



**TENDENCIAS ACTUALES DE LOS SISTEMAS PENALES:  
CONSIDERACIONES EN TORNO A LA  
CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS  
RELACIONADAS CON EL CONSUMO DE  
DROGAS**

**DIANA CAROLINA ZULUAGA VARÓN\***  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
dzuluagavaron@gmail.com

Recibido el 16 de abril y aprobado el 19 de mayo de 2008

## **RESUMEN**

En la actualidad se habla en muchos ámbitos sociales, políticos y jurídicos del surgimiento de un nuevo derecho penal autoritario, vale decir, más autoritario de lo normal, llamado Derecho Penal del Enemigo. Desde esta perspectiva, el Derecho Penal se ha constituido en la *primera ratio*, como consecuencia de la falta de definición y aplicación de verdaderas políticas públicas sociales, en pro de la convivencia ciudadana, y como punta de lanza contra los recrudecimientos de la crisis social. El presente trabajo aborda desde una postura crítica el estado actual de la política criminal y la expansión del Derecho Penal, como herramienta para combatir conductas indeseables, sin importar si existe o no consenso sobre su definición, en particular, de aquellas asociadas al consumo de drogas. Para tal efecto, tocará algunos de los postulados de la teoría del ilustre penalista alemán Günther Jakobs, contrastándolos con la realidad del eficientismo que se ha entronizado en el derecho penal colombiano. Finalmente, se hará una reflexión acerca del papel de la Corte Constitucional en el Estado de Derecho y su rol en procura de la defensa de un ordenamiento jurídico-penal respetuoso de los postulados constitucionales en el marco garantista del Estado Social de Derecho.

## **PALABRAS CLAVE**

Consumo de drogas, criminalización, Derecho Penal del Enemigo, Corte Constitucional, eficientismo penal.

---

\* Abogada Universidad de Caldas. Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Jefe de Contratación Universidad Nacional de Colombia, sede Manizales.

## CURRENT TRENDS IN PENAL SYSTEMS: CONSIDERATIONS ON THE CRIMINALIZATION OF CONDUCTS RELATED TO DRUG USE

### ABSTRACT

Currently, in many social, political and legal areas there is talk of the emergence of a new authoritarian criminal law, precisely, more authoritarian than usual, called Enemy Criminal Law. From this perspective, Criminal Law has been constituted in the *primera ratio*, as a result of the lack of definition and implementation of genuine social public policies, pro-citizen, and as a weapon against the resurgence of social crisis. This article addresses, from a critical stance, the current state of criminal policy and the expansion of Criminal Law, as a tool to combat undesirable behavior, regardless of whether or not there is consensus on its definition, particularly those associated with drug use. For this purpose, it will touch upon some of the pillars of the illustrious German criminal lawyer Günther Jakobs' theory, contrasting them with the reality of "efficiency" that has been enthroned in the Colombian criminal law. Finally, there will be a reflection on the role of the Constitutional Court in the law—governed state and its role in the defense of a legal—criminal system respectful of the constitutional declaration within the guarantism framework of the Law—Governed Welfare State.

### KEY WORDS

Drug use, criminalization, Enemy Criminal Law, Constitutional Court, criminal "efficiency".

### 1. ALGUNOS APUNTES INICIALES

El análisis, la crítica, la construcción y la reconstrucción conceptual de los elementos que sirven de base y orientan el desarrollo y la implementación de los esquemas jurídicos en un Estado, es un proceso permanente y complejo que conduce a cuestionar su legitimidad para el ejercicio del poder punitivo y represor, en un modelo constitucional específico. La pregunta por la legitimidad del uso de la fuerza por parte del Estado, es el marco general en el que se instala todo el sistema jurídico en su conjunto y con él, desde luego, el Derecho Penal, constituido como el sector más contundente y extremo en la línea del mantenimiento del orden social existente, pues interviene vertical y tajantemente en el conflicto, sin penetrar en su núcleo, en el que subyacen, en gran parte, las grandes contradicciones sociales. Ahora bien, determinar si la protección de los derechos de los asociados ha sido igualitaria o selectiva, si esa protección ha tenido respaldo consensual o ha sido asumida verticalmente, es una cuestión que ha dependido de la ideología que ha

orientado la acción política del Estado. Y dentro de esta política, la delimitación de un espacio generalmente cruento y excluyente ha sido definido a partir de aquellas corrientes ideológicas que han inspirado la acción de Estados totalitarios, autoritarios o democráticos.

Pese a ello, a través de la historia los sistemas han reconocido, en sus prácticas, algunos de los más importantes Derechos Humanos y garantías procesales que han servido, al menos formalmente, de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado, por lo cual se afirma que ese poder, para que logre ser entendido como legítimo y pueda predicarse su validez, debe ser ejercido y construido en un escenario de garantía y respeto de tales Derechos y responder a parámetros y directrices que han sido recogidos por la fuente primaria del ordenamiento estatal: la Constitución Política.

Sin embargo, y muy a pesar de lo enunciado con anterioridad, actualmente se habla sin recelo en muchos ámbitos sociales, políticos y jurídicos del surgimiento de un “*Nuevo Derecho Penal Autoritario*”<sup>1</sup>, vale decir, más autoritario de lo normal; o como la doctrina más autorizada lo ha llamado, “*Derecho Penal del Enemigo*”.

Esta concepción del Derecho Penal, que se aprecia en las sociedades contemporáneas de Occidente, reviste gran importancia para diversos sectores de la teoría y la práctica del Derecho Penal, debido a que se posiciona como una ruptura de los principios que iluminan la implementación de los esquemas jurídico-penales (que deben servir de guía en la tarea de reprimir las conductas que afectan gravemente los valores fundamentales de una sociedad), rompe el hilo conductor que articula el tejido social y no contribuye al cumplimiento de la función del Estado de asegurar la convivencia, la paz y la justicia social.

Esta teoría ha prestado sus servicios a la legitimación de un sistema penal que ha producido grandes costos sociales y ha desembocado en la crisis vigente de inoperancia y deslegitimación de los ordenamientos jurídicos y desde luego de la administración de justicia de los Estados actuales. Así las cosas, el Derecho Penal se ha constituido en la *primera ratio*, como consecuencia de la falta de definición y aplicación de verdaderas políticas públicas sociales, en pro de la convivencia ciudadana, y como punta de lanza contra los recrudecimientos de la crisis social (TOCARA, 1997: 16).

<sup>1</sup> Así lo ha denominado el reconocido tratadista español Francisco Muñoz Conde. Al respecto, ver en extenso su artículo “El Nuevo Derecho Penal Autoritario”, en: *Nuevo Foro Penal*, No. 66, Septiembre a Diciembre de 2003, Medellín.

## 2. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO FUNDAMENTO PARA LA CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS RELACIONADAS CON EL CONSUMO DE DROGAS

### 2.1. EL ESTADO ACTUAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL: LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

En las sociedades contemporáneas que viven la proliferación de riesgos de origen humano con especial angustia, se ha producido un cambio en la representación del Derecho Penal, al que ahora se dirigen reiteradas demandas de seguridad. Ciertamente, a ello no son ajenas otras tendencias como el surgimiento de una “cultura de la víctima”, la manipulación de los medios de comunicación y la asunción de tesis criminalizadoras por la izquierda política y el movimiento asociativo. La globalización y la integración supranacional constituyen, por lo demás, potenciadores de este cambio. Se trata de combatir todas aquellas conductas que se consideran indeseables moral, política y socialmente, sin importar si existe o no consenso sobre su definición; y ello, que además se hace de un modo uniforme, pese a la diversidad de tradiciones jurídicas consolidadas y los derechos de los asociados, ofrece la coartada perfecta para la expansión del Derecho Penal.

Actualmente se impone una Política Criminal con claras tendencias expansivas, lo que se ve reflejado en la creciente restricción de las libertades públicas e individuales y también en la incapacidad y la falta de voluntad política de las clases dominantes para solucionar agudos problemas sociales, ante lo cual superponen políticas represivas que aumentan el espacio de lo definido como criminal. Este tipo de política es la que generalmente existe en los sistemas penales de Occidente, en los que la ideología liberal ha revelado toda su naturaleza formal, cuyas pretensiones de igualdad ante la ley se pierden en las inmensas brechas de la desigualdad socioeconómica, aspecto éste que pone de presente, en el trasfondo, un sistema económico capitalista que no logra establecer un equilibrio social, por lo que debe recurrir al incremento de la represión.

Esta tendencia político-criminal va en sentido contrario de las corrientes jurídicas democráticas que proclaman la vigencia de un *Derecho Penal Mínimo* o de *Última Ratio*, el cual sólo legitima la intervención del brazo armado del Estado y sus consecuencias legales en los casos en que no existe otra alternativa jurídica, y se puede entonces establecer la pena como una necesidad. En sentido opuesto, podemos afirmar que la Política Criminal practicada en el pasado reciente de nuestra cultura jurídica, se ha caracterizado por dar aplicación en toda su extensión a la idea de la “expansión” del Derecho Penal. En efecto, actualmente puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del “mundo occidental”, tiene que ver con la aparición de múltiples nuevas figuras

delictivas, a veces incluso de nuevos sectores de regulación, acompañada de una importante actividad de reforma de los tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

## 2.2. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: LA CRIMINALIZACIÓN EN EL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO

El Derecho Penal de las sociedades occidentales está sufriendo, paulatinamente, transformaciones fundamentales en diferentes sectores; por ejemplo, en la percepción social de la relevancia del delito y del ordenamiento penal, y en la utilización de sus instrumentos en los procesos políticos y sociales. En este contexto, se aprecia la aparición de sectores de regulación en los que estos cambios político-criminales cristalizan en aquello que Günther Jakobs ha llamado “*Derecho Penal del Enemigo*”.

El Derecho Penal del Enemigo es una construcción teórica formulada en la década del ochenta por el ilustre penalista alemán Günther Jakobs. Sin embargo, no se reduce sólo a esto. El concepto ha traspasado las fronteras de la realidad jurídico-penal inspirando la expedición de normas penales de contenido antigarantista que desbordan el poder de intervención del Estado en la vida de sus asociados, lo que ha permitido colocar en entredicho la legitimidad de los sistemas jurídicos que se enmarcan en esta definición, ya que con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico, tal y como sucede en el caso de la penalización del consumo de sustancias psicoactivas.

El profesor español Manuel Cancio Meliá, ha logrado expresar en pocas palabras el escenario en el cual se enmarcan los cambios estructurales que vive la legislación penal en la actualidad, brindando una idea global de la importancia que reviste el tema que nos ocupa, diciendo:

La actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales, un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas. Es decir, en la evolución actual tanto del Derecho Penal Material como del Derecho Penal Procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “Derecho Penal de la puesta en riesgo” de características antiliberales (CANCIO MELIÁ, 2003: 64).

La semblanza de la postura del citado penalista alemán, fue presentada al Seminario de Profesores de Derecho Penal Alemán, en el año 1985, asumiendo las pretensiones legislativas eficientistas en ese país, que buscan criminalizar el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Para Jakobs, en “*Strafe im Rechtsstaat*” (1990) citado por Aponte:

La criminalización indiscriminada, que toca aún la esfera privada, expresa un Derecho Penal en el cual la tensión entre la protección de los bienes jurídicos tutelados y la libertad, se resuelve de manera radical a favor de la primera. La clásica definición de Franz Von Liszt, acerca de cómo el Derecho Penal surge desde el primer momento en una situación de crisis –pues constituye aquel modelo de Derecho que “busca la protección de bienes jurídicos, mediante la lesión de otros bienes jurídico”– se resuelve a favor de la protección a ultranza de los bienes jurídicos (APONTE, 1999: 32).

Es la amenaza, incorporada en los tipos penales, la que autoriza una reacción penal en el estadio previo a la comisión del delito, lo cual es denominado en el texto de Jakobs como *das vorfeld*. Es previo con relación a la realidad objetiva y, por ello, anterior a la conducta punible objetivada y pertenece, exclusivamente a la esfera de la subjetividad; se trata ni más ni menos, que del fuero interno, lo que genera un desbordamiento del poder punitivo del Estado, porque con ello, como lo expresa Jakobs:

El autor es definido por el simple hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es solo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico” (JAKOBS, 1996: 185).

Este planteamiento se contrapone notoriamente con los postulados que caracterizan el ejercicio del control sobre las conductas humanas en sociedad, entre ellos con el denominado comportamiento interferido, esto es, que las acciones de una persona cobran relevancia jurídico-penal en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieran; ello supone la vigencia del principio *cogitationis poenam nemo partitur* que impone la existencia de un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las *cogitationis*.

El reconocimiento de esta esfera interna encuentra sustento en varias razones: la primera, en la imposibilidad de ejercer un control eficaz sobre esta; la segunda, en una posición naturalista que proclama al ser humano como un sistema psico-físico que tiene la piel como límite a la intervención; y en tercer lugar, en las fronteras que

al Estado antológicamente le están vedadas trasponer. De lo anterior se concluye, que la regla *cogitationis poenam nemo partitur* formula el máximo de lo interno suscrito a circunstancias sensibles sin tener en cuenta referencias normativas, que para el Derecho Penal son las que interesan.

De donde se deriva, que la mayor incertidumbre se extiende hasta el punto donde se halla el límite entre la conducta previa, que es legítimamente punible, y la que no puede ser castigada. El problema radica en establecer el límite entre estas esferas, pues esto se decide atendiendo a diversos factores y concepciones que priman en una determinada sociedad y, dentro de ella, los intereses que se manejan; lo cual en el caso de la criminalización del uso de drogas, ha sido bastante polémico y dinámico dado los diferentes discursos emergentes.

En todo caso, cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto: sin su ámbito privado el ciudadano no existe. Por lo tanto, el principio *cogitationis poenam nemo partitur* es tan sólo una de las concreciones del principio general según el cual los asuntos exclusivamente internos de un sujeto no pueden constituir una perturbación social, supuesto que se ilustra en las conductas relacionadas con el uso de aquellas sustancias que han sido definidas por el sistema político-criminal como ilegales.

La idea aceptada de que el ámbito interno del sujeto no sólo abarca sus pensamientos, sino que comprende su entera vida privada, genera un nuevo límite para determinar cuándo la conducta resulta susceptible de restricción penal y, desde luego, cuándo un ciudadano puede oponerse legítimamente a controles públicos, como sucede en el caso del individuo que decide libre y espontáneamente consumir drogas, teniendo en cuenta que esta conducta interfiere única y exclusivamente su vida privada, ámbito frente al cual se encuentra proscrita la capacidad reguladora del Estado y más aún de su brazo armado, el Derecho Penal. Bajo este esquema, la frontera entre lo privado y lo público se desvanece en pro del aseguramiento de los bienes jurídicos; razón por la cual no existe ya ningún motivo para detenerse ante la criminalización de conductas individuales que socialmente se consideran indeseables, como es el caso del consumo de drogas e incluso de los pensamientos que se juzguen inconvenientes por quienes ostenten el poder.

Se desconoce el postulado según el cual, en una sociedad moderna, la esfera de la intimidad adscrita al ciudadano no puede quedar sujeta a los impulsos neuronales de quienes detentan el poder de configuración penal y esto cristaliza en la ausencia de un hecho como contenido central y estructural del tipo, característica propia de un Derecho Penal del Hecho. El Derecho Penal del Enemigo jurídico-positivo vulnera, en diversos puntos, dicho principio.

Un caso especialmente ejemplificador se observa en las normas penales que reprimen conductas asociadas al consumo de sustancias psicoactivas, pues mediante

ellas se sanciona una actividad que no resulta relevante para el Derecho Penal, en la medida en que el legislador puede prescribir la forma en que el individuo debe comportarse con otros, pero no la forma en que debe comportarse consigo mismo, dado que su conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie; si el legislador lo hace, su prescripción solo podría interpretarse de una de estas tres maneras, como bien lo ha señalado nuestra Corte Constitucional:

“... 1. *Expresa un mero deseo, llamado a producir efectos psicológicos que se juzgan plausibles, pero en modo alguno generador de un deber jurídico genérico, susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal.*

2. *El Estado se asume dueño y señor de la vida de cada una de las personas cuya conducta rige y, arrogándose el papel de dios, prescribe, más allá de la órbita del derecho, comportamientos que sólo al individuo atañen y sobre los cuales cada persona es dueña de decidir.*

3. *Toma en consideración las consecuencias, frente a otros, de la conducta individual y por esa razón la hace objeto de regulación jurídica; verbigracia, la situación de desamparo en que puede quedar la familia del drogadicto, la privación a la comunidad de una persona potencialmente útil, el peligro que para los demás puede entrañar la conducta agresiva desatada por el consumo de las sustancias indicadas en la ley...”* (GAVIRIA, 2003: 2).

Los tipos penales que reprimen conductas relacionadas con el consumo de drogas brindan elementos para analizar la divergencia estructural que en ellas se plasma, pues se desecha por completo el principio del hecho, dado que se acude a la consagración de postulados dirigidos a la identificación de un determinado grupo de sujetos, drogadictos, catalogados como enemigos, en lugar de la definición clara y precisa de un hecho previamente desvalorado.

Así las cosas, la determinación de los hechos que deben estar en la base de la tipificación penal dejan de estar constituidos por la realización de una determinada conducta nociva socialmente y quedan al arbitrio de situaciones coyunturales y de los agentes que en un momento determinado detentan el poder de definición penal y que consideran reprochable una u otra conducta individual, de acuerdo a sus intereses y percepciones morales, para lo cual anteponen políticas represivas que aumentan el espacio de lo definido como criminal, sin tener en cuenta todos los efectos y consecuencias negativas de esta estigmatización. De modo correspondiente, se tiene que, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus complementarios, ya no son el único punto de referencia para la tipificación penal.

Se concluye entonces, que la definición del enemigo está sujeta a los vaivenes de la política, vivida en el horizonte de lo polémico, como lo concibe Carl Schmitt<sup>2</sup>. Esta es la consecuencia más concreta en la práctica de un Derecho Penal del Enemigo: el enemigo de hoy no es necesariamente el de mañana, pero cualquiera puede serlo en una coyuntura específica.

### 3. UNA MIRADA AL CONTEXTO COLOMBIANO

#### 3.1. EL EFICIENTISMO PENAL EN COLOMBIA

El eficientismo es por esencia un modelo especial del Derecho Penal incapaz de diferenciarse realmente del objeto que pretende regular, es decir, de la violencia. Más aún, constituye un modelo que termina reproduciéndola, radical y paradójicamente, en su dinámica cotidiana. Se trata de un modelo, en palabras de Niklas Luhmann citado por Aponte, “*incapaz en la práctica de “reducir complejidad” en relación con fenómenos extremadamente complejos para los cuales el Derecho Penal no está preparado*” (APONTE, 1999: 52). Así las cosas, se desvirtúa la función y el escenario en el que debe actuar la justicia penal, que se ve, entonces, forzada a enfrentar problemas que le sobrepasan y que tienen que ser atendidos con herramientas propias de otros campos, como la economía, la política o la sociología.

El proceso de consolidación del llamado eficientismo penal en Colombia se viene dando desde la década de los ochenta, pero el momento en el cual se puede hablar del surgimiento formal de este nuevo modelo de justicia penal se ha establecido en 1986, año en el cual mediante la Ley 30, se expidió el “*Estatuto Nacional de Estupefacientes*”. Dicho estatuto introdujo un cambio esencial, tanto en el discurso de agentes institucionales, como en el escenario general donde se adoptaban las decisiones político-criminales. Se trata entonces de encontrar la “*eficacia*” ante todo, en el sistema penal.

Esta directriz, en consonancia con el narcotraficante como nueva clase de delincuente que se consolidaba por aquel entonces, y detrás de sí el consumidor y el pequeño distribuidor, suscitan un cambio de paradigma en el Derecho Penal: los nuevos tipos de criminalidad sólo pueden ser enfrentados con un Derecho Penal verdaderamente eficaz.

Este modelo eficientista, que ha inspirado la legislación penal de las últimas décadas, ha invadido igualmente el ámbito de la llamada lucha contra las drogas,

<sup>2</sup> Este es el punto de partida de la concepción de Carl Schmitt de lo político. En esto se concreta gran parte de la crítica que se le ha hecho con relación a la función que tal teórico le asigna a la política (APONTE, 1999: 34-35).

sin arrojar buenos resultados. Desde esta perspectiva, la ineficacia en nuestro entorno ha sido concebida en términos reduccionistas, fundamentalmente como la incapacidad del sistema penal para producir sentencias condenatorias. Por esa razón, al serle impuesta al sistema penal la obligación de producir sentencias condenatorias, se ha propiciado que todo lo que se haga en nombre de la eficacia se reputé válido.

Asimismo, las normas que componen el modelo Derecho Penal eficientista en Colombia, nacen a la vida jurídica con el presupuesto de la eficacia como un contenido que se ha hecho indiscutible; en este modelo la fundamentación de las normas no yace en el respeto de los derechos y garantías, que tienden a ser en todo caso deleznable; la eficacia constituye por sí misma su fundamentación.

En la actualidad, la Constitución Política de 1991 trazó el camino para la consecución de la prevalencia del principio de libertad sobre el de autoridad, asegurando el respeto de los derechos y garantías ciudadanas en el marco de *Estado Social de Derecho*. Sin embargo, bajo los postulados de la necesaria eficacia del sistema penal, los principios del derecho inspirados en el garantismo pueden terminar vulnerados en detrimento de las necesidades políticas y jurídicas que demanda la realidad nacional. Esto se hace —con frecuencia— cuando se reviste el discurso de la eficacia con elocuente lenguaje jurídico, que dé la impresión de no suspender derechos en virtud de ella. Que no se sospeche, cuando las normas no hacen referencia a contenido alguno, que se transgrede el orden jurídico, sino que todo ello se haga parecer como discusiones o problemas de interpretación jurídica, de movilización de recursos o de mera argumentación dentro del propio orden jurídico.

### **3.2. EL EFICIENTISMO PENAL COMO MODELO DE CRIMINALIZACIÓN DE PROBLEMAS ECONÓMICOS, POLÍTICOS Y SOCIALES**

La historia de Colombia ha estado marcada por la lógica del conflicto en diversos ámbitos, lo que ha impedido el surgimiento de verdaderas políticas públicas que atiendan las necesidades más urgentes de la población; por esta razón se ha erigido como una práctica con amplia tradición en el país, el manejo de estas necesidades por la vía de la represión jurídico-penal. En otras palabras, se ha otorgado un manejo punitivo o militar a problemas de carácter político, económico y social, pues en múltiples ocasiones se ha incurrido en el grave error de otorgar una salida penal a dichas situaciones complejas sirviéndose de la fórmula crimen/pena, lo cual se ha evidenciado en el caso de las conductas asociadas al consumo de drogas.

Como ejemplo de lo expuesto, se cita el hecho de que el Gobierno de Colombia se vea obligado a fumigar territorios sembrados de coca como consecuencia de la presión estadounidense, lo que ha llevado a múltiples protestas, tales como las

marchas de campesinos y colonos sembradores de la planta durante los meses de julio y agosto de 1996, situación que ha estado ligada a un fenómeno en extremo complejo, el del narcotráfico, frente al que se ha dado un manejo que prioriza la aplicación del Derecho Penal y las acciones militares, sin considerar el componente social del mismo. El que las áreas cultivadas sigan en aumento y el narcotráfico se reproduzca, revelan en la práctica el absurdo y la completa ineficacia que entraña un tratamiento específicamente punitivo al problema, pues la complejidad de éste excede en cualquier caso la capacidad regulativa del Derecho Penal, tesis que se aplica en todas sus partes a la política criminal prohibicionista.

Además de lo señalado, con este tratamiento inadecuado de los problemas sociales se empieza a generar una profunda decepción en el ciudadano común, que no sólo observa cómo los problemas que él cree serán resueltos a través de la norma penal no se resuelven, sino que percibe cómo día a día éstos se agravan aún más, pese a la implementación de mecanismos de regulación jurídico-penales para el manejo del denominado “problema de las drogas”.

Adicionalmente, uno de los peligros inherentes a la criminalización de conductas no relevantes socialmente y por tanto no susceptibles de regulación penal, es el de producir en su dinámica cotidiana el castigo de inocentes. Esta situación se ve reflejada en diversos casos en los que se reprimen conductas atendiendo a una política criminal que es extraña al entorno en donde se ha de aplicar, razón por la cual suele suceder que el sistema penal termine persiguiendo e incriminando al último eslabón de la cadena delictiva, que no representa una verdadera amenaza contra el orden social, caso notorio del consumidor de drogas.

La política criminal practicada en Colombia en las últimas décadas ha sido influenciada en gran parte por la presión internacional que se ejerce sobre el Gobierno, como consecuencia de la violencia generada por el fenómeno del narcotráfico, el cual, debido a sus consecuencias entraña responsabilidades compartidas a nivel internacional, y a pesar de ello sólo se busca la solución del problema en los países productores como Colombia.

Como resultado de esto, el “enemigo”, en múltiples ocasiones, ha sido definido en el extranjero sin tener en cuenta los factores ínsitos de nuestro particular entorno social; así ocurre con el consumidor de drogas, con las familias de campesinos que cuidan laboratorios o propiedades de narcotraficantes sin conocer la situación legal de sus dueños, y con las denominadas “mulas”, todos ellos mero reflejo de la crisis social en que se encuentra sumido el país y frente a los cuales la respuesta ha sido etiquetarlos como transgresores de las normas y del ordenamiento establecido. De esta manera, cualquier ciudadano puede convertirse en víctima del sistema penal, así sea que en muchos casos, como el del consumidor de drogas, no medie una trasgresión objetiva de bienes jurídicos que deban ser protegidos por el Estado.

Con ello no sólo se revela la continuidad histórica del carácter extremadamente selectivo del sistema penal colombiano, sino que se demuestra la marcada tendencia de éste a dirigir sus efectos nocivos sobre la población más vulnerable, pues ante una situación insoportable socialmente, como es la generada por la agresividad de una delincuencia incontrolada, la respuesta penal del Estado se desliza hacia una población distinta a la que origina la situación.

#### 4. EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL<sup>3</sup>

La reflexión sobre el papel del Tribunal Constitucional en un Estado Democrático de Derecho y su rol conciliador entre Constitución y Ciudadanía, constituye un factor trascendental en el tema que nos ocupa. En la actualidad, con la notable tendencia a la constitucionalización del derecho y la concepción de las Constituciones como productos de nuevos procesos sociales, se hace indispensable una lectura más integral del texto constitucional que supere la rigidez del positivismo y el formalismo jurídico, y permita interpretarlo como un texto en construcción desde las perspectivas políticas, sociales y culturales de la nación, apuntando a la consolidación de verdaderos ciudadanos y a la integración social.

Esto conlleva a que el *Juez Constitucional* en las sociedades contemporáneas deje de escudarse en una supuesta neutralidad legal de su lectura de la Constitución, y acepte que sus decisiones en derecho son decisiones eminentemente políticas, inspiradas por modelos de democracia que reproducen, en la decisión judicial, el conflicto y la tensión existentes. Es por esta razón que el Tribunal Constitucional, en sociedades como la nuestra, debe propender por la conciliación entre ciudadanía y Constitución, tomando como referente, no el texto inerte de la Constitución, sino el contexto vivo de la soberanía popular (MEJÍA QUINTANA, 2002: 147-167).

En Colombia este Tribunal Constitucional, denominado por la propia Constitución Política como Corte Constitucional, ha tenido desde sus inicios un gran protagonismo como consecuencia de los muchos fallos altamente polémicos que esta Corporación ha emitido, entre ellos el de la despenalización de la dosis personal, que han aportado enormemente en la construcción del Estado Social de Derecho y, por ende, en el cambio de paradigma jurídico que quiso implementar el Constituyente de 1991. De igual manera, la contribución de esta instancia constitucional no ha sido poca en relación con la tarea de cimentar las bases de un Derecho Penal de la Constitución para Colombia.

<sup>3</sup> El autor español Manuel Cancio Meliá ha dicho sobre el tema: “*La Corte Constitucional colombiana ha declarado recientemente inconstitucionales –aplicando expresamente el concepto del Derecho Penal del Enemigo desarrollado por Jakobs– varios preceptos penales promulgados por el Presidente. Una cuestión distinta es, naturalmente, qué efecto práctico tendrá esto en el desarrollo de la actual guerra civil en Colombia; probablemente, exactamente el mismo que una solemne proclamación del principio de *ultima ratio*” (negritas fuera del texto) (CANCIO MELIÁ, 2003: 93).*

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional, como guardián de la vigencia de la Constitución, ha sentado su posición de rechazo a estas tendencias político-criminales y ha servido, en los últimos años, como barrera de contención frente a los ataques represivos y autoritarios que amenazan con destruir las bases en que se asienta nuestra forma de Estado y, por ende, nuestro sistema jurídico. La Corte se afianza, día a día, no solamente como una institución jurídica que controla la actividad legislativa del Estado e igualmente da contenido y alcance a los Derechos Fundamentales, sino como un ente político que, en pro del interés general, frena la arbitrariedad y aboga por el respeto y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

La dificultad e importancia que entraña la labor de la Corte se refleja, incluso, en el hecho de que, en algunas ocasiones, la Corporación ha sido puesta en tela de juicio por la dimensión, alcance e interpretación que se plasma en sus providencias. Un ejemplo que bien ilustra esta situación lo muestra la Sentencia C-221 de 1994, mediante la cual se decidió la inconstitucionalidad de las normas de la Ley 30 de 1986, que penalizaban el consumo mínimo de drogas y obligaban al consumidor a recibir tratamiento psiquiátrico.

De otra parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-939 de 2002, define el concepto del Derecho Penal del Enemigo y su incompatibilidad con los principios y garantías penales constitucionales y demuestra cómo este concepto no ha sido ajeno ni mucho menos desconocido en nuestra realidad jurídica, pues tanto en épocas pasadas como en los momentos actuales, pueden encontrarse múltiples ejemplos normativos, inspirados en esta concepción belicista del Derecho Penal, que aparecen plasmados claramente en el contexto de la justicia penal de emergencia, que tanta trascendencia ha tenido en nuestro país en las últimas décadas, y frente a lo cual la Corte Constitucional se erige como abanderada en la labor de impedir la implantación de estos esquemas represivos y, de esta manera, garantizar la vigencia del Estado Social de Derecho ayudada por *“la Constitución que opera como un mecanismo de control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”* (Sentencia C-038 de 1995).

Con todo, es importante anotar que a pesar del importante papel desempeñado por la Corte Constitucional en procura de la defensa y mantenimiento de un ordenamiento jurídico-penal respetuoso de los postulados constitucionales, las políticas que se tejen en sentido contrario no son pocas y día a día permean con mayor intensidad nuestro sistema jurídico debilitando sus bases y, por ende, limitando los caminos que nos conducen a la construcción del tan anhelado Estado Social de Derecho, en el cual los derechos y las libertades individuales no sean simples ilusiones retóricas, sino una realidad tangible.

## 5. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

La Constitución Política expedida en 1991 transformó las condiciones políticas, económicas y sociales del país: en lo político, con un nuevo pacto de paz; en lo social, con la esperanza de avanzar en la creación de un Estado Social; y en lo económico, con las bases para la apertura de los mercados y la liberalización de la economía. En últimas, con ella se buscaba la refundación del Estado colombiano, en un momento de transformación global.

Uno de los cambios fundamentales generados por la única Constitución realmente democrática que se ha dado en Colombia, tiene que ver con el paso de un simple Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho; en términos simples, la organización política que nos rige ya no sólo está sujeta a la Ley sino que tiene la obligación constitucional de promover activamente la realización de los valores constitucionales. Este cambio estructural representa, además, un cambio en la teoría política, al pasar de una concepción competencial del Estado a una concepción axiológica en la cual las normas no son vistas exclusivamente como reglas, sino también como principios requeridos de ponderación y maximización.

Bajo este nuevo esquema constitucional, la Política Criminal practicada debe rehuir el papel de servir de “cortina de humo”, frente a la endémica crisis social y las cíclicas crisis políticas, para convertirse en una Política Criminal real y preventiva de la criminalidad, participativa, descentralizada y democrática, que oiga e involucre al ciudadano en las decisiones de la materia, que descienda de esa torre panóptica y aliente las respuestas sociales locales, que consulte las necesidades de todos y defienda sus derechos.

Se trata, entonces, de reconocer la importancia que reviste la sociedad civil en el diseño e implementación de esa política en particular y de las políticas públicas en general, propiciando su efectiva participación en el control de la criminalidad, pero, además, en los procesos de criminalización primaria –procesos legislativos– que han terminado convirtiéndose en procesos de dudoso interés público, tras la crisis de representatividad de los cuerpos colegiados.

Es así como resulta pertinente abogar por un modelo de *Derecho Penal Mínimo*, en tanto Derecho Penal de la Constitución, en el que el sistema penal ejerza a plenitud su papel, supere su rol tradicional de derecho represivo de la marginalidad o de derecho para sectores subalternos de la sociedad, contribuya a proporcionar un equilibrio mínimo, se erija como muro de contención a la violación sistemática de los derechos y, de esta manera, cumpla con el cometido del Constituyente de 1991, coadyuvando en la configuración de una sociedad que pueda moverse en niveles mínimos de civilidad, paz y justicia social. El profesor Alejandro David

Aponte, refiriéndose a este tema, expresa:

Se trata de un Derecho Penal utilizado como ultima ratio, que no sea instrumentalizado en función de la respuesta a problemas que deben ser enfrentados social o políticamente en otros ámbitos. Un Derecho Penal que no sea convertido primordialmente en un instrumento de la política y, menos aún, en un instrumento de la visión polémica de la política, que encuentra en la guerra su punto más álgido, y que transforma al mismo tiempo el derecho en un instrumento al servicio de esa lógica bélica (APONTE, 1999: 58).

En este mismo sentido, el sistema penal debe descargarse de los delitos de bagatela, delitos sin víctima, criminalizaciones moralistas y conductas penalizadas que puedan resolverse adecuadamente por otros medios jurídicos e institucionales, así como por la mediación legal o social, lo que compensará aquel flujo necesario para la implementación de una Política Criminal que persiga una mayor protección de los derechos frente al continuo incremento y concentración de los poderes, y de igual manera se logre la consolidación de un Derecho Penal Mínimo, garantista y democrático; tarea inaplazable dentro de un Estado como el que reclama nuestro ordenamiento Constitucional.

## CONCLUSIONES

- En el marco de las sociedades democráticas actuales, se muestra una alarmante novedad: ante el amplio elenco de libertades individuales constitucional y legalmente reconocidas, se ha empezado a generalizar la idea de que es necesario renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución de los delitos, lo cual no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad; así mismo, la determinación de los hechos que deben estar en la base de la tipificación penal dejan de estar constituidos por la realización de una conducta nociva socialmente y quedan al arbitrio de situaciones coyunturales, con lo cual se demuestra, cómo el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus complementarios, ya no son el único punto de referencia para la tipificación penal.
- La efectiva y notable disminución de los niveles de la criminalidad con estos esquemas jurídico-penales es muy dudosa, pues no parece que a quienes éstos principalmente se dirigen (consumidores, narcotraficantes, miembros de asociaciones criminales, etc.), se sientan especialmente amenazados por este Derecho Penal especial, sin garantías. Puede ser que, incluso, legitime

sus ataques a un Estado que, ya de antemano, los excluye y los califica discriminatoriamente. Por tanto, deberá reconocerse que, a igualdad de efectos, la actual regulación frente a estos casos ofrece más garantías y respeto por la dignidad humana y más posibilidades de reinserción, renuncia a la violencia, reforma y esperanza en el cambio que se pueda esperar del delincuente, que aquella que simplemente lo considera como un objeto a vigilar y castigar sin límite alguno.

- En Colombia, el sistema de derechos y garantías consagrado en la Constitución Política y la Legislación Nacional, en especial las de carácter penal material (principios de legalidad, tipicidad, de antijuridicidad, de culpabilidad, etc.) y procesal penal (debido proceso, presunción de inocencia, derecho de defensa, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho; si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también, y de manera paralela, su desmantelamiento y el que su ordenamiento jurídico se convierta en una estructura puramente tecnocrática o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores o, lo que es peor, referida a cualquier sistema, aunque sea injusto, así sea que sus impulsores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. En definitiva, un sistema de Derecho así entendido, se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el aparato estatal se somete a los intereses que, en cada momento, determinen las fuerzas que lo controlen o monopolicen.
- El Estado Colombiano caracterizado por su Constitución Política como “*Estado Social y Democrático de Derecho*”, debe ocuparse, realmente, de las situaciones de fondo que alimentan los verdaderos fenómenos criminales como la miseria, la injusticia, las provocadoras desigualdades socioeconómicas y la opresión. El ataque a estas circunstancias endémicas y la profundización de los procesos de democratización del Estado, de las instituciones y de la sociedad, en general, han de constituirse en la base de una respuesta apropiada a la verdadera delincuencia en todas sus manifestaciones y no a penalizar conductas que no resultan perturbadoras de la paz y la convivencia social por estar adscritas al ámbito exclusivamente individual. Si la respuesta del Estado se rebaja al mismo nivel de irracionalidad y arbitrariedad del círculo vicioso de la agresión, se impulsará la escalada sin fondo de una violencia que, para nuestro caso, ya ha perdido la memoria de sus días.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APONTE, Alejandro David. (1990). *Guerra y Derecho Penal de Enemigo*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. (2005). “¿“Derecho Penal” del Enemigo?”. En: *Jakobs & Cancio Meliá: El derecho penal de enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CÓDIGO PENAL. (2008). Bogotá: Legis.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 2008). Bogotá: Legis.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos. (2003). “La Autonomía Personal-El Consumo de Droga”. En: *Gaceta del Fondo de Cultura Económica* No. 1. Bogotá: Septiembre.
- JAKOBS, Günther. (1996). *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad - Hoc.
- JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, Primera Edición.
- JAKOBS, Günther. (2005). “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En: *Jakobs & Cancio Meliá: El derecho penal de enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar. (2002). “La Constitución de 1991 como proyecto inacabado”. En: *El otro Derecho-Otras miradas de la Justicia*. Bogotá: ILSA.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (2003). “El Nuevo Derecho Penal Autoritario”. En: *Nuevo Foro Penal* No. 66, Septiembre a Diciembre de 2003. Medellín.
- ROXIN, Clauss. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus Editores.
- TOCORA LÓPEZ, Fernando. (1997). *Política Criminal Contemporánea*. Bogotá: Temis, Primera Edición.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-939 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.