

La dogmática jurídica de la política criminal: A propósito de su integración penal y constitucional*

■ **Por:** *Víctor Manuel Cáceres Tovar***

Recibido: julio 8 de 2016

Aprobado: noviembre 8 de 2016

Resumen

El presente artículo bajo una dogmática penal y constitucional, desarrolla una aproximación teórica al concepto de política criminal, presentando en primer lugar un acercamiento al marco conceptual general de lo que puede entenderse por dicho instituto, referenciando de manera básica algunas de sus principales tendencias teóricas y la categorización que tiene como “arte”, relacionando posteriormente los preceptos de política criminal como política de Estado bajo el análisis de tres horizontes específicos: Control social, poder punitivo y cumplimiento de fines estatales, para finalmente caracterizar e integrar el concepto de política criminal bajo los fundamentos generales, derechos y límites jurídicos que establece la Constitución Política como carta base de navegación del denominado modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Palabras clave: Derecho penal; Dogmática jurídica; Política criminal; Estado Constitucional de Derecho; Colombia.

* Artículo de Investigación desarrollado en el marco del Doctorado en Derecho y al interior del Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN” (Reconocido y Clasificado en A por Colciencias 2015) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

** Abogado. Becario Colciencias-UN para cursar Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia de la Universidad de Alcalá (España). Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: vmcacerest@unal.edu.co

The legal dogma of criminal policy: Concerning its criminal and constitutional integration

Abstract

This article presents a theoretical approach to the concept of criminal policy, presenting in the first place an approach to the general conceptual framework of what can be understood by this institute, referring in a basic way to some of its main theoretical and the categorization that has as “art”, subsequently relating the precepts of criminal policy as State policy under the analysis of three specific horizons: Social control, punitive power and compliance with state purposes, to finally characterize and integrate the concept of criminal policy under the general foundations, rights and legal limits established by the Political Constitution as the base navigation chart of the so called Constitutional State of Law model.

Keywords: Criminal law; Legal dogmatics; Criminal policy; Constitutional State of Law; Colombia.

Introducción

Para diseñar un modelo eficaz y sólido de política criminal que haga frente a la demanda de delincuencia en un Estado de Derecho determinado como lo es el colombiano, se debe estudiar, analizar y entender la teoría jurídica que se planteó sobre el mismo concepto. Y es precisamente la dogmática jurídico-penal la que puede aportar las bases teóricas para esta tarea, toda vez que esta es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal (Roxin, 1992).

Las anteriores consideraciones permiten señalar que el objetivo central de este artículo será presentar algunas bases teóricas que desde la dogmática penal y constitucional se han construido en torno al instituto conocido como política criminal. Para desarrollar este propósito, se utilizará un método descriptivo en la forma de presentación de la información, elaborando estructuralmente tres títulos de investigación con el siguiente contenido:

- *Título I:* Presenta una aproximación al marco conceptual general de lo que puede entenderse por política criminal, así como sus principales tendencias teóricas y la categorización que el instituto tiene como arte;
- *Título II:* Relaciona los preceptos política criminal y política de Estado bajo el análisis de tres horizontes específicos: Control social, poder punitivo y cumplimiento de fines estatales; y
- *Título III:* Caracteriza jurídicamente el instituto de política criminal bajo el supuesto de presentar cuáles son sus fundamentos generales, sus límites jurídicos y su necesaria relación con la Constitución Política.

Posterior a desarrollar los ítems investigativos, se presenta un muy breve pero concreto

cuerpo de conclusiones que se centra en exteriorizar la necesaria articulación de la política criminal con los fundamentos y límites propios del Estado Constitucional de Derecho como el implementado en Colombia a partir del año 1991.

Se empleó el método de investigación cualitativo denominado *Investigación Documental*, mediante el cual se analizó la información teórica contenida en diversos “documentos” jurídicos, destacándose como fuente documental principal los libros especializados que contenían doctrina y que estaban ubicados en las unidades documentales tipo “bibliotecas”, información que posteriormente fue clasificada y decantada para finalmente ser empleada como insumo para redactar el presente documento.

1. El concepto teórico de política criminal

1.1. Marco conceptual

Afirma Velásquez (2013) que en un sentido amplio puede entenderse la política criminal como la política jurídica en el ámbito de la justicia penal y en sentido estricto, como la ciencia que estudia cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad, por lo que en palabras del mismo autor se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede extender el legislador el derecho penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas, además de que discute cómo deben redactarse las normas penales de manera correcta y comprueba si el derecho penal material se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal.

Por su parte Cardozo (2009) refiere que habitualmente la política criminal ha sido caracterizada en función de su tarea crítica respecto del derecho vigente (Herrero, 2007), de la que

devendría una consecuente propuesta de modificación de las normas que fuesen objeto de dicha labor. Visión ésta que venía a encasillarla, básicamente, en el ámbito de la “*lege ferenda*” (Mir Puig, 1994). De la asignación de esta tradicional función buen ejemplo encontramos ya en Von Liszt (1914) quien, desde la perspectiva dual en la que se sustentaba (Gómez Martín, 2007), se refería a ella en los siguientes términos: “La Política criminal nos da el criterio para la apreciación del Derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir”.

Asignando también dicho quehacer, el profesor Jiménez de Asúa (1977) identificaba la política criminal como una parte, un elemento más del derecho penal, como un “(...) corolario de la dogmática: crítica y reforma”. De semejante signo se manifestaron también Antón Oneca, Saldaña y Langle. Señalaba el primero que la ciencia del derecho penal es a su vez política criminal, en el sentido de ser crítica de las instituciones vigentes y de la preparación de su propia reforma, de acuerdo a lo que él denominó “ideales jurídicos”, mismos que se irían configurando conforme a las transformaciones sociales (histórico-culturales) (Oneca, 1986).

1.2. *Tendencias teóricas*

No obstante de los conceptos teóricos presentados, resulta evidente una falta de criterio uniforme sobre el contenido, objeto y función de la política criminal. Y es que a partir de la forma en que se entendió la política criminal (crítica del derecho vigente y propuesta de *lege ferenda*) las interpretaciones y agregaciones, han sido tantas y tan variopintas que se ha llegado a esta actualidad en la que predomina abiertamente el desconcierto (Serrano, 2008).

Teniendo en cuenta la situación precedentemente señalada, es que se han ido levantado algunas “plataformas de observación” que permitan apreciar de mejor manera las distintas tendencias contenidas en lo que se conoce como política criminal. De esta manera la doc-

trina ha ido estableciendo ciertas distinciones, a modo de “marcas”, para hacer posible un análisis más fructífero.

Así, por ejemplo, se ha dicho que debe distinguirse entre una perspectiva “extensiva” y otra “estricta” de la política criminal. La primera se caracterizaría por la inclusión dentro de ella de un objetivo preventivo, mismo que no se encuentra en la segunda, pues estaría referida meramente a la represión con eficacia de actividades ilícitas por parte del Estado (Sainz, 1979).

En parecido sentido Rodríguez (1979) establece ciertos distingos al interior del concepto de política criminal. Así, se refiere a una encargada de lo que denomina “problemas utilitarios que presenta la realidad en la lucha contra el delito” y otra abocada a buscar las soluciones legislativas más adecuadas a situaciones concretas (ejemplificando con un auge de los delitos contra la vida o la propiedad). Para este autor la primera se encontraría dentro de la criminología y la segunda, a su juicio “inseparablemente”, en el ámbito del derecho penal.

Por su parte Muñoz (1975) destaca también la función reformista de la política criminal, a la que el autor llega a través de la labor crítica de la dogmática penal, en un claro acuerdo con lo que Jiménez de Asúa había propuesto ya muchos años antes (1977). En Latinoamérica, por último, se puede destacar la perspectiva que sobre esta arista tiene Fernández (2002), quien distingue dentro del concepto de política criminal, una perspectiva del “Ser” y otra del “Deber ser”.

La primera asimilada a los medios que oficialmente utilizará el Estado para prevenir la delincuencia y la segunda se referiría a la descripción de estos medios, pero también, a la fijación de esa práctica estatal a los principios y valores del sistema específico de que se trate.

1.3. *Política criminal como arte*

Desde un enfoque diferente de aquellas líneas generales que se han venido indicando, se encuentra la posición del profesor Baratta

(1978). Éste, desde una perspectiva más cate-górica, extiende el concepto de política criminal y, consecuentemente con ello, también su objetivo y función. Así, sustentado desde una plataforma marxista, propone que la política criminal debe erigirse como un instrumento al servicio de la transformación social.

Esta herramienta debería también incorporar como labor, auxiliar al movimiento obrero en su lucha contra la injusticia estructural del capitalismo y con ello poder alcanzar las “grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de las formas de vida comunitarias y civiles alternativas y más humanas y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superación de las relaciones sociales de producción capitalista”. De lo que se ha venido esbozando, ya puede comprobarse aquello en que la doctrina es unánime: no existe hasta ahora claridad conceptual respecto de la disciplina en comento (Cardozo, 2009).

Se ha de señalar además y por último, que según Cardozo (2009) de los intentos “conceptualizadores” ya referidos, puede arribarse a otros más bien de carácter incierto (con la carga paradójica que ello implica si de lo que se habla es de la concreción de un concepto). Así, pueden encontrarse definiciones que ya no hablan de ciencia sino más bien de “arte”, cuestión que, antes que resolver la problemática planteada, pretenden superarla por vía de la evasión, construyéndose de dicha manera nociones más bien evanescentes, vaporosas.

Así, en esta línea, por ejemplo, Schüler-Springorum (1989) la califica como “arte de lo posible” o en España Beristáin Ipiña (1999) que la considera, al unísono, como ciencia y arte de aquello que es posible y deseable en el dominio de la criminalidad. Ya antes, Jiménez de Asúa (1977), se había decantado por un concepto semejante, con la clara intención, eso sí, de marcar distancias con su primera postura sobre este punto, en el que calificaba a la política criminal como una ciencia. El

propio autor posteriormente reconoce ello como un error, fundado en la influencia alemana muy próxima a él en ese entonces, de ahí que, con la intención referida, remarcará que ésta es: “(...) más exactamente, un arte” (Cardozo, 2009).

2. La política criminal como política de Estado

2.1. Control social

Afirma Binder (1997) que la política criminal es “el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos”. Desde esta perspectiva se habla de la política criminal lisa y llanamente como “política”.

Es claro en el anterior punto Quintero (2004) al señalar que la política criminal, “(...) es, entre otras cosas, la parte de la política que se dedica al problema de la prevención y reacción contra el delito (...)”. Se entiende desde esta óptica que, así como en un Estado la política económica o la política educativa, no son ciencias en sí mismas, sino determinados “sistemas de decisiones”, en igual medida la política criminal, se configura entonces como un sector de la realidad que tiene que ver, según Binder (1997), con cuatro conceptos básicos: el conflicto, el poder, la violencia, y el Estado, cuatro esferas de realidad que se encuadran dentro de una sociedad.

Un concepto sustentado desde tal plataforma, que dicho sea de paso, no se aleja sino más bien se encuentra dentro de aquellos de concepción social del delito, tiene según Cardozo (2009) al menos la cualidad de destacar con toda claridad lo esencial del término “política” (Zaffaroni, 1998) dentro del concepto en comento.

De esta manera, viene a superarse el “dilema existencial” (Muñoz, 2005) del jurista que no quiere alejarse de la realidad social pues, de aceptar el estrecho vínculo existente entre derecho y política (ahí la realidad), esto le parece hace perder autonomía y “cientificidad” a su trabajo

(ahí el dilema). Desde esta perspectiva la política criminal se ve coherentemente concretada en un “sistema de decisiones” lo que conduce a asociarle naturalmente con lo que se conoce como “poder de definición” del Estado (Zaffaroni, 1980).

Bien se sabe que toda sociedad requiere de reglas y principios establecidos que le doten de la coherencia interna necesaria para alcanzar estándares mínimos de convivencia. Para ello creará los mecanismos necesarios que aseguren la conformidad de los sujetos que la componen a estas reglas sociales de coexistencia.

Según Hassemer (1992), dichos mecanismos ejercerán lo que se conoce como control social. En este sentido, y en palabras de Muñoz (2012): “El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, construyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros”. Bien sabemos que éste puede ser de tipo informal o formal, siendo este último el ámbito a que pertenece el derecho penal.

Concretando, cuando se habla de fenómeno asociativo en la actualidad, dicha referencia por antonomasia está hecha al Estado y en este sentido cuando éste se enfrenta a los consubstanciales conflictos al interior de la sociedad deberá optar por distintos intentos, siempre políticos como es obvio, para resolverlos, o si se prefiere, suspenderlos. Pues bien, una de esas formas, entre otras, de hacer frente al conflicto será el definirlo como delito, es decir, criminalizarlo (Cardozo, 2009).

La mencionada criminalización es distinguida doctrinariamente entre aquella primaria, señalada al momento de creación de la norma jurídico-penal y secundaria, referida a la aplicación de dicha norma. La primera dedicada a la definición del delito y la segunda a la definición del delincuente (Bustos y Hormazabal, 2004).

2.2. Poder punitivo

Un análisis descriptivo como el hasta aquí expresado sólo pretende encausar en una apro-

ximación al interés propuesto, llevándonos antes al insoslayable tema de los límites a ese poder de definición, o del *ius puniendi*, o límites al poder punitivo del Estado. No existe en rigor una enumeración clara en cuanto a la nomenclatura utilizada ni en cuanto a la importancia asignada a cada uno de estos, ahora bien, si resulta importante establecer teóricamente que se entiende por los mismos.

Refiere Bustos y Hormazabal (2004) que todas estas limitaciones al poder punitivo del Estado surgieron en un principio como reacción política a las arbitrariedades del Estado absoluto (Huertas *et al.*, 2005), pero a lo largo de la historia ellas se han ido constituyendo como baremos de legitimidad de la intervención penal (García-Pablos, 1996) y en este sentido también, como parámetro de la medida de democracia de la que goza una sociedad (Bustos, 1994). Por ello, en cuanto las vinculaciones aquí realizadas, es importante determinar que naturalmente se trabaja sobre la base de un Estado Democrático y Social de Derecho (Cardozo, 2009).

En este sentido, es que democracia y política criminal tienen una asociación inmediata y directa, “(...) ya que el modo como el Estado haga uso del poder penal es uno de los indicadores más precisos de la profundidad del sistema democrático en una sociedad y el grado de respeto a la dignidad de todas las personas que es la base esencial del concepto democrático” (Binder, 1997).

Señalado lo anterior, se puede decir que se distingue entre principios formales y materiales, pero que ambos abarcan tanto a la criminalización primaria como secundaria. Dentro de los principios formales de la criminalización primaria destaca el conocido principio de legalidad, congénito al derecho penal moderno, que sintéticamente se expresa señalando que no hay delito ni pena sin ley escrita, estricta y previa (Cardozo, 2009).

En lo relativo a la criminalización secundaria los principios que se señalan dan conte-

nido al llamado “debido proceso” (Huertas *et al.*, 2007), que sucintamente son: no hay culpa sin juicio, no hay juicio sin acusación, no hay acusación sin pruebas y no hay pruebas sin defensa. Ahora bien, los principios limitadores normativo materiales están referidos al respeto de la dignidad de la persona humana, el bien jurídico (principio de lesividad) y la necesidad de la pena, distinguiéndose dentro de este último los no menos importante sub-principios de última o extrema ratio, de subsidiariedad, fragmentariedad, *non bis in idem* y proporcionalidad (Bustos y Hormazabal, 2004).

Pues bien, retomando la idea central y sobre el supuesto que el Estado enfrentará un conflicto social determinado definiéndolo como delito, hipótesis ante la cual nos encontramos ante una decisión político criminal (Bustos, 1994), a lo que si se agrega que toda definición implica el poder para hacerla, se tiene que, como señala igualmente Bustos (1994), “(...) la política criminal es, en consecuencia, un poder de definición de un conflicto como delito que ejerce en exclusiva el Estado”.

2.3. Fines estatales

Considerando lo hasta aquí dicho y partiendo de la premisa de que el derecho penal sólo se encontraría legitimado en cuanto su fin esté dirigido a la protección de bienes jurídicos, nos encontramos que tanto las ciencias que básicamente componen la política criminal, como ella misma, están dirigidas hacia un fin y en cuanto tal son valorativas, lo que pone de relieve la perspectiva del derecho como un medio, mas no como un fin en sí mismo (Cardozo, 2009).

En este sentido, se entiende lo que señala García-Pablos (1996) respecto del derecho penal y de la autoafirmación de su rol, afirmando que: “El moderno derecho penal es consciente de su rol instrumental, pre-ordenada a la exclusiva tutela de los bienes jurídicos más valiosos del orden social”.

De esta manera, se pone de relieve el carácter de “medio” del Derecho penal, que no se agota en sí, que no es un fin en sí mismo, sino que ha de estar en función al servicio de la convivencia social. “Pues, -continúa García-Pablos- castigar por castigar, prohibir por prohibir, carece de sentido y legitimación si las conminaciones legales no persiguen asegurar aquella, protegiendo los valores fundamentales del hombre y la sociedad” (García-Pablos, 1996).

Dicho lo anterior, refiere Cardozo (2009), es que se podría aceptar que la política criminal, en términos más bien gráficos, viene a ser una suerte de instrumento contenedor de otros instrumentos, que a la vez se sirven de sus propios medios para alcanzar el fin que haya sido trazado por la propia política criminal, que como ya se dijo, se reconoce a sí misma como un medio “para” y no un fin “que”. Así las cosas, Silva (1999) lo explica sintéticamente de la siguiente forma: “En este punto se muestra una de las características fundamentales de la política criminal: ésta aparece como un sistema que se autodefine”.

Derivado de lo anterior, y no separado de ello, afirma igualmente Cardozo (2009) que la política criminal determinará, en cuanto sistema de decisiones que es, el cómo hace frente a aquello que un estadio atrás definió como delito. Estos son los dos momentos de la política criminal, en cuanto actividad del Estado: definición y respuesta al fenómeno delictivo.

De modo que, tomando una vez más a Cardozo (2009) el concepto de trabajo que se puede manejar para la política criminal en su acepción de “actividad del Estado”, será aquel que la comprende como una de las políticas del Estado que bifurcada en dos planos decide, por una parte, qué conflictos se criminalizan y por la otra, determina el conjunto de medidas para enfrentarse preventivamente a dicho fenómeno, dentro de los límites propios establecidos por la naturaleza de la forma de Estado de la que es herramienta.

3. Caracterización jurídica de la política criminal

3.1. Fundamentos generales

Según Cardozo (2009), la política criminal presenta dos funciones principales, siendo la primera referida a una tarea crítica de la legislación penal vigente, a la luz de los fines del Derecho y de la pena, y la observación de sus resultados; y la segunda encaminada a efectuar proposiciones para la reforma del derecho penal actual (Von Liszt, 1914).

En esta misma línea, Langle (1927) otorgaba a la política criminal la función de indicar los fines para el sistema penal y crear una legislación que respondiera a los mismos. De ahí que reconociera en ésta sus dos funciones: “*Es crítica y legislativa, somete a examen el Derecho vigente y prepara el del porvenir*”. Dentro de la misma tendencia interpretativa, en Alemania, puede citarse a Göppinger (1975), destacando que la política criminal se encarga de la política de reforma del derecho penal y de la ejecución del mismo para, “la lucha contra el crimen por medio del derecho penal”.

Sobre la perspectiva que se viene comentando, se puede citar igualmente a Kaiser (1983), quien en este sentido explica que ante la imposibilidad de resultar completamente satisfactorio un régimen de protección social, cualquier sistema, si se tiene como parámetro la criminalidad y sus efectos secundarios, la política criminal (*criminalista*, dice este autor) encontraría su “*punto de gravedad en la renovación del derecho penal, la reforma de la justicia y sistema de penas*”. Por ello, según el mismo autor, la política criminal se basa en “la expectativa de realizar la óptima solución de la política criminalista”, búsqueda que vendría a explicar que muchas veces se conceptúan como equivalentes política criminal y reforma del derecho penal.

En este punto inicial debe ya destacarse que, básicamente, la evolución de la política criminal no se ha distinguido por la supresión de

las funciones que se han venido señalando (Romeo, 1997), si no que se caracteriza, más bien, por la incorporación, la adición, el asentamiento, de nuevas tareas a las ya existentes, sin perjuicio, claro está, de las diversas tendencias que ha ido adoptando de acuerdo a las circunstancias socio-culturales de cada época. Y es desde esta perspectiva, el que ya no se hable de un derecho penal que limite una política criminal, dado que ésta ya no es concebida como mera y simple reacción punitiva, sino como una estrategia más amplia del Estado para enfrentar la dolorosa problemática social de la delincuencia, todo lo cual se enmarca en un Estado social y democrático de derecho (Cardozo, 2009).

Tampoco se trata a su vez, de una política criminal dedicada sólo a ámbitos de *lege ferenda*, o *lege lata*, sino de una política criminal integrada al sistema y, que desde ese lugar, inunde todas las categorías que le componen “(...) no creo suficiente -dice García-Pablos (2005) que opere mediante meras correcciones valorativas en el posterior y ya tardío momento de la interpretación y aplicación de la ley: o de “*lege ferenda*”. Las categorías del sistema no pueden quedar fuera del marco de la *Política criminal*, sino, por el contrario, responder a sus exigencias y configurarse de acuerdo con las mismas”.

Es de esta manera como, entonces, una política criminal ha de limitarse a sí misma, pues, no es sino la manifestación del Estado social y democrático de derecho donde se forja (Moreno, 2008), de forma que no puede sino afrontar la problemática social desde los principios y valores que dan fundamento y contenido a esa forma de Estado (Ferrajoli, 2003).

De lo anterior debe destacarse, sin ningún complejo, que es del todo necesario y no sólo potencial, el respeto de los derechos fundamentales, la intangibilidad de ellos (Millitelo, 2003), cualquiera sea la política criminal adoptada. Al respecto afirmaba Roxin (2000) que “la vinculación al derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que

compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado Social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica (...).”

3.2. Límites jurídicos

Desde la postura que se ha venido señalando, puede comprenderse que ya no se trata de una política criminal que tenga en el derecho penal un “límite”, pues no es concebible una estrategia estatal para enfrentarse al fenómeno delictivo que esté fuera de las coordenadas que implica en sí mismo la forma de Estado que se haya adoptado (Hassemer, 2003). De forma que, son los derechos humanos, ya no el derecho penal (Ortiz, 2004) la barrera infranqueable de la política criminal, pues éstos son límite y a la vez fundamento de legitimación de la misma (Fernández, 2002).

Es así como el derecho penal ya no se circunscribe al sólo ámbito protector, sino que además, para ser realistas, debe utilizarse como instrumento de la política criminal (Vásquez, 1992) en pro de alcanzar, o al menos intentar, controlar los índices delictivos (Hassemer, 2003), sin olvidar y éste es un matiz estructural, el carácter subsidiario que el instrumento penal tiene respecto de otras herramientas político criminales, pues es precisamente tal carácter la piedra angular de la articulación entre política criminal y derecho penal (Cardozo, 2009).

En definitiva, la subsidiariedad es, en un Estado social y democrático de derecho, el punto de unión, el nexo entre las medidas extra penales y las penales, pues desde una lógica democrática, inherente al sistema, el recurso penal no puede ser más que una triste excepción, ya que, como acertadamente indica Fernández (2002) “lo más eficiente es prevenir el mal social con el bien social y no el daño con el daño”, pivote éste desde donde se puede sustentar más sólidamente la justa exigencia de la inexorabilidad del derecho penal como *última ratio*.

En este punto vale hacer notar que, si bien es cierto, lo señalado precedentemente no carece de valor, no puede olvidarse que en términos de realidad coyuntural, la política criminal atraviesa por vaivenes contrarios a la forma de Estado que se ha adoptado. Sobre el punto señala Silva (1997) que el desarrollo teórico de la política criminal ha llegado a un punto en que puede evaluarse, con algunos matices, como generalmente positivo, pero que “(...) no sucede lo mismo con la Política criminal *real* (...) dicha Política criminal puede -sin exceso- calificarse de efectista, ineficaz, caótica, y tendencialmente anti-garantista”. Llegando a afirmar este autor, que es posible constatar el “ocaso de las garantías formales”.

3.3. Constitución y política criminal

En cita de Gómez (2013) tomando como referencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (2001), no puede olvidarse que “existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, como quiera que ha habido una constitucionalización de aspectos medulares del derecho penal tanto en material sustantiva como procedimental, por cuanto la carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados, particularmente en el campo de los derechos fundamentales, que inciden de manera significativa en el derecho penal y a la vez, orientan y determinan su alcance”.

De lo anterior que el propio Roxin (2000) señale: “Conforme a la situación jurídica y constitucional actual, la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen, por tanto, a la política criminal y dogmáticamente tienen que resultar tan provechosos como sus orientaciones preventivas”.

Lo dicho significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como

el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

Pues bien, en este punto surge entonces la pregunta en relación con saber cuáles son esos principios, valores y derechos humanos y constitucionales que deben fundamentar y limitar el diseño y construcción de una política criminal en el marco de un Estado constitucional de derecho como lo es el colombiano a partir del año 1991, respuesta que sin lugar a dudas las proporcionara el necesario estudio de las temáticas propias del constitucionalismo y los derechos humanos.

Conclusiones

No existe un criterio uniforme sobre el contenido, objeto y función de la política criminal, pero sí que dentro de la idea general de un “sistema penal” el derecho penal será reflejo de la política criminal (Silva, 1997) y ésta, a su vez, manifestación de la forma y fines del Estado. De ello se sigue como esencial, y no tan sólo como potencial, el que la política criminal no se base sólo en criterios de “eficacia” (Ferrajoli, 1996) sino que han de considerarse e integrarse las garantías formales y materiales propias del Estado constitucional de derecho, mismas que no se encuentran en las dogmáticas específicas del derecho penal, sino que se hallan en el campo del constitucionalismo y de los derechos humanos como líneas jurídicas diferenciadas pero relacionadas con el derecho de penas.

Referencias bibliográficas

Antón Oneca, J. (1986). *Derecho Penal*, PG. 2ª Edición anotada y actualizada por José Hernández y Luís Beneytez. Madrid. Ed. Akal.

Baratta, A. (1978). *Criminología Crítica y Política Penal Alternativa*”, RIDP, N. 1.

Beristáin Ipiña, A. (1999). *Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)*, en AA.VV., Política Criminal comparada, hoy y mañana. Madrid. Cuadernos de Derecho Judicial.

Binder, A. (1997). *Política Criminal: De la Formulación a la Praxis*. Buenos Aires. Ed. AD-HOC.

Bustos Ramírez, J. (1994). *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. CNRR. Editorial Alfabetá.

Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malaree, H. (2004). *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid. Ed. Trotta.

Cardozo, R. (2009). *Bases de Política Criminal y Protección Penal de la Seguridad Vial*. Universidad de Salamanca. Salamanca, España.

Corte Constitucional de Colombia, (1995). *Sentencia C-038 del 09 de Febrero de 1995*. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, Colombia. Rama Judicial del Poder Público.

Corte Constitucional de Colombia, (2001). *Sentencia C-646 del 20 de Junio de 2001*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, Colombia. Rama Judicial del Poder Público.

Fernández Carrasquilla, J. (2002). *Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Ferrajoli, L. (1996). *El Estado constitucional de Derecho Hoy: el modelo y su divergencia de la realidad, en Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Andrés Ibáñez Editor y trad. Madrid. Ed. Trotta.

Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho, en Neoconstitucionalismo (s)*. Miguel Carbonell (ed.). Madrid. Ed. Trotta.

García-Pablos De Molina, A. (1996). *Sobre el Principio de intervención mínima del*

Derecho Penal como límite del Ius Puniendi, en AA.VV., Estudios Penales y Jurídicos, LH., al Prof. Enrique Casas Barquero. Universidad de Córdoba.

- García-Pablos De Molina, A. (2005). *Introducción al Derecho Penal*. Madrid. Ed. Universitaria Ramón Areces.
- Gómez Martín, V. (2007). *El Derecho Penal de Autor*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch.
- Gómez Pavajeau, C. (2013). *Introducción al Derecho Penal Constitucional*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica.
- Göppinger, H. (1975). *Criminología*. Trad. Luisa Schwarck e Ignacio Luzárraga, Madrid. Ed. Reus.
- Hassemer, W. (1992). *Control Social: Sus orígenes conceptuales y usos instrumentales*. RDPC, N. 2.
- Hassemer, W. (2003). *Contra el Abolicionismo: acerca del por qué no se debería abolir el derecho penal*. RP, N. 11.
- Herrero, C. (2007). *Política Criminal Integradora*. Madrid. Ed. Dykinson.
- Huertas, O, et al. (2005). *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia 1980-2005*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.
- Huertas, O, et al. (2007). *El Derecho al Debido Proceso y a las Garantías Judiciales en la Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.
- Jiménez De Asúa, L. (1977). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires. Ed. Losada.
- Kaiser, G. (1983). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*, trad. José Belloch. Madrid. Ed. Espasa-Calpe.
- Moreno Hernández, M. (2008). *Límites de la política criminal y del derecho penal*, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.). Madrid. Ed. Edisofer.
- Millitelo, V. (2003). *Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea*, en *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.). Cuenca. Ed. Universidad de Castilla, La Mancha.
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona. Ed. Bosch.
- Muñoz Conde, F. (2005). *La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la segunda guerra mundial. Historia de una relación atormentada*, en AA.VV., LH. Al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Mercedes Alonso Álamo (Et al.) (coords.). Madrid. Ed. Thomson Civitas.
- Muñoz Conde, F. (2012). *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá. Ed. Temis.
- Ortiz De Urbina Gimeno, I. (2004). *La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)*, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coords.)*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2004). *Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los Penalistas Españoles*. Madrid. Ed. Thomson-Civitas.
- Rodríguez Devesa, J. (1979). *El Derecho Comparado como Método de Política Criminal*. ADPCP, T. XXXII, Fasc. I.
- Romeo Casabona, C. (1997). *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución* (presentación), en *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Tenerife: CECUL.
- Roxin, C. (1992). *Sobre la significación de la sistemática y dogmática del Derecho penal en Política Criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*. Barcelona. Ed. PPU.
- Roxin, C. (2000). *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch.
- Sainz Cantero, J. (1979). *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona. Ed. Bosch.
- Schüler-Springorum, H. (1989). *Cuestiones Básicas y Estrategias de la Política Criminal*. Trad. Alberto Elbert. Buenos Aires. Ed. Depalma.

- Serrano Gómez, A. (2008). *Derecho Penal*, Madrid: Dykinson.
- Silva Sánchez, J. (1997). *Nuevas Tendencias Político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo*, en *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*. Tenerife: CECUL.
- Silva Sánchez, J. (1999). *Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal*, en AA.VV., *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos*, LH. A Profesor Ángel Torío López. Granada. Ed. Comares.
- Vázquez Rossi, J. (1992). *¿De qué nos Protege el Sistema Penal?* RDP, N. 57-58.
- Velasquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Von Liszt, F. (1914). *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T. II. Madrid. Ed. Reus.
- Zaffaroni, E. (1980). *Tratado de Derecho Penal*. PG. T. I. Buenos Aires. Ed. Ediar.
- Zaffaroni, E. (1998). *La ingeniería institucional criminal (Sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre Derecho Penal y Politología)*, en AA.VV., *Perspectivas Criminológicas: en el umbral del tercer milenio*, Ana Messuti (Coord.). Montevideo.