstitucional y —en todo caso— no es trasunto de una buena Política criminal idónea para proteger de manera efectiva los derechos de los menores.

### **III. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY 206 DE 2010**

**A.** Este iniciativa legislativa está atravesada por una profunda paradoja, que conduce a su inexequibilidad y es la siguiente: si la propuesta se aprueba conforme al texto con el cual fueron recogidas las firmas, entonces el mandato que de allí surge es el de imponer automáticamente la cadena

perpetua para todos esos delitos, y, en ese caso, es clarísimo que el Proyecto transgrede principios medulares del Estado de derecho (como los de dignidad de la persona humana, igualdad, proporcionalidad, gradualidad de las penas, del acto, culpabilidad, lesividad, autonomía y libertad de las personas; y, añádase, la capacidad de resocializarse del ser humano), por lo cual equivale a una sustitución de la Constitución; pero si el órgano legislativo intenta reducir su irracionalidad, previendo que la cadena perpetua sea un límite posible para algunos casos pero que no se aplica de manera automática a esos delitos, entonces se desconoce el procedimiento propio de los referendos constitucionales de iniciativa popular, pues se altera el texto con base en el cual fueron recogidas las firmas (y dicho sea de paso, sin corregir verdaderamente la irracionalidad de la medida). Por ambas vías, entonces, la conclusión que se impone es que este Proyecto de Ley 206 de 2010 debe ser archivado por inconstitucional.

**B.** Como se puede verificar en el expediente contentivo de la propuesta, así como en el contenido de la sentencia C-397 de 2010 que declaró inexecutable la ley 1327 de 2009 —que, no se olvide, plasmaba una convocatoria de referendo prácticamente idéntica—, el texto con base en el cual fueron recogidas las firmas buscaba agregar al artículo 34 de la Constitución, que prohíbe la prisión perpetua, el siguiente tenor:

*“Con relación a los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y en menores de edad con discapacidad física y/o mental, procederá la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”.*

**C.** Este tenor literal, de ser aprobado en un referendo, pretende ser una excepción a la regla constitucional en cuya virtud se prohíbe la prisión perpetua del artículo 34. Conforme a esa previsión, se establece que en ciertos delitos frente a menores (léase, homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro), en caso

de que haya condena, se impondrá de manera automática —como única pena—, la prisión perpetua, pues eso señala el tenor literal del texto que sirvió para la recolección de firmas al indicar que “...procederá la pena de prisión perpetua”.

**D.** Una pena imperativa y automática de ese alcance para esos delitos es del todo irracional, pues —sin importar las circunstancias en que se cometan, el grado de culpabilidad del autor, o la diversidad misma de las conductas punibles señaladas—, siempre habría lugar a imponer la cadena perpetua. Ello desconoce el principio constitucional de culpabilidad en virtud del cual esa categoría es susceptible de ser graduada (véase, art. 29 de la Carta Política) y, con él, se arrasa con el axioma de proporcionalidad<sup>5</sup>. Es más, desconoce que existen diversas posibilidades de resocialización de las personas privadas de la libertad, con lo cual se pisotea la función resocializadora de la pena (cfr. art. 12 de la Constitución Política); incluso, el Proyecto está atravesado por una profunda contradicción interna en términos de proporcionalidad e igualdad, pues es claro que no se puede atribuir la misma gravedad al homicidio doloso que al maltrato severo, pero ambos comportamientos —en caso de ser cometidos contra menores— tendrían de manera automática la sanción de cadena perpetua.

**E.** No obstante, como los propios promotores han reconocido que es tan irracional esa alternativa (con base en la cual fueron recogidas las firmas), entonces plantean alterar su contenido a fin de señalar que la cadena perpetua será una posibilidad límite para ciertos eventos, pero que no procedería en todos los casos. Y, entonces, la norma sometida a referendo podría ser de una redacción semejante al tenor literal de la Ley 1327 de 2009 (declarada inexecutable por la sentencia C-397 de 2010), que podría ser así:

---

<sup>5</sup> Cfr. Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 402.

*“Con relación a los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y en menores de edad con discapacidad física y/o mental, procederá hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”.*

O, con base en una formulación alternativa:

*“Con relación a los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y en menores de edad con discapacidad física y/o mental, se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”.*

O, con base en otra formulación alternativa semejante:

*“Con relación a los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física o mental, se podrá aplicar la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”.*

**F.** Con esta modificación, la propuesta es menos irracional —sin llegar a ser admisible ni a constituir una buena expresión de una Política criminal democrática—; pero el problema es que esta reforma en el tenor literal no es posible pues se altera sustantivamente el texto que sirvió para la recolección de firmas, con lo cual se incurre en uno de los vicios de procedimiento que —recuérdese muy bien— ya ocasionó la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1327 de 2009 mediante la expedición de la sentencia C-397 de 2010, citada.

**G.** En efecto, la Corte Constitucional señala que el Congreso puede modificar los textos de iniciativa popular pero siempre y cuando conserve el sentido esencial del texto originario. No pueden ser cambios sustanciales pues, como reiteró la citada sentencia C-397 de 2010, la “*modificación*

*sustancial del proyecto inicial por parte del Congreso de la República, transforma dicha iniciativa ciudadana en una iniciativa congresarial no autorizada por la Carta. En este orden de ideas, toda propuesta presentada y aprobada durante el trámite del proyecto en el Congreso de la República, no puede ser objeto de cambios sustanciales que la transformen en una totalmente distinta u opuesta a la propuesta en la iniciativa ciudadana”.*

Ahora bien, al expedir la citada sentencia C-397 de 2010 dicho organismo estimó que la modificación consistente en cambiar la procedencia automática de la cadena perpetua en tratándose de estos delitos por una posibilidad en ciertos casos, equivalía a una modificación sustancial que tornaba inconstitucional la ley. Dijo entonces:

*“En este sentido, la expresión de la voluntad popular era que la prisión perpetua se impusiera de manera directa y sin condicionamientos a los sujetos que incurrieran en la comisión de dichos delitos. Noticias como el asesinato del bebé Luis Santiago Lozano de tan solo 11 meses, asfixiado por su padre, y la de Luis Alfredo Garavito, quien asesinó y violó a más de 150 niños y que era beneficiario de rebajas de pena por colaboración, habían causado gran indignación dentro de la población a quienes se les dirigía la propuesta referendaria. En este sentido los proponentes del referendo buscaban que se establecieran penas estrictas y severas y que no se aplicaran beneficios y subrogados penales a los que cometieran dichos delitos.*

*Por esta razón encuentra la Corte que con la modificación de la propuesta original, se presentó un cambio sustancial que vulnera el principio de identidad flexible, ya que mientras el contenido de la propuesta de la iniciativa ciudadana preveía en forma imperativa la imposición de la prisión perpetua en todos los casos, la modificación que se hace en el Congreso, da lugar a que el sentido y los efectos de la norma varíen, ya que la imposición de la cadena perpetua sería facultativa y gradual dependiendo de lo que prevea el legislador.*

*Las expresiones “procederá hasta” o “se podrá imponer hasta”, son locuciones que dejan un marco de discrecionalidad al legislador para establecer la pena de prisión perpetua, que no se había previsto cuando los ciudadanos respaldaron la propuesta referendaria en donde se establecía de forma imperativa, directa y sin condicionamientos, que en el caso de cometerse los delitos atroces descritos se procedería a aplicar la pena de prisión perpetua sin ningún condicionamiento. En este sentido estima la Corte que el respaldo a*

*determinada propuesta representa la voluntad ciudadana y se convierte en un mandato imperativo que debe ser acogido sin transformaciones ni cambios sustanciales o esenciales por parte del Congreso”.*

Incluso, al formular importantes consideraciones sobre la materia que también deben ser muy tenidas en cuenta para este necesario debate, añadió:

*“La Corte debe tener en cuenta, como se dijo en el punto 4.5.1 de esta providencia que el respaldo ciudadano a determinada propuesta referendaria se condiciona muchas veces teniendo en cuenta situaciones y hechos concretos que determinan la elaboración y respaldo de la iniciativa ciudadana mediante la firma. Por tanto, la propuesta referendaria por iniciativa popular es de carácter autónoma, individual y única, ya que su contenido se relaciona con el contexto específico en que se desarrolló y llevó a cabo. Teniendo en cuenta esta reflexión la Corte considera que el contenido material de la propuesta referendaria debe ser mantenido durante el trámite legislativo y por ende no se puede modificar de manera sustancial, aún en los casos en que el contexto de elaboración y respaldo de la propuesta varíe durante el trámite legislativo.*

*En suma la Corte considera que la propuesta referendaria por iniciativa popular, debe ser evaluada teniendo en cuenta las circunstancias específicas en que se desarrolló, es decir su contexto espacial, temporal, las necesidades, preocupaciones y fines que dieron lugar al respaldo de una parte de la ciudadanía. Aunque las circunstancias que dieron lugar a la iniciativa varíen, la propuesta de referendo por iniciativa ciudadana se debe mantener sustancialmente en el Congreso, debido al carácter autónomo, individual, único e irreplicable, y por la conexión íntima entre la formulación de la propuesta y el contexto de aprobación de la misma.*

*En el caso concreto la voluntad de la ciudadanía que respaldó el referendo fue vulnerada, ya que los firmantes apoyaron una propuesta con un contenido mucho más severo y riguroso, que el que finalmente fue aprobado en el trámite en el Congreso. Encuentra la Corte que la modificación “procederá la pena de prisión perpetua de acuerdo con la ley” por “se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”, es de carácter sustancial ya que los efectos generados y el sentido de la norma propuesta después de la modificación son diversos a la propuesta que se estableció en la iniciativa ciudadana. Por ende considera la Corte que dicho cambio se convierte en un vicio de forma de carácter insubsanable”.*

**H.** En síntesis, los textos en torno a los cuales han de pronunciarse quienes apoyen con su firma un referendo han de preservar —si no el tenor literal— por lo menos sí el sentido original del texto mediante el cual se ha

de poner en marcha la recolección de firmas. Se trata, con ello, de garantizar que la intervención del Congreso no defraude la voluntad popular mediante un cambio en el sentido del texto que se va a someter a consideración del pueblo. Por ello, como ya se recordó más arriba y ahora se reitera, en una ocasión la Corte Constitucional —al apelar a este principio de la identidad semántica— declaró la inexecutable de la ley que convocaba al referendo que debía establecer la cadena perpetua para violadores y demás perpetradores de crímenes graves contra menores, por cuanto el texto aprobado por el Congreso alteraba de manera significativa el tenor original y contrariaba con ello la expectativa de quienes apoyaron, inicialmente, con su firma la puesta en marcha del mecanismo constitucional. Ahora, cuando queriendo subsanar el vicio de inconstitucionalidad en que se incurrió la primera vez, los promotores del llamado referendo contra violadores están dándole trámite, de nuevo, a dicha iniciativa, incurren en el mismo pecado. Mientras que para recoger las firmas pusieron a la consideración de la sociedad un texto que decía “...*procederá la cadena perpetua*” ya, durante su paso por el Congreso y acaso queriendo anticipar el riesgo de una nueva declaratoria de inconstitucionalidad fundada esta vez en razones de fondo, han procedido a cambiar el texto de forma tal que se dice “...*hasta con cadena perpetua*”. O se usan otras fórmulas literales un poco distintas, como señalar que “*se podrá aplicar la pena de prisión perpetua*”. Pueden ser distintos giros, pero su finalidad ha sido siempre la misma, que es abandonar el texto con el cual fueron recogidas las firmas, que señalaba que la condena para esos delitos era siempre prisión perpetua, a fin de establecer que la cadena perpetua es una posibilidad que puede señalar el legislador para estos casos, pero no la pena indefectible para quienes resulten condenados por tales crímenes.

Así las cosas, como existen idénticas razones, la Corte Constitucional debería proceder de nuevo a declarar la inconstitucionalidad de esta segunda ley de convocatoria a referendo, en el evento de que tenga que revisarla. En consecuencia, por razones de economía procedimental y habida cuenta de que también el Congreso de la República debe actuar dentro del marco de la Constitución, debe ser el Legislador quien en su calidad de órgano deliberativo con competencia para desarrollar y aún para defender la Carta Fundamental, de manera anticipada, ponga fin a semejante despropósito.

L. Por consiguiente, según el citado precedente, el Congreso está obligado a preservar el sentido originario de la iniciativa ciudadana, según el cual la cadena perpetua procede de forma automática en esos casos, pues de no hacerlo, incurre en un vicio de procedimiento insubsanable que acarrea la indefectible inconstitucionalidad de la ley convocante. Pero si ya es altamente irracional y configura una Política criminal problemática prever la cadena perpetua como límite máximo eventual en esos delitos, es aún más irracional e inaceptable establecer una cadena perpetua automática en esos casos, como se muestra luego.

Por ello, el Congreso de la República debe archivar la iniciativa pues está atrapado en frente a este dilema: o aprueba el texto que sirvió de base para recoger las firmas —que prevé la cadena perpetua automática para esos crímenes—, con lo cual evita el vicio de procedimiento consistente en alterar la formulación dada a la iniciativa ciudadana y, de paso, acoge una propuesta de referendo totalmente irracional en términos de política criminal que, además, equivale a una sustitución de la Constitución (como se explica luego), todo lo cual torna al Proyecto en inexecutable por razón de la competencia; o, entonces, para evitar la absoluta irracionalidad de la

fórmula de la cadena perpetua automática, modifica el tenor literal del texto y señala que la cadena perpetua es una posibilidad en ciertos casos, lo cual hace menos irracional la propuesta —sin que llegue a ser una buena formulación—, pero con ello introduce un cambio sustantivo en la redacción que sirvió de sustento a la iniciativa, e incurre en un vicio de procedimiento insubsanable, con lo cual la ley aprobada también deviene en inconstitucional.

**J.** En esas circunstancias, la **COMISIÓN ASESORA** estima que el Congreso de la República debería, de una vez por todas, evitar el desgaste que para el país implica aprobar un Proyecto que, todo lo indica así, va camino a ser declarado inconstitucional, porque pisotea la entraña misma de la Carta Fundamental.

#### **IV. LA FALTA DE SUSTENTO DE LA INICIATIVA DE CADENA PERPETUA**

**A.** Fuera de los anteriores argumentos constitucionales que le restan piso al Proyecto, la **COMISIÓN ASESORA** considera que esa propuesta tampoco es fruto de una Política criminal sustentada, que realmente proteja a los niños, niñas y adolescentes en Colombia, contra esos crímenes. Lo primero que vale la pena resaltar es que ni la Exposición de Motivos (que se encuentra en la *Gaceta del Congreso* No. 1001 de 2010), ni la Ponencia para primer debate (que reproduce en lo sustancial la Exposición de Motivos y se encuentra consignada en la *Gaceta del Congreso* No. 1099 de 2010), contienen argumentos sólidos de Política criminal que expliquen por qué la medida propuesta, de forma razonable, permitirá una mejor protección de la vida y la integridad física, sexual y síquica de los menores, o reduciría la impunidad en tratándose de esos crímenes.

Un examen de esos textos (la Exposición de Motivos y la Ponencia) muestra que ambos tienen una estructura semejante: luego de señalar el trámite de la recolección de firmas para la iniciativa y transcribir el comunicado de la Corte Constitucional relativo a la sentencia C-397 de 2010, que declaró la inexecutable de la anterior iniciativa, los dos proceden a describir la magnitud de la violencia contra los menores en Colombia presentando, además, algunos casos particulares de indudable dramatismo incluso acompañados de fotos. Luego, señalan que muchos de esos crímenes están impunes y que los derechos de los menores son prevalentes en el ordenamiento constitucional. A continuación, se hace un ejercicio de derecho comparado, a cuyo efecto se transcriben regulaciones de otras naciones, para señalar que en los países seleccionados se admite la cadena perpetua para ciertos crímenes contra menores<sup>6</sup>. Y, al final, se advierten las posibles secuelas de estos graves atentados punibles cuando recaen sobre los menores.

Como se puede ver, a pesar de lo extenso de la Ponencia o de la amplia Exposición de Motivos, no se expone realmente ningún argumento serio de Política criminal sobre la conveniencia de la medida. Lo único que se puede encontrar son algunas referencias, muy generales y poco desarrolladas, sobre los posibles efectos que tendría la cadena perpetua en términos de prevención general tanto positiva (en términos del mensaje que la sociedad le estaría enviando a todos los asociados sobre el valor que atribuye a la protección de los menores) como negativa (el posible efecto disuasivo de la imposición de la cadena perpetua). Pero, de veras, no hay

---

<sup>6</sup> Dicho sea de paso, la COMISIÓN ASESORA destaca que en general la mayor parte de los ejemplos comparados son presentados en forma inexacta pues se presentan casos aislados de imposición de pena perpetua, pero sin aclarar que en casi todos los países, las penas son revisable después de 10, 12 o 15 años de pena (véase, al efecto, la muy pertinente exposición de Ferrajoli, *Derecho y Razón*, pp. 412 y ss.). Esto es, que la cadena perpetua ni es automática (para todos los casos) ni es de forzoso cumplimiento (pues siempre hay la posibilidad de revisión si se constata la resocialización efectiva del condenado).

ningún desarrollo del tema sobre la verdadera eficacia que tendría la medida en cuestión.

**B.** La precariedad de las justificaciones esgrimidas para legitimar una sanción penal tan retardataria y severa, a cuyo efecto se acude a la reforma de la Constitución, representa en sí misma un hecho muy problemático porque muestra —sin ninguna duda— que se está legislando en una materia tan grave sin fundamento en ninguna evidencia empírica seria sobre la posible eficacia de una medida tan drástica. Por ello, la **COMISIÓN ASESORA** no ha podido —ni podrá— discutir la validez o no de los fundamentos de Política criminal que subyace en esta propuesta, porque no aparecen claros ni en la Ponencia para primer debate ni, por supuesto, en la Exposición de Motivos, ya mencionadas.

## **V. LA PRECARIEDAD DE OTRAS POSIBLES JUSTIFICACIONES DE LA MEDIDA**

En estas condiciones, dada la ausencia de sustentos racionalmente debatibles en la confección de la Ponencia y en la Exposición de Motivos, la **COMISIÓN ASESORA** ha procedido a examinar las diversas justificaciones que se han dado a una medida como ésta en artículos de opinión o por de algunos analistas en el mundo académico. Al efecto, ha encontrado once argumentos recurrentes, pero ninguno realmente convincente. A continuación se expone cada uno de ellos, seguido de la respectiva réplica.

**A. Primer argumento: Los autores de estos delitos son personas incapaces de controlar sus impulsos.** COMENTARIO: Lo primero que debe decirse respecto de este planteo, es que no está científicamente demostrado que los impulsos sexuales sean incontrolables para alguna parte de la

población. Es cierto que alguna teoría defiende esta posición, pero no ofrece estudios serios y confiables que la avalen.

Es más, las investigaciones más documentadas enseñan que las tasas de reincidencia en estos crímenes son menores de lo que la opinión pública usualmente plantea. Un trabajo reciente de *Human Rights Watch*<sup>7</sup>, por ejemplo, hace una buena revisión de la literatura existente en 2007 en Estados Unidos y muestra como la mayor parte de los estudios más serios y documentados sobre el asunto concluye que la reincidencia es más baja de lo que la mitología popular a veces cree y, además, no es mayor que la existente en relación con otros crímenes.

Así, un examen sobre 29.000 casos de personas condenadas por crímenes sexuales y que fueron liberadas, concluyó que la tasa de reincidencia (tomando un período muy amplio de 15 años) era de 24%, que, como dice HRW, no es una cifra trivial, dada la gravedad de los crímenes, pero que muestra como al menos 3 de cada 4 condenados no reincidió; y esa tasa de reincidencia es más baja si la persona recibe tratamiento y ayuda psicológica. Incluso, otro estudio desarrollado en Canadá por el psicólogo KARL HANSON<sup>8</sup> mostró que la tasa de reincidencia en tratándose de personas condenadas por la comisión de crímenes sexuales bajaba de 17,3% a 9,9% si la persona recibía tratamiento, lo cual muestra que no se trata propiamente de “irrecuperables”.

Sin embargo, si se aceptara en gracia de discusión que esa afirmación es cierta (hay personas que no pueden controlar sus impulsos sexuales), se

---

<sup>7</sup> Ver, Human Rights Watch. No easy answers. Sex offenders Laws in the US. Washington, Human Rights Watch, 2007, pp. 25 a 31.

<sup>8</sup> Ver *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment* (Vol. 14, No. 2) de 2002. Una síntesis del estudio se puede encontrar en la página de American Psychological Association en [www.apa.org/monitor/julaug03/newhope.aspx](http://www.apa.org/monitor/julaug03/newhope.aspx)

estaría frente a un problema médico, psicológico o incluso sociológico, que en lugar de ameritar la intervención posterior del Derecho penal, haría necesario que el Estado interviniera en el control de las causas. En otras palabras: los esfuerzos del Estado deberían estar enfocados a brindar una adecuada educación sexual, mejorar las condiciones de vida de las familias de bajos recursos para evitar su convivencia en promiscuidad, ofrecer tratamientos psiquiátricos o psicológicos a quienes presenten desórdenes relacionados con temas sexuales, etcétera. Esos son ejemplos de cómo se puede combatir el surgimiento de los delitos, en lugar de esperar a que ellos se cometan para reaccionar de una forma tan simple, económica y poco eficiente, como es el encarcelamiento de por vida a sus autores.

Adicionalmente, si en gracia de discusión se aceptara que desde el punto de vista médico o psicológico hay personas cuya falta de control sobre sus impulsos sexuales las lleva a cometer esta clase de delitos, cabría preguntar si ¿debería aplicarse la cadena perpetua a quien presente un cuadro médico psicológico de esa naturaleza, aun cuando no haya cometido todavía un delito? Si lo que se pretende es evitar que los potenciales agresores sexuales de los niños actúen, la respuesta debería ser afirmativa y, sin lugar a dudas, constituiría una indebida y peligrosa intervención del Derecho penal en el ámbito interno de los ciudadanos. Es más, se les sancionaría por lo que son (personas peligrosas) y no por sus actuaciones, con lo cual se abandonaría un *Derecho penal de acto* (reconocido incluso por el artículo 29 de la Constitución Política) y se retornaría a un *Derecho penal de autor* que, desde hace muchos años, es repudiado en el ámbito científico internacional.

Desde luego, no se puede negar que la propuesta de aplicar la cadena perpetua abriría esa posibilidad al argumentar que esos sujetos aún no han

delincuente, porque lo buscado por el Proyecto de cadena perpetua es prevenir futuras agresiones sexuales del condenado, es decir, se persigue no tanto sancionarles como reacción por el delito ya cometido (Derecho penal de acto), sino como forma de evitar que en el futuro reiteren su conducta (Derecho penal de autor). Si la iniciativa en cuestión se llega a aprobar, cabría preguntar, entonces, ¿cómo evitar que se encierre en prisión de por vida a quien presente un cuadro clínico que demuestre su inclinación a cometer esta clase de delitos?

**B. Segundo argumento: Los autores de estos delitos no pueden ser rehabilitados médicamente, porque son incapaces de comportarse en forma correcta.** COMENTARIO: Uno de los pilares básicos de la responsabilidad penal en un Estado de Derecho Social y Democrático, es que quien comete un delito tenga la capacidad de conocer y comprender la antijuridicidad de su propio comportamiento. Ese requisito es la esencia de la culpabilidad, que es —a su vez— un elemento del delito del que no puede prescindirse, pues las mismas normas penales establecen que no puede haber responsabilidad sin culpabilidad (Cfr. Artículos 9 y 12 del Código Penal). En términos prácticos, eso significa que si quien viola la ley penal no está en capacidad de conocer y comprender la antijuridicidad de su comportamiento, o de autorregularse de acuerdo con esa comprensión, por padecer de un trastorno mental (inmadurez psicológica, diversidad sociocultural o estado asimilado), se le considera inimputable y no puede ser condenado a pena de prisión, a condición de que se configuren los demás presupuestos contenidos en el Artículo 33 del Código Penal; lo que la ley penal prevé para esa clase de personas, es una medida de seguridad consistente en tratamientos médicos especializados que le permitan al individuo corregir sus deficiencias mentales. Si se aprobara la cadena perpetua para violadores, se debe ser consciente de que si fuera cierto que

los autores de estos delitos no pueden controlar sus impulsos sexuales, se podría afirmar que muchos de ellos jamás irán a prisión porque van a ser declarados inimputables por un juez penal y remitidos a centros de tratamiento médico especializados.

Esta respuesta punitiva (medida de seguridad) no quedaría cobijada por la reforma constitucional y resulta incompatible con la cadena perpetua, porque la Corte Constitucional —al retomar la normativa prevista en la Carta Magna— ha dicho que ellas no pueden ser de duración indefinida ni a perpetuidad. Además, esencialmente es incompatible porque al obtenerse la curación del inimputable, se le debe poner en libertad.

**C. Tercer argumento: La cadena perpetua es el castigo que merece todo autor de esta clase de delitos.** COMENTARIO: Debe tenerse en cuenta que el Código Penal establece para cada delito una pena mínima y otra máxima, de tal forma que los jueces tienen una relativa libertad para decidir en cada caso concreto qué sanción se debe imponer al condenado, siempre que no se excedan esos límites legales (cfr. arts. 59, 60 y 61 y concordantes del Código Penal). Si con el Proyecto de imponer cadena perpetua se mantiene este criterio de límites legales mínimos y máximos, es decir, si la norma diría que el autor de estos crímenes puede ser sancionado hasta con cadena perpetua (debiéndose fijar, en consecuencia, un límite legal mínimo en determinados años de prisión) la opinión pública debe saber que no es cierto que todo autor de estos delitos recibirá como pena la prisión perpetua, sino que el juez deberá evaluar en cada caso concreto la posibilidad de imponerla.

En otras palabras: puede haber casos en los que los autores de estos delitos no vayan a prisión de por vida. Aún más, de acuerdo con la forma como

actualmente se dosifica la pena en Colombia, la sanción máxima solo puede imponerse a aquella persona en cuya conducta sólo aparezcan causales de agravación punitiva, de tal forma que si el autor no tiene antecedentes penales (por citar solo un ejemplo de causal de atenuación punitiva) el Juez no le puede imponer la pena máxima prevista en la ley. Y, si ello es así, ¿cómo hacer compatibles esas sanciones temporales con el punto de partida del Proyecto, conforme al cual esas personas son irrecuperables y siempre serán potenciales delincuentes?

Por supuesto, la otra opción es cambiar la estructura general del Código Penal en este tema, para prever en la ley como sanción única para estos delitos la cadena perpetua; de esa forma, se podría eliminar toda discrecionalidad judicial en la aplicación de la pena, para asumir que todos estos delitos son idénticos, en especial en cuanto a la condición mental de quienes los cometen. Esta solución no solo es contraria a la realidad, porque no se puede presumir que todos estos crímenes tengan las mismas causas y motivaciones, sino que supone alterar toda la estructura que en materia de determinación de la sanción penal dispone el Código Penal.

**D. Cuarto argumento: La cadena perpetua impide que el condenado regrese a la vida social.** COMENTARIO: Lo que muestra el derecho comparado, es que las condenas a cadena perpetua suelen ser revisadas después de períodos que oscilan entre los diez (10) y los quince (15) años de prisión. Transcurrido este tiempo se evalúa al reo y, si se considera que está rehabilitado y es apto para vivir en sociedad, se le deja en libertad. Esto indica que en los países donde se impone la cadena perpetua, ésta no suele ser tal porque se parte del supuesto contrario al que alienta este Proyecto de ley: los autores de esta clase de conductas criminales pueden ser social y mentalmente recuperables. Así las cosas, la finalidad de

impedir que el condenado regrese a la vida social es incompatible con la función resocializadora que, de acuerdo con los tratados internacionales, la Constitución Política y la ley penal, ha de tener la pena privativa de la libertad.

Por lo demás, este argumento de justificación de la medida ratifica la inconstitucionalidad de la sanción propuesta, en la medida en la que se perseguiría con la cadena perpetua excluir de la sociedad, de por vida, a quien cometa cualquiera de los delitos enunciados en la iniciativa, con lo cual se le niega su condición de persona, capaz de vivir en comunidad, con obligaciones respecto a la convivencia mediante el respeto de los derechos de los demás, y en condiciones que le garanticen opciones de recibir un trato digno de parte de los demás miembros de la sociedad.

**E. Quinto argumento: Los condenados a cadena perpetua no tendrían derecho a beneficios jurídicos.** COMENTARIO: Esa prohibición ya existe desde 2006 para crímenes cometidos contra menores —y su conveniencia o no puede ser materia de otro debate—, así que en este aspecto el Proyecto no aporta nada nuevo.

En todo caso, el acudir a fórmulas tan simplistas como la prohibición de beneficios en los casos señalados en el Proyecto de reforma constitucional, es contrario a uno de los principios básicos de Política criminal democrática que impone la utilización del derecho penal como última ratio y, por consiguiente, que antes que la penalización, el incremento de las sanciones y el más exacerbado punitivismo, se debe acudir a medidas más racionales en el control del delito, con respeto de los derechos fundamentales de los imputados y que brinden seguridad a los ciudadanos no solo frente a una violación concreta de sus derechos, sino que aseguren

dicha protección de forma permanente, frente a otras posibles violaciones. La prohibición de beneficios jurídicos conduciría, por el contrario, a que los autores de estos delitos no solamente extremaran las medidas para evitar ser descubiertos (por ejemplo, mediante el homicidio de sus víctimas), sino que, además generaría obstáculos para adelantar muchas investigaciones sin la colaboración del autor de los hechos punibles y con la, a veces, escasa capacidad de investigación de la Fiscalía.

**F. Sexto argumento: Con la aplicación de la cadena perpetua se garantiza que los autores de esos delitos no reincidan.** COMENTARIO:

Este planteo pone en evidencia que el fin de la pena sería el de la prevención especial negativa, que consiste en lograr que el autor de un delito en concreto no vuelva a cometer crímenes y sea neutralizado; algo intolerable desde la perspectiva constitucional (cfr. Artículo 12 de la Carta Magna). Desde el punto de vista de la finalidad de la pena, este Proyecto significa, entonces, que el Estado deja de considerar a la resocialización (prevención especial positiva) como el fin principal de la pena, que es un aspecto en el cual han hecho especial énfasis la Corte Constitucional e incluso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando se ocupan de ese tema de cara al ordenamiento vigente<sup>9</sup>.

Tendría, entonces, que explicarse por qué el Estado cambia su criterio sobre el fin de la pena, o por qué el fin de la pena varía cuando se está en frente de una determinada modalidad de delito, algo inadmisibles desde una perspectiva académica y desde el ángulo de los principios que presiden el Estado de Derecho social y Democrático plasmado en la Carta Fundamental.

---

<sup>9</sup> Muy escalarecedoras son las siguientes sentencias expedidas por la Corte Constitucional: C-565 de 1993, C-261 de 1996, C-430 de 1996, C-656 de 1996, C-144 de 1997, T-702 de 2001 y C-806 de 2002; y la providencia radicada con el N° 15680 de 18 de septiembre 2001, emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

**G. Séptimo argumento: Se puede variar la Política criminal del Estado a través de referendo.** COMENTARIO: Al modo de ver de la **COMISIÓN ASESORA** el asunto, de suyo muy complejo, no es así —y como ya se dijo— ameritaría una discusión más profunda. Sin embargo, es bueno pensar en algunas hipótesis que podrían generar graves inconvenientes de cara a la concepción —avalada por la propuesta en discusión— según la cual la Política criminal del Estado se debe trazar a través de referendos: piénsese, por ejemplo, si sería conveniente decidir por esa vía si el porte de la dosis personal de drogas ilícitas debe o no ser penalizada; o si, de nuevo con base en ese instrumento, el tráfico de drogas prohibidas debe o no ser una conducta reprimida por el Derecho penal, o se debe dejar librada al resorte del Derecho administrativo. O, para poner otros ejemplos: si la omisión de agente retenedor (el cobrar el IVA y no transferirlo al Estado) debe ser considerada o no como una conducta delictiva, a cuyo efecto se debería preguntar a los ciudadanos sobre esta materia mediante un referendo; en fin, si la compra de videos, libros o discos piratas debe ser considerada una actuación punible, etcétera. Los ejemplos, desde luego, se podrían multiplicar.

Es que, debe tenerse en cuenta, aún la voluntad del constituyente primario está controlada por mínimos de legitimidad derivados de los principios del Estado democrático. Por ello, aun cuando sea voluntad del constituyente primario, no se puede —por ejemplo— admitir la adopción de leyes de discriminación racial, de restablecimiento de la pena de muerte, de violencia contra la mujer, etc.

**H. Octavo argumento: La cadena perpetua eliminará esta clase de delitos o, por lo menos, los reduciría de manera apreciable.**

COMENTARIO: Si la tesis fuera cierta, sería un desperdicio limitar este gran descubrimiento político-criminal a una determinada categoría de delitos. Si fuese verdad que con la amenaza de la cadena perpetua se logra intimidar a la sociedad —¡algo que ninguna investigación empírica ha podido demostrar!—, en forma tal que desaparezcan o se reduzcan notablemente los delitos contra los menores de edad (como se asume en el Proyecto de referendo), entonces lo que el Estado debería hacer es consagrar como única pena para todos los delitos la cadena perpetua, para —de esa forma— acabar con el delito en Colombia o, cuando menos, reducirlo de manera considerable.

**I. Noveno argumento: Los derechos de los niños prevalecen sobre cualquier otro.**

COMENTARIO: Eso no releva al Estado de su tarea encaminada a hacer compatible ese postulado con los principios propios de una Política criminal democrática y con los fines de la pena. La prevalencia de los derechos de los niños no exige que ante las conductas cometidas contra ellos se tenga que reaccionar, de forma necesaria, a través del Derecho penal y con la sanción más drástica posible. Si el régimen penal establece la proporcionalidad de la pena en relación con el grado de culpabilidad o con la gravedad del hecho, estos límites no pueden ser alterados con base en tan escueto argumento.

**J. Décimo argumento: La primacía de los derechos de los niños justifica que esos delitos sean los más severamente castigados.**

COMENTARIO: En teoría, el Estado debe fijar las penas aplicables de forma abstracta para los diversos delitos, a cuyo efecto debe hacer una clasificación de los mismos fundada en la mayor o menor amenaza o afectación de los bienes jurídicos protegidos que ameritan una especial protección desde el punto de vista penal y, a partir de allí, decidir cuál o

cuáles conductas merecen un mayor o menor reproche. Con la norma propuesta queda claro que para el Estado esos atentados punibles merecen un mayor interés que otros como el genocidio, la apología del genocidio, el homicidio sobre persona protegida, la toma de rehenes, etcétera, pues todas estas conductas serían sancionadas de forma más benigna. Expresado de manera más simple: con este tipo de medidas, como ya demostró, se vulnera el principio de proporcionalidad que indica, justo es decirlo, que la intervención del derecho penal debe ser proporcional a la gravedad de las conductas que se busca sancionar.

**K. Decimoprimer argumento. Con la aplicación de la cadena perpetua se evita que personas como Garavito queden en libertad.** COMENTARIO:

Como en buena parte, esta iniciativa de referendo surge a partir del llamado “caso Garavito”, conviene tener en cuenta que muchos de los delitos cometidos por este sujeto en contra de menores de edad pudieron conocerse porque fueron confesados por su autor; pero, a su vez, no debe olvidarse que colaboraciones como las que esta persona prestó a la autoridad a través del reconocimiento de la comisión de crímenes que difícilmente hubieran podido ser esclarecidos, fue posible gracias a políticas de rebajas punitivas, que desaparecerían por completo con la imposición de la cadena perpetua. Expresado de manera diversa: si una persona como Garavito fuera condenada a pasar el resto de su vida en prisión por la violación de un menor de edad, no tendría ningún aliciente para confesar otros delitos que hubiera cometido (como ocurrió en el caso ya citado), porque no ganaría nada con ello. De todos modos, conviene aclarar que frente al caso específico de Luis Fernando Garativo, el eventual establecimiento de la cadena perpetua no tendría frente a él ninguna incidencia, pues no podría aplicársele por los crímenes que cometió dado que sería una pena retroactiva, totalmente incompatible con los principios de legalidad y no

retroactividad de las penas, que son elementos fundantes irrenunciables del Estado de derecho.

## **VI. LOS RIESGOS DEL POPULISMO PUNITIVO Y DE LA CADENA PERPETUA**

**A.** Las anteriores consideraciones muestran que la iniciativa de cadena perpetua en estos casos es inconstitucional y carece de sustento en términos de una Política criminal democrática. Pero, además, incluso la versión atenuada (que no puede ser aprobada por el vicio de procedimiento que implica) también es muy problemática.

En efecto, a juicio de la **COMISIÓN ASESORA**, la fórmula de la cadena perpetua para violadores y para otros graves maltratadores de niños, aun en una versión atenuada en cuya virtud apenas es un límite máximo en ciertos casos, es contraria a la Constitución colombiana porque destruye el concepto de libertad que fundamenta los principios de culpabilidad y de resocialización, pero también el Derecho penal de acto, ejes del derecho penal liberal, y, con ellos, de contera, el núcleo del derecho-libertad de locomoción y del derecho a la resocialización, como parte que es del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, la cadena perpetua es una pena inhumana que desdeña toda la tradición ilustrada<sup>10</sup> en torno a la

---

<sup>10</sup> Bien recuerda Ferrajoli: “Argumento decisivo contra la inhumanidad de las penas es por el contrario el principio moral del respeto a la persona humana, enunciado por Beccaria y por Kant con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un «medio» o «cosa», sino siempre como «fin» o «persona». No es sólo, y sobre todo, no es tanto por razones económicas, sino por razones morales ligadas a aquel principio, cualesquiera que sean las ventajas o desventajas que de él puedan derivar, por lo que la pena no debe ser cruel e inhumana; y los principios son tales precisamente porque no se pliegan a lo que en cada caso convenga. Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre el que se funda, irreductiblemente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua y de las penas privativas de libertad excesivamente largas. Debo añadir que este argumento tiene un carácter político, además de moral: sirve para fundar la legitimidad del estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que

cual se edifica la Constitución de 1991, por lo cual no tiene cabida en el ordenamiento punitivo.

La idea de un violador incorregible, que no tiene ningún control sobre sus voraces apetitos y a quien no se castiga por lo que hizo sino por lo que es, es un contrasentido en el universo del constitucionalismo y del Derecho penal liberales. No importa que con una redacción atenuada la cadena perpetua pueda dejar de ser la pena unánime imputable de manera homogénea a todos los violadores que se les prometió a los firmantes de la convocatoria, y se haya convertido en un límite máximo. Basta que una sola persona en quien, a juicio del juez, coincidan todas las circunstancias agravantes, llegue a ser condenada y a recibir como pena la cadena perpetua, para que se destruya en ella la idea toda de una individualidad libre y responsable.

El hecho de que frente a crímenes como la tortura y la violación exista una fuerte tendencia a pasar del juicio sobre el acto criminal al juicio sobre el carácter de quien lo comete, es indicativo de que se está frente a dinámicas sociales alimentadas por el miedo y por el odio. Al fin y al cabo, como enseña ARISTÓTELES, se siente rabia por lo que alguien nos hace, pero se siente odio por lo que se cree que es el carácter incorruptiblemente perverso del otro. Al violador se le odia y se le quiere decir eso, de forma simbólica, a través de la cadena perpetua. Pero un odio generalizado, por más explicable que sea, no constituye una razón.

**B.** Por último, este tipo de iniciativas parece responder a una fuga al punitivismo, según el cual la solución a los problemas de impunidad o de

---

contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes” (*Derecho y Razón*, pp. 395-396).

incremento de ciertos crímenes, debe ser el incremento drástico de las penas. Estas medidas suelen ser bastante populares a nivel de la opinión pública y dan buenos réditos políticos a quienes las defienden, pero no sólo tienen una eficacia limitada y discutible para prevenir los crímenes, sino que pueden agravar muchos de los problemas del sistema penal, como el hacinamiento carcelario.

Diversos estudios muestran que para enfrentar la criminalidad, en la mayor parte de los casos, es preferible y más humano esforzarse por incrementar la eficacia del sistema penal o recurrir a medidas preventivas, en vez de incrementar las penas. Un ejemplo, es el reciente trabajo de 2010 de DANIEL NAGIN y STEVEN DURLAUF, dos de los académicos líderes mundiales en la reflexión sobre los eventuales efectos disuasivos del encarcelamiento<sup>11</sup>, quienes —luego de examinar las principales investigaciones existentes sobre el tema— concluyen que hay muy poca evidencia de que un incremento de la severidad del castigo tenga efectos disuasivos significativos, mientras que sí existe evidencia sustantiva de que incrementos en la certeza del castigo tienen esas consecuencias. La conclusión es clara: Es mejor, entonces, perfeccionar la investigación de esos crímenes contra los niños, niñas y adolescentes, para reducir su impunidad, en vez de plantear la cadena perpetua. Por eso, la alternativa del incremento desordenado de las penas, como el que resulta de esta iniciativa, puede ser popular pero no representa una mejor protección a los menores.

---

<sup>11</sup> Ver, Steven Durlauf y Daniel Nagin. *The deterrent effects of imprisonment*. 2010. Accedido en mayo 2011 en [www.nber.org/chapters/c12078.pdf](http://www.nber.org/chapters/c12078.pdf)

En síntesis: la iniciativa debatida no es, entonces, la expresión de una buena Política criminal acorde con los postulados propios de la democracia, sino una forma de populismo o de demagogia punitiva.

**IVÁN GONZÁLEZ AMADO**

Presidente.

**YESID REYES ALVARADO**

Vicepresidente.

**RODRIGO UPRIMNY YEPES**

Miembro.

**IVÁN OROZCO ABAD**

Miembro.

**CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA**

Miembro.

**FARID BENAVIDES VANEGAS**

Miembro.

**CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA**

Miembro.

**JULISSA MANTILLA FALCÓN**

Miembro.

**FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ**

Miembro.

Bogotá, 20 de julio de 2011.

