

ABOLICIONISMO Y EXPANSIONISMO¹

Álvaro Orlando Pérez Pinzón²

Sumario. I. Introducción. II. El abolicionismo. III. El expansionismo. IV. Unas realidades. V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El problema objeto de este trabajo no es nuevo. Desde hace muchos años se discute si se debe suprimir o se debe amplificar el sistema penal. La primera línea está representada sobre todo por las corrientes conocidas como derecho penal mínimo, derecho penal de garantías y, desde luego, por el abolicionismo penal; la segunda, especialmente por las teorías de la prevención general positiva, el derecho penal orientado a la protección de los intereses difusos y el funcionalismo jurídico-penal.

Hace ya varios años, unos diecinueve, estudiábamos el abolicionismo y luego lo mirábamos a la luz del funcionamiento del poder judicial nuestro de la época. Y concluíamos que tal sistema podía desaparecer³.

1 Conferencia dictada el 15 de agosto del 2008, en desarrollo de las “Trigésimas Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal”, en la Universidad Externado de Colombia.

2 Profesor de la Universidad Externado de Colombia: derecho penal general en el pregrado; criminología, en la especialización en derecho penal; y derecho procesal penal, en la maestría en derecho penal y criminología.

3 Lo hacíamos en la obra *La perspectiva abolicionista* (Bogotá, Temis, 1989).

Hoy, para establecer si el sistema penal debe ser suprimido o debe ser amplificado, lo referimos a otro de los poderes: el ejecutivo patrio. Y también concluimos.

II. EL ABOLICIONISMO

1. *Abolir* es anular, dejar sin efecto, fuerza o vigor un precepto, tendencia o costumbre. Etimológicamente significa *suprimir*.

Si trasladáramos el término al terreno de la criminología y del derecho penal, podríamos decir que el *abolicionismo* es aquel movimiento que pretende la desaparición –total o parcial– o la reducción del sistema penal no admitido por la sociedad.

Si tomamos los estudios que en el campo jurídico-criminológico se han hecho sobre tal corriente, puede afirmarse que el abolicionismo es el conjunto de aquellos pensamientos valorativo-morales (axiológicos) que encuentran como ilegítimo el derecho penal, bien porque no le admiten ninguna finalidad posible que justifique las aflicciones que comporta, bien porque estiman ventajosa la desaparición de las sanciones penales en su forma jurídica, para cambiarlas por medios pedagógicos o instrumentos informales y sociales.

Estrictamente hablando, el *abolicionismo verdadero (radical)* es una toma de posición crítica-negativa frente a los problemas del control social, que busca la extinción del sistema penal, por irreal y totalitario, para sustituirlo por medidas que se basen en el diálogo, la concordia, la apertura y la solidaridad.

2. El *abolicionismo no* es una corriente o teoría jurídica ni criminológica. Es una forma espiritual y ejecutiva. Es una manera de ser, una forma de pensar, es una postura ante la vida. *No es una teoría estricta*, por su falta de precisión, por la ambigüedad descriptiva de sus conceptos, porque es más aplicativa que explicativa y porque carece de leyes más o menos universales que permitan relacionar determinado orden de fenómenos.

Sin embargo, dentro de un programa de criminología tendría que ver, primero, con su material de trabajo y, en segundo lugar, con la política criminal.

2.1. Respecto del *objeto de la criminología*, constituido tradicionalmente por la criminalidad, ésta equivaldría al conjunto de *disturbios, situaciones problemáticas, inconvenientes, actos lamentables o conflictos* sucedidos en tiempo y espacio determinados. Expresado de otra forma, dentro de esta *perspectiva*, aquello que las disciplinas emparentadas con el delito suelen denominar criminalidad es superado para tender a la esencia de las cosas y dirigir la atención no al invento delito sino al comportamiento que constituye un *problema*, independientemente de que esté o no definido como punible en la ley penal.

2.2. En el ámbito de la *política criminal*, el abolicionismo merecería sitio independiente, pues no puede ser clasificado dentro de lo “tradicional” como un mero instrumento preventivo-represivo, ni dentro de lo “moderno” como simple pretensión de cambiar el sistema político-económico con el propósito de acabar con ello la desviación, previa venganza de una clase contra otra. El *abolicionismo* tiene otra *finalidad u objetivo*: ayudar a resolver los conflictos, a enfrentarlos, a extinguirlos si es posible, o a convivir con ellos.

3. Existen varias *especies de abolicionismo*. Por ejemplo, el abolicionismo en *sentido restringido* alude a la supresión de un aspecto específico del sistema penal, v. gr. la *pena de muerte o la cárcel*; en *sentido amplio* implica considerar al sistema entero como un problema social, cuya única solución es su desaparición integral; el *abolicionismo institucional* circunscribe su objetivo a las cárceles y demás centros segregatorios, como los hospitales psiquiátricos judiciales, para reformarlos y hacerlos más humanos, para sustituirlos por otras alternativas punitivas o para suprimirlos; el *reduccionismo jurídico-penal* busca limitar y restringir el área del control social formal que se conoce como sistema penal. Equivale al *derecho penal mínimo*, como síntesis de las características, incluso ya tradicionales, que se acreditan al derecho penal desde el liberalismo: fragmentario, accesorio, *ultima o extrema ratio* y mínima intervención; la *abolición de los subrogados* penales entraña la eliminación de los mecanismos liberatorios (por ejemplo, condena condicional y libertad condicional) para dar paso a la fundamentación puramente *retributiva* de la pena. Ésta, sin embargo, resultaría impuesta en muy pocos casos, pues el catálogo de tipos penales debería antes ser reducido en forma considerable para que el sistema se ocupara exclusivamente de los comportamientos más graves. El castigo, considerado como la imposición de un mal, sería la consecuencia de la realización de un hecho de los pocos elevados a la categoría de delito, o del cometido por personas *reincidentes*; y el denominado *abolicionismo radical* incluiría los anteriores y propugnaría la supresión integral del sistema penal *no aceptado* por el grupo social. En estricto sentido, es el verdadero abolicionismo, pues los otros son simplemente reformistas. El sistema penal, se agrega, debe desaparecer porque causa sufrimientos innecesarios que se reparten socialmente de manera injusta; no tiene efectos positivos sobre las personas involucradas en los conflictos; y es muy difícil de someter a control.

4. Sus principales fundamentos son los siguientes:

4.1. Congrega consciente y simultáneamente varios aspectos, entre ellos ideas cristianas, neoliberales, anarquistas y funcionalistas. Por eso, por ejemplo, su principal representante, LOUK HULSMAN, se refiere sin problemas a la *Iglesia* como modelo que permite explicar las jerarquías, y *confiesa su fe cristiana*; por eso, la perspectiva admite el *consenso* en cuanto las modificaciones de la estructura social pueden surgir después del acuerdo entre personas y grupos que quieren cambiar algunas situaciones y circunstancias; por eso busca la horizontalización de las sociedades en contra del mantenimiento del verticalismo, es decir, la lucha por la igualdad, que se suprime con

la jerarquización; y, por eso, hace énfasis en la necesidad de *acercamiento* y *solidaridad* entre las personas, en aras de la mejor solución de las situaciones problemáticas.

4.2. Es una *postura definida frente al control*, es un movimiento social con finalidades tácticas particulares e instrumentales, es una forma de organización del pensamiento y de la percepción de los fenómenos del control social formal.

Constituye, en fin, una apreciación diferente sobre lo que existe, acompañada de formulaciones alternativas.

4.3. Es una *crítica negativa* del derecho y de la justicia penal porque parte de la inutilidad de ésta y de sus características violentas. Se centra en lo malo del sistema penal sobre la base de que mientras daña, nada resuelve.

4.4. *No pretende extirpar la totalidad* de los problemas ya generados y constituidos por el sistema penal, como tampoco erradicar todas las situaciones problemáticas ni remediar los males de nuestra condición social. Estima, entre otras cosas, que no es posible imaginar un cuerpo social sin conflictos y que, al contrario, para vivir y progresar son incluso necesarios.

4.5. El sistema penal debe desaparecer sobre todo porque es *totalitario*, en cuanto funciona lejos de la realidad de las gentes. La situación de las cárceles y en las cárceles es un argumento importante para tender hacia la supresión de tal sistema, pero no es lo fundamental. De mayor trascendencia es tener como principal punto de mira el *poder central*, pues éste es el que decide e interpreta lo justo y lo correcto, a la vez que hace derivar de tales determinaciones las llamadas consecuencias punitivas, formas reales de violencia, privación de libertad y muerte.

4.6. La finalidad de la *política social* no es evitar los conflictos o prevenir las dificultades sociales sino concienciar a las personas para que sepan qué deben hacer frente a los problemas, entendiéndolos integrados a sus vidas. Si se revoluciona el sistema penal, por otra parte, no desaparecerán las clases, los antagonismos, ni las conductas o comportamientos indeseables. Pero el pueblo, la gente, podrá afrontar tales dificultades de mejor manera.

4.7. El *delito no existe ontológicamente*. Por ello el derecho penal, la criminología y la política criminal se equivocan cuando lo toman como su material de trabajo, pues con ello la infracción, antes que el objeto, es el producto de la política criminal⁴.

4 El delito no es trascendental u ontológico, porque: 1. Los conflictos sociales no son definidos en el sistema penal desde el punto de vista de las partes involucradas en el problema, sino desde el punto de vista de las regulaciones (legislación penal) y de los requerimientos organizativos del sistema mismo. Las personas comprometidas en un disturbio pueden ejercer poca influencia sobre el curso ulterior de los acontecimientos una vez que un asunto haya sido definido como delictivo, y como tal haya sido

4.8. *No persigue la desaparición de todas las formas de control social*, porque antropológica y sociológicamente se ha demostrado la necesidad y permanencia del orden. Debido a ello admite la policía, el juez penal convertido en juez civil, la coerción temporaria y hasta alguna parte del sistema penal, *siempre que sea aceptado por el pueblo*.

Importa, entonces, no la desaparición del control, que equivale a orden, sino la eliminación de los controles represivos que actúan *ideológicamente* sobre la psiquis y sobre el cuerpo humano. Es importante, entonces, distinguir el control que nace de la constitución antropológica del hombre, de su misma condición humana, de aquel que es pura coacción y expresión de formas de dominio históricamente variables y por ello, en principio, superables. *El control, en síntesis, debe existir. Pero no el control ideologizado*.

4.9. Todos los seres humanos son *iguales*, si se entiende por *igualdad* no la noción oficial sino aquel estado que admite la diversidad, que suele ser excluida por la práctica y el discurso institucionales.

4.10. En los países democráticos, en nombre de la libertad, se impone *disminuir la injerencia del Estado en la vida de los particulares*. No se debe permitir al Estado, poder a menudo anónimo y lejano, la misión exclusiva de resolver los problemas que surgen de nuestros contactos más personales.

4.11. El aparato oficial de justicia, mecanismo artificial, puede entrar en juego para solucionar los conflictos sociales *sólo cuando los instrumentos naturales han fallado o se han mostrado impotentes*. Con otras palabras, los jueces deben intervenir *sólo a petición de los interesados* una vez que éstos hayan demostrado su incapacidad para resolver sus inconvenientes, o cuando la ley imponga esa obligación como fórmula de arreglo.

4.12. No busca suprimir el sistema penal indeseado *para sustituirlo por otro*. Pretende, antes que nada, una sociedad en la que ningún suceso se señale de antemano como punible. Desde este punto de vista, el sistema penal, o algo parecido, es innecesario.

4.13. Muchas situaciones que responden a las definiciones legales no entran en la maquinaria, como lo demuestra la llamada *cifra negra de la criminalidad*. Por consiguiente, el sistema penal, lejos de funcionar en la totalidad de los casos para los cuales

atraído por el sistema; 2. Muchos comportamientos que se definen como delictivos revisten gravedad igual y hasta inferior a la que encierran conductas no tipificadas; 3. Numerosos conflictos que se califican como punibles son resueltos por sus protagonistas en el mismo ámbito en que tienen lugar, sin que sea imprescindible la intervención del sistema penal; 4. Las acciones que hoy se califican como delictivas no siempre han sido adjetivadas de esa manera. Al contrario, el delito se caracteriza por ser *relativo, oscilante*: lo que hoy es descrito como tal, puede no serlo mañana y viceversa. El delito, por tanto, no es de la esencia de lo humano ni de lo social. Es la ley la que dice qué es un crimen; en otras palabras, *la ley crea al criminal*.

tendría competencia, opera a un ritmo en extremo apagado. Las investigaciones sobre la *cifra negra, oscura, o criminalidad oculta*, se vuelven contra el sistema mismo. No es posible, pues, aceptar la creación y programación de una máquina que produce tan bajo rendimiento, como tampoco lo es aceptar un aparato que por estadísticas resulta anormal, pues se ocupa escasamente de lo excepcional.

4.14. El sistema penal les “roba” el conflicto a las personas directamente implicadas en él. En general, desde que un problema cae en el terreno de la justicia oficial deja de pertenecer a quienes lo han protagonizado; y desde tal instante los involucrados comienzan a portar las etiquetas de *delincuente y víctima*.

4.15. De ordinario, la *víctima* pierde el control del suceso una vez se inicia la acción pública, pues en poco o en nada puede participar del desarrollo de la investigación.

4.16. El sistema penal impone un sólo tipo de reacción frente a los disturbios que entran en su competencia formal: la *reacción punitiva*. Sin embargo, no es raro que, por ejemplo, la persona afectada no quiera realmente el castigo de quien la ha lesionado.

4.17. El sistema penal está específicamente *concebido para hacer daño*. Se caracteriza, como el sistema militar, por ser muy peligroso, aun cuando más que éste porque la justicia punitiva es permanente, funciona todos los días. *Es un mal social: perjudica y no resuelve problemas*.

4.18. Por ser un condicionamiento social, *el sistema penal puede desaparecer*, puede ser fácilmente abolido, sin que surjan traumas porque los organismos que lo componen no son dependientes suyos y, por el contrario, quienes trabajan en su interior no viven de él, pueden existir sin su presencia. Así, por ejemplo, el policía podría dedicarse a cuidar la población; los fiscales y jueces penales, a los aspectos civiles; el Gobierno y el Congreso, a sus labores administrativas y legislativas en otros ámbitos; y las cárceles y los carceleros se ocuparían en servicios de asistencia.

4.19. Las personas que se van a convertir en reclusas comienzan a ser *seleccionadas en el ámbito legislativo*. Por ello, más importante que buscar modificaciones de la situación de los presos, es *situarse arriba*, allí donde se inicia el proceso selectivo, allí en el lugar donde es definido el delito.

4.20. Dentro del sistema penal es común el uso de imágenes que muestran al policía, al juez y al carcelero como representantes del *orden* y del *bien*, y al delincuente como persona *aparte, mala*, socialmente *anormal*.

4.21. En la práctica, los derechos y garantías individuales están sujetos a *ambigüedades* que nacen de la doble e imposible función que se entrega al juez: proteger el orden y al ciudadano.

4.22. El castigo corporal no ha desaparecido, pues la *prisión degrada la incolumidad personal*: hay limitaciones de aire, luz, sol, espacio; se trata de cuatro muros estrechos, de infamantes barrotes o rejas, de promiscuidad con indeseados, de sanidad humillante proveniente del olor, el calor, la alimentación y el frío. La pena es una lesión corporal que deteriora en forma lenta.

La *prisión* no constituye sólo un retiro forzoso del mundo normal, de las actividades habituales y del afecto. Es el ingreso en un mundo artificial donde todo es negativo. La prisión es otro mal social específico: es un sufrimiento estéril porque, además, nada produce y hace que los hombres pierdan su personalidad y sociabilidad.

4.23. Quienes van a la cárcel son siempre los mismos: las categorías más débiles, los más desamparados de la población.

4.24. No es posible extirpar en su integridad los problemas constituidos y generados por el sistema penal, ni remediar los males de nuestra condición social, como tampoco resolver la totalidad de las situaciones problemáticas.

5. El abolicionismo también haría propuestas frente a las *situaciones problemáticas*. Por ejemplo:

5.1. Situarse de manera *crítica ante los sistemas existentes*. Escapar del conformismo, se dice, permite el acceso al universo de libertad.

5.2. Tener en cuenta que ideas fundamentales de la vida son permanecer siempre *abiertos*, vivir *solidariamente* y estar dispuestos a la *conversación*.

5.3. Recordar que el delito no existe ontológicamente, razón por la cual no es un concepto operacional. Un buen punto de partida inmediato está constituido por el conjunto de medidas dirigidas a *descriminalizar, despenalizar, desprisionizar, desjudicializar, desprocesalizar e informatizar*. Pero también es necesario *desmitificar* sobre todo las diferencias artificiales que se establecen entre *buenos y malos*, y entre guardianes del *orden y delincuentes*.

5.4. Acudir a los *acuerdos, mediaciones y decisiones privados* para tratar de afrontar y resolver los conflictos, ojalá entre los mismos interesados. Aún hoy, vigente el sistema penal, la mayor parte de los disturbios son solucionados por tales medios.

5.5. Dar a las personas involucradas en los conflictos la posibilidad de manejarlos, por ejemplo mediante la relación *cara a cara*.

5.6. *Aprender* a negociar la situación conflictiva, a vivir las tensiones y a superarlas.

5.7. *Problematizar* las nociones de crimen y de autor que, eliminadas, obligan a renovar el discurso del fenómeno criminal y el de la reacción social que suscita. Para comenzar, sería menester *cambiar el lenguaje* y dejar de utilizar palabras como *crimen*, *criminal*, *criminalidad* y *política criminal*, que pertenecen al dialecto penal y reflejan los *a priori* del sistema. Sería más conveniente, por ejemplo, aludir a *actos lamentables*, *comportamientos no deseables*, *personas implicadas* y *situaciones-problemas*, terminología que no marca, no etiqueta, no estigmatiza, como sí lo hacen, desde el inicio, voces como *delito*, *criminalidad*, *delincuente* y similares.

5.8. Privatizar la búsqueda de soluciones, es decir, sustituir la ley penal quizás por la ley civil, haciendo énfasis en la *transacción*, en la *compensación*, en la *reparación* y en la importancia que merece la *víctima* del suceso.

5.9. *Ayudar a los ciudadanos a resolver sus conflictos, a enfrentarlos o a concienciarlos para convivir con ellos*. Es necesario *reconocer la existencia de disturbios* y, por ende, de su permanencia mientras haya sociedad.

En gran síntesis, el abolicionismo propone la supresión del sistema penal y, en consecuencia, la *privatización* y la *negociación* de los conflictos⁵.

III. EL EXPANSIONISMO

1. Puede decirse que el *origen reciente* del *expansionismo* coincide con el renacimiento del *funcionalismo*, del denominado *derecho penal del riesgo* o *derecho penal grande* o *derecho penal moderno*, y, *si se quiere mayor especificidad, con la última teoría de la imputación jurídica u objetiva*.

2. El *expansionismo* comienza a *manifestarse* así:

5 ALESSANDRO BARATTA. *Criminología crítica e crítica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982; JACQUELINE BERNAT DE CELIS. "La abolición del sistema penal", en ANTONIO BERISTAIN (comp.): *Reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, Instituto Vasco de Criminología, 1984; LUIGI FERRAJOLI. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989; ROLF S. DE FOLTER. "La fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault", en SEBASTIÁN SCHEERER et ál. *Abolicionismo penal* (trad. de M. A. CIAFARDINI et ál.), Buenos Aires, Ediar, 1989; ENRIQUE ANDRÉS FONT. "Entrevista a Louk Hulsman", en *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, n.º 52, 1994; LOUK HULSMAN y JACQUELINE BERNAT DE CELIS. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de S. POLITOFF), Barcelona, Ariel, 1984; MAURICIO MARTÍNEZ. *La abolición del sistema penal*, Bogotá, Temis, 1990; ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. *La perspectiva abolicionista*, Bogotá, Temis, 1989; CECILIA SÁNCHEZ ROMERO y MARIO ALBERTO HOUED VEGA. *La abolición del sistema penal*, San José de Costa Rica, Editec, 1992; SEBASTIÁN SCHEERER et ál. *El abolicionismo penal* (trad. de M. A. CIAFARDINI et ál.), Buenos Aires, Ediar, 1989; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

2.1. Recuerda los reparos que se han hecho a las teorías tradicionales sobre la causalidad, especialmente por sus exigencias de “exactitud”, “cientificidad” y acompañamiento de certeza o plena prueba. Se dice ahora, entonces, que más que demostrar con carácter absoluto la relación de causa-efecto, es importante concluir que al hombre, con probabilidad, se le puede imputar el resultado⁶.

2.2. Quiere *superar el naturalismo positivista* que en alta medida reinaba en el derecho penal de finales del siglo XIX, época en la que dejó de lado el uso de la voz *imputación*, y que, tras abandonar los *conceptos valorativos*, resaltó la *causalidad*, entendida *empíricamente* como modificación del mundo exterior debida a impulsos voluntarios⁷.

2.3. En la misma línea, es decir, en búsqueda de superación del positivismo, para el que todo consecuente implica un precedente preciso y determinado, acude a la trascendencia de la *teoría de la relatividad*, que sometió a debate el tema de la probabilidad. En virtud de esa teoría, nada es absoluto y siempre existe un margen de indeterminismo en las relaciones, pues éstas se dinamizan más con fundamento en la interacción que en la *mera relación material de causalidad*. Con base en estas ideas, y en otras, se empezó a pensar que la “probabilidad” era más real que la “determinación” y que en derecho penal el dogma causal material podía ser sustituido por una vinculación jurídica-normativa entre la conducta y el resultado⁸.

2.4. La consideración de que en muchos casos, existiendo nexos causal material entre comportamiento y resultado, éste no se puede atribuir objetivamente al hombre porque no depende de él, no es obra suya, o no le es posible dominarlo.

2.5. El precedente constituido por la teoría de la adecuación social⁹. Según este planteamiento, las conductas que se mueven dentro del marco del orden social, histórico, “normal” de la vida, no son acreditables jurídicamente al hombre, inclusive si con

6 LUIS HIDALGO LÓPEZ. *La relación de causalidad*, “Carta del mes”, 29 de agosto de 2006 [www.lexis.com.ec/lexis/novedades/Descargas/cartas/2006/la%20relacio%C3%B3n%20de%20causalidad.htm]-; CARLOS SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, ÁNGEL JUDEL PRIETO y JOSÉ RAMÓN PIÑOL RODRÍGUEZ. *Manual de derecho penal*, tomo I, parte general, Madrid, Civitas, 2002, pp. 131 a 134; GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO: *Derecho penal. Parte general* (traducción de LUIS F. NIÑO A.), Bogotá, Temis, 2006, pp. 237, 250 y 251; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ. *Manual de derecho penal*, Medellín, Edijus, 1975, pp. 168 a 172; Diego-Manuel Luzón Peña. *Curso de derecho penal. Parte general*, I, Madrid, Universitas, 1996, pp. 365 a 370.

7 SANTIAGO MIR PUIG. *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal* [http://criminet.ugr.es/recpc].

8 DAMÁSIO E. DE JESÚS. *Imputación objetiva* (trad. de MARIO PEREIRA GARMENDÍA), Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira, 2006, pp. 29 y 30.

9 GÜNTHER JAKOBS. *Estudios de derecho penal* (trad. de ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1997, p. 113; MANUEL CANCIO MELIÁ. *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 11.

ellas se produce una lesión a un bien jurídico, y existe relación de causalidad material, como sucede, por ejemplo, en los casos de lesiones personales insignificantes y privaciones de libertad irrelevantes, y en aquellos generalmente utilizados por la doctrina: el sobrino que anima a su tío, del que es heredero, a usar con frecuencia los medios de transporte (tráfico motorizado, ferroviario o aéreo) con la esperanza de que muera tempranamente en un accidente; el mesero que sirve bebidas alcohólicas a personas que posteriormente, ebrias, producen resultados lesivos; el funcionario que recibe regalos de escaso valor en época de navidad, etc.¹⁰

2.6. La exposición de algún sector de la doctrina sustentada en que la relación de causalidad no debe ser vista simplemente como el nexo entre la conducta y un evento naturalístico, sino como la “atribución” de un hecho típico a una persona o a una pluralidad de personas, tal como se desprende de las reflexiones del “hombre de la calle”, que generalmente, ante un suceso, se pregunta “¿Quién lo ha hecho?”. Desde esta óptica, la frase del “hombre común” puede ser referida a delitos de resultado material, de daño, de mera conducta, de peligro, etc. Es preferible, entonces, aludir a “atribución causal de un hecho a su autor”¹¹. Al fin y al cabo, atribuir es asignar, aplicar, adjudicar, señalar, referir, cargar e “imputar”.

En general, la teoría de la imputación objetiva considera que a una persona, más allá de la relación de causalidad material, se le puede *imputar* un resultado cuando el hecho aparece como obra suya (LARENZ); cuando es previsible y ha sido dirigido teleológicamente por la voluntad (HONIG); cuando ese resultado, regular y dominable, es dispuesto finalmente (ROXIN); en fin, cuando “aquello que en una conducta puede ser considerado como mío” (HEGEL)¹².

3. Más inmediatamente, el *expansionismo* se muestra, por ejemplo, a través de lo siguiente:

3.1. El cambio que se hizo del “peligro” al “riesgo”. En derecho penal, por tradición, se hablaba, entre otros, de delitos de resultado y de lesión, y de delitos de peligro, concreto o abstracto, en el entendido que el “*peligro*” era una *amenaza proveniente de la conducta del hombre*. El “*riesgo*”, al contrario, *no procedía del “hombre”, sino de la naturaleza*. El *modernismo*, el *industrialismo*, entonces, deja de lado el “*peligro*” y comienza a hablar de “*riesgo*”, sea que surja de la *naturaleza*, sea que surja del “*hombre*”. El “*peligro*”, que era concebido como *amenaza cercana, próxima a un bien jurídico*,

10 HANS WELZEL. *Derecho penal alemán*, 2.ª edición castellana, de la 11.ª edición alemana, realizada por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁÑEZ PÉREZ, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1976, pp. 83 a 86.

11 ROLAND RIZ. *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Bolzano, AER, 1998, pp. 181/2.

12 ELENA LARRAURI. “Imputación objetiva. Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva”, en JUAN BUSTOS y ELENA LARRAURI. *La imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1989, pp. 65 a 76; YESID REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1994, p. 4; CLAUS ROXIN. *Problemas básicos del derecho penal* (trad. de DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA), Madrid, Reus, 1976, pp. 128 a 130.

se torna en “riesgo”, entendido como “*peligro de peligro de resultado lesivo*”. Ya no se trata, así, de una “amenaza” inmediata y directa para el bien jurídico, sino de una posibilidad de peligro, de un peligro que pueda conducir a un resultado ofensivo.

Frente a esa carrera afanada hacia el riesgo, ante las amenazas que éste comporta, de cara al progreso tecnológico científico, al incontrolado desarrollo económico, a la contaminación del suelo, de las aguas y de la atmósfera, a las infecciones radioactivas, a las intervenciones sobre los fundamentos genéticos de la vida, a la manipulación genética de los alimentos, a los problemas creados por las nuevas fronteras de la medicina, a la falta de certeza de la ciencia, etc., se ha querido alzar otro derecho penal, “nuevo”, del “peligro” o del “riesgo”, puramente funcionalista, orientado por objetivos defensistas, lo más eficaz posible, contra los “riesgos” que amenazan el futuro¹³.

Ese derecho penal tiende a caracterizarse por el abandono de las reglas clásicas de la causalidad, la culpabilidad y la responsabilidad; por la dejación de las garantías para que no perturben la consecución de finalidades políticas; por la desformalización en aras de la indeterminación y de la flexibilización; por la compilación y extensión de los delitos de peligro, especialmente de peligro abstracto; por el alargamiento de los límites del riesgo permitido; por la tipificación penal de comportamientos escasamente administrativos; por el aprecio de las normas en blanco en detrimento de la estricta legalidad; por una causalidad generalizada, etérea e insegura con el ánimo de hasta alcanzar los riesgos imprevisibles e invisibles, etc., todo ello en pro de la seguridad¹⁴. Hasta aquí, en síntesis, se encuentra que el mundo penal como que cambia con fundamento en la “teoría del riesgo”. Por ello, entonces, aparte de lo anterior, se enseñan otros detalles:

– El hombre, antes, no generaba “riesgos”. Cuando amenazaba, creaba un *peligro*, pero jamás un *riesgo*; sin embargo, gracias sobre todo a los medios de comunicación, se comienza a entender el *riesgo* como sinónimo de “*peligro*” y de “*amenaza*”, pero también de “*azar*”, “*suerte*”, “*albur*” y “*casualidad*”¹⁵.

– El *riesgo*, concebido como *peligro inaceptable*, no es más que otro producto del proceso de *globalización*, que conduce a la formación de una cultura que quiere integrar

13 FEDERICO STELLA. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 4.

14 ÚLRICH BECK. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (trad. de JORGE NAVARRO et ál.), Barcelona, Paidós, 1998; JOSETXO BERLAIN (comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, Anthropos, 1996; ANTHONY GIDDENS. *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea* (trad. de JOSÉ LUIS GIL ARISTU), Barcelona, Península, 1997; CARLOS PÉREZ DEL VALLE. “Sociedad de riesgos y reforma penal”, en *Revista Poder Judicial*, n.ºs 43/4, Madrid, 1996; JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.

15 DEBORAH LUPTON. *Il rischio. Percezione, simboli, culture* (trad. al italiano de MARIA FILIPPI), Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 11 a 16.

cada vez más culturas amplias, y que ha suscitado un sentimiento de vulnerabilidad ligado al hecho mismo de ser parte de un sistema mundial. Así el asunto, cada país debe garantizar a sus propios ciudadanos nuevas formas de protección.

– El riesgo, al contrario del peligro, es consecuencia de la fuerza amenazante de la modernidad y de su *globalización de la duda, duda nacida de la incertidumbre ciudadana sobre las prácticas corrientes de protección*.

– Mientras la *peligrosidad era mirada individualmente* y se apoyaba en la *certidumbre*, el *riesgo es observado como un fenómeno general*, predicable sobre todo de grupos humanos, que se apoya en la *probabilidad*.

– *El paso de la peligrosidad al riesgo multiplica ilimitadamente las posibilidades de intervención del poder en la vida ciudadana*¹⁶.

En resumen, con razón, ha dicho un experto:

Paradójicamente, el desarrollo de las ciencias y de las tecnologías es, en cierto modo, un factor de riesgo comparado con el proyecto moderno. De hecho, el riesgo es un concepto moderno que debe diferenciarse de peligro. Peligro es lo que amenaza o compromete la seguridad, la existencia de una persona o de una cosa. El riesgo es un peligro probable más o menos previsible, y calculable¹⁷.

3.2. El resurgimiento de la *victimología*, pero ya enseñada la situación de la víctima con base en la utilización que de ella hacen el poder político y los medios de comunicación con el ánimo de engendrar en la ciudadanía dos sentimientos: el primero, “tristeza”, “melancolía”, por quienes padecen, por quienes sufren, tal como las muestran la televisión, las fotografías e internet; y el segundo, “miedo” cuando se piensa en que cada ciudadano, incluido quien piensa, puede, mañana, ser víctima. Y con ello se justifica toda medida eminente y exclusivamente represiva, con olvido de las políticas previas orientadas a la evitación de comportamientos indebidos. Y aquí, algo “curioso”: las víctimas que son mostradas al pueblo son las que sucumben ante la denominada “criminalidad clásica, común o tradicional”.

3.3. El ánimo de punir “penalmente” las consecuencias nocivas del trabajo desplegado por algunas personas jurídicas.

3.4. El anhelo de darle “tranquilidad” y “seguridad” a la ciudadanía, ante los nuevos riesgos de victimización generados por el avance y las consecuencias de las ciencias,

16 Ibid., pp. 53, 54, 72, 73, 100/1/2.

17 FRANÇOIS ASCHER. *Los nuevos principios del urbanismo*, 1ª. reimp. de la 1.ª ed., 2004, trad. de MARÍA HERNÁNDEZ DÍAZ, Madrid, Alianza, pp. 33/4.

las tecnologías, la economía, la división del trabajo, etc., por ejemplo “limpiando las ciudades”, “amontonando” desempleados, “cacheando” desocupados y “restringiendo” temporalmente la libertad de quienes caminan por las calles sin rumbo fijo, mientras se averiguan sus antecedentes.

3.5. El afán de proteger los bienes jurídicos de aquellas conductas cuyo *resultado futuro puedan ocasionarles daño o puesta en peligro. No se da importancia a lo ya sucedido, a lo pasado, sino a lo que pueda ocurrir, a lo eventualmente venidero*. Se hace énfasis, entonces, en las *teorías de la prevención*.

3.6. La creación de *nuevos bienes jurídicos*, los denominados *generales, universales, colectivos, difusos o plurales*, por ejemplo el medio ambiente, el patrimonio arqueológico, la tranquilidad y seguridad sociales, las comunicaciones, etc., con lo cual la rigidez del bien jurídico tradicionalmente atendido en derecho penal va desapareciendo, se desvanece y se torna elástica.

3.7. El uso de los *delitos de peligro*, especialmente de los de *peligro abstracto*, con el fin de proteger los bienes jurídicos de las *amenazas lejanas* que los pueda merodear, con desconocimiento del *principio de duda* cuando no se puede demostrar con certeza la producción del resultado¹⁸.

3.8. La *sanción autónoma, independiente*, de algunos comportamientos que, con la tradición, equivalen a *actos preparatorios* o a conductas punibles en grado de *tentativa*.

3.9. La *desformalización, flexibilización o pérdida de entidad de los principios esenciales del derecho penal*, con el propósito de dar mayor trascendencia a la *prevención, engendrar y robustecer la sensación de seguridad en la ciudadanía y mostrar más efectividad en la solución de los conflictos sociales*. Consecuencia de ello, la tipificación indeterminada de comportamientos punibles; el uso ampliado de normas en blanco; la estructuración de conductas cuya autoría se basa en la mera infracción de deberes; la utilización de cláusulas generales; la alta frecuencia de reenvíos a normas extrapenales; la difícil distinción entre autoría y participación.

3.10. La tipificación de comportamientos de los cuales se derivan resultados que no pueden ser dominados o controlados por el hombre.

3.11. En *materia procesal*, la elasticidad que se otorga a los medios de prueba, por ejemplo acudiendo a la institución de los “infiltrados”, en sus varias modalidades, como los agentes provocadores y los agentes encubiertos; el uso del “derecho penal premial” –“arrepentidos”–; y la flexibilidad con que es tratada la “prueba ilícita”, so-

18 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 336.

bre todo cuando son observadas sus excepciones, todo ello con el ánimo de enseñar contundencia demostrativa, agilidad y, por supuesto, eficacia¹⁹.

4. Y el terreno ya está abonado para el derecho penal que sigue: el “*derecho penal de la guerra*”, el “derecho penal bélico”, es decir, aquel que:

4.1. Castiga severamente a los “enemigos”, a quienes no son “ciudadanos”, a quienes se apartan del régimen.

4.2. Es “creado” y casi “impartido” por la administración en contra de sus “rivales”.

4.3. Se preocupa exclusivamente por la “seguridad ciudadana”. Con su triunfo, ésta legitima el endurecimiento penal y el retroceso de las garantías.

4.4. Reduce la estimación hacia el poder judicial y lo desacredita para dar trascendencia a las policías, a los ejércitos, a quienes administran las cárceles, etc.

4.5. Es diseñado y organizado no por los científicos ni por los expertos, sino, aparentemente, por la “opinión pública”, precedida, desde luego, por algunos “medios” y, naturalmente, por el poder político, que los manipula.

4.6. Se quiere apoyar en la “nueva criminología del control”, con abandono de las otras “teorías de la criminalidad”, para explicar la desviación con base en los defectos; en la ausencia de control social externo o interno; y en la preeminencia del nihilismo, del placer y del egoísmo.

4.7. Acude como única medida de “política criminal” a la “tolerancia cero”.

4.8. Amplía la “sospecha” de delito, desde el individuo “sospechoso”, hasta el “grupo social” al que pertenece: marginados, inmigrantes, desempleados, etc.

4.9. Usa una terminología político-militar, por ejemplo, “lucha”, “enemigo”, “ataque”, etc.

4.10. Incrementa cualitativa y cuantitativamente los cuerpos militares, la fiscalía, los organismos de pesquisa y la policía, a la que cada vez otorga más poderes y facultades.

19 BLANCA MENDOZA BUERGO: *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001; CORNELIUS PRITTWITZ. “Sociedad de riesgo y derecho penal”, en LUIS ARROYO ZAPATERO, ULFRID NEUMANN y ADÁN NIETO MARTÍN (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003; FILIPPO SGUBBI. *El delito como riesgo social* (trad. de JULIO E. S. VIRGOLINI), Buenos Aires, Ábaco, 1998.

4.11. “Ataca” selectivamente: priman la intervención y la persecución de los sectores sociales considerados “peligrosos” y “marginales”. Y posterga, dilata la intervención y la persecución de la “criminalidad de los poderosos”.

4.12. Incentiva y “premia” la rendición, la delación y la “ayuda” a la investigación.

4.13. Se refiere a las “leyes penales”, con el ánimo de justificarse y legitimarse.

4.14. Fomenta primero el temor al delito y luego se pone al servicio de los “miedosos” o “asustados”. Y con ello genera una tensión entre la libertad que reclama la sociedad y la seguridad que a ella debe darle el Estado, tensión que termina resuelta a favor de la “seguridad”. El Estado prosigue, por ejemplo, creando escenarios de peligro, adornados con propuestas legislativas orientadas, sobre todo, a ensombrecer los derechos fundamentales y a desarrollar *derechos penales especiales para autores peligrosos*.

5. Si quisiéramos resumir todo lo anterior, podríamos decir que en la actualidad se habla, en general, de *tres clases de derecho penal*: el derecho penal *clásico, tradicional, viejo o pequeño*, también denominado “*de primera velocidad*”; el derecho penal *nuevo, moderno, del riesgo, del peligro, mágico, simbólico, funcionalista, grande*, o “*de segunda velocidad*”; y el derecho penal de *guerra*, o de “*tercera velocidad*”.

El *primero* –repetamos– se caracteriza porque da preeminencia a los delitos de resultado y peligro concreto; se ocupa especialmente de los delitos tradicionales, como hurto, lesiones, homicidio, estafa, etc.; acude a una relación de causalidad estricta, rígida; la antijuridicidad es, sobre todo, daño o peligro muy cercano al daño al bien jurídico; la legalidad y la tipicidad objetiva son estrechas; su teoría del delito es cerrada, recia, infranqueable y da preferencia a la parte general de los códigos penales; el bien jurídico utilizado es especialmente personal; la pena es retributiva, absoluta; el derecho penal tiene por finalidad esencial garantizar la libertad y seguridad ciudadanas contra la arbitrariedad y la prepotencia estatales, y especialmente con la pena privativa de la libertad busca retribuir, ante todo con fundamento en la culpabilidad; su razón de ser es el conjunto de garantías ciudadanas, motivo por el cual respeta sin duda alguna todos los derechos de las partes dentro del proceso, especialmente los del imputado; concibe el derecho como límite a la intervención estatal; y se vale de un lenguaje sencillo.

El *segundo* otorga mayor importancia a los delitos de peligro abstracto; a los delitos de la modernidad, es decir, aquellos que permiten adelantar la punición y vulneran bienes jurídicos generales, colectivos o universales, por ejemplo aquellos contra el medio ambiente y la seguridad colectiva; a las sanciones pecuniarias, restrictivas de actividades y de inhabilitación; a la relación de causalidad elástica, amplia e inasible, que se determina a título de posibilidad; a la antijuridicidad como riesgo para el bien jurídico; a la legalidad y tipicidad objetiva flexible, abierta a la analogía y a las normas en blanco; a una teoría del delito modificable, variable, adaptable, que haga hincapié en la parte especial del código penal; a los bienes jurídicos colectivos, generales, uni-

versales; a la prevención general y a la prevención-integración; al aseguramiento de la sana convivencia de la colectividad como finalidad del derecho penal; a la utilidad de la pena, como base de la sanción; a las consecuencias o resultados que produce la práctica del derecho penal, y al impacto que genera en la persona que ha delinquirido y en la sociedad, como su razón de ser; a la penetración ilimitada en la vida ciudadana; a la “seguridad”, con base en que dentro de las sociedades industriales se generan riesgos que comprometen la existencia y continuidad del grupo; y al lenguaje muy científico y, por tanto, confuso.

Y el *tercero*, el de la “guerra”, es el derecho penal que fija su atención en los delitos más graves, *v. gr.*, la criminalidad económica, la criminalidad organizada, el terrorismo, etc., a los que quiere derrotar relativizando los derechos y garantías procesales, incrementando la calidad y la cantidad de las sanciones penales, reduciendo los términos legales, ampliando los planes de ejecución de las penas y haciendo cada vez más maleables las varias reglas de imputación. Su principal ejemplo es, obviamente, el *derecho penal del enemigo*²⁰.

20 PAZ M. DE LA CUESTA. *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2.ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999; GIOVANNI FIANDACA. “Controllo di razionalità e legislazione penale”, en MAURIZIO BASCIU (ed.). *Diritto Penale, controllo di razionalità e garanzia del cittadino*, Padova, Cedam, 1998; WINFRIED HASSEMER. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (trad. de F. MUÑOZ CONDE et ál.), Bogotá, Temis, 1999; HASSEMER. “Seguridad por intermedio del derecho penal”, en FRANCISCO MUÑOZ CONDE (dir.). *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 25 a 64; EDGARDO ALBERTO DONNA. “El derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad, la justicia”, en MUÑOZ CONDE (dir.). *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, cit., pp. 65 a 84; ELENA NÚÑEZ CASTAÑO. “Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal de enemigos”, en MUÑOZ CONDE (dir.). *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, cit., pp. 115 a 162; M.ª ISABEL SANCHEZ GARCÍA DE PAZ. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999; WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995; PATRICIA LAURENZO COPELLO. “El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: Breves notas sobre su alcance garantístico”, en GONZALO QUINTERO OLIVARES et ál. (coords.). *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Aranzadi, 2001; FEDERICO STELLA. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milán, Giuffrè, 2001; ÍD. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2.ª ed., Milán, Giuffrè, 2000; ÍD. *Il giudice corporocratico. La cultura delle prove*, Milán, Giuffrè, 2005; ANDRÉ LUIS CALLEGARI y CRISTINA REINDOLFF DA MOTTA. “Estado y política criminal: la contaminación del derecho penal ordinario por el derecho penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal”, en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y JOSÉ ANTONIO CARO JOHN (eds.). *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 609 a 629; PETER-ALEXIS ALBRECHT. “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española). *La insostenible situación del derecho penal* (trad. de RICARDO ROBLES PLANAS), Granada, Comares, 2000, pp. 471 a 487; LUIS FELIPE HENAO CARDONA y GUSTAVO BALMACEIDA HOYOS. *Introducción al derecho penal de la sociedad postindustrial*, Bogotá, Universidad del Rosario y Biblioteca Jurídica Diké, 2006, especialmente pp. 154 a 158; JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS. “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 49, 2004 [www.juecesdemocracia].

6. Naturalmente, ante el antagonismo y las disputas, y para evitar choques, ya han surgido propuestas; por ejemplo, las siguientes:

6.1. Mientras se adquiere plena nitidez, se impone una ideología, se adquiere plena claridad o se mira qué se va a hacer, es conveniente hablar o crear un *derecho penal de transición*, entendido como aquel que comprende el “clásico” o “tradicional” y el “moderno” o “intervencionista”, también llamado “mágico”²¹.

6.2. Ante la situación del mundo actual es necesario “reconstruir” la teoría del delito orientada a los fines y funciones del derecho penal, es decir, ampliarlo, pero con respeto total de las garantías²².

6.3. Frente a la pluralidad de derechos, es preciso “resolver los ‘modernos’ problemas con un ‘Derecho de la intervención’” partiendo de dos derechos penales: el primero, encargado de limitar el derecho penal al núcleo de los delitos violentos; y el segundo, estrechamente vinculado con el derecho mercantil, el laboral, el administrativo y el civil –de la “intervención”–, que se ocuparía de los “nuevos” delitos, dentro de ellos, *v. gr.*, los económicos²³. Es la postura de la Escuela Radical de Frankfurt, con la cual coincidiría el “derecho penal específico”, al que correspondería una dogmática igualmente específica para los delitos económicos, como quiere FERRÉ OLIVÉ²⁴.

Ese derecho penal de “intervención” –se reitera– supondría dos clases de derecho penal: una que se ocuparía de la criminalidad que siempre ha sido objeto de esta rama del derecho; y otra –el derecho penal de “intervención”– que tendría como objeto la “nueva” delincuencia, y que comportaría una mezcla de diversas ramas del derecho, sobre todo del derecho civil y del administrativo, que haría hincapié en la búsqueda de prevención de daños acudiendo a un adecuado control de las actividades peligrosas, así como a la justa reparación civil, cuando los perjuicios, a pesar de las medidas de

es/revista/pd_num_49.pdf]; ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid, Iustel, 2007; ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA. “De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del derecho penal”, en MUÑOZ CONDE (dir.). *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, cit., pp. 163 a 199; GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007; Carmen Gómez Rivero: *Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo*, en *Iustel: Revista General de Derecho Penal*, n.º 9, mayo del 2008 [www.iustel.com].

21 FIANDACA. “Controllo di razionalità e legislazione penale”, en BASCIU (ed.). *Diritto Penale, controllo di razionalità e garanzia del cittadino*, cit., p. 146/7.

22 LAURENZO COPELLO: “El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: Breves notas sobre su alcance garantístico”, cit., p. 447.

23 MIRENTXU CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, en general toda la obra y en concreto, p. 25.

24 MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ. “Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del ‘delito económico’”, en *Revista Penal*, n.º 21, universidades de Huelva, de Salamanca, Pablo de Olavide y Castilla-La Mancha, enero del 2008, p. 15.

control, efectivamente se producen. Esta propuesta no excluiría la utilización paralela del derecho penal para sancionar los hechos más gravemente ofensivos de los bienes jurídicos de mayor trascendencia, siempre en segundo orden y no para sustituir la necesaria intervención de las otras áreas del derecho²⁵.

6.4. La configuración dualista del derecho penal con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles, siempre con base en la distinción según las consecuencias jurídicas. Si se trata de un derecho penal orientado a la gran criminalidad (por ejemplo, la económica, la organizada), conminada con penas privativas de la libertad, el *derecho denominado clásico* debe permanecer incólume. Y si se trata de la misma criminalidad, pero con consecuencias diversas, concretamente sanciones pecuniarias o de otro orden, no privativas de la libertad, se puede hacer elástico el derecho penal ante la delincuencia del mundo “*moderno*”. Con otras palabras:

En la medida en que la sanción sea privativa de la libertad, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería –precisamente por lo dicho– mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea privativa de la libertad, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas ‘corporales’ permitiría flexibilizar el modelo de imputación. Con todo, para dotar de sentido a este nivel sí sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del derecho penal²⁶.

6.5. En concreto, respecto de la denominada criminalidad económica, la idea de un derecho sancionador de la empresa, sustentado en los “sujetos de derecho” y en el modelo del derecho penal supranacional, específicamente el utilizado para la Unión Europea. Este derecho sería complemento –no desconocimiento– del derecho penal “tradicional”, tendría como tarea crear “una nueva disciplina jurídica con su propia legislación, sus propios principios y su propia dogmática y ulterior jurisprudencia”. La propuesta está referida exclusivamente a las “empresas”, a los “entes colectivos”. Así, “el derecho penal seguirá cumpliendo su tarea de proteger bienes jurídicos ante ‘conductas individuales’, con todas las garantías y efectos sociales que esto trae consigo, y el nuevo ‘Derecho sancionador’ cumplirá la tarea de hacer responder por el daño

25 HASSEMER y MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, cit., especialmente pp. 54 y 55.

26 SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., toda la obra, pero especialmente pp. 115 a 127 y, en concreto, pp. 126/7.

a los entes colectivos con herramientas jurídicas hechas a la medida de la naturaleza de estas. Resulta evidente que precisamente una concepción como la expuesta ayudaría más que ninguna otra a construir una Política criminal garantista que busque un ‘Derecho penal mínimo’ bajo una ‘protección máxima’ de derechos sociales (bienes jurídicos colectivos)”²⁷.

6.6. En materia de criminalidad organizada, frente a la problemática del bien jurídico, se ha pensado en los “injustos de amenaza”. Según esta construcción, el objeto de protección es la “paz jurídica” –también la “paz interior”, la “seguridad pública”, la “seguridad pública interior”, la seguridad pública y el “orden estatal”, el “poder coactivo del Estado”–, que puede ser perturbada en el futuro si se quebranta una norma “flanqueante” o “colateral”, de donde se desprende un “injusto parcial”. Así las cosas, si se establece que la conducta no infringe una norma principal pero sí una “de flanqueo”, “colateral”, se puede afirmar que se está ante un “fragmento” de injusto que eventualmente es susceptible de legitimación, a título, precisamente, de “injusto parcial”. Se parte de la idea de que la norma “de flanqueo” no protege al bien principal, pero sí sus condiciones de vigencia, concretamente la “base cognitiva de esta”²⁸.

6.7. Fuera de todas las disquisiciones tradicionales, tanto dogmáticas como metodológicas, la construcción de un derecho penal “posmoderno”, que conceda la máxima importancia al hombre, entendido como ser social; que otorgue sitio secundario a los trabajos sobre teorías generalizadoras, regulares, globalizantes y paradigmáticas, ante la verdadera importancia de lo específico, de lo concreto y de lo excepcional, de lo singular, e incluso de lo irregular; que entienda que los hombres, los grupos y las sociedades no son siempre homogéneos sino, al contrario, heterogéneos cultural, económica, política y socialmente; que deje de lado los criterios cerrados, formalistas e indiscutibles puramente legales, para dar importancia a las alternativas, a los otros pensamientos, a las demás ideas, a las disyuntivas y a las diferencias, *v. gr.* construyendo, aplicando y ejecutando un derecho pluralista, diversificado, que admita las distinciones socioculturales y que otorgue preferencia a la costumbre, al denominado derecho consuetudinario; que analice la desviación con seriedad, pero no necesariamente a partir de las leyes con el fin de tener que hacer algo irrestrictamente planeado y en búsqueda de una meta a cualquier costo; que labore con principios pero sin desconocer sus salvedades, es decir, las excepciones que puedan tener, que por tales merecen inclusive más atención que las generalidades; que mantenga el principio del derecho penal de acción, de hecho, de acto o de comportamiento, sin rechazar el denominado derecho penal de autor, entendiendo por este no la imputación, la prisión provisional, la acusación y la condena simplemente por las características del hombre, sino el estudio detallado del

27 ABANTO VÁSQUEZ. “Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del ‘delito económico’”, *cit.*, especialmente pp. 17 a 21.

28 CANCIO MELIÁ. “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, En *Iustel*, revista electrónica, n.º 8, mayo del 2007.

hombre que delinque: su cultura, su biología, su conformación, su mente, su aspecto económico, su entorno familiar, ambiental y político; es decir, ubicarlo en su medio; que tenga presentes las teorías jurídicas, pero solamente como guías y métodos de trabajo que sirven para hacer justicia, y no como arquetipos o marcos dentro de los cuales es forzoso adecuar el comportamiento humano: cabe recordar que en el derecho penal las teorías no son obligatorias y que nada se opone a que inclusive puedan ser combinadas dos o más de ellas; que, en el terreno de la aplicación de las leyes, tenga en cuenta, por encima de cualquier otra consideración, el caso o asunto que se examina; que imponga penas cuando sean exclusivamente necesarias; que acuda al tratamiento penitenciario, si es imprescindible, sólo si la persona lo admite y está de acuerdo con la terapia; que en materia de creación e interpretación de la ley, abandone el razonamiento exclusivamente jurídico formal, el basado en la mera invocación de reglas positivas que operan a partir de las concordancias textuales; que no dé tanta trascendencia a las enormes construcciones jurídicas que han impuesto, e imponen, una moral, una ética, así como los grandes debates a que han venido dando origen, para hacer un derecho que efectivamente realice ciertas políticas sociales; y, muy especialmente, que se ocupe de temas concretos, tanto desde el punto de vista teórico como –y más– desde el práctico. Por ello, por ejemplo, se afirma que en nuestros días, y desde los años ochenta, los que merecen mayor atención a los investigadores son, sobre todo, aquellos que relacionan el derecho y la economía; el feminismo; las críticas al racismo; las vinculaciones entre derecho y literatura y la corriente conocida como “estudios críticos del derecho” (“Critical legal Studies”)²⁹.

IV. UNAS REALIDADES

En este punto nos detenemos un poco en el comportamiento de algunas de aquellas personas pertenecientes al poder ejecutivo, es decir, que han guiado al país. Las conductas que mostramos son desarrolladas durante su labor en el ejecutivo –por ejemplo, presidente de la República, ministro–, antes o después de ello.

He aquí los ejemplos que utilizamos.

1. El Partido Conservador hacía política especialmente defendiendo la propiedad privada y preservando la posición de los sacerdotes. Pero cambia de estrategia: cierra los periódicos liberales, y el Presidente, quien consideraba que cualquier cosa que se hiciera contra los liberales era válida, recibe al padre EZEQUIEL MORENO, enviado por el papa PÍO IX (PÍO NONO) con claras facultades especiales. Se encierran a trabajar

29 FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA. *Postmodernidad y derecho*, Bogotá, Temis, 1993; ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN y BRENDA JOHANNA PÉREZ CASTRO. *Curso de criminología*, 7.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 164 a 166; GARY MINDA. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, Nueva York-Londres, New York University Press, 1995.

presidente y enviado del Vaticano. Después de tres largos días de labores se implanta la nueva táctica: el uso y la difusión de la frase “El liberalismo es pecado”. Y esta “máxima” se maneja de manera obligatoria a la entrada de todas las iglesias, mientras MORENO prepara la guerra contra los liberales, organiza los ejércitos del sur y se ve comprometido en el asesinato de un guerrillero liberal de apellido PULIDO. Con el tiempo, en la lápida al sacerdote se escribe la frase que pregonaba por toda Colombia: “El liberalismo es pecado”. Luego lo santifican con fundamento, entre otros, en el milagro de “desaparecer liberales” (MIGUEL ANTONIO CARO. Conservador nacionalista. 1892-1894 y entre 1894 y 1898).

2. El Presidente le manda a pedir la renuncia a un alto funcionario del Estado sobre el que sospechaba hacía infidencias de las políticas gubernamentales. El funcionario se dirige al Presidente para quejarse de los malos tratos que le infligían sus compañeros de trabajo. Indignado, el Presidente le dice: “¿No ha visto usted los perros que entran a los edificios públicos? Olfatean aquí y allá y si no les gusta, se salen. Pues haga usted lo mismo: ¡Sálgase! Si no tiene dignidad de hombre, tenga siquiera dignidad de perro” (MIGUEL ANTONIO CARO).

3. El Presidente de la República distinguía entre conservadores y liberales: “La única diferencia entre nuestros partidos consiste en que los conservadores son más ladrones que los liberales y los liberales más asesinos que los conservadores” (MIGUEL ANTONIO CARO).

4. El Presidente tenía en su finca un espléndido cultivo de trigo verde. Un domingo invitó a almorzar a monseñor RAGONESSI, nuncio apostólico del Papa en Colombia, a quien pidió bendecir su lindo cultivo. Monseñor levantó la mano haciendo un gesto, y el Presidente le solicitó: “Eminencia, en lugar de bendecirme lo mío, maldiga al vecino que también está sembrando lo mismo” (JOSÉ MANUEL MARROQUÍN RICAURTE. Vicepresidente conservador-histórico. 1900-1904. Asumió cuatro años del gobierno de SANCLEMENTE).

5. Hubo un incendio célebre en Bogotá. La ciudad tenía una bomba de agua para apagar las llamas y cuando fueron a buscarla no la encontraron. El hijo del Presidente se la había llevado para regar un cultivo de hortalizas en su finca. El fuego consumió los locales de la capital (JOSÉ MANUEL MARROQUÍN RICAURTE).

6. Fue elegido presidente para el sexenio 1904-1910. Era conservador y los conservadores dijeron que las elecciones fueron fraudulentas. Los liberales, al contrario, estimaron que habría una nueva era marcada por la consolidación de la paz y por el progreso nacional. Adoptó como una de sus premisas las palabras “Paz, concordia y trabajo”, para denotar que en adelante el gobierno se preocuparía más por el progreso económico y por una administración eficiente, que por la tradición gubernamental, es decir, por la forma de gobernar basada en el reparto de empleos y en el cultivo de clientelas (RAFAEL REYES PRIETO. Conservador. 1904-1910).

7. El Presidente impone un régimen tributario. El Congreso, que era minoritario para el gobierno, le protesta y, a su vez, le impone como vicepresidente a un enemigo. El 13 de diciembre de 1904, el Presidente dice: “Se cierra el Congreso”. ¡Y lo cierra! Y organiza dos campos de concentración –Mítú y Orocué–, a donde envía a los conservadores que lo odiaban por trabajar cerca del Partido Liberal. A unos de ellos, conocidos como “los señoritos de Bogotá”, los manda a Orocué durante seis meses, los hace caminar permanentemente en el campo con los zapatos embarrados y los hace dormir a la intemperie. Por aquellos días se decía que esas decisiones del gobernante no alcanzaban a tener dimensiones de tortura, pero sí de formas impositivas (RAFAEL REYES PRIETO).

8. El 10 de febrero de 1906, el Presidente sale a pasear con su hija, como solía hacerlo, semanalmente, con sus hijos. Le hacen un atentado. Aprehenden a los asaltantes, menos a uno. Los “fusilaremos”, afirma el mandatario. A pesar de la oposición de la Iglesia, de las señoras de Bogotá y de la prensa, el Presidente dice que “Se fusilan”, ¡y los fusilaron! Más adelante, como se lee en una carta que envía a un amigo, afirma: “No he podido aclarar bien si los fusilamientos de Barro Colorado se han debido producir o no”. Se piensa que la misiva puede ser apócrifa porque no tenía nada que ver con la personalidad del gobernante (RAFAEL REYES PRIETO).

9. Ante tantas protestas por su gestión, el presidente renuncia, y entrega el poder al designado, quien empieza a integrar su gabinete. Cuando el ex presidente se entera de quiénes eran los candidatos, dice que cambia de opinión, que no renuncia y que se queda. Por supuesto, el designado abandona el solio presidencial. Y el Presidente, entonces, monta unas ametralladoras en el Capitolio Nacional y advierte a la ciudadanía: “Al que salga a hacerme manifestación, le echo bala”. De inmediato terminan las revueltas (RAFAEL REYES PRIETO).

10. El Presidente, con hondos vínculos con el derecho, cambia radicalmente los códigos penal y fiscal, y, obsesionado, sin que se sepa con certeza por qué, se fija como meta acabar el Consejo de Estado. El Congreso no lo permite. Quizás la explicación esté en sus propias palabras: “*Colombia es un país único, y el mío un gobierno único*” (CARLOS EUGENIO RESTREPO RESTREPO. Presidente republicano. 1910-1914).

11. Un congresista le preguntó al candidato-futuro Presidente: “¿Cómo se dice: ‘deme de beber’ o ‘deme de tomar’ ”? Y el futuro Presidente le contesta: “En tratándose de usted, que lo lleven a abrevar” (MARCO FIDEL SUÁREZ. Presidente conservador. 1918-1921).

12. Un hecho genera extrañeza en la conducta del Presidente, reputado humanista: su gran aptitud de intrigante con sus ministros. Con estudiada cautela siembra la cizaña entre ellos para ocasionar enfrentamientos durante los consejos de ministros (MARCO FIDEL SUÁREZ).

13. Al Presidente lo regían el sectarismo ideológico y su ferviente fanatismo católico. Sus decisiones estaban sopesadas en la balanza de la curia. La brecha entre la Iglesia y el Partido Liberal era insondable. Por ello, el ejecutivo no era imparcial. Las inversiones se hacían en las regiones conservadoras y los territorios liberales eran descuidados (MARCO FIDEL SUÁREZ).

14. Se avecina el centenario de la Batalla de Boyacá y el ejército debe lucir espléndido. Se contrata una empresa extranjera para que confeccione los uniformes correspondientes, con desconocimiento de las habilidades de los sastres santafereños. Estos protestan, piden se les otorgue un modo de vida, exigen posibilidades de trabajo. El Presidente les afirma que resolverá el problema, y lo resuelve. Pero al ministro de Gobierno se le olvida informarles a los sastres que se ha cancelado el primer contrato y, sintiéndose engañados por las supuestas mentiras del Presidente, los sastres, energúmenos, se toman los lugares aldeaños al palacio de gobierno. “El general Pedro Sicard Briceño, de la guardia presidencial, de una manera muy torpe, se asusta con la manifestación creyendo que los sastres lo harían picadillo con sus tijeras, entonces saca un ‘pique’ de soldados y ordena disparar”. Mueren 18 personas y las heridas y prisioneras son incontables. El Presidente se arrodilla y ora. Luego, se defiende de la imputación, destituye al general y finalmente es absuelto por el Congreso, tal vez con base en que sus “equivocaciones proceden de su flaqueza interior” (MARCO FIDEL SUÁREZ).

15. Quien sería Presidente de la República, llegada la guerra y siendo ya presidente del directorio conservador, estuvo involucrado en un tráfico de fusiles, bueno y nuevo negocio por el que lo someten a prisión. Cuando sale de la cárcel, lo nombran secretario de gobierno de Cundinamarca (JORGE HOLGUÍN MALLARINO. Vicepresidente conservador militar, 13 a 14 de marzo de 1909, y 7 de junio a 3 de agosto de 1909. Asume un año, 1922, para terminar el periodo de MARCO FIDEL SUÁREZ).

16. Antes de ser presidente, al asumir el cargo de ministro del Tesoro en otro gobierno, declara: “Para mí, que soy un hombre que he manejado las finanzas privadas y que he hecho una gran fortuna, haber llegado al Ministerio del Tesoro y hacer una aplicación de lo que yo conozco, es una experiencia maravillosa”. Y siendo ministro del Tesoro, manda a Zipaquirá a uno de sus hijos para que le compre miles de hectolitros de agusal. El hijo le replica que “Esa es una cantidad muy grande” y el padre le responde “Cómprelos, muchos son pocos, aquí le explicaré”. Al otro día, por decreto, el ministro, futuro Presidente, por decreto, aumenta el precio de la sal y la grava (JORGE HOLGUÍN MALLARINO).

17. Al futuro Presidente, un periodista le pregunta: “¿Por qué estando usted en el gobierno hace negocios con el Estado?” Contesta: “Porque la única manera de hacer plata en Colombia es negociando con la administración”. Con ese código moral hizo una fortuna (JORGE HOLGUÍN MALLARINO).

18. Hubo un presidente que en otro momento ocupa el cargo de gerente del Banco Central. Se le acusa de malos manejos y de desviaciones de billetes: uno para el Estado y otro para él. Ante ello, se decía que el único cargo que se le podía ofrecer era el de Presidente porque en cualquiera otro podía hacer “diabluras” (JORGE HOLGUÍN MALLARINO).

19. Este mandatario, “el más paísa de los paísa entre los presidentes, de familia católica, godo, rezandero e incansable trabajador”, guía a Colombia cuando el país recibe la compensación por la pérdida de Panamá, de conformidad con el Tratado Urrutia-Thompson. El Presidente recibe el dinero con la condición estadounidense de que lo invierta en carreteras. El Presidente empieza a construir y culmina una gran red vial de 5.650 km, en todo el territorio nacional. En EE. UU. se desarrolla la enorme industria de los automotores (PEDRO NEL OSPINA VÁSQUEZ. Presidente conservador. 1922-1926).

20. El Presidente, quien como buen “opita” de la época “dormía muy despacio, se levantaba a las diez de la mañana y luego le gustaba descansar”, tenía muy claro que “El único requisito para ser ministro es el nombramiento”, y que “Lo malo de la rosca es no estar en ella”. Tal vez por ello no se percata de su tendencia a “rodarse muy mal”, con personas que le hacen mucho daño, como le sucede con un ministro de Obras, que tiene fama nacional de ser corrupto y de pedir participación en los negocios y contratos del Estado; y con otro, que interviene sobre todo el desarrollo de Bogotá, en provecho propio. Todo ello condujo a que los conservadores, que le crearon la peor imagen, afirmaran que “Su ineficiencia frente a la administración fue evidente”, que “es capaz de desbaratar un balín”, y que “Todo tipo de protestas ciudadanas de carácter social las reprimió con el uso de las armas, matando a muchos compatriotas” (MIGUEL ABADÍA MÉNDEZ. Presidente conservador. 1930-1934).

21. El Presidente, un poco antes de ser elegido, le escribe a una persona sobre los cuidados que se debe tener durante los comicios: “Recuerde, doctor, que entre nosotros no se computan votos sino *trampas*”. Se esperaba otro gran fraude (ENRIQUE ALFREDO OLAYA HERRERA. Presidente liberal. 1930-1934).

22. El Presidente le ofreció el ministerio que escogiera a un ingeniero, con el argumento de que quería llevar a los mejores cargos a los mejores hombres. El ingeniero le contestó: “Yo quisiera, no una cartera ministerial, sino un puesto especial, ‘sui generis’, en el que conservando mi rango de ministro pudiera vigilar a estos, controlarlos, y si llegare el momento, destituirlos a todos”. El Presidente lo despidió diciéndole: “Lamento que sea usted, un viejo amigo mío, la única persona que todavía ignora en el país, que ese puesto ‘sui generis’ que usted me solicita es el que en este momento estoy desempeñando yo” (ENRIQUE ALFREDO OLAYA HERRERA).

23. Para calmar a sus opositores, el Presidente busca un amigo del crítico y le dice:

- ¿Usted conoce bien a “fulanito de tal”? Es que yo no tengo ni idea de quién es.
- Sí, es muy amigo mío.

– ¿Ah, sí?, es que me han dicho que es hombre de estas y estas condiciones, de mucha inteligencia, que sería muy buen embajador, por ejemplo en el Brasil o en Washington.

Entonces el amigo iba y le contaba.

Así maneja a la gente el Presidente. Nunca manda razones, busca un amigo íntimo del candidato. Así se entera de si la persona le acepta el cargo o no (EDUARDO SANTOS MONTEJO. Presidente liberal. 1938-1942).

24. En una época, un político de la oposición, que fuera presidente, se encierra en las oficinas de su periódico con otras personas y escribe anónimos dirigidos a la esposa del Presidente de la República. Después comentaba con entusiasmo y beneplácito, y para disfrazar su tortuosa propensión, que se trataba de una “patriótica guerra de nervios” (el que enviaba los anónimos era LAUREANO ELEUTERIO GÓMEZ CASTRO y el presidente era el liberal ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO: segundo periodo, 1942 a 1945).

25. Afirma el Presidente, cuando actúa como analista político: “Nos encontramos con que en ciertos lugares, alcaldes y corregidores, alguaciles y guardas de renta, inspectores de policía y todo género de agentes subalternos de la autoridad, lejos de reprimir el atropello, se convierten en auxiliares de la violencia y autores de la impunidad” (CARLOS LOZANO Y LOZANO. Presidente liberal. 9 al 19 de octubre de 1944).

26. Un ministro de Gobierno que fuera presidente es interrogado por un periodista, después de un frustrado golpe de Estado:

– ¿Cuál cree usted que es el verdadero problema del país, señor ministro?

– Es que este es un país de cafres.

Ante el escándalo armado por los periodistas, el Presidente le pidió al ministro que se disculpara públicamente.

El ministro fue a la Radiodifusora Nacional de Colombia y dijo:

– Por insinuación del Presidente, quiero públicamente pedir excusas a todos los cafres de este país por haberlos llamado así, cafres, y no me refiero a los del África.

Mejor dicho, los colombianos somos zafios, rústicos, bárbaros, crueles, toscos, incultos, groseros (DARÍO ECHANDÍA OLAYA. Presidente liberal. 1943-1944; 1960; 1967).

27. Tras el asesinato de JORGE ELIÉCER GAITÁN, el Presidente recordaba lo siguiente en cada discurso: “Los policías boyacenses, enviados por el gobernador de Boyacá, salvaron la patria el 9 de abril”. La referencia tenía que ver con la “chulavita”, que era la policía, de tradición conservadora, reclutada en la vereda de Chulavita, municipio de La Uvita, en Boyacá. Su ingrediente activo era “matar liberales”. Se les acusa del

ejercicio de la violencia armada (LUIS MARIANO OSPINA PÉREZ. Presidente conservador. 1946-1950).

28. El Presidente, al igual que todos los gobernantes totalitarios, utiliza el deporte para que el pueblo, al estilo del imperio romano, se distraiga, olvide sus penurias y se desentienda de la violencia desatada por el poder político. Así como MUSSOLINI organizó el Mundial de Fútbol de 1934 e impuso el triunfo de Italia, y HITLER estableció las Olimpiadas de 1936 para demostrar la superioridad de la raza aria, el presidente colombiano, siguiendo los pasos de la falange y del nazismo, estimuló el fútbol en nuestro país y trajo una constelación de estrellas de Argentina (PEDERNERA, DI STEFANO, ROSSI, COSSI...) (LUIS MARIANO OSPINA PÉREZ. Presidente conservador. 1946-1950).

29. El Presidente no permite que lo contradigan, entiende que lo importante es actuar, es intolerante, es sectario y se siente en posesión absoluta de la verdad. Quizás por ello le dicen “el Ogro”, “el Monstruo” (LAUREANO ELEUTERIO GÓMEZ CASTRO. Presidente conservador. 1950-1954).

30. El Presidente concurre ante un juez porque fue demandado. Se le dirige así:

– Yo le pregunto al señor juez: ¿Va a proceder honradamente y a conciencia? En ese caso no debo declarar, porque el sumario le será arrebatado, lo calumniarán los ministros y usted será destituido. ¿Va a proceder arbitrariamente según los deseos del gobierno? Entonces tampoco debo declarar porque no puedo prestarme a una farsa.

Esto no es extraño. Por ello se afirma del Presidente: “Sus respuestas son típicas del hombre que razona con los sentimientos: comienza con la conclusión y pone después las premisas; primero se convence de que lo roban, luego busca las pruebas, y cuando le van a dar una que puede favorecer o contrariar el juicio anticipado, la rechaza” (LAUREANO ELEUTERIO GÓMEZ CASTRO).

31. La violencia en Colombia se institucionalizó durante su gobierno. Fueron creados unos grupos “paramilitares”, integrados por los directorios conservadores en todos los municipios del país, que tenían el apoyo de la fuerza pública, en especial de la policía “chulavita”, para eliminar a los indeseables y a los liberales que no comulgaban con el régimen. Los gamonales conservadores y los llamados “pájaros”, como “el Cóndor” en el Valle del Cauca, despojaban a los campesinos liberales de sus cosechas y de sus parcelas, quemaban sus casas, violaban a las mujeres y asesinaban niños, todo para cumplir con la tarea perniciosa de infundir pánico entre la población. Acrecentaron el desarraigo de los campesinos y las migraciones hacia los centros urbanos grandes. Después, en los gobiernos de URDANETA y ROJAS PINILLA, Colombia vivió la época del terror (LAUREANO ELEUTERIO GÓMEZ CASTRO).

32. La ética del Presidente es definida: 1. Todo lo que yo haga está bien hecho, así esté mal hecho; y todo lo que usted haga está mal hecho, así esté bien hecho; 2. Siempre

hay que buscar culpables, no soluciones, hay que empequeñecer los problemas; 3. Todos los ministros deben trabajar en exceso; no es posible descanso alguno (LAUREANO ELEUTERIO GÓMEZ CASTRO).

33. Frases famosas del Presidente: 1. “La base de la sociedad está integrada por el oscuro e inepto vulgo, donde la racionalidad apenas aparece para diferenciar los seres humanos de los brutos”; 2. “En boca del mentiroso, hasta lo cierto se hace dudoso...”; 3. “Calumniad y calumniad que de la calumnia algo queda...”; 4. “¡Al ataque!” les decía a sus colegas en las reuniones y a sus copartidarios (LAUREANO ELEUTERIO GÓMEZ CASTRO).

34. Durante su gobierno se produce la entrega de muchos guerrilleros, consecuencia de una *amnistía*. Sin embargo, después de la entrega, decenas de ex jefes guerrilleros son emboscados y asesinados, y centenares de familias son desterradas de sus parcelas. Se dice que un famoso oficial tiene como pasatiempo llevar a los ex guerrilleros a un paseo aéreo y lanzarlos desde un avión en los arrabales del Llano (general GUSTAVO ROJAS PINILLA. Golpe de Estado a LAUREANO GÓMEZ. 1954-1958. Renuncia en 1957).

35. El 8 de junio de 1954 hay un problema en la Universidad Nacional. El Secretario General llama a la policía y un agente, *asustado*, dispara y causa la muerte de un estudiante. El 9 de junio, los estudiantes marchan hacia el palacio presidencial. Tras un incidente, el ejército abre fuego. Mueren siete estudiantes y otros son heridos. El episodio es fatal. Pero el mismo día, después de la muerte de los universitarios, los dos partidos políticos le ofrecen su respaldo al general-presidente (general GUSTAVO ROJAS PINILLA).

36. El general-presidente corta relaciones con los partidos tradicionales Liberal y Conservador y declara que el suyo es un *gobierno militar, apoyado por el pueblo*. Así, la *dictadura* comienza a convertirse en *tiranía*. Aumentan los agravios a los ciudadanos, se restringen las libertades. Han sido cerrados los periódicos liberales (general GUSTAVO ROJAS PINILLA).

37. El presidente, cuando fungía en otro gobierno como ministro de Gobierno y ministro de Justicia, fue célebre por el nombre que le puso un periodista sustentado en una frase que aquel lanzara en el Senado. Dijo el ministro: “Defenderemos el gobierno a sangre y fuego”. Y desde allí fue conocido como “Saifú” (JOSÉ ANTONIO MONTALVO BERBEO. Presidente conservador. Designado entre el 6 y el 8 de agosto de 1963).

38. Para frenar un intento golpista, dijo el Presidente a los colombianos: “Son las ocho de la noche. A las nueve de la noche no debe haber gentes en las calles. El toque de queda se hará cumplir de manera rigurosa, y quien salga a la calle lo hará por su cuenta y riesgo, con todas las consecuencias que corre el que viola en estado de guerra una prescripción militar”.

El Presidente llama al jefe de la guardia:

- ¿Coronel, ya puso las ametralladoras sobre los camiones?
- Ya están puestas, señor Presidente.
- Salgan a la calle y ya conocen las instrucciones... *al cuerpo*.

(CARLOS ALBERTO LLERAS RESTREPO. Presidente liberal. Frente Nacional. 1966-1970).

39. En sus intervenciones públicas el Presidente es desconcertante. Cuando se acercaban unas elecciones, siendo mandatario, en un barrio de Bogotá, a propósito de la inauguración de unas escuelas, públicamente, y con fortaleza, descalifica a un candidato a la presidencia y da su total apoyo a otro. El Procurador lo censura en público y dice: “El Presidente debe mantener una neutralidad estricta, como todos los funcionarios”. La llamada de atención no le impide que luego, por televisión, prosiga sus ataques contra un candidato (CARLOS ALBERTO LLERAS RESTREPO).

40. El 6 de noviembre de 1985, el Presidente ordena la ocupación del Palacio de Justicia, diciendo: “Es muy poco lo que queda por hacer. Contra mi voluntad, tendré que ordenar la toma del Palacio de Justicia, a sangre y fuego”. Y uno de los “recuperadores” del Palacio de Justicia, al ser preguntado sobre la operación por un periodista, respondió: “Aquí defendiendo la democracia, maestro” (BELISARIO BETANCUR CUARTAS. Presidente conservador. 1982-1986).

41. Se dice que el Presidente llegó al cargo contaminado por los votos comprados con dineros del narcotráfico. El Presidente afirma que nunca supo de eso. Entonces un hombre de iglesia asevera sobre la explicación del Presidente esto: “Es tanto como si un elefante se le entrara a uno a la casa y uno no se diera cuenta” (ERNESTO SAMPER PIZANO. Presidente liberal. 1994-1998)³⁰.

42. En los últimos años, desde el 2002, hasta..., el Presidente³¹:

1. Reta a estudiantes.
2. Afirma que si dentro de las universidades hay violencia, las Fuerzas Militares pueden ingresar sin ningún inconveniente.
3. Les ordena públicamente a funcionarios del Estado que capturen personas.
4. Denuncia al presidente de la Corte Suprema de Justicia y a un magistrado auxiliar de ésta, e indirectamente a varios de sus magistrados titulares.

30 Hasta aquí, sobre la cuarta parte de este trabajo, la fuente ha sido la obra de HÉCTOR ECHEVERRI CORREA *Pinceladas y brochazos presidenciales. 1892-2006. De Caro a Uribe*, Bogotá, Carrera 7.ª, 2006.

31 A partir de aquí, la fuente es la prensa nacional. También la televisión y la radio. Basta estar medianamente atento todos los días.

5. Denuncia y durante su administración ministros y otros servidores suyos denuncian a magistrados de la Corte Suprema de Justicia.
6. Sin dar nombres ni ofrecer pruebas, afirma públicamente que sectores de la justicia le piden plata a un senador procesado.
7. Explica públicamente que “Marulanda” no murió de muerte natural, sino que “lo matamos”.
8. Insulta a la Corte Suprema de Justicia. Le dice “Corte ideologizante”, “golpista”, que dicta fallos “pensando en política”, que está “infiltrada”, a veces por la guerrilla y a veces por los militares.
9. Ordena a un general de la policía que persiga a dos “sicarios”, y le dice: “General, acábenlos, y por cuenta mía, no se preocupe, mi general”.

Un ministro suyo se dirige públicamente al nuevo jefe de las FARC y le aconseja que se entregue por que si no lo hace “*lo exterminamos*”.

Y otro ministro suyo, al ser interrogado sobre el grupo paramilitar denominado las “Águilas Negras”, responde: “Ahí están mortificando al país, una banda de bandidos. Ojalá las *acabemos* pronto” [sic].

V. CONCLUSIONES

1. Sin ánimo especulativo y exhaustivo, dos razones serían suficientes para *escoger el abolicionismo y desechar el expansionismo*: la primera: en general, en la mayoría de los países, el precario alcance del sistema penal, que se ocupa de un sector muy escaso inclusive de la denominada criminalidad aparente, registrada u oficial, y de la denominada criminalidad común u ordinaria, es decir, sin contar la denominada cifra oscura u oculta de la criminalidad, ni la delincuencia de los poderosos; y la segunda, lo que afirman del derecho penal muchos de los doctrinantes del área, palabras más, palabras menos: el derecho penal es violencia³². Estas fueron unas de las razones que en otra investigación circunscrita a mirar el sistema penal frente a los postulados del abolicionismo nos llevaron a propugnar su supresión³³.

32 Por ejemplo: LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de derecho penal*, I, 5ª ed., Buenos Aires, Losada, 1950, p. 247; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal*, I, Buenos Aires, Ediar, 1980, p. 318; FERRAJOLI. “El derecho penal mínimo”, en *Revista Poder y Control*, Barcelona, PPU, 1986, n.º 0, p. 46; HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, p. 20; ANTONIO BERISTAIN. “Prólogo” a la obra *Sanción penal y política criminal*, de IGNACIO MUÑAGORRI, Madrid, Reus, 1977, pp. 6 y 7; JORGE VÁZQUEZ ROSSI. “De qué nos protege el sistema penal”, en *Revista Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, año 15, 1992-A, p. 80; FRANCESCO CARRARA. *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. I, reimp., trad. de J. J. TORRES y J. GUERRERO, Bogotá, Temis, 1983, p. 40; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 211; WOLFGANG NAUCKE. *Derecho penal. Una introducción* (trad. de LEONARDO GERMÁN BROND –de la 10.ª ed. alemana), Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 219.

33 ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. *La perspectiva abolicionista*, Bogotá, Temis, 1989.

2. Pero también llama mucho la atención la conducta del ejecutivo a través de los tiempos en Colombia, conducta que, en verdad, es escabrosa, causa miedo, cuando se lee en términos de justicia y de derecho. Por supuesto que éste, representado por personas tan importantes, seguramente realiza comportamientos en su mayoría sanos, pendientes del bien común y carentes de dolo, entendido como mala intención. Solo de vez en cuando, esporádicamente, se comporta mal. *Pero es que no se puede permitir que obre tan mal –j y de qué manera!– ni siquiera una vez.*

Y entonces el pensamiento se dirige a otro lugar: es mejor estar en manos de un juez que en manos del ejecutivo, que actúa como actúa aun existiendo jueces; de un juez que sin preocupaciones ni atemorizado investigue y juzgue al poder, si éste delinque; y de un juez que, ceñido a la Constitución Política, a los tratados sobre derechos humanos, y a la ley, haga derecho penal sin pensar en que éste es un instrumento bélico y que tenga en cuenta que le compete juzgar a colombianos que, en principio, delinquen en Colombia, y que son, directa o indirectamente, producto de lo que es el país.