

# Tendencias de criminalización en el sistema penal colombiano: la seguridad ciudadana y las reformas penales del nuevo siglo en Colombia\*

Omar Antonio Herrán Pinzón\*\*

- \* Este artículo es el resultado de una investigación adelantada en el marco del proyecto denominado "Tendencias de la criminalización en el sistema penal colombiano: la cuestión de la seguridad ciudadana y las reformas penales del nuevo siglo en Colombia", que desarrolló el Grupo de Derecho Público de la Facultad de Derecho, de la Universidad Militar Nueva Granada (UMNG). Este proyecto de investigación (Inv. Der. 1094) ha sido financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la misma Universidad.
- \*\* Docente de la Facultad de Derecho, de la UMNG. Investigador del grupo de Derecho Público, de la línea de Derecho Penal, del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales, de la Facultad de Derecho, de la UMNG, sede Bogotá. Es abogado de la UMNG y magíster en Derecho Procesal Penal de la misma Universidad.  
Correo electrónico: omar.herran@unimilitar.edu.co

## **RESUMEN**

En el presente acápite se realiza un estudio sobre las tendencias de la criminalización en Colombia, partiendo del análisis de la discusión teórica en relación con la seguridad ciudadana; posteriormente se revisan las reformas penales que se adecúan a la discusión teórica y, finalmente, presenta unos aportes críticos frente al uso del derecho penal y las exigencias de seguridad ciudadana.

**PALABRAS CLAVE:** derecho penal; tendencias de criminalización; seguridad ciudadana

## Introducción

El derecho, en particular el derecho penal, es un producto social que tiene un método de estudio con el cual se analizan las dimensiones de legitimidad, validez y eficacia, que conducen a entender al derecho<sup>1</sup> desde una visión formal como una ciencia dinámica que tiene como referente, indispensable, el contexto social sobre el cual se desarrolla.

Reconocer que el derecho se debe estudiar a partir del contexto y, por ello, adoptar metodologías de análisis sociológicos con el fin de presentar propuestas frente a la dinámica jurídica, hace necesario que se tenga que distinguir entre los estudios sociológicos, en los que se pueden obtener y analizar datos y cifras útiles para determinar líneas de política criminal de otro evento, tal vez mucho más mediático, que se conoce como “opinión pública”<sup>2</sup>, muchas veces manifiesta sin rostro

- 
- 1 Al respecto se ha señalado que la ‘ciencia jurídica’, tal y como la conciben los juristas y especialmente los historiadores del derecho —que identifican la historia del derecho con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y métodos—, que entiende el derecho como un sistema cerrado autónomo cuyo desarrollo puede ser comprendido únicamente por medio de su “dinámica interna”. La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídica se ve afirmada con la elaboración en una teoría de lo que es un modelo de pensar específico; teoría que se pretende totalmente libre del peso de lo social. El intento de Kelsen de fundar una “teoría pura del derecho” no es sino la ultra consecuencia límite del esfuerzo de todo el conjunto de juristas por construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de las imposiciones y de las presiones sociales que encuentren en sí mismo su propio fundamento (Bourdieu, 2002, pp. 155 y 156).
  - 2 Frente a la opinión pública señala Nazar Anchorena: “Acerca de los hechos históricos, continúa diciendo Cossío, siempre existe una conciencia acertada o equivocada, que forma parte de esos hechos. Y esa conciencia es la opinión pública.

y que utiliza los medios de comunicación, las redes sociales y sus similares, en los que crean “tendencias” momentáneas de opinión y que, a la postre, si se toman como criterios originarios de derecho, podrían alterar las dinámicas de producción y cambio del derecho penal.

De esta forma, es importante aceptar que el derecho es dinámico, pero no debe reaccionar ante cualquier cambio de la sociedad, menos sin una discusión previa argumentada, sino solo frente a cambios que presentan mayor relevancia y sobre los hechos que ante la no intervención del derecho puedan resultar perjudiciales para la sociedad.

Lo anterior toma mayor importancia tratándose de derecho penal, en el que gobierna el principio de mínima intervención. Así, para que el derecho penal se adapte a la realidad social, de forma general, se deben dar dos situaciones: la primera, el fracaso de las otras alternativas jurídicas, como, por ejemplo, que una sanción disciplinaria no sea efectiva; y la segunda, la existencia de un estudio criminológico exigente, pues no se puede acudir a razonamientos simples como sustento, por ejemplo, la creación de tipos penales o el aumento punitivo.

El proceso de adaptación del derecho penal al contexto social en Colombia, en los últimos años, ha sido partícipe de una progresiva modificación legislativa que atiende a la realidad social que se torna aún más compleja que en otras latitudes. Así, por ejemplo, entre los problemas particulares que aumentan dicha complejidad se puede encontrar la existencia del conflicto armado interno, que se ha extendido por más de sesenta años, y la existencia de redes de narcotráfico que aumentaron desde finales de los setenta y principios de los ochenta.

Ahora bien, se considera necesario, para el análisis de las tendencias de criminalización en Colombia, el estudio del debate teórico sobre los modelos penales involucrados, dada la relación existente entre seguridad y derecho penal. Para este fin se divide el derecho penal en tres

---

Se trata de un conocimiento emocional, porque pasa a través del filtro de una emoción colectiva, pero contemplando los hechos a través de principios. Por eso, podría considerarse que tiene pasado y futuro la opinión pública que se manifiesta sobre casos concretos. Así, por ejemplo, cuando algún actor de un suceso político no comprendido en la época de su actuación por sus contemporáneos, recurre al juicio de la posteridad, como al de una suerte de tribunal, o sea, al juicio de una opinión pública sin error, situada en el porvenir” (Nazar, 2012, p. 212).

momentos: derecho penal clásico, derecho penal moderno y derecho penal del riesgo y de la seguridad.

Conforme a lo anterior, el presente texto tiene como objetivo general establecer las tendencias de la criminalización en la legislación penal colombiana de los últimos años y su relación con la seguridad ciudadana. Para ello, el foco de atención se centra en las relaciones de tales tendencias con la preocupación por la seguridad ciudadana, dado que esta ha cobrado especial relevancia como escenario de intervención del control penal, haciendo énfasis en los aspectos que se pueden considerar de mayor relevancia, verbigracia, el papel de la víctima y del procesado en el proceso penal. Para el desarrollo de este objetivo principal se plantea, además de la revisión legislativa, el acercamiento al debate teórico sobre los modelos penales involucrados.

El objetivo principal será desarrollado mediante tres objetivos específicos que se abordan en los capítulos respectivos, a saber: 1) analizar los modelos que teorizan, por un lado, las relaciones entre seguridad ciudadana y el control penal, y por otro, el uso secundario del derecho penal; y 2) analizar comparativamente el contenido de las reformas penales en Colombia a partir de tres escenarios: estructuras del derecho penal, modificaciones al procedimiento e impacto en el sistema penitenciario y carcelario.

La metodología propuesta para llevar a cabo el presente capítulo se basa en la investigación documental apoyada por una estrategia de investigación cualitativa que permitirá establecer un proceso hermenéutico de comprensión adecuado, teniendo en cuenta que se plantean distintas fases de acercamiento al campo del problema establecido.

## Los modelos teóricos del derecho penal y la seguridad ciudadana

Los modelos teóricos que son objeto de estudio en el presente capítulo, son el modelo penal clásico, también conocido como “garantismo penal”; el moderno derecho penal y, por último, una nueva corriente que lleva un tiempo tomando forma, “el derecho penal de la seguridad ciudadana”.

El garantismo surge como una teoría general del derecho, que tiene fundamento en los derechos consagrados en la Constitución, especialmente sobre aquellos considerados fundamentales, a partir de prohibiciones y límites a cargo del Estado; pero es precisamente en el derecho penal en el que ha tenido mayor repercusión, debido a que es el plano en el que se pueden encontrar los derechos y garantías fundamentales en mayor medida vulnerados.

El mayor exponente del garantismo es el catedrático italiano Luigi Ferrajoli, reconocido por desarrollar esta teoría y exponerla con mayor profundidad en su obra *Derecho y Razón*. Ferrajoli hace referencia a tres acepciones de garantismo que no son opuestas, sino que se complementan. La primera define el garantismo como un modelo normativo que se ciñe fundamentalmente al principio de legalidad que actúa “en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos” (Ferrajoli, 1995, p. 852).

En este sentido, la norma tiene un papel de límite y, en principio, dicho límite se refiere al actuar del Estado, evitando su exceso. Pueden darse innumerables ejemplos al respecto, entre otros, cuando las normas procesales señalan el término para que el juez dicte un auto o sentencia; dicho término se convierte en una garantía de las partes intervinientes en el proceso penal, que evita la dilación del proceso.

La segunda acepción de garantismo hace referencia a una posición crítica jurídica que se debe fraguar sobre el ser y el deber ser de la norma, pues no basta con la existencia de la norma, esta tiene que ser efectiva (Ferrajoli, 1995, pp. 852-853). Esta discusión es de gran importancia desde todo punto de vista, pues la razón de ser de las normas jurídicas es su efectividad, en tanto que si una disposición normativa no cumple ese objetivo, es necesario modificarla o derogarla.

A partir de la crítica jurídica también evoluciona el derecho; es una forma de atender a la realidad social. Así, cuando una norma vigente pierde su efectividad, es señal de que cumplió su ciclo y tiene que transformarse para adaptarse a las nuevas exigencias o desaparecer, pues estaría por fuera de todo juicio el mantenimiento de la vigencia de una norma cuando no tiene el efecto esperado.

De acuerdo con Ferrajoli (1995), la tercera acepción de garantismo se refiere a la designación de “una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos” (p. 853).

En la creación de la norma jurídica no solo existen razonamientos jurídicos, también confluyen perspectivas de disciplinas externas, pero que complementan ese ejercicio del derecho, así pues, entre las disciplinas necesarias se pueden contar la sociología y la antropología. De esta manera, desde disciplinas externas se justifica no solo la creación de una disposición jurídica, sino que también, luego de creada la norma, se justifica su vigencia en función de su eficiencia.

Las tres definiciones se complementan, y lo hacen para concretar y establecer garantías que le permitan a la sociedad disfrutar el goce y ejercicio de sus derechos. En el ámbito del derecho penal aumenta la importancia de las garantías, en razón del grado de sanción que deriva de esta como la máxima expresión del *ius puniendi*. Al respecto, Ferrajoli (1995) explica y describe las garantías penales como sigue:

[...] Las garantías penales y procesales, como hemos dicho otras veces, no pueden ser más que un sistema de prohibiciones inderogables: prohibiciones de castigar, de privar libertad, de registrar, de censurar o de sancionar de alguna otra forma, si no concurrieren las condiciones establecidas por la ley en garantía del ciudadano frente a los abusos de poder. (Ferrajoli, 1995, p. 861)

Desde esta perspectiva, el derecho penal debe actuar siempre ceñido al principio de legalidad, establecido por medio de las características específicas inmersas en las definiciones de garantismo previamente señaladas, lo que finalmente conduce a unos límites rígidos e inamovibles, con fundamento en la determinación del hecho, su lesividad y la culpabilidad.

Además de lo anterior, Ferrajoli señaló en una conferencia que tuvo lugar en México, que el garantismo penal se ha desarrollado “como teoría y como práctica jurídica e institucional en oposición a la legislación de emergencia y la demagogia populista del populismo penal

que se basa sobre la ilusión que la disminución de las garantías puede producir mayor seguridad” (Fonkona Abogados, 2013).

La legislación de emergencia ha sido ampliamente criticada con el argumento de que cuando el Estado, con el fin de superar la emergencia del momento, queda facultado para menguar algunas garantías civiles, se corre el riesgo de caer en el uso excesivo de la fuerza, situación que en varios momentos ha sufrido el derecho penal colombiano, impulsada mayoritariamente por los fenómenos asociados al narcotráfico, el terrorismo y el secuestro, cuya respuesta no es eficaz desde el derecho penal y genera la “presunción generalizada de inequidad y prejuicio en la operación del sistema penal” (Gabaldón, 2010, p. 264).

Por su parte, el populismo penal acude en mayor medida a la reacción de la sociedad respecto de ciertas conductas estimadas como reprochables, lo que genera una posición activa del poder legislativo con tendencia más hacia la emoción que al razonamiento, lo que termina con la creación de normas jurídico-penales que desconocen o menguan algunos principios y garantías previamente establecidos; esto lo expresa Uprimny (2011) como sigue:

Resulta, entonces, políticamente popular promover esas iniciativas de endurecimiento punitivo. Y en eso consiste la sociología jurídica ha llamado el “populismo punitivo”: creer (y hacer creer) que el incremento de las penas es la forma apropiada de enfrentar problemas sociales complejos, como la violencia contra los niños. (p. 1)

Sin embargo, el populismo punitivo no solo es tendencia en Colombia, sino que lo es de forma generalizada en América Latina, donde se desarrolla como política de seguridad, haciendo uso del miedo como mecanismo de unión social (Benavides, 2013, p. 1).

Ahora bien, desde el derecho penal clásico no se elaboró un concepto de seguridad o de seguridad ciudadana como tal, sin embargo, se puede deducir que la seguridad atiende fundamentalmente al establecimiento de garantías materiales y procesales con fundamento en la culpabilidad, es decir, que, frente a la comisión de un delito, para que se pueda interferir en la esfera de libertad del individuo que realizó la conducta, es necesario demostrar la culpabilidad. En otras palabras, se puede afirmar que para el derecho penal clásico hay una relación



directamente proporcional entre las garantías penales y la seguridad (Sandoval, 2019, p. 34).

Por otra parte, encontramos que el moderno derecho penal surge como reacción ante las premisas establecidas por el derecho penal clásico, caracterizado por un modelo retributivo que auspiciaba garantías rígidas que terminaron por generar inseguridad en las sociedades que quedaron inmovilizadas ante el aumento de la delincuencia y el correspondiente problema penitenciario y carcelario; ahora la preocupación desde el derecho penal trasciende hacia la esfera de la prevención del delito.

El derecho penal moderno tiene tres características: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias (Hassemer, 1991, p. 239). La protección de bienes jurídicos se realiza en un ámbito más amplio, a diferencia del derecho penal clásico, en el cual era necesaria la existencia de una lesión; desde el derecho penal moderno tiene fines preventivos y, en este sentido, apunta también a la protección de bienes jurídicos futuros, como se hace a partir de la prohibición del aborto, protegiendo el bien jurídico de la vida de quien está por nacer. Esta ampliación en el campo de la protección de bienes jurídicos surge a partir de Feuerbach, quien admitió “delitos en sentido amplio” en los casos en que no se daba la protección de un bien jurídico (Hassemer, 1995).

Adicionalmente, lo anterior genera un incremento considerable de la normatividad penal, pues a los delitos típicos de lesión se suman otros que apuntan hacia la prevención, y que tienen gran acogida en la sociedad, aumentando la demanda de criminalización y punibilidad.

La prevención, a su vez, como segunda característica del derecho penal moderno, se refleja en el aumento punitivo en algunas circunstancias y en la renuncia de la pena, dependiendo de la situación de hecho, lo cual, según Hassemer (1991), hace que sea difícil asegurar los principios de proporcionalidad e igualdad, y ofrece como ejemplo la legislación sobre drogas, que prevé un castigo mayor a los traficantes y disminuye o elimina la pena para quienes están más abajo en la estructura delincencial, siempre que acepten una terapia resocializadora (p. 239).

Independientemente de si en la realidad existe o no resocialización, considerada como uno de los fines de la pena<sup>3</sup>, teóricamente se considera que desde la característica preventiva del derecho penal moderno se busca premiar a quienes tienen la intención de reintegrarse a la vida civil con el ánimo de no reincidir y también busca intimidar con penas excesivas a quienes son los líderes de la delincuencia organizada. De esta manera se cumplen los fines de la pena: prevención general y prevención especial.

La orientación a las consecuencias, como tercera característica del derecho penal moderno, “margina la proporcionalidad y la retribución del injusto de la política penal” (Hassemer, 1991, p. 239). A partir de lo anterior, el derecho penal moderno abandona el principio de *última ratio*, pues las nuevas exigencias hacen cambiar el enfoque hacia fines educativos, interviniendo la sociedad en mayor medida, adoptando además nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente.

En este punto se hace necesario enfatizar sobre la concepción del derecho penal como *última ratio*, así, la Corte Constitucional ha afirmado que:

[...] el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad

---

3 Bajo el modelo del castigo es que se establece el enfoque punitivo de las penas que señala el Código Penal, con la amenaza de que si las personas no se comportan correctamente, se les castigará; esto puede que evite la conducta de manera momentánea, pero no elimina la intención. En peores ocasiones, ni siquiera se elimina la conducta de momento, como comúnmente pasa. El problema del castigo es que por lo general resulta doloroso o desagradable; como resultado, las personas y situaciones asociadas con el castigo tienden a generar resentimiento o a volverse temibles y desagradables (Hikal, 2005, p. 150).

jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio. (Sentencia C-365 de 2012)

El concepto de prevención se vuelve entonces el centro del diálogo penal, con lo cual se incluye el riesgo como parte integrante de la criminología. Al respecto, afirma Buitrago (2012) que:

En el nuevo control que surge de una sociedad de riesgo, se utiliza los principios de prevención y precaución, que permiten manejar la relación entre sociedad e individuo y además interponer las defensas adecuadas para los niveles de riesgo o estratos de protección, que se gradúan de conformidad con la incertidumbre y la probabilidad. (p. 81)

Al momento de incluir la prevención en el diálogo criminológico, con la intención de crear seguridad dentro de la sociedad, surgen también otros institutos penales que contradicen el principio de mínima intervención y disminuyen las garantías de los ciudadanos, como, por ejemplo, las normas penales en blanco y los delitos de peligro abstracto. Las normas penales en blanco pueden ser consideradas como normas dinámicas que entran en conflicto con el principio de legalidad, al no describir de forma completa los tipos penales, pero que se establecen con la finalidad de que el derecho se adapte con mayor facilidad a la realidad social.

En cuanto a los delitos de peligro abstracto tenemos que “son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro” (Roxin, 1997, p. 407). Como sucede con los tipos penales en blanco, los delitos de peligro van, de igual forma, en contravía de presupuestos garantistas como la mínima intervención y la culpabilidad o subsidiariedad.

Además, afirma Cita Triana (2010), haciendo una comparación de los delitos de peligro concreto y abstracto, que:

[...] Este criterio aproximativo hace que en los delitos de *peligro* concreto el peligro sea un elemento contenido del tipo, porque se necesita demostrar la relación de la potencialidad lesiva de la acción, desde una perspectiva *ex ante*, con el eventual resultado que se ha querido evitar a través de la norma penal. En los delitos de peligro abstracto ocurre una cosa diferente consistente en que, a partir de su experiencia, el legislador realiza la selección de conductas <<típicamente>> *peligrosas* para bienes jurídicos sin que resulte imperativa la evaluación de una concreta puesta en peligro para el objeto protegido en la situación particular. (p. 17)

Se infiere de lo anterior, que en los delitos de peligro abstracto no existe necesidad de probar la potencialidad lesiva de la acción o puesta en peligro; basta entonces con que el legislador la determine como conducta peligrosa para establecer este tipo delictivo. Sin embargo, el moderno derecho penal es bien acogido, tanto por los ciudadanos como por quienes hacen parte del poder legislativo, en tanto que se percibe una mayor seguridad, así, este concepto se hace más amplio, pues no se trata solo de un marco de garantías.

Finalmente, se puede apreciar una nueva etapa denominada como derecho penal de la seguridad ciudadana, tal como lo afirma Díez (2006), “Poco a poco comienzan a menudear afirmaciones doctrinales en las que se reconoce que se está produciendo un cambio de modelo de intervención penal” (p. 210). Este cambio apenas se está estudiando por parte de la doctrina; las causas aún son consideradas como ambiguas, pero el desarrollo se torna avanzado en relación con la expedición de nuevas normas penales.

No obstante, se pueden nombrar algunas características que sustentan el cambio hacia el nuevo derecho penal de seguridad ciudadana, especialmente la integración de la inseguridad ciudadana en el concepto de sociedad del riesgo y la transformación hacia una expansión securitaria (Díez, 2006, pp. 211-220).

La integración de la inseguridad ciudadana hace referencia a una mayor demanda de intervención penal en los delitos comunes por

parte de la sociedad. Esta reacción surge como una petición ciudadana a partir de situaciones económicas particulares, como el aumento del desempleo y la problemática de marginación social, consideradas causas principales de la delincuencia clásica.

En este sentido, se observa un cambio importante del derecho penal moderno al derecho penal de la seguridad ciudadana, pues en el primero la iniciativa legislativa se da, en principio, desde los poderes ejecutivo y legislativo, mientras que, en el segundo, esta iniciativa se traslada, en gran medida, a la sociedad.

Ahora bien, cuando se habla de la transformación hacia una expansión securitaria se hace referencia a un cambio desde el derecho penal y la criminología al concepto de expansión, así como lo afirma Díez (2006):

[...] En efecto, el concepto de “expansión” deja ya de referirse primordialmente a las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales pasan a ocupar, dentro del nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, tanto cualitativa como cuantitativamente. (p. 215)

Recuérdese que las nuevas formas de criminalidad a que se hace referencia en la sociedad del riesgo apuntan, por ejemplo, a delitos de carácter ambiental, que surgen a partir de la creación de bienes jurídicos colectivos. Entre los aspectos característicos de este cambio se puede encontrar una diferencia en la forma de expansión, mientras que el derecho penal moderno acudía a una expansión extensiva, el derecho penal de la seguridad ciudadana lo hace hacia una expansión intensiva (Díez, 2006, p. 215).

Por un lado, la expansión extensiva viene de la mano de la creación de los bienes jurídicos de carácter colectivo y, obviamente, del concepto de prevención, en tanto hay un aumento en la tipificación de delitos que busca abarcar, en mayor medida, los ámbitos de la vida ciudadana. Por otro lado, en principio, la expansión intensiva no hace alusión al aumento de tipos penales, sino de la pena misma, que se ha concebido en los delitos que ya han sido tipificados, con el fin de infundir miedo, es decir, que tiene prelación la prevención general (Díez, 2006, pp. 217-220).

Esta expansión intensiva se ve reflejada fundamentalmente en tres campos: delincuencia organizada, delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual y delincuencia habitual; en el primero se le da especial importancia a delitos tradicionales como narcotráfico, sin embargo, hay un avance en la persecución penal de nuevos delitos; el aumento de la pena en el segundo campo está motivado porque las penas ya establecidas no son consideradas intimidatorias; y en el tercer campo, que tiene que ver especialmente con delitos patrimoniales, se busca la intensificación a partir de las actuaciones de policía y, posteriormente, judicial (Díez, 2006, pp. 217-220).

Al respecto, afirma Ciappi (2010), que este nuevo modo de acoplamiento del derecho penal a la realidad social es el reflejo de una obsesión punitiva, de la cual destacan especialmente dos de sus características: el llamamiento populista a leyes de mayor rigor y la afirmación de los derechos de las víctimas (pp. 117-118). En cuanto al llamamiento populista, tiene cabida en la respuesta de la sociedad a los hechos que considera indignantes y para los cuales demanda el aumento punitivo, considerado como la mejor forma de establecer un contexto de seguridad ciudadana. Así mismo, se afirman los derechos de las víctimas, que se pueden entender consagrados desde el derecho penal moderno, sin embargo, en este nuevo derecho penal se le otorga un rol más dinámico a la víctima a partir del reconocimiento de sus derechos, lo que finalmente viene a impulsar leyes más estrictas, apoyadas por la sociedad y algunos sectores políticos (Sandoval, 2019, p. 163).

Además del aumento punitivo en la normativa general, resulta importante el mejoramiento de las disposiciones procesales que la hacen efectiva; sin esto no se podría decir que existe una tendencia del derecho penal hacia la seguridad ciudadana, pues de nada vale aumentar las penas si no se hacen efectivas en la realidad.

## Las reformas penales en Colombia

Colombia ha sido un país de numerosas reformas penales, como en otros ámbitos, que sin duda ponen de presente la problemática del acoplamiento de la ley penal a la realidad. Al respecto, afirma Sotomayor (2007) que:

La alta complejidad y conflictividad en la realidad colombiana se evidencia en una legislación contradictoria y de muy variado contenido, reflejo de la falta de consenso en torno a la orientación del sistema penal colombiano. Ello supone una dificultad adicional al momento de valorar la profusa legislación penal colombiana, pues son pocas las leyes que pueden ser asignadas de manera fácil o en su integridad a un determinado modelo político criminal. Lo más usual, sobre todo cuando se trata de códigos o leyes de amplia cobertura, es que confluyan diferentes corrientes ideológicas y políticas, dejando de lado, claro está, los fines manifiestos de las reformas, casi nunca coincidentes con aquellos que emergen una vez se analiza su contenido. (pp. 33-34)

Es importante esta reflexión, en tanto que las normas penales, en su afán por adecuarse a la realidad colombiana, han acudido a diferentes ideologías, lo que hace necesario realizar un examen profundo que permita identificarlas.

Ahora bien, un primer momento legislativo que concuerda con el derecho penal clásico en cuanto a que se establecen los tipos de lesión. Los derechos de las víctimas aún no han sido reconocidos y el papel de la víctima era ampliamente reducido por la normatividad procesal. En este sentido, la norma que marca este segmento de tiempo es la Ley 600 de 2000.

Aun teniendo en cuenta que el procedimiento penal era de carácter inquisitivo, existía un mínimo de garantías para el procesado, pero se olvidaba en gran parte a la víctima, en cuanto a derechos se refiere, porque si bien es cierto que la víctima tiene un carácter pasivo, desde la normativa existen disposiciones con carácter de protección.

El proceso penal era dirigido, entonces, solo al establecimiento de una pena, es decir, que tenía un fuerte semblante del sistema retributivo, propio del derecho penal clásico, además se fundamentaba en la culpabilidad, o sea que la mera causalidad no basta para la configuración de la conducta punible y, por lo tanto, proscribía cualquier tipo de responsabilidad objetiva, en materia penal. De esta forma se adhiere al derecho penal clásico, que tiene fundamento en la lesión.

Por otra parte, para hablar de compensación para la víctima es necesario iniciar la acción civil establecida en el acápite 45 y subsiguientes, la cual es un pequeño proceso civil dentro del proceso penal;

de esta manera, el papel de la víctima está menguado y no se le reconoce de manera plena sus derechos a la verdad, justicia y reparación integral, dentro del marco de la justicia restaurativa.

Esta norma estuvo vigente hasta la expedición del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en la cual se establece el cambio del procedimiento mixto, con tendencia inquisitiva hacia el sistema oral con tendencia acusatoria. Desde este momento se puede establecer la división del derecho penal clásico y del derecho penal moderno, en el ordenamiento colombiano.

Cabe destacar que a partir de este Código se establecen ciertos derechos a las víctimas, los cuales se encuentran contenidos en el acápite 11, en el que se mencionan, entre otros, el derecho a la reparación integral y el derecho a la verdad. Sin embargo, estos derechos aún no eran considerados como fundamentales y tenían una descripción muy general.

La Ley 975 de 2005 se puede considerar aún más importante frente al derecho penal moderno, no en relación con la creación de nuevos tipos penales, sino en cuanto al establecimiento de los derechos de las víctimas como derechos fundamentales, además de asignar penas más bajas para quienes aceptan ser resocializados. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta norma es de carácter especial, de justicia transicional. Así, se debe tener como referente de la adaptación del derecho penal a la realidad político-social colombiana, teniendo en cuenta que se crea a partir de la existencia del conflicto armado interno (Sandoval, 2019, p. 64).

Esta es una norma de gran relevancia, teniendo en cuenta la situación político-social del país, pues además de establecer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como derechos fundamentales de las víctimas, se les otorga a las víctimas un papel más dinámico dentro de la dinámica procesal, con el fin de hacer valer sus derechos.

Por su parte, el derecho penal de seguridad ciudadana puede establecerse desde la expedición de la Ley 1453 de 2011 y, en este sentido, ha sido una norma bastante criticada. Así, por ejemplo, la Oficina Internacional de Derechos Humanos-Acción Social (Oidhaco) (2013) afirma que:



## Tendencias de la investigación en derecho público

[...] penaliza los distintos ámbitos de la vida de los ciudadanos y otorga penas de varios años de cárcel, por, entre otros, actos tales como la “*perturbación de actos oficiales*” y la “*obstrucción de vías públicas que afecten el orden público*”, facilita y contribuye a la criminalización de personas que protestan en defensa de sus derechos. (p. 2)

De esta manera, con la vigencia de esta Ley se establecen delitos y penas que desbordan la idea clásica del derecho penal de mínima intervención, pasando a un derecho penal del enemigo, considerando al delincuente como enemigo social, aun cuando esté realizando alguna conducta en defensa de sus derechos. De esta forma es necesario hacer referencia al Proyecto de Ley 206 de 2010, impulsado por la fallecida senadora Gilma Jiménez, mediante el cual se convocaba a un referendo constitucional y se sometía a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional modificatorio del acápite 34 constitucional, agregando el siguiente apartado:

Con relación a los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física o mental, procederá la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley. (Proyecto de Ley 206 de 2010 del Senado)

Al respecto, como afirma Benavides (2013), la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal fundamentó que la medida era inadecuada por tres razones: 1) viola el acápite 29 constitucional, porque afecta el principio de culpabilidad; 2) no hay fundamento sobre la razonabilidad de la medida respecto de la protección a los menores o la reducción de impunidad, y 3) no se cumple la función preventiva y, por tanto, cumple solo una función simbólica (p. 1).

En palabras de la Corte Constitucional, la Comisión Asesora describe el problema del populismo penal, al afirmar que:

[...] ese manejo de la política criminal, en su etapa de formulación y diseño, caracterizado por la toma de decisiones apresuradas y, por ende, sin datos y hechos empíricos sólidos que las fundamenten, genera dificultades importantes en la labor de seguimiento posterior a estas medidas, lo que impide evaluar certeramente su eficacia hasta el punto de engendrar problemas adicionales. (Sentencia T-762 de 2015)

Pese a todo este debate de política criminal, cinco años después y con la maduración de la problemática analizada, el artículo 34 de la Constitución finalmente fue modificado mediante el Acto Legislativo 01 de 2020, para establecer la pena de prisión perpetua revisable a los 25 años de cumplimiento de la pena (Diario Oficial, 2020). Según el párrafo de esta norma, se tiene un año para la presentación del proyecto de implementación del instrumento aludido, para su eficaz reglamentación y vigencia en el derecho interno.

Otro hito que se debe tener en cuenta en el estudio del derecho penal de seguridad ciudadana es la Ley 1773 de 2016, denominada “Ley Ponce de León”, que crea el delito de lesiones con agentes químicos, ácido o sustancias similares. Esta norma es la fiel descripción de lo que se denomina populismo punitivo, pues además de crear nuevos delitos, impone penas excesivamente altas, aun teniendo en cuenta que los estudios criminológicos<sup>4</sup> han establecido que el aumento de penas no es proporcional con la disminución de los delitos.

En otras oportunidades se había establecido el aumento punitivo de ciertas conductas que crean en la sociedad un sentimiento de indignación que le hace reclamar mayor punibilidad. Así, desde el poder legislativo, honorables congresistas apoyan este tipo de iniciativas populares, en tanto creen que el aumento de las penas disminuye la comisión de delitos; pero lo que sucede realmente es que mediante el apoyo de propuestas punitivas generan el aumento de sus popularidades y amplían el espectro de sus potenciales electores.

Con la norma en comento se puede observar cómo cambió radicalmente la posición de la víctima en el proceso penal, pues se variaron las posibilidades procesales, la oportunidad probatoria y de participación en el juicio, por recibir un mayor protagonismo como garante de sus propios derechos y la posibilidad de recibir un resarcimiento integral a los daños derivados del injusto, entendiéndose como las garantías de verdad, justicia y reparación integral, producida por el apoyo de la ciudadanía, que se valió de la “presión social” para aprobar la ley en su trámite de creación.

---

4 Remisión sobre los estudios criminológicos.

## Conclusiones

Para realizar un estudio sobre las tendencias de la criminalización en Colombia es necesario partir de los presupuestos teóricos existentes. De esta manera se estableció el estudio de tres modelos teóricos a saber: el derecho penal clásico, el derecho penal moderno y el derecho penal de la seguridad ciudadana.

El derecho penal clásico, denominado también garantismo penal, es aquel que parte del establecimiento de ciertas prohibiciones inderogables que actúan como garantías de libertad para el ciudadano. Entre los conceptos principales de esta teoría están la legalidad, la libertad y el límite del Estado. De esta manera, se argumenta que el Estado no puede ir en contravía de la legalidad, es decir, que no puede crear tipos penales a diestra y siniestra, sino que debe regirse por la existencia de bienes jurídicos, lo que quiere decir que cuando no exista un bien jurídico que necesite tutela penal, el Estado no puede crear un tipo penal (Sandoval, 2018, p. 22).

Así mismo, el derecho penal se fundamenta en la libertad del ciudadano, la cual no puede ser menguada. En este sentido, está en contra de los estados de excepción, en los que se disminuyen los derechos y libertades de los ciudadanos con el fin de superar la emergencia, sin embargo, esta disminución ha conllevado, de forma general, al abuso del poder.

Por su parte, el límite del Estado se encuentra en la ley penal, que debe actuar como *última ratio*, teniendo en cuenta que existen otras formas de sanción ante conductas consideradas desviadas y desde otros campos del derecho como el disciplinario, el civil, el comercial, el ambiental, etc.

Posteriormente, ante el reclamo de la sociedad por el aumento de los delitos, como respuesta surgió el derecho penal moderno. Desde este modelo se establece que el derecho penal clásico solo persiguió un modelo de garantías legales de tipo formal, lo que a la postre produjo su disminución material (Sandoval, 2018, p. 22).

Con la preocupación de generar seguridad en la sociedad, desde el derecho penal moderno se optó por construir el concepto de prevención, que se desarrolló mediante la creación de tipos penales, es decir,

que la idea era abarcar lo máximo posible la realidad social a partir de la creación de tipos penales. De esta manera surgieron los tipos penales en blanco y los delitos de peligro abstracto. Como características de este modelo se encuentra, entonces, la disminución de las garantías, la superación del derecho penal de mínima intervención y el desarrollo de los fines preventivos de la pena.

Ante el excesivo desarrollo de este modelo surge el derecho penal de la seguridad ciudadana, que tiene dos aspectos característicos: la integración de la seguridad ciudadana y la transformación a una expansión securitaria. De esta manera, desde el derecho penal se pone mayor atención a los delitos comunes y además surge un cambio de una expansión extensiva a una expansión intensiva.

Ahora bien, el desarrollo de estos modelos se puede percibir desde las reformas al derecho penal colombiano, partiendo desde la Ley 600 de 2000. En esta se ve reflejado el primer modelo, en tanto que se fundamenta en las garantías del procesado, además se debe tener en cuenta que la víctima apenas es protegida, pero no hace parte del proceso penal. Esto cambió drásticamente con la expedición de dos normas: la Ley 906 de 2004 y la Ley 975 de 2005, en las cuales se establecen un papel más activo para la víctima.

Finalmente, el modelo de la sociedad del riesgo está marcado por la Ley de Seguridad Ciudadana y más adelante por la Ley 1773 de 2016, en la que consta que se desarrolla la expansión intensiva, pues se opta por penas muy altas y se desarrolla el concepto de populismo punitivo.

## Referencias

- Benavides Vanegas, F. S. (2013, 8 de septiembre). Cadena perpetua ¿medida efectiva o populismo punitivo? *Revista Razón pública*. <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7062-cadena-perpetua-imedida-efectiva-o-populismo-punitivo.html>
- Bourdieu, P. (2002). *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores, 155-181.
- Buitrago Ruiz, A. M. (2012). *La sociedad del riesgo y la seguridad como marco del derecho penal y de la pena* [tesis doctoral]. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

## Tendencias de la investigación en derecho público

- Ciappi, S. (2010). *La nueva penalidad. Política criminal y gobierno de la inseguridad*. Universidad Externado de Colombia.
- Cita Triana, R. A. (2010). *Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica* [tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. <http://www.bdigital.unal.edu.co/3046/1/699875.2010.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000*. Por la cual se expide el Código Penal.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 600 de 2000*. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). *Ley 906 de 2004*. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- Congreso de la República de Colombia. (2005). *Ley 975 de 2005*. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1453 de 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.
- Congreso de la República de Colombia. (2016). *Ley 1773 de 2016*. Por medio de la cual se crea el acápite 116, se modifican los acápites 68, 113, 359 y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el acápite 351 de la Ley 906 de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-365 de 2012*. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente D-8798.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T-762 de 2015*. M.P.: Gloria Stella Rodríguez Delgado. Expedientes acumulados: T-3927909, T-3977802, T-3987203, T-3989523, T-3989814, T-4009989, T-4013558, T-4034058, T-4043750, T-4046443, T-4051730, T-4063994, T-4074694, T-4075719, T-4076529, T-4076646, T-4076801 y T-4694329.
- Díez Ripollés, J. L. (2006, enero - junio). De la sociedad del riesgo a la ciudadana: un debate desenfocado. *Nuevo foro penal* (69), 198-243.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta S.A.

- Fonkona Abogados. (2013, 22 de octubre). *El garantismo penal*. Ferrajoli y Carbonell. [Archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=X2VJ3CetjSk&list=WL&index=37>
- Gabaldón, J. L. (2010). La criminología latinoamericana: temas, perspectivas y políticas públicas en el tránsito del milenio [versión electrónica]. *Espacio abierto: cuaderno venezolano de sociología*, 19(2), 253-272. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=3264644>.
- Hassemer, W. (1991). *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. [En línea]. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46402.pdf>
- Hassemer, W. (1995). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: *Pena y Estado*. Editorial Jurídica Conosur, 23-36. Elena Larrauri (trad.). [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obras-portales/op\\_20130708\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obras-portales/op_20130708_01.pdf)
- Hikal, W. (2005). *Criminología psicoanalítica, conductual y del desarrollo* (1.ª edición). Editorial Organización Funvic.
- Nazar Anchorena, B. V. (s. f.). *La opinión pública*. [En línea]. <http://biblioteca-digital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia73.pdf>
- Oficina Internacional de Derechos Humanos–Acción Colombia (Oidhaco). (2013). *Ley de seguridad ciudadana*. [En línea]. <http://www.oidhaco.org/uploaded/content/article/1600264448.pdf>
- Proyecto de Ley 206 de 2010 del Senado. (2010). *Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional*. [www.senado.gov.co/historia/item/download/26](http://www.senado.gov.co/historia/item/download/26)
- Sandoval Mesa J. A. (2018). *La garantía criminal en materia penal y penal internacional*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Sandoval Mesa J. A. (2019). *Interpretación constitucional de crímenes internacionales*. Editorial Diké.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo foro penal* (71), 13-66.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general. Tomo I*. Traducción de la segunda edición alemana. Editorial Civitas.
- Uprimny Yepes, R. (2011, 12 de septiembre). La impunidad, el desespero y el populismo punitivo. *El Espectador* [En línea]. <http://www.elespectador.com/opinion/impunidad-el-desespero-y-el-populismo-punitivo>