

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley No. 092 de 2015 Senado, “por medio del cual se previene, controla y sanciona adecuadamente el delito de contrabando, protegiendo el comercio justo e incentivando la formalización al pequeño y mediano comerciante (prevención del contrabando)”

Proyecto de Ley No. 092 de 2015 Senado	
Autores	Senadores Iván Duque Márquez, Álvaro Uribe Vélez, Paloma Valencia Laserna, Alfredo Ramos Maya, Fernando Nicolás Araujo, María del Rosario Guerra de Laespriella, Honorio Henríquez Pinedo
Fecha de Radicación	9 de septiembre de 2015
Estado Actual	Pendiente ponencia primer debate en Senado
Referencia	Concepto Número 16.04

1

1. Objeto y contenido del Proyecto de Ley

De acuerdo con la exposición de motivos, la iniciativa tiene por objeto modernizar el sistema penal para que cuente con elementos claros y suficientes de cara a adelantar la persecución penal de manera más efectiva, como forma de contribuir a la desestructuración de las manifestaciones más significativas de los delitos de contrabando y los demás relacionados con él. Así mismo, busca proteger al pequeño y mediano comerciante a través de esta propuesta de racionalización de la reacción penal en este sector de conductas punibles que afectan el orden económico y social. Los autores del proyecto señalan:

los objetivos del proyecto de ley son los de identificar definiendo adecuadamente los tipos de comerciantes que existen, su diferenciación en cuanto a las cantidades, bienes y productos que importan, comercializan y distribuyen, y la pertinencia de adecuar los tipos penales a las conductas punibles tomando raseros adecuados de justicia y equidad.

Así, los propósitos en materia penal se pueden sintetizar en dos modalidades. De un lado, la actualización de la estructura de los tipos penales relacionados con el contrabando y el favorecimiento del contrabando -en sus dos modalidades, por servidor público y por particular-; de otra parte, la integración del contrabando como delito base del lavado de activos.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

2. Observaciones político-criminales al Proyecto de Ley No. 092 de 2015 Senado, “por medio del cual se previene, controla y sanciona adecuadamente el delito de contrabando, protegiendo el comercio justo e incentivando la formalización al pequeño y mediano comerciante (prevención del contrabando)”

Después del examen y discusión en torno al proyecto de ley, el Consejo Superior de Política Criminal considera que la iniciativa, en relación con la propuesta dirigida a modificar la legislación penal, es inconveniente. La razón principal de ello es que hace pocos meses el Congreso de la República discutió y aprobó una ley ordinaria que tenía por objeto la actualización de la legislación penal en materia de contrabando y conductas penales afines, en el marco de una estrategia de lucha contra el contrabando que combina diversos recursos estatales, entre ellos el recurso a la pena de privación de la libertad.

La Ley 1762 de 6 de julio de 2015, en lo que respecta al derecho penal, reformó aspectos tanto de la parte general, como de la parte especial del estatuto represor colombiano. En cuanto a la parte general, modificó la regulación de la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, una pena privativa de otros derechos, de tal manera que contemplara de manera más clara las actividades objeto de inhabilitación, de acuerdo con una estrategia de control del contrabando que la iniciativa plantea. En relación con la parte especial, al igual que el proyecto de ley bajo examen, la Ley 1762 de 2015 modificó el delito de contrabando, de favorecimiento de contrabando y de lavado de activos¹.

2

Los anteriores son los rasgos que comparte la iniciativa con la Ley 1762 de 2015, que al momento de presentar este concepto lleva nueve meses de vigencia. El proyecto de ley bajo examen, no obstante, tiene características que lo diferencian de la última ley en la materia, principalmente en lo que tiene que ver con el énfasis en la protección del pequeño y mediano comerciante y la concentración de la reacción estatal a través del instrumento represor en las manifestaciones más complejas y nocivas, que se traduce en la modificación de las cuantías de los delitos de contrabando y de favorecimientos, que hace que solo sean relevantes para el derecho penal las acciones típicas que involucran cantidades iguales o superiores a los cien salarios mínimos².

¹ La Ley 1762 de 2015, además de los mencionados, reformó los delitos de contrabando de hidrocarburos y sus derivados, defraudación a las rentas de aduana (art. 321), favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados (art. 322-1), concierto para delinquir (art. 340) y receptación (art. 447).

² En la actualidad, la protección penal tiene como relevante las acciones típicas que involucran cuantías iguales o superiores a cincuenta salarios mínimos. Esto se puede ver en las conductas punibles establecidas en el capítulo IV del título X del código penal vigente, artículos 319 y siguientes.

La reforma recientemente aprobada por el Congreso de la República no ha sido evaluada para determinar si las medidas adoptadas en la Ley 1762 han funcionado eficientemente como instrumento para combatir el contrabando y los delitos relacionados. Tampoco contamos con cifras o análisis cualitativo que permitan establecer si con la actual determinación de las cuantías se está afectando desproporcionadamente o se están imponiendo cargas exorbitantes a grupos de personas que el Estado quiere dejar por fuera de los ámbitos de la represión penal.

Las medidas no penales que se contemplan en el proyecto, parecen estar orientadas a concertar con quienes se denominan “pequeños y medianos comerciantes”, una política de “formalización” de este grupo de comerciantes,

Al ser un error criminalizar al pequeño y mediano comerciante, es necesario visibilizarlo, protegerlo y formalizarlo, lo que no solo permite un adecuado registro y control de sus actividades, sino que además redundará en beneficios como el registro mercantil, la formalización y tributación, la generación de empleo, el control y verificación de sus mercancías, entre otros.

No obstante, en la exposición de motivos no se caracteriza la situación que se pretende impactar con la medida, ni se brindan datos o información que permita determinar la conveniencia del proyecto de ley o establecer parámetros que orienten la reglamentación que en el proyecto de ley se defiere al Presidente de la República.

3

En opinión del Consejo Superior de Política Criminal, los rasgos distintivos, que son valiosos y necesarios en una estrategia político-criminal de lucha contra el contrabando y las actividades relacionadas, no justifican una nueva regulación legal distinta a la realizada por el Estado nueve meses atrás, en especial porque la orientación de la acción de los actores de política pública involucrados en el problema pueden integrar, sin necesidad de una nueva reforma legal, algunas perspectivas que se sugieren en el proyecto de ley bajo examen en materia de prevención y control de la criminalidad asociada al fenómeno del contrabando.

Ahora bien, en el siguiente apartado se presentan algunos comentarios en relación con la estrategia de modificación de los tipos penales, aprovechando la ocasión que ofrece el proyecto de ley bajo examen.

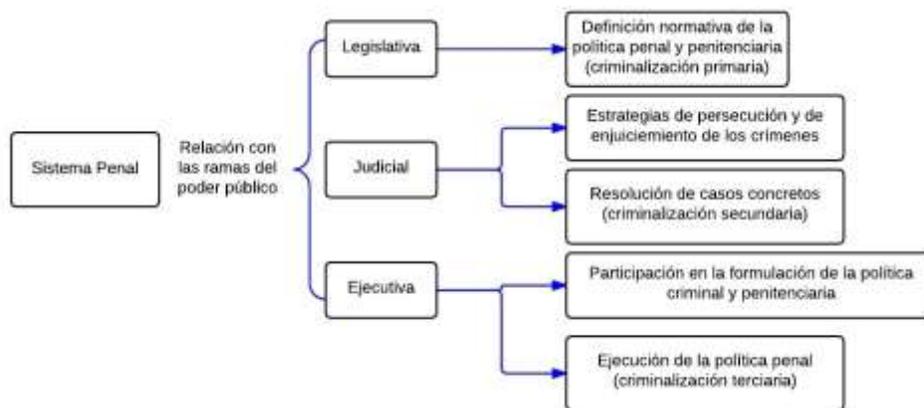
3. Modificaciones a la parte especial del código penal, Ley 599 de 2000

3.1. Asunto preliminar: modificaciones en los rangos de las penas y de las multas de los delitos de contrabando y asociados con el mismo

En esta oportunidad, el Consejo Superior de Política Criminal resalta que, en 15 años de vigencia del código penal, los delitos asociados con el contrabando han sido reformados en cinco ocasiones, sin contar el proyecto de ley bajo examen. En otras palabras, el Estado colombiano, por múltiples razones, ha considerado necesario modificar los criterios de la criminalización primaria respecto de estas conductas. En relación con ello, es conveniente señalar la necesaria interrelación que se debe presentar en las tres fases de criminalización presentes en la política criminal.

Desde esa comprensión, no es posible entender la definición legal, la investigación y enjuiciamiento y la ejecución de las sanciones penales como esferas separadas (figura 1), con lo cual las reformas legislativas deben tener en cuenta no solo cómo contribuyen con la investigación penal, sino también su efectividad para enfrentar los problemas definidos como delitos, así como el eventual impacto que tienen sobre la población privada de la libertad.

Figura 1. Relación entre las ramas del poder público en el marco del sistema penal



Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho³

En caso de la reforma penal bajo examen, es importante resaltar que la modificación punitiva no tiende al endurecimiento de las sanciones, sino a la modificación de los elementos del tipo penal que, según la exposición de motivos, corresponde con la actualización o modernización de la estrategia estatal conforme a los retos actuales de los fenómenos criminales asociados, así como brindar una mayor protección a los pequeños y medianos comerciantes.

³ Ministerio de Justicia y del Derecho. *Lineamientos para el fortalecimiento de la política penitenciaria en Colombia*. 2014, página 18. Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/sala%20de%20prensa/documentos/Lineamientos%20sistema%20penitenciario%20Consulta%20WEB.pdf>

Sin embargo, como se puede advertir en las tablas 1 y 2, es importante anotar que estas conductas punibles en un lapso de quince años han presentado modificaciones que no solo amplían el ámbito de movilidad para la determinación judicial de la pena de prisión, sino también se ha ampliado el espectro de la tipicidad al incorporar nuevas hipótesis castigadas. Al comparar la Ley 599 de 2000, las leyes que la han modificado y el proyecto de ley bajo examen se tiene un panorama de variaciones en los marcos punitivos y en las hipótesis castigadas que, por lo menos, es un indicio de una política criminal en torno al contrabando que se puede catalogar como inestable.

Tabla 1. Evolución de los marcos punitivos para los delitos de contrabando y relacionados

PENAS DE PRISIÓN	Proyecto de Código		Ley 599 de 2000		Ley 788 de 2002		Ley 890 de 2004		Ley 1762 de 2015		Propuesta	
	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx
Contrabando 1	3	6	3	5	3	5	4	7,5	4	8	3	5
Contrabando 2	0	0	5	8	5	8	6,6	12	4	8	4	11.75
Contrabando 3	0	0	4,5	8,7	4,5	8,7	6	13,1	9	12	0	0
Contrabando 4	0	0	7,5	14	7,5	14	9,9	21	9	12	0	0
Contrabando de hidrocarburos 1	0	0	0	0	3	5	4	7,5	4	8	0	0
Contrabando de hidrocarburos 2	0	0	0	0	5	8	6,6	12	3	5	0	0
Contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	10	14	0	0
Contrabando de hidrocarburos 4	0	0	0	0	0	0	0	0	12	16	0	0
Favorecimiento de contrabando 1	1	3	1	3	1	5	1,3	7,5	3	6	3	5
Favorecimiento de contrabando 2	0	0	0	0	0	0	0	0	6	10	0	0
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 1	0	0	0	0	3	6	4	9	4	8	0	0
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 2	0	0	0	0	0	0	0	0	10	14	0	0
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	12	16	0	0
Defraudación a las rentas de aduana// Fraude aduanero	0	0	5	8	5	8	6	12	8	12	0	0
Favorecimiento por servidor público 1	0	0	0	0	0	0	0	0	4	8	5	10
Favorecimiento por servidor público 2	0	0	5	8	5	8	6,6	12	0	0	8	10
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 1	0	0	0	0	0	0	0	0	5	9	0	0
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 2	0	0	0	0	0	0	0	0	10	14	0	0
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	12	16	0	0

0= no existe pena de prisión o la propuesta no contiene una regulación; 0= la única pena principal es multa

Fuente: elaboración propia

Tabla 2. Evolución de los marcos punitivos para el delito de lavado de activos

PENAS DE PRISIÓN	Proyecto de Código		Ley 599 de 2000		Ley 742 de 2002		Ley 890 de 2004		Ley 1121 de 2006		Ley 1453 de 2011		Ley 1762 de 2015		Propuesta	
	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx
Lavado de activos 1	6	15	6	15	6	15	8	22,5	8	22	10	30	10	30	10	30
Lavado de activos 2	8	22,5	8	22,5	8	23	10,6	33,8	11	33	13,3	45	13,3	45	10	45

Fuente: elaboración propia

Ahora, la información anterior es importante contrastarla con los datos de la criminalización secundaria y terciaria. De acuerdo con la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, en el periodo comprendido entre 2010 y 2015 se han presentado 28433 casos relacionados con los delitos objeto de reforma (tabla 3); y, de acuerdo con la información suministrada por el INPEC, en el 2015 se registraba 89 ciudadanos sindicados con detención preventiva en establecimientos carcelarios y 101 ciudadanos condenados recluidos en establecimientos penitenciarios del orden nacional por los delitos de contrabando, favorecimiento del contrabando, contrabando de hidrocarburos y lavado de activos (tabla 4).

6

Tabla 3. Casos de contrabando y delitos asociados al mismo

MODALIDAD DELICTIVA	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
Receptación, 447	1192	1932	2425	2882	3853	1059	13343
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos, 320-1	1597	1140	1211	1114	1051	320	6433
Receptación de autopartes, 447	693	822	806	663	677	207	3868
Favorecimiento de contrabando, 320	469	435	460	323	241	46	1974
Contrabando, 319	292	329	213	278	272	61	1445
Contrabando de hidrocarburos, 319-1	243	95	109	86	47	18	598
Lavado de activos, 323	79	72	65	89	69	31	405
Lavado de activos en cuantía superior a 100 salarios, 323	90	37	32	47	15	1	222
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos por servidor público, 322-1	14	11	10	8	28	8	79
Favorecimiento por servicios público, 322	3	3	9	16	3	1	35
Defraudación a las rentas de la aduana, 321	4	2	1	5	2	0	14
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos, 322-1, inc. 1	0	3	6	3	1	0	13
Comercialización de autopartes hurtadas, 447-A	0	0	2	2	0	0	4
Total general	4676	4881	5349	5516	6259	1752	28433

Fuente: elaboración propia con datos del sistema de información SPOA

Tabla 3. Población penitenciaria y carcelaria relacionada con contrabando y delitos asociados al mismo

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

MODALIDADES DELICTIVAS	Hombres		Mujeres		Total
	Sindicados	Condenados	Sindicadas	Condenadas	
Contrabando	4	2	0	0	6
Favorecimiento del contrabando	2	1	0	0	3
Contrabando de hidrocarburos	0	1	0	0	1
Favorecimiento del contrabando de hidrocarburos	10	13	0	0	23
Lavado de activos*	48	60	25	24	157
GRAN TOTAL	64	77	25	24	190

Fuente: elaboración propia con datos del SISPEEC

Si bien de la información anterior no se deducen argumentos concluyentes sobre la operatividad del sistema penal, sí es posible afirmar que existe una brecha importante entre los casos que entran en investigación y los que tienen como resultado condenas que deben ser ejecutadas en el sistema penitenciario.

Esto, por lo menos, llama la atención y cuestiona por qué las reformas relacionadas con la persecución de fenómenos criminales deberían concentrarse en modificación de las conductas punibles vigentes, dado que ni mejoran las posibilidades de imputación correctas, ni garantizan la investigación judicial.

7

Antes bien, es preciso analizar si resulta necesario mejorar la operatividad de las agencias que integran y apoyan la investigación y juzgamiento, de un lado, y si los elementos de los tipos penales, que sirven de base para las imputaciones y acusaciones, son lo suficientemente claros y ajustados para adelantar de manera afortunada la administración de justicia, antes de reformar los marcos punitivos.

Como último comentario, el Consejo Superior de Política Criminal llama la atención sobre la evolución de las modificaciones a la pena principal de multa. Como se puede notar en la tabla 4, el legislador ha sido bastante inconstante en la fijación de los parámetros y en los mecanismos de determinación de la multa en los delitos de contrabando y asociados al mismo. Se ha propuesto calcular porcentajes teniendo en cuenta términos internacionales de comercio, como es el caso del valor CIF (*cost, insurance and freight* [costo, seguro y flete]) y del valor FOB (*free on board* [libre a bordo]), teniendo en cuenta el valor aduanero, fijando porcentajes a partir del avalúo de los bienes, y, con la propuesta bajo examen, se propone fijar los valores de la multa en salarios mínimos y en valores comerciales.

Tabla 3. Evolución de los marcos de sanción de multa para los delitos de contrabando y relacionados

PENAS DE MULTA	PROYECTO DE CÓDIGO		LEY 599 DE 2000		LEY 788 DE 2002		LEY 890 DE 2004		LEY 1762 DE 2015		PROPUESTA	
	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX
Contrabando 1	1	50000	300	1500	300	1500	400	2250	200%	300%	150% del valor	

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

			sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados.	sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados	del avalúo de los bienes introducidos o extraídos de manera ilegal		comercial de los bienes importados o exportados.		
Contrabando 2	0	0	1500	50000	1500	50000	2000	50000	200%	300%
			sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados.	sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados	del avalúo de los bienes introducidos o extraídos de manera ilegal				
Contrabando 3	0	0	400	2250	400	2250	533,3	3375	266,66%	415%
			sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados.	sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados	del avalúo de los bienes introducidos o extraídos de manera ilegal				
Contrabando 4	0	0	2000	50000	2000	50000	2666,6	50000	266,66%	415%
			sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados.	sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados	del avalúo de los bienes introducidos o extraídos de manera ilegal				
Contrabando de hidrocarburos 1	0	0	0	0	300	1500	400	2250	300	1500
					sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los hidrocarburos			
Contrabando de hidrocarburos 2	0	0	0	0	1500	50000	2000	5000	150	750
					sin que en ningún caso sea inferior al 200% del	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del				

					valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados		aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados					
Contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	1500	5000	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los hidrocarburos	
Contrabando de hidrocarburos 4	0	0	0	0	0	0	0	0	1500	5000	sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los hidrocarburos	
Favorecimiento de contrabando 1	100	1000	200	50000	200	50000	266,66	50000	200%	300%	100	1000
			sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados		Del valor aduanero de la mercancía		salarios	
Favorecimiento de contrabando 2	0	0	0	0	0	0	0	0	200%	300%	Del valor aduanero de la mercancía	
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 1	0	0	0	0	300	1500	400	2250	300	1500	Del valor aduanero de la mercancía	
			sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados		Del valor aduanero de la mercancía		N/A	
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 2	0	0	0	0	0	0	0	0	300	1500	Del valor aduanero de la mercancía	
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	300	1500	Del valor aduanero de la mercancía	

Defraudación a las rentas de aduana/// Fraude aduanero	10 veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros		20 veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros.						1000	50000		
Favorecimiento por servidor público 1	0	0	300	1500	300	1500	400	2250	1000	50000	500	1500
			sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados.		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados,		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados.		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero deL objeto de conducta		Salarios	
Favorecimiento por servidor público 2	0	0	1500	5000	1500	50000	2000	50000	0	0	1500	50000
			sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados.		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados,		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados,		0		Salarios	
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 1	0	0	300	1500	300	1500	400	2250	1000	50000		
			sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados.		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados,		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados.		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero deL objeto de conducta			
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 2	0	0	1500	5000	1500	50000	2000	50000	1000	50000		
			sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados.		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados,		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados,		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero deL objeto de conducta		N/A	
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	1000	50000		
			0		0		0		sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero deL objeto de conducta			

Fuente: elaboración propia

4. Sobre la necesidad de cualificar los procedimientos de creación de las leyes penales

El Consejo Superior de Política Criminal considera que esta es una oportunidad adecuada para volver a llamar la atención sobre un debate de la mayor actualidad para la política criminal y el derecho penal colombiano. Se trata de la cuestión de la cualificación de los procedimientos democráticos que involucran propuestas legislativas sobre el derecho penal, en aras de procurar mayor coherencia a un sistema penal que modifica sus contenidos de manera constante.

En su oportunidad, la Comisión Asesora resaltó algunas debilidades en el diseño institucional de la política criminal que comprometen su estabilidad y coherencia. A propósito de la reconocida sentencia C-646 de 2001 en que la Corte Constitucional examinó una acción pública de inconstitucional que demandó íntegramente las Leyes 599 y 600 de 2000, la Comisión sostuvo:

[L]a Corte, con unos argumentos muy discutibles, ha entendido que las leyes penales son ordinarias y no tienen por qué ser estatutarias, a pesar de que son normas que restringen muy gravemente un derecho fundamental como la libertad. Sería más deseable una reserva de ley estatutaria en materia penal y procesal penal, pues el control previo de la Corte Constitucional podría limitar la volatilidad e incoherencia de la política criminal. Además, las leyes estatutarias requieren mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras, con lo cual se podría lograr una legislación penal más estable y con mayor consenso social y político, lo cual podría limitar el carácter reactivo de la legislación penal, que explicamos anteriormente.⁴

11

Recientemente la Corte Constitucional ha examinado la situación del sistema penal en su conjunto y ha integrado a su diagnóstico de la debilidad institucional en materia de política criminal la falta de un procedimiento cualificado que reconozca un carácter estatutario, no ordinario, en las leyes penales. Así lo hizo en la sentencia T-388 de 2013⁵, en la sección 5.8.1. núm. 6, con la debida aclaración de que “actualmente la jurisprudencia constitucional considera que las normas penales no tienen que ser aprobadas por el legislador estatutario”. También, en la sentencia T-762 de 2015⁶, sección 42, retomó la tesis de la Comisión Asesora y resaltó dos factores asociados con la debilidad institucional que hace volátil a la política criminal colombiana:

Para la Comisión Asesora la debilidad institucional en la formulación de la política criminal es uno de los factores que explican su carácter volátil e incoherente. En el

⁴ Comisión Asesora de Política Criminal (2012). Informe final. *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Sección 78, página 41. Disponible en: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. MP. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

informe se explica que si bien, la Constitución consagra un marco normativo y un reparto de competencias para el manejo de la política criminal, que en teoría contribuirían a fortalecer la capacidad institucional en este aspecto, la debilidad institucional está presente en la práctica por diversos factores normativos e institucionales.

En primer lugar, como factor normativo, la Comisión explica que la Constitución prevé reserva legal para la consagración de nuevos tipos penales, lo cual resulta problemático, pues ello genera que, a pesar de que exista un código penal, en él no se encuentren consagrados en forma sistemática todos los delitos y sanciones; de tal modo la normativa penal se encuentra dispersa en varias leyes cuyo origen y control es el de una ley ordinaria. Lo anterior genera proliferación de normas que consagran delitos, y ahonda las incoherencias normativas del sistema sancionatorio penal en Colombia, afectando la seguridad jurídica.

En segundo lugar, como factor institucional, la Comisión manifiesta que en la medida en que la Corte Constitucional ha entendido que las leyes penales son y pueden ser ordinarias, y no estatutarias, a pesar de que comprometen directamente el derecho fundamental a la libertad, la política criminal se torna incoherente. Según la Comisión, lo anterior constituye una falla institucional que promueve la volatilidad y discordancia de la política criminal en tanto permite la expedición de normas que, siendo consideradas a la luz de la contingencia en su más particular acepción, no tienen la vocación de integrar un sistema articulado y coherente de delitos y penas, que muchas veces trastocan.

Así mismo, la Comisión Asesora considera que dar reserva de ley estatutaria a las leyes penales fortalecería institucionalmente a la política criminal desde dos frentes: por un lado, el control previo de la Corte Constitucional podría limitar la incoherencia y la desproporción al interior del sistema penal. Y de otro lado, las exigencias del trámite de una ley estatutaria en el Congreso favorecerían que la legislación penal fuera más estable y se expidiera con un nivel mayor de consenso social y político.

En tercer lugar, como factor institucional, la Comisión una falla en la multiplicidad de entidades que tienen iniciativa legislativa en materia de política criminal, en tanto esto facilita la concurrencia de propuestas de leyes dispares, incoherentes e incluso contradictorias. En este sentido, se reivindica la necesidad de crear una institución que sea articuladora de la política criminal, desde el proceso mismo de su diseño.

Las dos sentencias anteriores se refieren al nuevo estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país. En ese sentido es importante apreciar que, más allá de la reiteración de las afirmaciones que hizo la Comisión Asesora en el 2012, se trata del reconocimiento de que en el diagnóstico de la crisis penal y penitenciaria existen factores de diversa índole, entre los que cabe contar la debilidad institucional asociada a la creación normativa en materia penal.

La legislación penal anticontrabando es un buen ejemplo de ello, ya que en tan solo quince años se han presentado tres reformas efectivas, múltiples proyectos de ley de modificación y un cambio constante en mínimos y máximos de las penas de prisión, así como en los parámetros para la determinación de la pena de multa.

Así, el Consejo Superior de Política Criminal considera, que dado el estado de la legislación penal y especialmente el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario, existen buenas razones para que el Congreso de la República, y los demás actores de la política criminal, discuta la pertinencia de cualificar el procedimiento de deliberación y de adopción de leyes en materia penal.

Conclusión

De acuerdo a todo lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal considera que la iniciativa examinada es inconveniente desde el punto de vista político-criminal. Dada la reciente modificación legal, de menos de un año, lo recomendable es que las próximas reformas y modificaciones que afectan la criminalización primaria se basen una evaluación de los resultados de la política implementada por la reciente Ley 1762 de 2015. Ello, por lo menos, evitaría modificaciones inconstantes en relación con los instrumentos penales utilizados para la prevención y control del contrabando y fenómenos criminales asociados.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

13

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Ricardo Antonio Cita Triana, DPCP/MJD
Revisó: Iván González – Coordinador del Comité Técnico del CSPC
Aprobó: Comité Técnico CSPC

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co