Imprimir

La decisión del Congreso de la República de modificar el artículo 34 de la Constitución ha merecido toda clase de comentarios, desde calificaciones positivas, como hiciera el presidente de la República, hasta el insistente cuestionamiento por parte de la mayoría de los abogados penalistas y algunos ilustres estudiosos del derecho. No me referiré a las observaciones sobre el carácter negativo de la reforma, con las cuales coincido. Sobre todo, concuerdo en que la medida introduce un grave disvalor a la dignidad humana.
En lugar de eso, me referiré al cambio de fondo que introdujo la reforma y que, creo yo, implica una sustitución de la Constitución y un vicio de forma insubsanable. Este comentario se hace sobre el texto que aparece publicado en la Gaceta del Congreso Número 323 del 11 de junio de 2020, en que se publica el informe para segundo debate en el Senado. En el informe se incluye el texto aprobado en primer debate del Senado y que corresponde al aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes.

El texto reformado y objeto de análisis es el siguiente:

> Artículo 34. Se prohíben penas de destierro y confiscación.
>
> No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.
>
> De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua. Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico. En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado.
>
> Parágrafo transitorio. El Gobierno nacional contará con un (1) año contado a partir de la

> fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley que reglamente la prisión perpetua. Se deberá formular en el mismo término, una política pública integral que desarrolle la protección de niños, niñas y adolescentes, fundamentada principalmente en las alertas tempranas, educación, prevención, acompañamiento psicológico y la garantía de una efectiva judicialización y condena cuando sus derechos resulten vulnerados.
>
> Anualmente se presentará un informe al Congreso de la República sobre el avance y cumplimiento de esta política pública. Así mismo, se conformará una Comisión de Seguimiento, orientada a proporcionar apoyo al proceso de supervisión que adelantará el Legislativo.

Este texto genera varios problemas de carácter constitucional que, según he observado, no se han abordado de manera suficiente. El principal de ellos tiene que ver con el alcance de la reforma. Hasta este momento, en los medios y en la academia se ha señalado que el Constituyente introdujo una modificación, consistente en autorizar, de manera excepcional, la prisión perpetua en Colombia. En mi concepto, esta apreciación es errada y el yerro se deriva de una lectura no integral de la Constitución.

Como he dicho, se ha asumido que la reforma sólo permitió la prisión perpetua para determinados casos. Esto sería así, en gracia de discusión, siempre y cuando se interpretara el artículo 34 de la Constitución de manera aislada. Pero, ocurre que no es posible.

El artículo 150 de la Constitución establece la cláusula general de competencia del Congreso de la República, para dictar las leyes. Esa competencia es abierta. Es decir, el Congreso de la República puede legislar en el sentido que desee, siempre y cuando no contravenga prohibiciones explícitas contenidas en la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad o que contravenga su contenido material.

En numerosas ocasiones la Corte Constitucional ha señalado que, en materia penal, es clara la libre configuración normativa (por ejemplo, Sentencia C-108 de 2017), de suerte que, salvo

penas expresamente prohibidas o claramente desproporcionadas o degradantes, el Congreso puede fijar las penas que considere pertinentes para las conductas sancionables.

El artículo 34 de la Constitución establecía una prohibición sobre las penas imponibles en Colombia. En este sentido, la prohibición implicaba, por una parte, una garantía (y un derecho) para los asociados, consiste en que las penas allí prohibidas nunca se impondrían. Por otra, suponía una limitación a la competencia del Congreso para fijar las penas imponibles. En suma, el artículo 34 limitaba el alcance del artículo 150 de la Constitución, en punto a las penas que se podían establecer en Colombia.

Teniendo esto presente, hasta antes de la reforma, el Congreso de la República podía legislar imponiendo como penas cualesquiera (claro, de forma técnica, que es un tema que falta analizar judicialmente, y que fueran proporcionadas), salvo las prohibidas en los artículos 11 (pena de muerte), 12 (penas crueles, inhumanos o degradantes) y 34 (confiscación, destierro y prisión perpetua) de la Constitución y en el pacto de San José (pena de muerte).

Si pasamos al texto que resulta de la reforma, se advierte que desapareció la prohibición de imponer prisión perpetua. ¿Cuál es el alcance de ello? Pues, según los ilustres redactores del texto y de los congresistas, se introdujo una excepción, para autorizar la pena de prisión perpetua. Eso es cierto, pero lamentablemente no en los términos que ellos creen.

Recuérdese que el artículo 34 es una excepción a una competencia general. Por ello, al desaparecer la prohibición expresa en el tema de la duración de las penas, el legislador queda habilitado, en virtud de la cláusula general de competencia, para fijar la duración de la pena que desee. En otras palabras: al eliminar la prohibición, se habilitó al Congreso para imponer la prisión perpetua para cualquier conducta, siempre y cuando ello no resulte desproporcionado.

Si esto es cierto, se preguntarán, ¿cuál es el alcance de la excepción que contiene la reforma? Pues no se trata de permitir la prisión perpetua, que ya está autorizada por vía general, sino el de establecer que, en los casos de allí regulados, de manera muy excepcional

podrá imponerse la prisión perpetua. De manera más sencilla: frente a todos los delitos se podrá imponer pena de prisión perpetua, pero en el caso de los niños, niñas y adolescentes víctimas de homicidio o de violación, la condena a prisión perpetua será excepcional. Y, como se trata de una excepción, se trata de una situación que únicamente puede ocurrir en casos muy particulares.

Con buen tino podrán decir que esta no era la intención del Constituyente. En eso tienen toda la razón, pues buscaba enviar un mensaje de que en Colombia la sanción más grave (prisión perpetua) se impondría contra violadores y asesinos de niños. Pero olvidan que, cuando se modifica el orden jurídico desde la pasión y no desde la razón, se incurre en este tipo de errores.

Ahora, en mi concepto al comprender eso, se descubren dos vicios insuperables. Por una parte, se sustituye la Constitución. Frente a esto, considero que es absolutamente claro que la idea de penas y deudas imprescriptibles, así sean excepcionales, desconoce la esencia de nuestra Constitución y la estructura misma del orden jurídico colombiano. Sobre esto, varios han trabajado y no pretendo decir más que lo que ellos han señalado.

Pero la Constitución se sustituye de forma absolutamente radical cuando la prisión perpetua deja de ser (con la advertencia anterior) una excepción y pasa a convertirse en una posibilidad frente a cualquier conducta. La Constitución resultante, claramente no es la misma que teníamos antes de la reforma y, dudo muchísimo, que sea la que todos los colombianos desean.

Esto último lleva al otro defecto insalvable. Si se leen los informes de ponencia, en ningún momento se planteó que se estuviera autorizando que el legislador pudiese imponer la prisión perpetua en todos los casos y que la prisión perpetua para asesinos y violadores de niños, niñas y adolescentes fuese una posibilidad limitada. El debate giró sobre el carácter excepcional de la prisión perpetua, para autorizarlo en ciertos casos.

Eso significa que hay una disociación entre lo debatido y lo aprobado. El debate

parlamentario-constituyente fue sobre manzanas, pero aprobaron una normatividad sobre peras. Si ello es así, como considero que ocurrió, tenemos una reforma constitucional violatoria del procedimiento, por falta (en realidad, ausencia) de debate. La reforma, en lo normativo, no fue debatida. En el Congreso de la República debatieron sobre otro proyecto, uno imaginario (emotivo), pero no sobre el que estaba en trámite.

Los expertos en el trámite congresarial (sea legislativo o constituyente) sabrán ponerle nombre. Para mí es un clarísimo ejemplo de irracionalidad.

Ahora quiero pasar a otros efectos de la reforma. En primer lugar, la reforma procesal: el desaparecimiento de la apelación cuando hay sentencias que imponen la sanción de cadena perpetua. El texto constitucional reformado señala: Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico. Esto significa que, dado que hay la posibilidad de imponer pena de prisión perpetua (posibilidad inconstitucional) para todo tipo de conductas, siempre y cuando no resulte desproporcionado, en estos casos será obligatoria la revisión automática por el superior. Esto, claramente, suena a la solución adoptada en el caso de Andrés Felipe Arias. Ahora, esta posibilidad, en sí misma, no supone reproche alguno. Pero generará debates sobre su extensión a otros procesos sancionatorios.

El segundo efecto es referido a la función de la pena y el tratamiento penitenciario. La reforma, en el inciso tercero, establece que “[E]n todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado”. Ya algunos han advertido que, por favorabilidad, esta medida podrá ser exigida por toda persona condenada a una pena superior a 25 años. Esta lectura es admisible, si se parte de la excepcionalidad que se imaginaba el constituyente y de la lectura legalista de la Constitución.

La reforma establece un derecho. En clave constitucional, salvo que sea absolutamente claro y certero que el derecho se dirige a un sector determinado de sujetos de derecho, los derechos se interpretan de forma expansiva (principios *pro homine* y *pro libertate*). A partir de ello, este derecho se debe entender reconocido a toda persona que sea condenada a una

pena privativa de la libertad superior a 25 años. Y, dado que, conforme al artículo 84 de la Constitución, los derechos previstos en el artículo 35 son de aplicación inmediata, las personas actualmente condenadas a penas superior a veinticinco años y que hayan superado ese término, tienen derecho a que un juez evalúe la resocialización del condenado.

De inmediato surge la pregunta de ¿por qué no se establece lo mismo para todos los condenados? Pues tienen razón y, ante esto, la interpretación más favorable es aquella que señala que todo condenado tiene derecho, tras un término razonable, a que se evalúe su resocialización. En virtud de la reforma, hoy ocurre que está prohibido que no se evalúe la resocialización luego de veinticinco años de prisión. ¿Qué pasará con las omisiones legislativas? Dado que este derecho demanda una reforma a la legislación, luego de diciembre de este año veremos la tutelas demandando estas evaluaciones.

Pero, por otro lado, esto genera una pregunta interesante: si la persona se ha resocializado ¿puede mantenerse la pena? Si el fin de la pena es la resocialización, cosa que parece desprenderse de la evaluación de la resocialización del condenado, una vez la persona se resocializa, se impone otorgarle la libertad. Esto, porque la medida restrictiva de la libertad dejó de ser útil, en tanto que el fin se ha logrado. En tal caso, mantener la restricción de la libertad deja de ser legítima. Además, pienso que eventualmente cabría interponer el recurso de *habeas corpus*.

Pero hay más. Al establecerse, por vía constitucional, que es necesario evaluar la resocialización del condenado, también se está estableciendo una obligación estatal, de rango constitucional, a que el Estado ofrezca los medios para la resocialización. Si bien este punto siempre ha estado presente en la discusión sobre las medidas penitenciarias, el hacinamiento carcelario, la utilidad o inutilidad de la prisión y el estado de cosas inconstitucionales en este tema, ahora se vuelve una obligación de aplicación inmediata.

Pues bien. Si está probado que la prisión, en la manera en que se lleva actualmente, no conduce a la resocialización ¿es constitucionalmente admisible que el juez, en el caso concreto, imponga la sanción privativa de la libertad? Claramente no, pues se trata de una

medida desproporcionada, debido a su inutilidad (que es un análisis fáctico).

Ahora, soy consciente de que esto último no es más que un llamado de atención sobre ese instante de suspensión del Estado de derecho, que ocurre en Colombia. Esto, porque todos sabemos que para muchos (los que mandan), la cárcel no es para resocializar, sino para que los no privilegiados (quienes no van a las cárceles, sino a sitios de especial reclusión) sufran.

Una última reflexión. En este escrito se ha partido de la buena fe de quienes propusieron la reforma constitucional. Es decir, que asumieron que el texto tenía el efecto esperado. Sin embargo, queda la duda. Tanto el autoritarismo-populista como el autoritarismo-tecnócrata se valen de toda suerte de artimañas para lograr su objetivo. La distracción siempre ha sido una buena herramienta en los debates. En este caso, han hecho énfasis en una supuesta excepcionalidad de la cadena perpetua, que muchos aceptarían por razones emotivas. Con esto han desviado la atención, porque saben que en este país la propuesta de adopción plena de la pena perpetua difícilmente pasaría de ser una noticia digna de un periódico amarillista.

Henrik López Sterup, Profesor de la Universidad de los Andes. Sus ideas y opiniones no necesariamente coinciden con aquellas de la Universidad de los Andes.

Foto tomada de: El Heraldo