

SEGURIDAD CIUDADANA E INSEGURIDAD JURÍDICA

Prof. Dr. Fernando Velásquez V*

Profesor de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia)

RESUMEN: El presente artículo analiza la situación actual del Derecho Penal, en el contexto de las exigencias de una seguridad ciudadana, que cada vez afecta en mayor medida a los sistemas penales latinoamericanos. Esta situación conduce hacia una crisis de las funciones garantistas de prevención del delito y de las penas arbitrarias. Ante los desafíos que muestra la delincuencia de hoy día, los sistemas penales han optado por responder con un derecho penal máximo mediante reformas legislativas a la ley penal de dudosa constitucionalidad, ya que contravienen los principios de un derecho penal garantista. El expansionismo de la ley penal con el endurecimiento excesivo de las penas se presenta como el antídoto del problema de la inseguridad ciudadana; sin embargo, no hace más que conducir hacia el menoscabo de un sistema constitucional democrático. Lejos de la protección a la seguridad ciudadana, se está fomentando la inseguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: seguridad ciudadana, inseguridad jurídica, penalización, populismo penal.

ABSTRACT: This paper analyzes the current state of Criminal Law in the context of the requirements of public safety, which increasingly affects more Latin-American penal systems. This leads to a crisis of the guarantees functions of prevention of crime and arbitrary punishments. Given the challenges that crime shows today, the systems have chosen to respond with a maximum criminal law through legislative reforms to the criminal law of dubious constitutionality, as contrary to the principles of a criminal law that respects de guarantees. The expansionism of criminal law with excessive tightening of penalties is presented as the antidote to the problem of insecurity, but merely lead to the impairment of

a democratic constitutional system. Far from protecting the public safety, legal uncertainty is being promoted.

KEYWORDS: public safety, legal uncertainty, penalty, penal populism.

Fecha de recepción: 10 de agosto de 2013.

Fecha de aprobación: 13 de agosto de 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Ser invitado a participar en un Homenaje al Profesor FRANCISCO CASTILLO GONZÁLEZ, con motivo de sus setenta años de vida, es un orgullo para cualquier persona dedicada a estas actividades académicas. Y lo es, porque se trata de agasajar a uno de los más importantes juristas de habla hispana quien, con sus monumentales contribuciones a las Partes General y Especial del Derecho Penal, mucho ha aportado al avance de estas disciplinas en el contexto latinoamericano.

En el contexto de un mundo cada vez más globalizado —y la problemática aquí abordada no afecta tanto a Costa Rica como sí a los países de nuestra órbita cultural, incluida Colombia—, son atinadas las palabras de RIVERA y MONCLÚS al referirse a la España contemporánea: “constatamos una elevada inversión tanto pública como privada en sistemas de seguridad: alarmas, sistemas de videovigilancia, personal de seguridad privada, etc. La seguridad se ha convertido en una mercancía que centra los debates políticos, a la vez que también se recurre como instrumento electoral a las promesas de mayor rigor y severidad penal. Las ofertas de una cada vez mayor penalidad y seguridad han tenido un papel central en las citas electorales de los últimos años”; y añaden, “se ha generado una «obsesión securitaria» que la sociedad ha ido paulatinamente internalizando en detrimento, de garantías y libertades: las

estadísticas oficiales parecen confirmar algunos rasgos de esa deriva securitaria asumida por una ciudadanía en la que se mezclan desinformación y disgregación social, amén de una exigua ilustración”⁴⁰⁹.

Una de esas transformaciones legislativas fruto de esas demandas de seguridad —para el caso la número 45 en orden cronológico que ha sufrido la legislación penal colombiana— es la Ley 1453 de 24 de junio 2011, “*Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*”⁴¹⁰, que los detentadores de poder político y los legisladores de turno han anunciado con bombos y platillos como de la “*seguridad ciudadana*”⁴¹¹. Una normatividad que, dígame de una vez, sacrifica los principios que inspiran al Derecho penal plasmado por el constituyente, porque se cree que los postulados rectores del sistema penal son sólo «límites» del *ius puniendi* y no, como dirían BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y sus colaboradores, “principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal debe ser considerado como *Derecho penal*

⁴⁰⁹ Cfr. RIVERA/MONCLÚS, en “Presentación” del libro de De Giorgi, *Tolerancia Cero*, pág. 19.

⁴¹⁰ Cfr. *Diario Oficial* Núm. 48110 de 24 de junio 2011.

⁴¹¹ Ya en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley 164 de 2010 Senado (suscrita por los Ministros del Interior y de Defensa y por el Fiscal General encargado del momento) y elaborado por el Consejo de Política Criminal y Penitenciaria, organismo asesor del Ministerio del Interior y de Justicia, se comenzaba afirmando, “*El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes*; razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar...” y, por supuesto, en tono demagógico se añadió: “Sin embargo, la lucha contra el terrorismo y la delincuencia no puede ser una justificación para afectar los derechos de las personas, por lo que en la redacción de este proyecto *se ha tenido especial cuidado de que ninguna de sus disposiciones pueda afectar las garantías constitucionales de los ciudadanos*” (en: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Agenda%20Legislativa/PL%20164-10%20Estatuto%20seguridad%20ciudadana.pdf>, pág. 1, cursivas añadidas). La ponencia para primer debate en la Comisión Primera Constitucional del Senado, aparece en *Gaceta del Congreso*, N° 850, del 3 de noviembre de 2010, en <http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>

constitucional, pues, ...es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen”⁴¹².

Pues bien, con miras a emprender en esta oportunidad el necesario debate sobre el asunto, se aborda, en primer lugar, el marco general de la discusión jurídico-penal actual para mostrar la crisis que el Derecho penal soporta. En segundo lugar, se destina un acápite a examinar los más relevantes tópicos de la susodicha normatividad desde la perspectiva sustantiva. En tercer lugar, se consignan algunas conclusiones para la reflexión; al final, se cita el material bibliográfico utilizado para la confección de este escrito.

II. LA ACTUAL SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL

Sin duda, el Derecho penal de hoy soporta grandes trances⁴¹³, lo que ha llevado al Profesor FERRAJOLI⁴¹⁴ —en el volumen segundo, dedicado a la “Teoría de la Democracia”, en especial en los capítulos XV y XVI, donde se ocupa de los contenidos de la democracia y de los niveles de la misma, a la luz de su planteo minimalista—, a afirmar que en las democracias avanzadas —y su diagnóstico también es válido en países como los nuestros— la crisis del Derecho penal consiste en el quiebre de las dos funciones garantistas que le aportan legitimación: la de la prevención de los delitos y la de la prevención de las penas arbitrarias⁴¹⁵.

Ello, dice, es producto del doble cambio producido en la fenomenología de los delitos y de las penas favorecido por los procesos de globalización, que tiene que ver tanto con la *cuestión criminal* (valga decir, las formas económicas,

⁴¹² Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Curso*, 2ª. ed., pág. 44.

⁴¹³ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, págs. 1 y ss.

⁴¹⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris 2*, págs. 352 y ss.

⁴¹⁵ Sobre ello, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 331 y ss.

sociales y políticas de la criminalidad, en gran parte nuevas) como con la *cuestión penal* (esto es, las formas de intervención punitiva en gran parte viejas y degeneradas, las causas de la impunidad de la nueva criminalidad y las arbitrariedades y excesos punitivos). Pero, dice, lo que más ha cambiado es la *cuestión criminal*, pues hoy la delincuencia que amenaza a los derechos y a las libertades no es la vieja *criminalidad de subsistencia* sino la *criminalidad del poder*, un fenómeno inserto en el funcionamiento normal de la sociedad y que, por su carácter organizado, tiene dos formas: a) la de los *poderes abiertamente criminales*, sean de tipo político y terrorista, o de carácter económico y mafioso [los PODERES CRIMINALES]; y, b) la de los *crímenes de los poderes* sean económicos o públicos [los CRÍMENES DEL PODER].

En cuanto a la *cuestión penal*, muestra como los sistemas penales de las democracias avanzadas no han sabido responder a los grandes desafíos que hoy plantea la cuestión criminal y, en su lugar, han implantado un Derecho penal máximo que ha producido dos expansiones patológicas: la del *derecho de la penalización* (la inflación legislativa que lleva al colapso a los sistemas judiciales y del principio de legalidad, para crear un enorme derecho penal burocrático); y, la del aumento desmesurado de las aflicciones punitivas con el *incremento del encarcelamiento*, la criminalización de la pobreza y la impunidad de los crímenes de los poderosos, producto de una política indiferente a las causas estructurales de los fenómenos criminales y a las garantías, “sólo interesada en secundar o, lo que es peor, en alimentar los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad”, de allí que la “seguridad” sea el terreno privilegiado de esta política que, como él lo advierte, transmite un doble mensaje: uno, según el cual la única criminalidad es la callejera no la de los poderosos; y, otro, el vocablo seguridad ya no quiere decir en el lenguaje propio de la política “seguridad social” sino, al pervertirlo, sólo “seguridad pública” por lo cual, al utilizar el antiguo mecanismo del “chivo expiatorio, “al haber sido agredida la seguridad social por las políticas de reducción del estado social y de desmantelamiento del derecho del trabajo, las campañas de seguridad sirven para satisfacer el sentimiento difuso de inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente,

preferiblemente de color o extracomunitario”⁴¹⁶ —aquí los negros, los indígenas, los mendigos, los desempleados—. Todo ello, advierte, con un doble efecto: la identificación ilusoria de seguridad y derecho penal en el sentir común y la expulsión de las políticas sociales de inclusión.

Lo anterior, lleva a este lúcido pensador a plantear la necesidad de refundar el derecho punitivo: “ante la gravedad de la actual crisis, que compromete de manera radical la legitimidad del derecho y de la jurisdicción penal, a mi juicio, la única respuesta racional es la refundación del sistema punitivo en su conjunto, dirigida a restaurar su eficiencia y garantías según el modelo normativo que he llamado *derecho penal mínimo*. Un programa reformador semejante debería orientarse a restaurar el papel del derecho penal como instrumento costoso, sólo utilizable como *extrema ratio* y dirigido a la minimización de la violencia tanto de los delitos como de las penas y a la tutela de los bienes y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos”⁴¹⁷. Por eso propone, entonces, no sólo una drástica *despenalización* para que sólo se persigan aquellas conductas punibles graves que tengan alto impacto social sino una radical *descarcelación* para que el instrumento de la cárcel también sea para los hechos más significativos. En otras palabras: hay que posibilitar que el principio de legalidad vuelva a ser el postulado orientador y la columna vertebral de los sistemas punitivos.

Se trata, sin duda, de una propuesta audaz que está muy lejos de poder ser llevada a la realidad en países como Colombia pero que, en cualquier caso, dictamina muy bien las razones de la crisis y abre importantes senderos para el debate futuro. Por supuesto, mientras un planteamiento como el acabado de mencionar se logra llevar a la realidad, el Derecho penal liberal seguirá siendo arrasado por uno expansionista ahora expresado a través del llamado *derecho penal de enemigo*, que tanto han abanderado teóricos como GÜNTHER JAKOBS y

⁴¹⁶ *Idem*, págs. 361-362.

⁴¹⁷ Así, *Principia iuris* 2, pág 366.

sus secuaces, al recordar el derecho penal de la Escuela de Kiel en la época del nacionalsocialismo, como si no fuera evidente que “en un Estado de Derecho no puede existir un enemigo como no-persona”⁴¹⁸ y que el respeto por la dignidad humana es un punto de partida irrenunciable para cualquier penalista⁴¹⁹.

III. LA FALLIDA “SEGURIDAD CIUDADANA”

La normativa en examen —que tiene diversos precedentes en el derecho nacional⁴²⁰— aparece en el marco de ese criticado Derecho penal expansionista, no sólo en contravía de los dictados de la Constitución y de un Derecho penal liberal sino en el contexto de una marcada fragmentación social y con una notoria desigualdad económica, por lo cual ya la joven doctrina nacional la entiende como una manifestación de un derecho penal de enemigo⁴²¹. Al mismo tiempo, es también expresión de lo que algunos llaman “*el populismo penal*” construido de la mano del renacer de los derechos de las víctimas⁴²², o lo que otros denominan el “*Derecho penal de la seguridad ciudadana*”⁴²³; este último, un diseño propalado por las potencias para conjurar los brotes de delincuencia que

⁴¹⁸ SCHÜNEMANN, *Aspectos puntuales*, pág. 79.

⁴¹⁹ PARMA, *Derecho penal convexo*, pág. 142.

⁴²⁰ Sólo para citar algunos, recuérdense el Decreto 1923 de 1978, llamado “Estatuto de Seguridad de la época de Turbay Ayala; o el desafortunado D. 180 de 1988 y normas concordantes o “Estatuto Para la Defensa de la Democracia”, de la época del Presidente Barco [Sobre ello, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la Defensa de la Democracia” en *NFP* N° 40. págs. 211 y ss.]; o, en fin, la malhadada Ley 1142 de 2007 “por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

⁴²¹ Cfr. GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, págs. 383 y ss.

⁴²² Por ejemplo, GARGARELLA, *De la injusticia penal*, págs. 77 y ss.

⁴²³ Cfr. Díez Ripollés, *La Política criminal en la encrucijada*, págs. 69 y ss.

asolan a la comunidad planetaria actual⁴²⁴, una de cuyas más crudas expresiones es el modelo de la “Tolerancia cero” puesto en ejecución, en los años noventa del siglo pasado, por RUDOLPH GIULIANI, el Ex Alcalde de Nueva York⁴²⁵ y diseminado a lo largo y ancho del continente en la primera década de este siglo⁴²⁶.

De ahí, pues, el nombre dado por el legislador vernáculo a la citada legislación, que reproduce las mismas denominaciones y hasta los contenidos que se aprecian en reformas similares operadas en otros países y no sólo en el subcontinente latinoamericano⁴²⁷ sino en España⁴²⁸ y en los países anglosajones⁴²⁹.

A. Las penas draconianas. El texto en estudio prescribe desaforados incrementos punitivos que, en algún caso, llegan hasta la cadena perpetua; en efecto: de un lado, se prevén penas hasta de 90 años, como se infiere del art. 6º, que introduce un nuevo art. 188 C al C. P. en tratándose del tráfico de menores; aquí, pues, se traspasan de manera flagrante los límites formales y materiales a la potestad punitiva del Estado⁴³⁰, para el caso los principios de

⁴²⁴ Este modelo ha sido muy bien estudiado, comparándolo con el de Gran Bretaña, por GARLAND, *La cultura del control*, págs. 9 y ss., 31 y ss., 179 y ss.

⁴²⁵ Sobre el proceso de gestación del mismo, véase, entre otros, WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, págs. 32 y ss.; DE GIORGI, *Tolerancia Cero*, págs. 37 y ss., 153 y ss.

⁴²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, “Prólogo” a Gargarella, *De la Injusticia Penal*, págs. 11 y ss.

⁴²⁷ Así, GARGARELLA, *De la injusticia penal*, págs. 25 y ss.

⁴²⁸ Véase, Díez Ripollés, *La Política criminal en la encrucijada*, págs. 29 y ss. Un buen ejemplo es la “Ley Corcuera” o “Ley de la patada en la puerta” — polémica ley de Seguridad Ciudadana (Ley 1 de 1992) cuya inspiración se atribuyó al entonces Ministro del Interior de España, José Luis Corcuera Cuesta—, muy bien cuestionada por Andrés Ibáñez, “Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la ley Corcuera”, págs. 3 y ss.

⁴²⁹ Véase, GARLAND, *La cultura del control*, págs. 31 y ss., 179 y ss.

⁴³⁰ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., págs. 45 y ss.

legalidad y taxatividad, dignidad de la persona humana, proporcionalidad, acto y culpabilidad, que emergen de claras previsiones constitucionales (arts. 1, 5, y 12, 16, 29 y 34 inc. 1º, a las que se deben sumar los arts. 1, 2, 3, 6, 9 a 12 del C. P., entre otros)⁴³¹.

De otro lado, se observan sanciones más elevadas para diversas conductas punibles, como sucede en el art. 7º que, en situaciones de agravación, castiga la conducta consistente en el uso de menores de edad en la comisión de delitos (ahora el nuevo art. 188D del C. P.)⁴³² con sanciones entre 17.7 y 45 años de prisión y que se imponen “*por esta sola conducta*”. También, el art. 11 — modificadorio del art. 376 del C. P. en materia de tráfico, fabricación o porte de “estupefacientes”— prevé castigos de hasta 30 años de prisión en casos graves, que antes llegaban a los 20 años; y el art. 12, incrementa la pena privativa de libertad para la conducta de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, prevista en el art. 382 del C. P., hasta los 15 años.

De igual forma, son notorios los incrementos punitivos previstos en el art. 345 (cfr. art. 16) en materia de financiación del terrorismo y grupos de delincuencia organizada que, de una pena privativa de la libertad de seis a doce años y multa de 200 a 10000 SMLMV, pasó a “prisión de trece (13) a veintidós (22) años y multa de mil trescientos (1300) a quince mil (15000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Igual sucede con la conducta de “*fabricación, tráfico, y porte de armas de fuego o municiones*” que ahora, en tratándose de la modalidad básica, es de nueve a doce años de prisión (inc. 1o.); y, en su especie complementada agravada, de 18 a 24 años de prisión (inc. 2o.)⁴³³. Apreciación

⁴³¹ Por ello, aunque sin la vehemencia que era necesario imprimirle al pronunciamiento, la Comisión Asesora del Consejo de Política Criminal en su “Informe” del mes de marzo del presente 2012, afirma que esta disposición entroniza la cadena perpetua (cfr. *Informe Final*, pág. 26); igual, GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, pág. 399.

⁴³² Declarado exequible mediante sent. C-121 de 22 de febrero 2012.

⁴³³ Los incrementos punitivos en tratándose de estas dos modalidades de la conducta punible son sorprendentes: a) el texto original, vigente a partir del 25 de julio de 2001, señalaba un mínimo de un año (1) y un máximo de cuatro (4) para la infracción básica; y, de dos (2) a ocho (8) para la complementada agravada; b) la ley 890 de 2004, art. 14,

similar cabe hacer en relación con el art. 20 de la Ley que introduce un nuevo texto al art. 366 del C. P.⁴³⁴; y, con el art. 22 de la normativa que modificó el texto del art. 377B, para introducirle penas privativas de la libertad que llegan hasta los cuarenta y cinco años⁴³⁵.

En fin, debe decirse que también los arts. 328 a 339 del C. P. en materia de delitos contra los recursos naturales han sido objeto de algunas modificaciones —en esencia para aumentar las penas—, sin que al legislador le preocupe para nada la ineficacia de esos textos pese a que a diario, como lo sabe la opinión pública, se cometen en el país monstruosos atentados contra el medio ambiente y los recursos naturales que reportan pingües ganancias a los depredadores, muchos de ellos ciudadanos o empresas transnacionales extranjeros (cfr. arts. 29 a 40 de la Ley), cuyo tratamiento penal es el propio de las criminalidades privilegiadas porque para ellas, ad vera FERRAJOLI, el derecho penal es mínimo gracias al efecto de duplicación que se observa: “derecho

había incrementado los respectivos en mínimos en la tercera parte (16 meses y 32) y los máximos en la mitad (64 meses y 144); c) la Ley 1142 de 2007, en su art. 38, señaló para la hipótesis básica una pena de prisión entre 4 y 8 años y, para la modalidad complementada agravada, de 8 a 16 años de prisión. Esto significa, entonces, que —en once años— para la modalidad simple el mínimo pasó de un año a nueve, y el máximo de cuatro a doce años; para la modalidad complementada agravada, el mínimo de dos se convirtió en 18 años de prisión y el máximo de ocho se tornó en 24 años de prisión. No obstante, obsérvese, la Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta esta disposición como se infiere de la sent. C-121 de 22 de febrero 2012.

⁴³⁴ También, en un lapso de once años —tras tres reformas— se puede constatar como la pena para la conducta básica que era de tres a diez años de prisión en el texto original, pasó a ser de 11 a 15 años; y la imponible a las figuras complementadas agravadas pasó de 6 a 10 años a convertirse en pena privativa de la libertad de 22 a 30 años. ¡Una escalada punitiva desmesurada e inconcebible!

⁴³⁵ Este artículo había sido introducido por la Ley 1311 de 2009 con penas de 8-14 años de prisión para el tipo básico y de 128 meses a 252 meses (21 años) para el supuesto de hecho complementado agravado. Ahora la figura básica, gracias a esta andanada punitiva, tiene un mínimo de 15 y un máximo de 30 años. La modalidad complementada (cuando la conducta es cometida por servidor público) del inc. 2º es ahora de 20 (240 meses) a 45 años (540 meses).

mínimo y dúctil para los ricos y los poderosos; derecho máximo e inflexible para los pobres y los marginados”⁴³⁶.

B. Las confusiones teóricas. Por supuesto, también se evidencia el desconocimiento de las categorías propias de las construcciones académicas — para el caso la Teoría del delito—, como se desprende de diversas previsiones:

1. *La asunción de un concepto extensivo de autor.* El art. 6º que erige en punibles las conductas de tráfico de menores (cfr. Art. 188C), castiga como autor a todo a aquél que intervenga en la realización de las mismas sin distinguir la clase de su aporte, por lo cual de nada sirven los distingos previstos en los arts. 28 a 30 del C. P.⁴³⁷; es más, se adelantan las barreras de punición, para castigar como ya consumadas las diversas fases del *iter criminis*. Iguales críticas cabe hacerle a los arts. 7º que introduce el art. 188D en el C. P.⁴³⁸ y 16 de la Ley que, recuérdese, da un nuevo cuerpo al art. 345 del C. P. en materia de “Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”⁴³⁹. Semejante manera de entender los fenómenos de autoría y participación —que no es nueva, pues ya se encuentra en los arts. 376 y 382, entre otros— es propia,

⁴³⁶ Así, *Principia iuris* 2, pág 364.

⁴³⁷ Dice así: “El que *intervenga en cualquier acto o transacción* en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas”.

⁴³⁸ Dispone: “El que *induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice* a un menor de 18 años a cometer delitos o *promueva* dicha utilización, constreñimiento, inducción, o *participe de cualquier modo en las conductas descritas*”. No obstante, la Corte Constitucional no encontró ningún quebranto a la Carta Fundamental (cfr. sent. C-121 de 22 de febrero 2012).

⁴³⁹ Reza así: “El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos de delincuencia organizada, grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas”.

como se sabe, de una concepción autoritaria del Derecho penal que reniega del principio de acto y acoge los postulados propios de un derecho penal de autor.

2. *Las descripciones típicas que vulneran el mandato de taxatividad del supuesto de hecho.* Así mismo, la raigambre antiliberal del cuerpo normativo en examen, se ve cuando el inc. 1º del art. 6º de la Ley prevé un supuesto de hecho de contenido borroso y gaseoso —casi una verdadera cláusula general—, cuando reza: “El que intervenga *en cualquier acto o transacción* en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o *cualquier otra retribución* a una persona o grupo de personas”; igual los arts. 7º y 9º⁴⁴⁰. Se trata, en verdad, de supuestos mal redactados, que no precisan con claridad la conducta acriminada; con su introducción, pues, se pone en grave riesgo el programa penal de la Constitución⁴⁴¹ que abandera principios como los de legalidad y de taxatividad a título de límites formales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado (cfr. arts. 29 Const. Pol., 6 y 10 del C. P.), algo que no debe tolerar un derecho penal mínimo.

Otro tanto cabe predicar del art. 10º, que modifica el art. 359 del C. P. en materia de lanzamiento y empleo de materiales peligrosos⁴⁴², que también en su

⁴⁴⁰ Que le introduce un nuevo tenor literal al art. 261: “El que para apropiarse en todo o en parte de bien inmueble, o para derivar provecho de él destruya, altere, o suprima los mojones o señales que fijan sus linderos, o los cambie de sitio...Si con el mismo propósito se desarrollan acciones jurídicas induciendo a error o con la complicidad, favorecimiento o coautoría de la autoridad notarial o de registro de instrumentos públicos”.

⁴⁴¹ Por tal, entiende BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al. (Curso, 2ª. ed., pág. 45), “el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar” (pág. 45). De forma más precisa: “un conjunto de postulados político-criminales genéricos y no...soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo” (idem). Por ello, pues, conforman ese Derecho penal constitucional los Principios generales de la Constitución y determinados preceptos de la misma que prevén mandatos, prohibiciones y preceptos atinentes a los derechos fundamentales.

⁴⁴² Pune al que “emplee, envíe, remita o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público” “...sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por tratados internacionales

inciso final —en contravía de los principios de lesividad y del acto— pune con multa progresiva o unidad multa a quien “*porte o ingrese armas blancas u objetos peligrosos al interior de un escenario deportivo o cultural*”⁴⁴³; vale decir, se adelantan de tal manera las barreras de punición que se castigan como conductas punibles independientes los meros actos preparatorios. Conste, además, que en este caso se trata de un *tipo de peligro abstracto* que contraría los dictados del art. 11 del C. P. que plasma otra norma rectora de la ley penal colombiana, de la que se infiere que el peligro concreto para el bien jurídico debe integrar todos y cada uno de los tipos penales previstos en la Parte Especial, so pena de tenerlos como inconstitucionales⁴⁴⁴.

Adicional a lo anterior, como para corroborar que la Ley está plagada de disposiciones que arrasan con el ideario demoliberal, se añade a algunas disposiciones como elemento subjetivo del tipo distinto al dolo el de los “*finés terroristas*” [cfr. arts. 425, 426 y 428 (cfr. arts. 13 y 14)] y se ratifica el contenido de otras que ya lo contenían; recuérdese, para comenzar, que en el texto original y en diversas leyes modificatorias se agregaron a los supuestos de hecho elementos con este contenido⁴⁴⁵ y se concibieron dos modalidades de figuras distintas para regular la conducta de terrorismo: los arts. 144 y 343-344. También, en otras disposiciones, se castigan comportamientos llamados a fomentar estas

ratificados por Colombia o disposiciones vigentes”, que son las sustancias mencionadas en el artículo 358.

⁴⁴³ La expresión “u objetos peligrosos” fue declarada ajustada a la Constitución por no quebrantar el principio de legalidad. Cfr. sent. C-121 de 22 de febrero 2012.

⁴⁴⁴ Cfr. FERRAJOLI, Derecho y razón, pág. 479; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho penal, Parte General, 4ª ed., pág. 405). Sobre este tema ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: “Dado que el legislador colombiano exige como elemento de la antijuridicidad la puesta efectiva en peligro del bien jurídicamente tutelado, necesario resulta precisar que con ello se hace referencia a que el riesgo que en concreto o en abstracto previó el legislador al emitir el tipo penal se verificó de modo real y verdadero. En fin, una conducta sólo podrá ser catalogada como antijurídica cuanto con ella se crean situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés” (sent. de 21 de octubre 2009, radicado: 29655).

⁴⁴⁵ Véanse, arts. 104 num. 8, 170 num. 7º, 197, 269 H num. 6º, 332 inc. 2º, 348 inc. 2º, 357 inc. 2º, 359 inc. 3º, 371 inc. 3º, 372 inc. 4º y 427.

acciones: arts. 323, 340 inc. 2º, 346, 415, 441, 449 inc. 2º y 450 inc. 2º; de esta manera, en el contexto de una sociedad asolada por este mal endémico de las organizaciones sociales contemporáneas, se tiñe casi todo el tejido legal de terrorismo, como producto de diversos instrumentos internacionales que comprometen al Estado colombiano en la persecución y represión de este crimen⁴⁴⁶ lo que, por supuesto, no justifica todo tipo de abusos y de torpezas en materia de la técnica legislativa.

Buenos ejemplos de supuestos de hecho borrosos o gaseosos, que arrasan con los principios de legalidad y de taxatividad, son: el nuevo texto del art. 345 ya citado; el art. 19, que modifica el art. 365 del C. P. y muestra ahora una conducta mucho más amplia y abstracta que la original⁴⁴⁷, con la advertencia

⁴⁴⁶ Por ejemplo, debe mencionarse la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el día tres de junio de 2002, en Bridgetown, Barbados, XXXII Asamblea General de la OEA. AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), que entró en vigor el día diez de julio 2003 (cfr. www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.htm); la Convención fue incorporado al ordenamiento mediante la Ley 1108 del 27 de diciembre de 2006. Otros instrumentos internacionales sobre la materia o ligados con ella, son: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre 1970; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre 1971; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre 1973; Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre 1979; Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el tres de marzo 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el diez de marzo 1988; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo 1988; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de diciembre 1997; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el nueve diciembre 1999; y, finalmente, el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, aprobado en New York el día catorce de septiembre 2005.

⁴⁴⁷ Dispone: "El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar

de que el inc. 3° abre todavía más la figura cuando se le introducen siete complementos⁴⁴⁸, sobre todo el 5° —herencia positivista del C. P. de 1936, que aparece a lo largo de la Parte Especial⁴⁴⁹— que desquicia la teoría del concurso de personas en el hecho punible, pues al tratarse de tipos *de propia mano* no admiten la coautoría⁴⁵⁰ y, por supuesto, el N° 7 que confunde la figura en examen con las de concierto para delinquir (arts. 340 y ss.)⁴⁵¹.

En fin, el desafortunado legislador pune con penas que van de nueve a doce años (hipótesis básica) o de 18 a 24, en las modalidades complementadas agravadas, a quien realice cualquiera de las siete conductas: “...*cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal*”, las mismas que suelen utilizar los campesinos y labriegos del país para defenderse de los malhechores, practicar la caza como parte de su dieta alimenticia o realizar actividades recreativas, aunque se hace una excepción mediante la cual se ratifica el absurdo: “*salvo las escopetas de fisto en zonas rurales*” que, por aquellos artilugios, si son prohibidas en las zonas “no rurales”⁴⁵².

armas de fuego de defensa personal, *sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones*”.

⁴⁴⁸ Dice así: “La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias: 1. Utilizando medios motorizados. 2. Cuando el arma provenga de un delito. 3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades. 4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten. 5. *Obrar en coparticipación criminal*. 6. *Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad*. 7. *Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado*”.

⁴⁴⁹ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., págs. 1122 y 1123.

⁴⁵⁰ *Idem*, pág. 904; también, GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, pág. 404.

⁴⁵¹ Cfr. GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, pág. 404.

⁴⁵² Ello generó enconados debates en la Comisión Primera constitucional Permanente de la Cámara de Representantes. Cfr. Acta N° 51 de 24 de marzo, 2011, en: www.camara.gov.co/.../126-acta-51-comision-primera.

Un comentario similar cabe en relación con el art. 20 de la Ley que introduce un nuevo texto al art. 366 del C. P. en materia de “*Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos*” que, además, remite a los mismos complementos del art. 365 para conformar plurales figuras complementadas agravadas.

En otras palabras, de lo dicho se infiere que del tenor literal de las normas citadas se castiga con elevadas penas quienes, ni por asomo, ponen en riesgo los bienes jurídicos (máxime si aquí se trata de delitos de “*peligro común*”).

3. *El castigo del consumidor de drogas prohibidas como si fuese traficante.*

Otra muestra palpable de los toques autoritarios de la Ley en comento es la pretensión de punir como traficantes a los consumidores de drogas ilícitas, como se infiere del texto que se le introdujo al art. 376 del C. P. mediante el art. 11 intitulado como “*Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*”⁴⁵³, del que desapareció la expresión “*salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal*” que excluía al porte; se buscaba, pues, armonizar la Ley Penal con el contenido del Acto Legislativo 02 de 21 de diciembre 2009, art. 1º, que modificó el 49 de la Constitución Política para criminalizar el porte de dosis personal⁴⁵⁴, una de las

⁴⁵³ Cuyo texto señala: “El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas”.

⁴⁵⁴ La Corte Constitucional se ha pronunciado en dos oportunidades en relación con demandas parciales contra el art. 1º del ese Acto Legislativo: en una oportunidad, declaró inepta la demanda que cuestionaba el aparte del inc. 8º: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica” (cfr. sent. C-574 de 22 de julio de 2011; y, en otra, declaró ajustados a la Constitución los dos incisos finales: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. /Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente

banderas del expresidente URIBE VÉLEZ. Además, con esa previsión se amplió al máximo el contenido de la prohibición de forma tal que se volvió todavía una cláusula más general, que se lleva de calle el principio de taxatividad del supuesto de hecho y, por ende, desconoce los límites a la potestad punitiva del Estado, entre los cuales debe mencionarse el postulado de necesidad de intervención o de intervención mínima⁴⁵⁵.

Sobre tan aberrante previsión la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵⁶ sostuvo que el concepto de dosis personal no había desaparecido⁴⁵⁷; y, la Corte Constitucional⁴⁵⁸, en la misma línea de análisis, dispuso declarar exequible de forma condicionada el citado artículo⁴⁵⁹. Por

campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos” (cfr. Sent. C-882 de 23 de noviembre 2011).

⁴⁵⁵ A este respecto, bien vale la pena recordar lo expresado por ANDRÉS IBÁÑEZ, hace ya más de veinte años, para referirse al entonces Proyecto de “Ley Corcuera” que también criminalizaba el consumo de drogas: “En semejante cuadro, podría parecer una ironía tratar de rastrear siquiera un atisbo de vigencia del principio de intervención mínima. No sólo porque se criminaliza (si, ya sé que sólo administrativamente) el consumo de drogas, rompiendo con la tradición liberal de no penalización de los actos contra sí mismo, sino también por la persistencia en la voluntad sancionadora a ultranza, incluso cuando se trate de hechos que no serían siquiera constitutivos de falta” (“Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la ley Corcuera”, págs. 5-6).

⁴⁵⁶ Véase, providencia del 17 de agosto de 2011, radicado: 35978.

⁴⁵⁷ Dijo: “Es decir, a pesar de la reforma constitucional a través del Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley de Seguridad Ciudadana, es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes, esto último de acuerdo con el desarrollo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema”. Al respecto, es importante recordar lo señalado en la sent. de 18 de noviembre 2008, radicado: 29183.

⁴⁵⁸ Mediante sent. C-491 de 28 de junio de 2012.

⁴⁵⁹ Expresó: “...en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado”. Señaló, además: “...la supresión de la expresión “salvo los dispuesto sobre dosis para uso personal” del tipo penal de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2º

supuesto, los malabares interpretativos hechos por esos organismos no logran demostrar que el querer del legislador era muy otro y que, como lo dijo de forma lúcida el Profesor LONDOÑO BERRÍO al referirse a esta política criminal en materia de drogas, se ha producido la transformación de un derecho constitucional a un “crimencito”, pues se trata de “un populismo punitivo que de forma desesperada busca legitimar el castigo, para universalizar particularismos morales y aniquilar las libertades que identifican una auténtica democracia”⁴⁶⁰.

4. *La criminalización de ciertas situaciones propias del derecho laboral o de la protesta social.* Así mismo, para aludir a la primera de las manifestaciones citadas, debe destacarse como al contrariar un Derecho penal mínimo afincado en el principio de lesividad (que conlleva tanto el carácter fragmentario como el subsidiario), el art. 26 de la Ley —que modifica el art. 200 del C. P. y que sólo apareció en el tercer debate que se le dio al Proyecto inicial en la Cámara de Representantes— criminaliza la celebración de pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados para concederles ventajas y/o beneficios⁴⁶¹. Por supuesto, un legislador distinto —liberado de presiones foráneas como las impuestas por el TLC suscrito con los Estados Unidos de América— habría dejado la solución de este conflicto al escenario propio de las relaciones

literal j) de la Ley 30 de 1986. A esta conclusión se llega con fundamento en que subsisten en el orden constitucional los mandatos (Arts. 1º y 16 C.P.) que condujeron a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley 30 de 1986 en la sentencia C- 221 de 1994. La introducción de los incisos 6 y 7 del artículo 49 de la C.P. por el Acto Legislativo 02 de 2009, no establece un nuevo parámetro constitucional que permita la penalización del porte y consumo de sustancia prohibida en cantidad considerada como dosis personal, comoquiera que contempla una prohibición seguida de medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico y terapéutico para el adicto, estrategias que lejos de amparar una opción represiva para la persona narcodependiente, propenden por su atención, acompañamiento y rehabilitación”.

⁴⁶⁰ Cfr. LONDOÑO BERRÍO, “Los avatares de la «dosis personal», págs. 128 y ss., 215.

⁴⁶¹ Dice así: “En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa”.

laborales colectivas sin tener que acudir al Derecho penal⁴⁶²; no obstante, la Corte Constitucional —con argumentos sofisticados— declaró ajustado dicho texto a la Carta Fundamental⁴⁶³, por entender que esa descripción típica es una forma de combatir el terrorismo ya castigado en otros dispositivos legales.

De igual forma, de cara a la segunda manifestación legislativa anunciada en el título de este numeral, debe decirse que el art. 44 —por medio del cual se añade al C. P. el art. 353A intitulado como “*obstrucción a vías públicas que afecten el orden público*”—, no es otra cosa que una forma camuflada de criminalizar la protesta social en sus diversas manifestaciones algo que, en definitiva, no puede tolerar un derecho penal liberal; para ese tipo de comportamientos, por supuesto, están instituidos otros controles de índole administrativa⁴⁶⁴.

5. Algunos yerros y absurdos dogmáticos. Fuera de lo dicho, se observa como el legislador de turno —de espaldas a las construcciones del delito que ya llevan más de cien años en el país—, comete errores imperdonables. En efecto, en primer lugar, el art. 41 modificadorio del art. 130 del C. P. dispone en su inciso 2º que, en materia de abandono de personas desvalidas, cuando ese comportamiento se produzca “*en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro* **se constituirá la tentativa de homicidio** y si

⁴⁶² Véase, GUTIÉRREZ CASTAÑO, “La Política criminal en Colombia”, págs. 405-406.

⁴⁶³ Cfr. sent. C-571 de 18 de julio 2012: “...aumentar las penas de las violaciones a los derechos de reunión y asociación, en un contexto en el cual las organizaciones de personas trabajadoras enfrentan violaciones y amenazas mediante acciones terroristas y violentas como pocos lugares en el mundo y de distintos espectros ideológicos y políticos, en un proyecto que pretende, entre otras cosas, implementar una política criminal de aumento de penas que asegure la adecuada imposición de la responsabilidad de los actores ilegales organizados que recurren a la violencia y el terror como medio de afectación social, al grado tal de afectar el estado de derecho, lejos de ser una media legislativa que tan sólo logre enriquecer el proyecto de ley, se trata de una disposición que prácticamente es indispensable incluir para lograr, efectivamente, la consecución de la política criminal anunciada”.

⁴⁶⁴ No obstante, mediante sent. C-742 de 26 de septiembre de 2012, con tres salvamentos de voto, la Corte Constitucional declaró exequible el texto del artículo.

sobreviniere la muerte **la pena** que se aplica será la misma **contemplada para homicidio** en el artículo 103 de la presente ley”. Por supuesto, con ello se trastoca toda la teoría de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo porque se presume la presencia de este instituto cuando se realizare la susodicha conducta omisiva que, además, tampoco se precisa, con el consiguiente desquiciamiento del principio de taxatividad o de determinación. Por lo demás, de otro lado, el texto en comento vuelve homicidio simple doloso el abandono de la persona seguido del resultado muerte, con lo cual se cae en otra inconveniente presunción que desvertebra toda la estructura de los tipos penales en cuestión.

Así mismo, como si lo anterior fuera poco, el art. 18 que le agrega al Código un nuevo artículo 356A⁴⁶⁵, lleva a absurdos de proporciones: de un lado, introduce la figura de la legítima defensa en la Parte Especial como si no fuera cierto que ya está prevista como causal de exclusión de la responsabilidad en el art. 32 del C. P. Además, dado que el art. 104 en armonía con el art. 103 prevé la modalidad de homicidio catastrófico (cuando el sujeto activo acude a una de las conductas mediales previstas en los arts. 350 y ss.), ahora resulta que matar a otro mediante un disparo con arma que se porte lícitamente, es un homicidio complementado agravado; en cambio, llevarlo a cabo con arma que se porte ilegalmente puede ser un homicidio simple.

De igual forma, téngase muy en cuenta, se sanciona la sola realización de la conducta (¡ahora disparar con arma de fuego amparada es un delito y si ella no lo está no lo es!) sin importar —como sí sucede en art. 356 del C. P.⁴⁶⁶— hacia qué

⁴⁶⁵ Dispone que “quien teniendo permiso para el porte o tenencia de armas de fuego la dispare sin que obre la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente e inevitable de otra manera, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, cancelación del permiso de porte y tenencia de dicha arma, y la imposibilidad por 20 años de obtener dicha autorización; siempre que la conducta aquí descrita no constituya delito sancionado con pena mayor”.

⁴⁶⁶ En esta disposición, recuérdese, castiga el disparo de arma de fuego sobre vehículo en cuyo interior se transporten personas: El que dispare arma de fuego contra vehículo en que se hallen una o más personas, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”.

objetivo se dirige la acción, con lo cual se desconoce de forma descarada el principio de lesividad en sus diversas manifestaciones; se hace, pues, trizas el art. 11 del C. P. que consigna una norma rectora de la Ley Penal Colombiana. ¡Una verdadera esquizofrenia legislativa!

A más de lo anterior, agréguese que el art. 21 de la Ley⁴⁶⁷ —por medio del cual se inserta el art. 374A en el Código Penal y que castiga la enajenación ilegal de medicamentos—, criminaliza los derechos del paciente quien con la droga que se le suministra puede hacer lo que a bien tenga. Por eso, no se sabe como la conducta allí descrita pueda atentar contra la “seguridad ciudadana” cuando la propia Ley omite tratar atentados más graves que éste en las áreas de la salud y la seguridad social que, recuérdese, han conducido a la actual crisis. En fin, semejante previsión legal arrasa con los dictados de los principios de lesividad y necesidad de intervención porque comporta la utilización de la herramienta penal para resolver conflictos que, en muchos casos, ni siquiera son del resorte del derecho en cualquiera de sus manifestaciones, todo ello en contravía de un derecho penal mínimo.

También, debe destacarse la entronización de formas de responsabilidad objetiva en la Ley que no sólo contrarían el principio de culpabilidad sino que desvirtúan la presunción de inocencia y los principios de proporcionalidad y lesividad, entre otros. Es lo que sucede, en efecto, con el texto del art. 27, que adicionó el C. P. con el art. 447A⁴⁶⁸, en materia de comercialización de autopartes hurtadas. Ahora, se varió el viejo texto y se le añadió un

⁴⁶⁷ Se pune a quien “*con el objeto de obtener un provecho para sí mismo o para un tercero enajene a título oneroso, adquiera o comercialice un medicamento que se le haya entregado a un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”.

⁴⁶⁸ Texto ya introducido en el pasado mediante Ley 738 de 25 de abril de 2002, declarada inexecutable mediante sent. C-205 de once marzo 2003, aunque por otras razones y con un contenido distinto.

inconstitucional parágrafo, declarado inexecutable mediante la sent. C-365 de 16 de mayo 2012⁴⁶⁹.

En fin, todo lo anterior demuestra que es verdad lo dicho por el propio FERRAJOLI cuando —al ocuparse de la deriva inflacionista y del colapso del principio de legalidad— advierte que la hipertrofia de la penalización no sólo es de tipo cuantitativo (las leyes se producen de forma masiva) sino que es provocada por “la baja calidad de las leyes, por la indeterminación de los tipos penales, la proliferación de las figuras de delito de sospecha y de peligro abstracto, el uso de un lenguaje oscuro y polisémico, la inclusión en las leyes de artículos de páginas enteras cargados de derogaciones y reenvíos que dan lugar a intrincados y tortuosos laberintos normativos y a insuperables aporías y contradicciones”⁴⁷⁰.

C. Las modificaciones a la Ley procesal y otras medidas. En un escenario como este no podían faltar diversas mutaciones al Código de Procedimiento Penal, no siempre presididas por la misma filosofía de la seguridad y acompañadas del autoritarismo, cuando se evidencia que la Ley en comento —siempre preocupada por pisotear las garantías— amplía los términos legales para formular la acusación, solicitar la preclusión, celebrar la audiencia preparatoria o la del juicio oral (cfr. art. 49, que modifica el art. 175 de la Ley 906 de 2004), todo ello en contravía del derecho a la libertad y en plan de privilegiar aún más la desafortunada estructura procesal penal burocrática existente⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ El tenor es el siguiente: “*quien comercie con autopartes de vehículos automotores hurtados* incurrirá en la misma pena del artículo anterior. PARÁGRAFO. *El que transfiera o utilice a cualquier título los documentos, licencias, números de identificación de los vehículos automotores declarados en pérdida total*, incurrirá en la pena en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁴⁷⁰ Así, *Principia iuris* 2, pág 358.

⁴⁷¹ No obstante, una disposición importante por su contenido libertario y su sabor democrático como la plasmada en el parágrafo del artículo, en la cual se le ponían términos definidos a las indagaciones preliminares, no ha sido aplicada por los funcionarios que han esgrimido pretextos de diversa índole para no aplicarla. Dice así: “La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de

Además, el art. 50 modificó el art. 225 de la Ley 906 de 2004, en materia de registros y allanamientos, para volver a permitir esos procedimientos nocturnos erradicados para evitar atropellos a los ciudadanos; y, el art. 51, introdujo diversas excepciones para practicarlos sin orden judicial escrita.

También, el art. 52 le dio una nueva redacción a las normativas en materia de interceptación de comunicaciones; el art. 54 hace lo propio en materia de vigilancia y seguimiento de personas; el art. 57, que introdujo un párrafo al art. 301 del C. de P. P., dispuso que la reducción de la pena señalada para los casos de aceptaciones de cargos se reduce de forma considerable, en casos de flagrancia⁴⁷²; el art. 61 endureció, todavía más, el régimen de la privación de la libertad al modificar las causales de concesión de la misma. Incluso, con un toque aún más peligrosista —que desquicia el principio de culpabilidad— el art. 65 modificó el régimen del art. 310 cuando define lo que se entiende por “peligro para la comunidad” y se modificó —una vez más— el régimen en materia de extinción y dominio de bienes (arts. 72 y ss.), todo ello bajo el manto de que se trataba de “medidas para garantizar la seguridad ciudadana” en estos ámbitos.

En fin, añádase, se adoptaron “medidas para garantizar la seguridad ciudadana relacionadas con el Código de la Infancia y la Adolescencia” (arts. 87 y ss.); se expidieron “disposiciones en materia de seguridad y convivencia en el

la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años”. También, pues, los funcionarios legislan a su amaño.

⁴⁷² La Corte Constitucional (cfr. sent. C-645 de 23 de agosto de 2012), declaró la constitucionalidad condicionada del párrafo del artículo “en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos”; y, como si ello, fuese poco, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entiende que esa es una rebaja sobre las rebajas con lo cual, al violentar el texto de la ley, la reduce a su mínima expresión (cfr. sent. once de julio de 2012, radicado: 38285).

deporte profesional”, a cuyo efecto se acriminan algunas conductas en estos ámbitos (arts. 97 y 98); y, para culminar, se adoptan otras regulaciones que, se dice, buscan afianzar la pretextada “seguridad ciudadana”.

Muchas de esas modificaciones están, pues, llamadas a alimentar un proceso penal —ya instaurado mediante la ley 906 de 2004 y objeto de plurales e inconexas reformas— para “el que la pena está cada vez más en función de la conducta procesal del imputado y, luego, de la carcelaria del preso”, porque con frecuencia el proceso “ha dejado de ser procedimiento de comprobación o refutación empírica de los delitos imputados para convertirse en una incierta y compleja partida entablada entre el imputado y la administración de justicia y después con la penitenciaria, cuya apuesta es la medida de la pena y en la que, para el primero, la victoria o la derrota dependen esencialmente de su disposición a colaborar, primero aceptando la acusación y después con la buena conducta”⁴⁷³.

IV. CONCLUSIONES

Sin duda, parece claro que cuando se introducen en el derecho positivo modificaciones a la ley penal como las mencionadas no es la “seguridad ciudadana” lo que se protege, sino que se fomenta la inseguridad jurídica.

Así mismo, también parece evidente que gran parte de las previsiones anteriores tampoco soporta un examen de constitucionalidad —así la Corte Constitucional diga lo contrario— porque se llevan de tajo el llamado Programa penal de la Constitución.

Además, son ostensibles los yerros de técnica jurídica en la construcción de los textos, todo lo cual muestra a un legislador desorientado y más proclive al punitivismo exacerbado.

⁴⁷³ Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris* 2, págs. 359.

También, se cree que mediante la reforma de los códigos penales y el endurecimiento de las penas hasta límites insospechados, pisoteando derechos constitucionales y garantías centenarias, se va a lograr transformar la realidad.

Se olvida que los cambios anhelados también tienen que empezar por el corroído y descompuesto entramado social, porque sin justicia social no puede haber justicia penal en un país signado por el atraso, la miseria y el abandono de millones de ciudadanos.

Con estas previsiones, pues, el expansionismo penal encuentra caldo de cultivo abonado para que continúe adelante la introducción de un subsistema penal antidemocrático y autoritario —empotrado en un sistema constitucional democrático que, se dice, rige en Colombia— que mucho desdice de los progresos de la civilización.

V. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: “Viaje a la prehistoria de las garantías: la «modernización» de la ley Corcuera”, en *Jueces para la Democracia* N° 13, 2/1991, Madrid, Jueces para la Democracia, Información y Debate, 1991, págs. 3 y ss.

BARATTA, ALESSANDRO: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. de Álvaro Bunster, México, Siglo XXI, 1986.

—: *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires, Julio César Faria-Editor, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et. al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2010.

CARBONNIER, JEAN: *Derecho flexible. Una sociología no rigurosa del Derecho*, traducción y prólogo de José Luis Díez Picazo, Madrid, Editorial Tecnos, 1974.

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL: *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, Bogotá, 31 de marzo 2012, en: <http://www.minjusticia.gov.co/library/news/files/ver%20informe127.pdf>; fecha de la consulta: 29 de agosto 2012.

CHRISTIE, NILS: *Una sensata cantidad de delito*, traducción de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, 1ª reimpresión. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-646 de 20 de junio 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-205 de once marzo 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-574 de 22 de julio de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-882 de 23 de noviembre 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-121 de 22 de febrero 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-365 de 16 de mayo 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-491 de 28 de junio 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-571 de 18 de julio 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-591 25 de julio 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-645 de 23 de agosto 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-742 de 26 de septiembre 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-894 de 31 de octubre 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL: sentencia de 21 de octubre 2009, radicado: 29655.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL: providencia del 17 de agosto de 2011, radicado: 35978.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA: *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, traducción de Carlos Martín Ramírez/Mauricio García Villegas/Elvira del Pozo Aviñó/Carlos Morales de Setién Ravina, Bogotá, Trotta/Ilsa, 2009.

DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *RECPC* 11-08 (2009), págs. 1 y ss., en <http://criminet.ugr.es/recpc>; fecha de la visita: tres de septiembre 2012.

DE GIORGI, ALESSANDRO: *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Prefacio de Toni Negri, Presentación y traducción de Iñaki Rivera y Marta Monclús, Barcelona, Virus Editorial, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: *La Política Criminal en la encrucijada*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2007.

FERRAJOLI, LUIGI: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011.

___: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011.

___: “El derecho penal mínimo”, trad. de Roberto Bergalli, en *PC*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, págs. 25 y ss.

___: *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez/Alfonso Ruiz Miguel/Juan Carlos Bayón Mohino/Juan Terradillos Basoco/Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.

GARGARELLA, ROBERTO: *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 2008, con Prólogo de César Rodríguez Garavito.

GARLAND, DAVID: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005.

GUTIÉRREZ CASTAÑO, DAVID: “La Política criminal en Colombia. A propósito de la Ley 1453 de 2011: «Ley de seguridad ciudadana»”, en Diego Araque: *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, págs. 383 y ss.

LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN: “Los avatares de la «dosis personal»: de derecho constitucional a «crimencito»”, en *Cuadernos de Derecho Penal* N° 2, Bogotá. Universidad Sergio Arboleda, 2009, págs. 128 y ss.

PASTOR, DANIEL R.: *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal, Parte General*, 4ª. ed., Medellín, Editora Jurídica COMLIBROS, 2009.

— *Derecho Penal, Parte General*, 2 tomos, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

—: “Globalización y Derecho Penal”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 185 y ss.

— “¿Qué es la política criminal?”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 19, enero 2011, Lima, 2011, págs. 401 a 414.

—: “El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana”, en *RDPC*, núm. 15, Madrid, Universidad Nacional a Distancia, 2005, págs. 197 a 219.

—: “Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración” en *CDPe* N° 1, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2009, págs. 7 y ss.

—: “Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la Defensa de la Democracia” en *NFP* No. 40. Año X, Abril-Mayo-Junio. Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 211 y ss.

PROYECTO DE LEY 164 2010 SENADO, en:
<http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Agenda%20Legislativa/PL%20164-10%20Estatuto%20seguridad%20ciudadana.pdf>

SCHÜNEMANN, BERND: *Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico-penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez/Universidad de Santo Tomás, 2007.

WACQUANT, LOÏC: *Las cárceles de la miseria*, trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Manantial, 2000.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

—: *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1988.

—: *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973.

—: *Manual de derecho penal*, Parte general, reimpresión de la 6ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2003.

—: *Tratado de derecho penal*, Parte general, 5 ts., Buenos Aires, Ediar, 1980-1983.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

—: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1ª. ed., 2005.