

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

Bogotá D.C., 26 de septiembre de 2007.

Señor Doctor
JUAN CÓRDOBA SUÁREZ
Cámara de Representantes
Congreso de la República de Colombia
Ciudad.

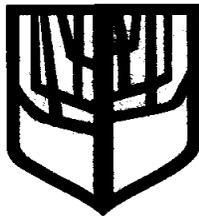
Honorable, Representante:

Cordial y respetuoso saludo. Atendiendo a la amable invitación que Usted nos ha formulado para pronunciarnos sobre el Proyecto de Acto Legislativo No. 23 de 2007 Cámara, acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo No. 38 de 2007 Cámara —“por el cual se modifica el artículo 34 de la Constitución” y mediante el cual se busca la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico la pena de prisión perpetua para “los delitos de acceso carnal violento y homicidio doloso en menores de 14 años”—, nos permitimos plantearle las siguientes consideraciones.

Desde una perspectiva metodológica el balance crítico que del Proyecto se hará se dividirá en tres críticas fundamentales, a saber: la primera, hace referencia a los inconvenientes de tipo dogmático y constitucional que tiene la imposición de la prisión perpetua; la segunda, tiene que ver con la innecesaria reforma constitucional, pues los delitos que se quieren sancionar con dicha pena están suficientemente castigados con la

tel. 3823283-34
Calle 74 No. 14 -14 • PBX: 325 7500 • Fax: 541 6389 • Bogotá D.C.
www.usergioarboleda.edu.co

Paulino Davila
SVP. 27/2007
P. 45/07



legislación vigente; y, la tercera, se considera que existe una imprecisión en los tipos penales a los que se les quiere imponer la prisión perpetua como pena principal, lo que hace que el Proyecto Sea confuso e inconveniente.

Una vez leído el texto con su correspondiente Exposición de motivos, surgen las siguientes reflexiones:

1. La pena de prisión perpetua viola principios del derecho penal y no tiene tradición jurídica en Colombia

La sanción penal ha sido definida como la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado una conducta punible, acorde con los procedimientos legales correspondientes.

Cuando dentro de un juicio aparece demostrado que una persona realizó una conducta típica, antijurídica y culpable, le corresponde al Juez, en nombre del Estado, declararla responsable e imponerle una pena o medida de seguridad teniendo en cuenta su imputabilidad.

La función punitiva constituye, entonces, una de las manifestaciones más importantes de la potestad jurisdiccional y soberana de un Estado.

Para construir los límites formales y materiales del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, se deben tener en cuenta las siguientes características que debe cumplir la sanción penal: debe ser humana, legal, determinada,



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

igual, proporcional, razonable, necesaria, judicial, individual, irrevocable, y pública.

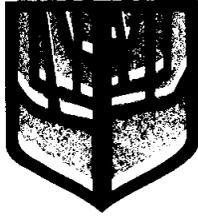
Por esta razón, está prohibido imponer penas o medidas de seguridad que signifiquen tratos crueles, inhumanos y degradantes; igualmente, se prohíbe la desaparición forzada, las torturas; la pena de muerte¹ y las penas privativas de la libertad de duración excesiva como la prisión perpetúa².

En nuestro concepto la pena de prisión perpetúa desconoce el carácter humano de la pena y, en consecuencia, contraría el apotegma que señala que el derecho penal actual se inspira en el principio de dignidad humana, columna vertebral de un Estado social y democrático de derecho. La pena de prisión perpetúa atenta contra la dignidad del individuo y se convierte en un instrumento de sometimiento y desigualdad.

Así lo entiende nuestra Corte Constitucional, cuando dice: "El derecho a no ser sometido a penas imprescriptibles tiene como objeto permitir la resocialización de la persona condenada. La regla según la cual no existen penas imprescriptibles es una garantía constitucional de que el Estado va a atender la función resocializadora de la pena. Por otra parte, esta función resocializadora está fundada en el valor primordial sobre el cual está fundamentado nuestro Estado de derecho: la dignidad humana. Esta

¹ En nuestro derecho positivo, la pena de muerte fue incorporada en todos los códigos penales a excepción del de 1873, hasta que fue prohibida y totalmente abolida mediante el Acto legislativo No. 3 de 1910.

² Cfr. Constitución Política de Colombia, artículos: 1, 2, 5, 11, 12, 16, 28 y 34.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

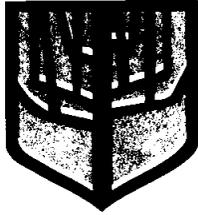
NIT. 860.351.894-3

dignidad no se pierde por la comisión de un delito. Presumir que una persona que ha cometido un delito y ha pagado una condena no ofrece una garantía suficiente de moralidad es estigmatizarla, desconociendo el carácter resocializador que consagra la Constitución. En esa medida, teniendo en cuenta la estirpe constitucional de la imprescriptibilidad de las penas como garantía de su carácter resocializador, en consonancia con el principio pro libertate, también de estirpe constitucional, es natural que esa prohibición cubra también las penas perpetuas”³.

Aceptar la prisión perpetúa significaría retornar a la finalidad que se le daba a la pena en 1882, cuando von Liszt en su famoso "Programa de Marburgo" señalaba que no era la conducta lo que debía sancionarse sino al autor, con base en las diferentes categorías de delincuentes estudiadas por Lombroso. La pena según esta teoría era "prevenir mediante represión" y cumplía con las funciones de corrección, intimidación e inocuización. El violador al que se le pretende imponer la pena de prisión perpetúa sería un delincuente que carece de capacidad de corrección y que, por lo tanto, pertenecería a la categoría de delincuentes habituales que deberían ser extraídos de la sociedad, por el peligro que implican. Se trataría, entonces, de acuerdo con lo expresado por nuestra Corte Constitucional de mantener como fin de la pena el retribucionismo estricto ya superado en los Estados sociales y democráticos de derecho⁴.

³ Cfr. Corte Constitucional. S. C-1212/2001.

⁴ En el positivismo jurídico defendido por Ferri este tipo de delincuente se clasificaría como pasional. La pena en Colombia tiene límites constitucionales para su imposición. Cfr. Corte Constitucional, sentencias: S. C-565/93; C-144/97; C-647/01.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

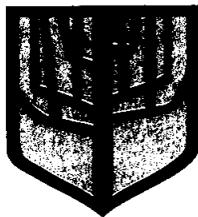
Siguiendo a Roxin, en el derecho penal moderno, la pena tiene diferentes fines, de acuerdo con los diferentes momentos de su dinámica⁵. En el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en el momento de la determinación de la pena, se debe considerar la culpabilidad del sujeto agente; y, en el momento de la ejecución, adquieren preponderancia los fines resocializadores⁶. Si aceptamos la pena de prisión perpetua sólo para los violadores de menores de 14 años, además, estaríamos contrariando los principios de igualdad y proporcionalidad.

En efecto, se estaría creando una sanción penal que no se va a aplicar a todos los infractores de la ley penal pues se haría distinciones en razón a la clase de delito, colocando a este tipo de delincuentes en una situación de desigualdad material ante la ley, contrariándose así los artículos 13 de la Constitución Política y 7 del Código Penal. Igualmente, desconoceríamos el principio de proporcionalidad dado que existen otros delitos de igual o mayor gravedad como por ejemplo: secuestro, desaparición forzada, reclutamiento ilícito, tortura, trata de personas, etc., que también pueden tener como sujeto pasivo los niños menores de 14 años y a los que sólo se les aplicaría la pena principal de prisión, señalada en el respectivo tipo penal⁷.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-592/98; C-052/93; C-952/01.

⁶ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis-Ilanud, 1984, Bogotá, pp. 11 y ss. La pena tiene como fin principal ser resocializadora. Cfr., entre otras: Corte Constitucional Sentencias: S. T-009/93, T-121/93; C-565/93; S. C-026/95; C-394/95 C-430/9; C-144/97; C-592/98, T-718/99; C-1112/00.

⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias: C-565 de 1993; C-239 de 1997; C-647 de 2001.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

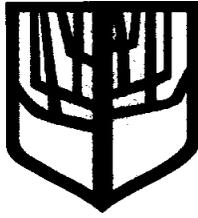
En segundo lugar, debemos decir que no hay tradición jurídica en el país para la aplicación de la pena de prisión perpetua, pues ni las Constituciones Políticas que han regido la República 1886 y 1991, la aceptan. Tampoco, los Códigos Penales de 1890, 1936, 1980 y 2000.

Sin embargo, no debemos olvidar que esta tradición fue quebrantada con el Acto Legislativo No. 2 de 2001 que tuvo por finalidad adicionar el artículo 93 de la Constitución Política, para que Colombia pudiera suscribir el Estatuto de Roma y reconocer la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional⁸.

En efecto, el artículo 77 de dicho Estatuto determina como penas aplicables para los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional⁹, entre otras, la de reclusión perpetua, cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

⁸ Cfr. Acto Legislativo No. 2 de 27 de diciembre de 2001 "Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución". Ley 742 de 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)". Sentencia de la Corte Constitucional C-578 de 30 de julio de 2002, mediante la cual se declara executable la Ley 742 de 2002.

⁹ De conformidad con la Parte II del Estatuto de Roma, la competencia de la Corte se limita a los siguientes delitos: genocidio; crímenes de lesa humanidad; crímenes de guerra y crímenes de agresión. Cfr. Artículos 5-8.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

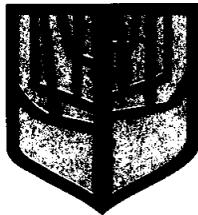
NIT. 860.351.894-3

La Corte Constitucional¹⁰ avaló dicha sanción prevista en el Estatuto señalando que "el Acto Legislativo 02 de 2001 autorizó dicho tratamiento diferente para los crímenes de competencia del Estatuto de Roma, pero no faculta a las autoridades nacionales a aplicar este tipo de pena cuando juzguen alguno de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma. Según el Estatuto, la reclusión a perpetuidad como pena no es absoluta ni definitiva; por el contrario, después de 25 años, la Corte Penal Internacional está obligada a examinar la pena para determinar si ésta puede reducirse, con lo que se deja a salvo la esperanza para el condenado de algún día recobrar su libertad y concilia el principio de la dignidad humana del condenado con los principios de justicia y de protección de los derechos de las víctimas y de sus familiares"¹¹.

De esta manera, se dejó claro que no serían los jueces colombianos los que impondrían la sanción de prisión perpetua, ni las autoridades nacionales las que las ejecutarían y que, además, Colombia, si quería, no estaría obligada a ejecutar dicha pena dentro del territorio, por cuanto en el artículo 80 del Tratado de Roma se establece que nada de lo dispuesto en el mismo Estatuto sobre las penas aplicables, se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en el Estatuto.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-578/2002.

¹¹ Schabas, W. Introduction to the International Criminal Court, Op. cit., p. 146.

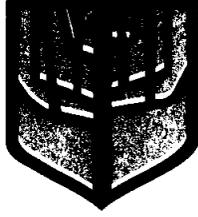


Así las cosas, la pena de prisión perpetua establecida en el Estatuto de Roma no puede servir como antecedente para poder aplicar la pena de prisión perpetua a los violadores, porque además de que sólo se puede imponer para los delitos más graves de trascendencia para la comunidad internacional en conjunto, no será de competencia de los jueces nacionales, y Colombia no está obligada a ejecutar una pena de este tipo en su territorio.

2. El proyecto olvida los incrementos punitivos de la Ley 890 de 2004 y los previstos en la Ley 1098 de 2006.

Si revisamos las penas que contempla el Código Penal para los tipos penales a los que se les quiere colocar como sanción penal prisión perpetua, encontramos lo siguiente:

Tipo Penal	Pena	Agravante Del Código Penal	Agravante del Código de la Infancia.
Art. 208 C.P.	5 años 4 meses A 12 años	1/3 parte cuando es menor de 12 años	el doble, cuando sea menor de 14 años.
ART. 103	17-37 años y medio	Con agravante de 33 a 50 años	el doble, cuando sea menor de 14 años y de Una tercera Parte a la mitad Si se da alguna Circunstancia Del art. 104 del Código.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

Por lo demás, de acuerdo con el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia, cuando se trate de los delitos de homicidio bajo modalidad dolosa y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

"1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad prevista en los artículos 307 literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

"2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

"3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

"4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

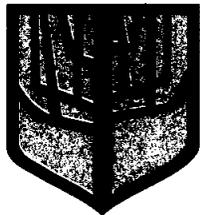
"5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

"6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.

"7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

"8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

"PARÁGRAFO TRANSITORIO. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

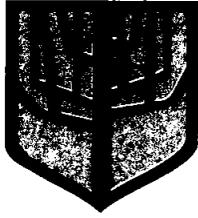
concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva".

Así las cosas, queda demostrado que las penas que actualmente prevé la ley son más que suficientes. Además, ellas tienen como agravante adicional, que se prohíbe para sus autores obtener algún tipo de beneficio de carácter procesal y que los condenados por estos delitos pueden aparecer en los "muros de la infamia, por lo menos para los violadores de Bogotá"¹².

3. El Proyecto quiere imponer la pena de prisión perpetua a dos delitos que no están especialmente regulados en el Código Penal: Acceso carnal violento en menor de 14 años y homicidio doloso en menor de 14 años.

De la lectura del Proyecto de ley se infiere que se desea sancionar con pena de prisión perpetua a los sujetos activos de los delitos tipificados en los artículos 208, "acceso **carnal abusivo** con menor de 14 años" y 103, "homicidio" doloso, del Código Penal.

¹² Cfr. Concejo de Bogotá, Acuerdo No. 280, que autoriza la instalación de "los muros de la infamia", por localidad. No valieron ni las acciones de tutela, ni la huelga de hambre de los violadores. Las vallas tendrán las fotos y nombres de los condenados y los nombres, la edad y sexo de las víctimas por abuso sexual infantil. Serán colocados en siete puntos de la capital: Av. 68 con 16; Carrera 30 con 75; Autopista sur con Villavicencio; la Caracas con 69A; el Dorado con Boyacá; Autopista norte con calle 170 y en Corabastos. Cfr. Diario "El Tiempo". 26 de septiembre de 2007, pp. 1 y 14 Bogotá.



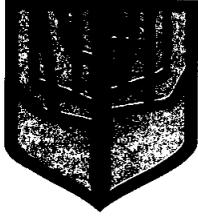
UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

Sin embargo, debemos precisar que la conducta descrita en el artículo 208 del C.P. no implica violencia. La conducta que este tipo penal describe es la del acceso carnal con menor de 14 años, **pero con su consentimiento**. Característica que lo diferencia del acceso carnal violento consagrado en el artículo 205.

En efecto, en el tipo penal descrito en el artículo 208 del ordenamiento sustancial penal, se debe demostrar: 1) el acceso carnal; 2) la edad de la víctima que debe ser menor de 14 años; y, 3) el abuso real, pues el violador a pesar de que media el consentimiento de la víctima, éste no tiene validez pues está viciado.

Así las cosas, de acuerdo con la exposición de motivos del Proyecto, lo que seguramente se quiere sancionar con la pena de prisión perpetua es el acceso carnal violento establecido en el artículo 205 del Código Penal. Pero este artículo, no tiene como elemento la calificación del sujeto pasivo, ser menor de 14 años, por lo tanto para poder sancionar a una persona por este delito debemos recurrir a las circunstancias de agravación generales de este capítulo. De esta forma, si lo que se quiere es aplicar la pena de prisión perpetua al que acceda violentamente, la víctima debe ser menor de doce (12) años y no de catorce (14), pues esa es la circunstancia de agravación que trae el artículo 211 del Código Penal.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

En relación con la aplicación de la sanción penal de prisión perpetua para los autores que hayan infringido el tipo penal descrito en el artículo 103 del Código Penal, debemos decir que este es el tipo básico del homicidio doloso y que dice simplemente "el que mataré a otro". No se hace ninguna alusión expresa en el sentido de establecer que el sujeto pasivo del delito sea una persona menor de 14 años de edad. Esta circunstancia sólo la podríamos extraer mediante interpretación del art. 104 No. 7 que señala que el delito de homicidio doloso se agravará cuando el sujeto activo se aprovecha de la situación de indefensión o inferioridad de la víctima.

Ahora bien, si lo que se quiere sancionar con la pena de prisión perpetua es la violación de menor de 14 años seguida de muerte, debe recordarse que esta figura —que aparecía en el art. 318 del Código Penal de 1936— fue eliminada desde el Código Penal del 80, pues se consideró que era mejor en estos casos dejar al Juez que aplicara las normas del concurso de tipos penales¹³.

De lo anterior podemos concluir, entonces, que el Proyecto de Acto Legislativo No. 23 de 2007 Cámara acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo No. 38 de 2007 Cámara "por el cual se modifica el artículo 34 de la Constitución", presenta graves inconvenientes de tipo dogmático, constitucional y legal insalvables.

¹³ Cfr. Acta No. 30 de la Comisión de 1979.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

NIT. 860.351.894-3

Dejamos en estas condiciones cumplido el honroso encargo que se nos ha hecho.

Nos es grato suscribimos del Honorable Representante, agradeciéndole la oportunidad que se le ha brindado a la Universidad Sergio Arboleda para referirse a tan trascendental asunto.

Atentamente,

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Director del Departamento de Derecho Penal
Universidad Sergio Arboleda.

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ

Profesora Investigadora
Departamento de Derecho Penal
Universidad Sergio Arboleda.