

La maximización o expansión del derecho penal: ¿se moderniza o se vuelve más autoritario?

Cómo citar este artículo [Chicago]: González Monguí, Pablo Elías. “La maximización o expansión del derecho penal: ¿se moderniza o se vuelve más autoritario?”. *Novum Jus* 19, núm. 2 (2025): 355-382. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2025.19.2.12>

Pablo Elías González Monguí



Código: 1034790612 • Autor: istockphoto.com

La maximización o expansión del derecho penal: ¿se moderniza o se vuelve más autoritario?

Pablo Elías González Mongui^{*}
Universidad Católica de Colombia

Recibido: 27 de marzo de 2025 | **Evaluado:** 9 de abril de 2025 | **Aceptado:** 10 de abril de 2025

Resumen

Este trabajo versa sobre la expansión del derecho penal, fenómeno que apareció principalmente como contrapartida del derecho penal liberal, impulsado por quienes han pretendido modificar principios o reducir las garantías. Son varias las denominaciones y los fundamentos que utilizan para justificar la expansión y la existencia de varios derechos penales, con los títulos de derecho penal del riesgo hasta el de derecho penal del enemigo. Algunos doctrinantes plantean la maximización de la expansión del derecho penal, con el supuesto de modernización, para combatir riesgos, a los indeseables o enemigos, con un adelantamiento de la punibilidad a la ideación del delito o a la amenaza de realización. Otros con una posición intermedia, sin renunciar a los principios forjados durante más de doscientos años, consideran que el derecho penal debe evolucionar con el fundamento de razonabilidad en los cambios y el respeto de las garantías.

Palabras clave: derecho penal, expansión, maximización, moderno, autoritario.

^{*} Doctor en Derecho, y profesor e investigador de la Universidad Católica de Colombia. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4096-5187> Correo electrónico: pegonzalez@ucatolica.edu.co

The Maximization or Expansion of Criminal Law: Is It Modernizing or Becoming More Authoritarian?

Pablo Elías González Monguí
Universidad Católica de Colombia

Received: March 27, 2025 | **Evaluated:** April 09, 2025 | **Accepted:** April 10, 2025⁵**Abstract**

This paper addresses the expansion of criminal law, a phenomenon that emerged primarily as a counterpart to liberal criminal law, driven by those who sought to modify principles or reduce guarantees. Various names and rationales are used to justify the expansion and existence of various criminal laws, ranging from the criminal law of risk to the criminal law of the enemy. Some scholars propose maximizing the expansion of criminal law, under the assumption of modernization, to combat risks, undesirables, or enemies, by advancing punishment to the ideation of the crime or the threat of its execution. Others, taking an intermediate position, without renouncing the principles forged over more than two hundred years, consider that criminal law should evolve based on the rationale for changes, a position with which this conclusion is reached.

Keywords: criminal law, expansion, maximization, modern, authoritarian.

Introducción

Es común entre los doctrinantes que en la actualidad se hable de la modernización del derecho penal, con el alcance de modificar considerablemente el denominado “derecho penal de la ilustración” o “derecho penal liberal” o “derecho penal tradicional”, o aceptar las modificaciones expansivas que ha tenido, pese a que hoy busca subsistir mediante los principios de intervención mínima (*ultima ratio*) y fragmentariedad, o con la orientación de un derecho penal mínimo y de garantías.

Son diferentes las posiciones acerca de la modernización del derecho penal. Unos doctrinantes que admiten algunos cambios, pero sin modificar esencialmente algunos principios del derecho penal liberal, con una posición que no se opone a su evolución razonable; otros que plantean un derecho penal preventivo y expansivo con la revisión de algunos principios tradicionales, de las reglas de imputación y de responsabilidad penal.

Desde el nacimiento del derecho penal liberal han existido propuestas de expansión del derecho penal. Este no es un fenómeno nuevo y obedece a claras concepciones para configurarlo más drástico con el supuesto de que así es más efectivo en el control del delito.

El profesor español Jesús María Silva Sánchez hizo un detallado análisis sobre el fenómeno de la *expansión del derecho penal*¹.

La expansión del derecho penal no es un suceso reciente. Obedece a diferentes causas, a “nuevas realidades” que Silva Sánchez le atribuye a la aparición de nuevos bienes jurídico-penales, la aparición de otros riesgos, la institucionalización “objetiva” de la inseguridad, la sensación social de inseguridad, el aumento de sujetos pasivos del delito debido a la reducción del concepto de riesgo permitido y el aumento cada vez mayor del concepto de riesgo desaprobado, y correlativamente el incremento de la apreciación de infracciones de deberes objetivos de cuidado; incremento de la apreciación de conductas de comisión por omisión, la catástrofe producida por acción humana y no producto del caso fortuito, la tipificación de delitos de peligro, la “identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo)”, el descrédito de otras estancias de protección (derecho civil

¹ Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición (Madrid: Civitas, 2001).

y derecho administrativo), los gestores “atípicos de la moral”; un factor colateral: el gerencialismo (justicia negociada); la globalización económica y la integración supranacional como multiplicadores de la expansión (criminalidad económica, la criminalidad organizada, criminalidad trasnacional, la corrupción y la criminalidad de sujetos poderosos)².

En el transcurso de la historia esta tendencia se ha manifestado de diferentes formas, acudiendo a la creación de tipos penales, de circunstancias agravantes genéricas y específicas, al aumento de penas de las descripciones típicas existentes o de las agravadas, o el establecimiento de nuevas modalidades de las circunstancias de agravación, a la “ampliación de los ámbitos de riesgo relevantes para el derecho penal”³, esto es, considerar más riesgos como punibles, o mediante el incremento del ámbito de intervención y anticipación al riesgo previo a la lesión de un bien jurídico, o a través de la flexibilización de la ley penal y procesal en las reglas de imputación y en la reducción de los principios garantistas. La llamada modernización implica la introducción en otros ámbitos no regulados tradicionalmente y por tanto el crecimiento o la expansión aparece como contrapartida al derecho penal liberal, que se considera obsoleto e ineficaz para responder a las demandas punitivas actuales. Lo anterior lleva a discutir si estamos de cara a la “modernización” del derecho penal con fines más autoritarios de lo normal, o se trata de una evolución razonable de este.

Son varias las expresiones que se utilizan sobre la reinterpretación de los principios clásicos del derecho penal mediante la denominación de *expansión*. Se habla de un derecho penal del riesgo o de emergencia, o se le atribuyen de una a cuatro velocidades; también se le denomina de la *seguridad ciudadana* o *derecho penal del enemigo*⁴. Todas estas expresiones son utilizadas por diferentes autores para señalar la flexibilización del derecho penal para hacerlo más duro y con disminución de los derechos fundamentales, en una sola palabra para maximizarlo, para que sea

² Silva Sánchez se fundamenta en Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, aparecida en 1986, con varias reimpressiones y se consulta la editada en Barcelona (Paidós, 2006).

³ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 149.

⁴ Pablo Elías González Monguí & Jorge Enrique Carvajal Martínez, “La construcción social del enemigo en el imaginario penal”, *Novum Jus* 17, núm. 3 (septiembre-diciembre, 2023), <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/5104/4904>. Pablo Elías González Monguí, “De la clase criminal y de las clases peligrosas al derecho penal del enemigo”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 28 (julio-diciembre, 2023a), 177-222, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/llaeOjs/article/view/293/649>

“más autoritario de lo normal”⁵. Estas teorías se han aprovechado para justificar la “modernización” del derecho penal con el fin de adaptarlo a los cambios técnico-científicos y socioeconómicos.

Esta es una investigación que recurre a los artículos elaborados por los diferentes doctrinantes y se emplean los métodos histórico, analítico, comparativo y lógico.

Algunas manifestaciones de la expansión del derecho penal en Colombia

En Europa las revoluciones burguesas triunfantes influyeron en un cambio radical en el derecho penal en relación con el de las monarquías; hubo una ruptura y la creación de principios que orientaron el contenido liberal y garantista, reivindicado especialmente por la Escuela Clásica Italiana y su gran incidencia en las normas y codificaciones del siglo XIX que fueron expedidos en Europa y América. La legislación penal reforzó el concepto del delito como hecho, del daño como fundamento de la punición, con principios orientados a limitar el ejercicio del poder punitivo, eliminó la tortura, la pena tuvo como fin la corrección, se modularon los castigos, desapareció el espectáculo punitivo de los cuerpos sometidos al suplicio, y comenzó la época que Foucault denominó de la *sobriedad punitiva*⁶. Surgió entonces la prisión como pena institucional, la cual no sustituyó en todos los espacios geográficos la pena de muerte⁷, pero en su momento fue un gran avance en materia punitiva.

En el siglo XIX como reacción contra un derecho penal liberal garantista varias voces clamaron por regresar a uno monárquico o al terror penal. Otros propusieron endurecer las normas penales, como el alemán Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), mediante la coacción psicológica de la pena (1801)⁸. También se encuentra la dura postura de Franz von Liszt, en el famoso Programa de Marburgo (1882), quien consideró la pena con una finalidad absoluta, que debía corregir a los que la necesitaran, intimidar a quienes no necesitaran corrección y neutralizar a los no corregibles (irrecuperables), mediante penas como los trabajos forzados y la prisión perpetua⁹.

⁵ Francisco Muñoz Conde, “El nuevo derecho penal autoritario”, en de Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *et al.* (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 803.

⁶ Michel Foucault, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2002), 30.

⁷ José Luis Guzmán Dálbora, “El Código Penal francés de 1791”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1 (octubre, 2019), <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24739>

⁸ Paul Johann Anselm von Feuerbach, *La ley penal y su aplicación* (Lima: Pacífico Editores, 2015), 11.

⁹ Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal* (México: UNAM, 1994), 65-91, 113-115, 121-122, 124-125.

El derecho penal de la Ilustración, que cambió paradigmas y representó una ruptura frente al derecho penal monárquico, fue el que tuvo más fuerza e influenció el primer Código Penal de 1837 de la Nueva Granada, aunque siguiendo los modelos de los códigos penales de Francia y España. Por su parte, el Código Penal de 1890 (Ley 19), el del Estado central y unitario, también siguió los principios del derecho penal liberal expuestos principalmente por la Escuela Clásica Italiana que incluyó como fin la prevención del delito. Los fundamentos básicos sobre la comisión del delito se basaban en la *racionalidad* de las personas al cometerlo (imputables) y el *libre albedrío* entendido como voluntad inteligente y libre, base de la responsabilidad penal, y como excepción a las penas y para diferenciarla de la imputabilidad, la inimputabilidad fue sometida a medidas de seguridad como se conserva hoy en día. Los principios de legalidad del delito y de las penas, de proporcionalidad y lesividad de la conducta, entre otros, fueron la base de esa legislación. Uno de los retrocesos legislativos en Colombia fue el restablecimiento de la pena de muerte en 1890 (expansión del derecho penal) que había sido abolida en la Constitución de Rionegro de 1863. Luego fue nuevamente suprimida en 1910 mediante el Acto Legislativo 3 de ese año; no obstante, en el Código Penal de 1890 las penas de reclusión intramural eran bajas comparativamente con las de hoy en día; la pena de prisión no podía exceder de 15 años (art. 59), y la de presidio no mayor de 20 años (art. 57). El homicidio simple tenía una pena que oscilaba entre seis y doce años (art. 600).

Por su parte, los positivistas de finales del siglo XIX, en contraposición a la Escuela Clásica del derecho penal liberal, con una concepción de la defensa social en materia penal y del delito derivado supuestamente de causas naturales, consideraron que existían individuos determinados biológicamente a delinquir¹⁰ como los natos, locos y habituales o reincidentes, considerados como “incorregibles”, cuya pena debía estar determinada por la peligrosidad, como merecedores de la pena de muerte o de la prisión perpetua¹¹ debido a que su naturaleza biológica no les permitía rehabilitación alguna.

En 1936 fue expedido el Código Penal colombiano (Ley 95 de 24 de abril)¹² con marcada influencia positivista, en particular del Proyecto de Enrico Ferri de 1921, con fundamento en la defensa social para imponer las penas y la introducción de

¹⁰ Lola Aniyar de Castro, “El regreso triunfal de Darwin y Lombroso. Las diferencias humanas en la criminología angloparlante presente en los simposios internacionales de criminología en Estocolmo”, en *Criminología de los derechos humanos* (Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2010), 131-148.

¹¹ Cesare Lombroso, *Crime: its causes and remedies* (Londres: William Heinemann, 1911), 427.

¹² República de Colombia, *Ley 95 de 1936 (Código Penal)*, <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>

la peligrosidad como circunstancia para disminuir (art. 36) o agravar las penas (art. 37), la tentativa inidónea y el delito imposible (art. 18), y el aumento de penas por reincidencia (arts. 34 y 90); aunque no se definió el delito, se estableció que podía ser cometido intencionalmente o por culpa (art. 12), por acción o por omisión (art. 13). El positivismo incidió en que se establecieran los subrogados penales de suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 81), la libertad condicional (art. 86) y el perdón judicial (art. 92), cuando el juez consideraba que el individuo no era peligroso para la sociedad. El homicidio simple se castigaba con presidio de ocho a catorce años (art. 363). El máximo de pena establecido fue de 24 años, lo que denota un aumento de la duración de la reclusión intramural en relación con el Código Penal anterior.

En gran parte del siglo XX hubo una marcada influencia del positivismo en el derecho penal y la criminología en América Latina¹³, en particular en Colombia hasta 1980 cuando se expidió otro Código Penal (Decreto 100)¹⁴. La orientación fue hecha en algunos aspectos por la doctrina penal alemana neoclásica, pero conservando algunos rasgos del positivismo como los subrogados penales y las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas, denominadas antes como circunstancias de menor y mayor peligrosidad. El máximo de pena fue establecido en 30 años (art. 28) y el homicidio simple con prisión de diez a quince años. Posteriormente, en el Estatuto Antisecuestro (Ley 40 de 1993) el máximo de pena se fijó en sesenta años. Durante su vigencia tuvo 146 reformas mediante las cuales se crearon los tipos penales de tortura, terrorismo, delitos de tráfico y consumo de sustancias estupefacientes (Ley 17 de 1973, Decreto 1188 de 1974, Ley 30 de 1986), delitos contra el sistema financiero (1981), lavado de activos (Ley 365 de 1997, art. 9), delitos contra los recursos naturales, y se modificó la descripción de varios de ellos para aumentar su alcance; además, se incrementaron las penas y sus agravantes, lo que confirma la expansión penal.

Con base en el artículo 121 de la Constitución Política de 1886, de manera reiterada se decretó el estado de sitio y conmoción interior en 70 de 105 años de vigencia, que le permitió al Poder Ejecutivo suspender las normas penales ordinarias y en su lugar legislar penalmente, suspender garantías, crear tipos penales y aumentar las penas. El estado de sitio fue esporádico antes del 9 de abril de 1948 cuando

¹³ Germán Silva García, *et al.*, “Abrir la caja de pandora: retos y dilemas de la criminología colombiana”, *Novum Jus*, edición especial (2021), 383-420, <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4459/3998>

¹⁴ Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 100 de 1980 (Código Penal)*, <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1705120>

fue asesinado el caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán y expedido el Decreto 1239 de 10 de abril de 1948; luego se convirtió en ejercicio prolongado, que posibilitó el autoritarismo para neutralizar a las masas urbanas¹⁵, perseguir políticamente y criminalizar la protesta social¹⁶, por ejemplo, mediante el Estatuto de Seguridad (Decreto 1923 de 1978), o el “Estatuto para la Defensa de la Democracia” (Decreto 180 de 1988), entre otros. Fue la implementación de un derecho penal máximo y expansivo que permitió la violación masiva de derechos humanos (DD. HH.) realizados por agentes del Estado (homicidios, torturas y desapariciones forzadas).

Mediante la Ley 599 del 2000 se expidió un Código Penal¹⁷ que contiene una amalgama de orientaciones, de la Escuela Clásica Italiana, del positivismo, del enfoque neoclásico alemán y de la escuela funcionalista. Se introdujeron algunos tipos legales como el genocidio y su apología, la manipulación genética, los actos de discriminación, los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (DIH), la desaparición forzada, la violencia intrafamiliar, los desplazamientos forzados, la protección de la información y los datos (Ley 1273 de 1999), los delitos contra el patrimonio cultural sumergido (Ley 1675 del 2013) y delitos contra los animales (Ley 1774 del 2016), entre otros. Desde su expedición han sido reformados 729 veces los artículos, algunos con varias reformas o adiciones, y la más extensa fue la de la Ley 890 del 2004 que incrementó las penas para la mayoría de los tipos penales de la parte especial del Código Penal, “en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”, incluidos los agravantes específicos. La ley original estableció una pena privativa de la libertad máxima de cuarenta años en casos de concurso, pero luego fue incrementada por el artículo 1.º de la Ley 890 del 2004 a un máximo de sesenta años. Las reformas que le sucedieron fueron la expresión de un derecho penal máximo mediante las cuales se crearon tipos penales y se modificaron las descripciones típicas de varias disposiciones para aumentar su alcance. Atendiendo las orientaciones de los instrumentos internacionales, se estableció la imprescriptibilidad de “la acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra” y los “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, el incesto y el homicidio agravado del artículo 103 A del Código Penal, cometido contra niñas, niños y adolescentes.

¹⁵ Marco Palacios, *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994*, 5.ª edición (Bogotá: Editorial Norma, 1995), 189.

¹⁶ Jorge Enrique Carvajal Martínez & Óscar Javier Trujillo Osorio, “Protesta social en América Latina: análisis desde la divergencia como categoría de la criminología del Sur Global”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023), 186-214, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/282/635>

¹⁷ República de Colombia, *Ley 599 del 2000 (Código Penal)*, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr001.html

También el Código de Procedimiento Penal ha contribuido a la expansión del derecho penal. Mediante la Ley 906 del 2004 se adoptó un sistema procesal con tendencia acusatoria mediante el cual originalmente tenía previsto una justicia premial (disminución de pena) para todos los delitos que se cometieran y en el que el procesado se allanara a cargos o se aprobara por el juez el acuerdo en materia de aceptación de cargos; sin embargo, el asunto fue cambiando en la medida en que el legislador fue modificando las reglas de imputación y juzgamiento en ese sentido. No hay lugar a rebaja de penas por aceptación de cargos en delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, o en delitos sexuales contra menores de edad. Tampoco se conceden subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad. De ahí que rara vez los imputados y acusados admitan responsabilidad penal por esos delitos y la Fiscalía deba esforzarse por demostrarla en la audiencia de juzgamiento.

Durante más de doscientos años, de acuerdo con los avances en derechos, los principios democráticos liberales se han mantenido y fortalecido en buena medida, aunque el autoritarismo trata de demolerlos; sin embargo, a través del tiempo el derecho penal ha venido cambiando, ha ampliado su alcance y regula cada día más las condiciones de vida de las personas y sanciona diferenciadamente con mayor severidad.

Como se puede concluir de modo anticipado, sin mayor esfuerzo, es una realidad que en Colombia el derecho penal ha sido expansivo, pues el solo hecho de que se haya pasado de un máximo de pena de veinte años en el Código Penal de 1890 a una pena máxima aplicable de sesenta años en caso de concurso de delitos (Código Penal, art. 31, modificado por la Ley 2098 del 2021, art. 1.º), denota un aumento punitivo, incluso sin tener en cuenta que por un corto tiempo rigió la prisión perpetua declarada inexecutable por la Corte Constitucional¹⁸.

La expansión del derecho penal es evidente sin que logre una reducción del número de los delitos y, por el contrario, estos aumentan progresivamente. En todo caso, debe distinguirse entre una *expansión razonable* y una *expansión irrazonable* del derecho penal¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional, *Sentencia C-294 de 2 de septiembre del 2021*, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁹ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 26.

En esa perspectiva, es razonable que el Código Penal se adecúe a las exigencias de los instrumentos internacionales de DD. HH. o DIH, de medio ambiente, de la protección de los animales, o de la aparición de otros bienes jurídicos atacados por nuevas modalidades delictivas, como, por ejemplo, los ciberdelitos o los que afectan la economía como el lavado de activos producto del ejercicio de la delincuencia organizada. Algunas de las modificaciones de expansión razonable del derecho penal han sido promovidas por movimientos de ecologistas, de consumidores, feministas, pacifistas, antidiscriminación y de la criminología crítica que Silva Sánchez denomina “gestores atípicos de la moral”²⁰. Pero también, para expandir irrazonablemente el derecho penal se han adoptado criterios del derecho penal del riesgo, derecho penal de la seguridad ciudadana e incluso del derecho penal del enemigo, frente a otras teorías como la de Winfried Hassemer y Luis Gracia Martín que están de acuerdo con los cambios en el derecho penal tradicional, pero manteniendo garantías y más bien mirando hacia la criminalización de las conductas de los poderosos.

Derecho penal del riesgo

Así denominado, este derecho se dirige a tipificar conductas de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos principalmente individuales, pero también colectivos; además, ha permeado el derecho penal colombiano, en lo atinente a la seguridad pública (art. 340, concierto para delinquir; art. 347, las amenazas; art. 348, instigación a delinquir; y art. 366, porte ilegal de armas), a la salud pública (art. 372, corrupción de alimentos y productos médicos; y art. 376, tráfico y fabricación de estupefacientes) o la conspiración (art. 471) en que basta ponerse de acuerdo para cometer los delitos de rebelión o sedición, entre otros.

Los delitos de peligro abstracto son propios de una “sociedad de riesgos” en la que se previenen y gestionan los riesgos por parte del Estado²¹. De acuerdo con Triana, no se puede determinar la necesaria relación negativa del riesgo con la afectación efectiva de los bienes jurídicos, lo que viola los principios de lesividad, de la intervención mínima y el carácter subsidiario de la intervención penal²².

²⁰ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 67-68.

²¹ José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Blanca Mendoza Buergo, *El derecho penal en la sociedad del riesgo* (Madrid: Civitas, 2001), 24. El derecho penal implica “la ampliación de las fronteras de lo punible, la agudización de la orientación de la prevención y el cambio en el papel que se atribuye al control penal de conflictos”. Bernd Schünemann, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, Fasc/Mes 1 (1996), 187-218, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492>. Este autor es partidario de los delitos de peligro abstracto.

²² Ricardo Antonio Triana, *Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano. Crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2012), 80.

El concepto de riesgo ha servido para fundamentar en Colombia la teoría de la imputación objetiva con una amplia posibilidad de atribuir jurídicamente resultados por los delitos dolosos o culposos a partir de la violación de un deber objetivo de cuidado. El derecho penal del riesgo anticipa la punibilidad a las fases de ideación y preparación de los delitos, o a la definición extrapenal de las características de un riesgo. En términos penales interesan los *riesgos* que son de procedencia humana, como, por ejemplo, de la tecnología atómica, la informática, la producción y venta de productos peligrosos para la vida y la salud cuando superan los riesgos permitidos²³, y los riesgos de las actividades cotidianas en la casa o en el trabajo, entre otros. Los *peligros*, a diferencia de los riesgos, provienen de la naturaleza²⁴.

En la actualidad es inevitable por diferentes motivos, entre ellos los avances de las ciencias, que se aumenten los niveles de riesgo o aparezcan nuevos riesgos, en una sociedad posindustrial del riesgo o “sociedad de riesgos”²⁵, unos que normativamente se entienden, mediante determinados parámetros, como jurídicamente aprobados y otros desaprobados. La crítica que se realiza consiste en que esta teoría puede ser aplicada a personas, de un nivel cultural bajo, de reducido conocimiento sobre la prevención o que debido a las condiciones materiales en que viven, están sometidos a múltiples peligros, y que no tienen conciencia de la antijuridicidad o que teniéndola les resulta imposible cambiar esas condiciones; por ejemplo, una madre cabeza de familia de reducidos ingresos que vive en una sola alcoba en donde está también la cocina y debe dejar a sus hijos pequeños para ir a trabajar y solventar las necesidades básicas, sería fácil presa del derecho penal del riesgo.

El derecho penal de la seguridad ciudadana

El concepto de seguridad redefine el fin del derecho penal y sus conceptos básicos, en que la medida para tomar, desde lo preventivo y lo represivo, es la intervención anticipada a las etapas previas de la ejecución del delito y las lesiones a los bienes jurídicos²⁶. Esta es una concepción teórica que se puede inscribir en el derecho penal del riesgo.

²³ Claudia López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 45.

²⁴ Juan Carlos Forero Ramírez, “Delitos de riesgo”, en Carmen Eloísa Ruiz López, Hernán Darío Orozco López & Yesid Reyes Alvarado (eds.), *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022), 391.

²⁵ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 26-28.

²⁶ Laura Zúñiga Rodríguez, “Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?”, *Revista Penal México*, núm. 19 (julio-diciembre, 2021), 157-174, <https://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/20132>

El derecho penal de la seguridad también se fundamenta en los riesgos producto de los avances tecnológicos, pero asimismo en la inseguridad y el temor a padecer algún delito en las actividades diarias que, regularmente, se le atribuye a la criminalidad de los individuos socialmente excluidos, como justificación para la anticipación de la protección penal en relación con la necesidad de combatir la desintegración social, el delito callejero, las organizaciones criminales²⁷ y la criminalidad que de manera exagerada se les atribuye a los inmigrantes.

Este tipo de derecho penal máximo es propio del populismo punitivo²⁸ del legislador, que busca obtener réditos políticos con una mayor criminalización y usa la coacción penal para expandirlo cada día más, lo cual refuerza el castigo contra las conductas “visibles”, que se le atribuye en las cifras estadísticas a la delincuencia violenta en las calles, a los crímenes de sangre o contra la propiedad privada, al paso que la delincuencia de cuello blanco es ignorada o la reacción penal es benigna²⁹ (selectividad penal negativa)³⁰.

El concepto de seguridad expuesto por David Baldwin³¹ nos permite reflexionar sobre el asunto, debido a que la seguridad en Colombia no está destinada para todos, es desigual, selectiva para algunos, particularmente para los estratos sociales altos y los poderosos, quienes tendrán mayor seguridad debido a que manejan el poder, no para los vulnerables, quienes no la tendrán o esta se presentará muy disminuida. Basta con examinar la geografía colombiana o de las ciudades más importantes del país en donde existen barrios y zonas rurales en que el Estado no tiene ningún control territorial y, por tanto, no brinda seguridad física individual y colectiva de las personas, como tampoco seguridad en lo psicológico, económico, o de calidad de vida, como elementos necesarios de una política criminal. La mayor seguridad física que se requiere hoy en Colombia tiene que ver con la violencia de las organizaciones criminales de diferentes tipos.

En Colombia se expidió la Ley 2197 del 2022, un ejemplo expreso del derecho penal de la seguridad ciudadana; no obstante las pretensiones del legislador, la situación

²⁷ Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”.

²⁸ Germán Silva García, “Control penal y género. ¡Baracunátana!: una elegía al poder sobre la rebeldía femenina”, *Revista Criminalidad* 64, núm. 2 (2022), 22-33, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082022000200023

²⁹ Zúñiga Rodríguez, “Derecho penal de la seguridad”.

³⁰ Pablo Elías González Monguí, *Procesos de selección penal negativa* (Bogotá: Universidad Libre, 2013).

³¹ David Baldwin, “The concept of security”, *Review of International Studies*, núm. 23 (1997), 12 y ss., https://dbaldwin.scholar.princeton.edu/sites/g/files/toruqf4596/files/dbaldwin/files/baldwin_1997_the_concept_of_security.pdf

de seguridad no ha cambiado y las normas han quedado como un derecho penal expansivo, pero simbólico, sin eficacia por sí solo, debido a que el Estado no está en capacidad de brindar la seguridad física a la que está obligado.

Con la Ley 2197 del 2022 el legislador aumentó las circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58 del Código Penal, se aumentaron las circunstancias específicas de agravación del homicidio del artículo 104 del mencionado estatuto y para las lesiones personales dolosas y el aborto no consentido y preterintencional; se crearon los tipos de peligro abstracto de *intimidación o amenaza con arma de fuego; armas, elementos o dispositivos menos letales; armas de fuego hechizas y arma blanca* (art. 185 A), de agravación punitiva de la *obstrucción a vías públicas que afecten el orden público* (art. 353 B) y el *porte de arma blanca* (art. 367 C); se aumentó la pena de prisión para los delitos de *hurto* (art. 239), *invasión de tierras* (art. 263), de los agravantes para el *daño en bien ajeno* (art. 266), de la *instigación para delinquir* con incremento del alcance de esta conducta y sus circunstancias de agravación punitiva (art. 348), y para el delito de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones* con una mayor descripción típica y alcance penal; se adicionaron agravantes para la *violencia contra servidor público* (art. 429 C) y se creó el tipo penal de *obstrucción a la función pública* (art. 429 D). Del 2022 a la fecha la percepción que existe es de mayor inseguridad.

Sobre la seguridad ciudadana no existe una sola visión. Visto desde otro ángulo, es un concepto “antropocéntrico y liberal”, en que las personas son el fin de la seguridad y no como un medio para la hegemonía política³² ni para expandir el derecho penal.

Derecho penal de una, dos, tres y cuatro velocidades, y el derecho penal del enemigo

Las velocidades uno, dos y tres del derecho penal son denominaciones impropias del profesor Silva Sánchez para dar la idea de un derecho que evoluciona y se adapta a los cambios sociales. Dicho autor se adhiere a la segunda y no descarta la tercera velocidad.

³² Luis Felipe Dávila, “Enfoques de seguridad: disertación sobre la seguridad ciudadana, pública y humana”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 28 (julio-diciembre, 2023b), 113-144, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/llaeOjs/article/view/291/647>

El *derecho penal de una velocidad* (el de la cárcel) corresponde al modelo clásico liberal, que establece garantías individuales para las personas, pero utiliza principalmente la pena de prisión para sancionar los delitos³³. Este es el modelo principal del Código Penal colombiano, sin que se quiera decir que no se cuela entre sus artículos el derecho penal del riesgo, de la seguridad ciudadana o contra el enemigo.

El *derecho penal de dos velocidades* pretende intervenir las conductas producto de la globalización económica y la integración supranacional, que se concentra en la delincuencia organizada, económica y las conductas conexas, frente a dos modalidades de derecho penal: uno que significa la renuncia a la teoría [clásica] como teoría general y uniforme del delito (lo que sería un aparente retroceso histórico); y, lo segundo, que implica la desactivación del sistema general de normas establecidas, con una vocación más que evidente de garantía, a partir de la constatación de la severidad de las consecuencias jurídico-penales³⁴. Para esta teoría se trataría, por ejemplo, antes que abordar el autor individual del homicidio, se investiguen y sancionen “los actos de corrupción realizados por una empresa que, a su vez, comete delitos económicos”³⁵, como, por ejemplo, el de la empresa Chiquita Brands International que financió a los paramilitares colombianos que cometieron masacres³⁶.

Se plantea un derecho penal alejado de lo penal y en el que las penas que se impongan estén más vinculadas a las sanciones administrativas (privativas de algunos derechos, multas o sanciones contra las personas jurídicas), se flexibilicen los criterios de imputación y las garantías penales³⁷, aunque debe mantenerse la judicialización con imparcialidad y con el significado “penal”. Sería una especie de derecho penal intermedio entre el derecho penal mínimo rígido, “seguramente imposible”, dice el profesor Silva Sánchez, y un derecho penal máximo. Con esta propuesta dual se buscaría que el derecho penal sea funcional y al mismo tiempo garantista³⁸. Para el mencionado autor este sería el ámbito de expansión razonable del derecho penal; no obstante, según Gorriz, ese derecho puede dar lugar a la violación de los derechos fundamentales y provocar una ampliación innecesaria

³³ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 163.

³⁴ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 90-91.

³⁵ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 90.

³⁶ Ambito Jurídico, “El veredicto histórico contra Chiquita Brands” (24 de julio del 2024), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/internacional/constitucional-y-derechos-humanos/el-veredicto-historico-contrachiquita>

³⁷ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 160.

³⁸ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 91 y 160.

del derecho penal, que solo puede ser contenida por el principio de legalidad, que en la actualidad debe cumplir con las funciones propias que lo inspiran³⁹.

El llamado *derecho penal de la tercera velocidad* tiene que ver con la persecución de los delitos de orden económico y social, contra la integridad sexual, la criminalidad organizada y el terrorismo. Según esta teoría, este derecho debe contemplar la privación de libertad, con reglas de imputación y garantías procesales menos rigurosas que las del derecho penal liberal clásico, para aplicarse excepcionalmente en algunos espacios y por tiempo limitado, pero de todas formas un derecho penal inevitable; sin embargo, Silva Sánchez de forma ambivalente plantea que el ámbito de aplicación contra el delito debe reconducirse hacia el derecho penal de primera y segunda velocidad⁴⁰.

Para Silva Sánchez, el derecho penal de la tercera velocidad debe reaccionar solamente frente a hechos “de emergencia”, como un “derecho de guerra”, en el que, ante la situación del conflicto excepcional y grave, “renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción”⁴¹.

A pesar de las críticas al derecho penal liberal, este no niega la posibilidad de que se creen tipos penales de acuerdo con los cambios tecnológicos y socioeconómicos, o se avance en otras formas alternativas de punibilidad en relación con la prisión, que evidentemente en el campo colombiano no resocializa y verticaliza los conflictos originados por los delitos, pero manteniendo la dignidad humana, los demás principios que lo conforman y las garantías procesales.

Según lo afirma Silva Sánchez, la teoría del derecho penal de tercera velocidad tiene una “estrecha relación” con la del *derecho penal del enemigo* expuesta por Günther Jakobs⁴². Básicamente se habla de dos tipos de derecho penal (como lo predijera Edmund Mezger⁴³), uno para el ciudadano y otro para el enemigo a quien se le

³⁹ Elena Gorriz Núñez, “Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades”, en Juan Terradillos Basoco & María Acale Sánchez (coords.), *Temas de derecho penal económico* (Madrid: Trotta, 2004), 343 y 344.

⁴⁰ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 163-164.

⁴¹ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 166.

⁴² Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, 164.

⁴³ Francisco Muñoz Conde, “El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los ‘extraños a la comunidad’”, *Revista Cenipec* 20 (2001), 154, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/02/doctrina33291.pdf>

considera *no persona*⁴⁴ por apartarse del derecho de manera duradera y no tener la mínima seguridad cognitiva de lealtad al derecho. Contra el enemigo debe librarse una guerra refrenada, con amplia anticipación de la protección penal en el estadio previo a la lesión de bienes jurídicos, para prevenir el hecho venidero y no en función del hecho pasado⁴⁵. Al enemigo se le debe neutralizar mediante la detención preventiva con incomunicación, eliminar o disminuir garantías procesales, como, por ejemplo, realizarle un *duro interrogatorio* al sospechoso, en palabras de Jakobs, o *técnicas de interrogatorio agresivas*, según George Bush (hijo), eliminar la “reserva judicial” para los actos de investigación (intercepción de comunicaciones, los controles corporales y la intrusión en ámbitos privados, entre otros), con penas altas para los delitos y sin lugar a su reducción por ningún motivo⁴⁶. Sin negar lo atroz del terrorismo contra las Torres Gemelas en Nueva York, y el Pentágono, en Washington, el derecho penal del enemigo se aplicó contra los prisioneros de Guantánamo sin lugar a proceso penal ni a defensa técnica alguna⁴⁷, con violación de todas las garantías amplias o reducidas de cualquier derecho penal, incluido el máximo.

En el segundo mandato del presidente Donald Trump se aplica un derecho penal administrativo de deportación contra los inmigrantes de ingreso no autorizado por los Estados Unidos, con reclusión en otros países como El Salvador. Este tipo de derecho penal resulta irrazonable, violador del principio de igualdad y abusivo al desconocer o minimizar las garantías procesales.

⁴⁴ González Monguí, “La negación de la calidad de ciudadano o de persona en el derecho penal del enemigo”, *Revista de Ciencias Humanas y Sociales* 35, núm. Especial 25 (2019), 1070-1103, <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32334>

⁴⁵ Günther Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En Jakobs, Günther & Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 24-25. Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Manuel Cancio Meliá & Bernardo Feijoo Sánchez (trads.) (Madrid: Thomson-Civitas, 2003), 58. Jakobs, “¿Terroristas como personas en derecho?”, en Manuel Cancio Meliá & Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Madrid: Edisofer, 2006b), 84. Jakobs, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Madrid: Thomson- Civitas, 2004a), 45. Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2004b), 60. Jakobs, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en Manuel Cancio Meliá & Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Madrid: Edisofer, 2006a), 105. Jakobs, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Fundamentos del derecho penal* (Buenos Aires: Ad-hoc, 1996).

⁴⁶ Pablo Elías González Monguí, “Características del derecho penal del enemigo en Colombia”, en *Derecho penal en periodos transicionales* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2020), 77-112.

⁴⁷ Muñoz Conde, “La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de derecho”, *Revista Justiça e Sistema Criminal* 7, núm. 13 (2015), 9-34, <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/viewFile/51/48>

Por otra parte, se habla de un *neopunitivismo*, término acuñado por el argentino Daniel Pastor⁴⁸, que también ha sido denominado como la *cuarta velocidad del derecho penal*⁴⁹. El término *neopunitivismo* fue creado para criticar la pretensión de que se investigue y sancione drásticamente las violaciones de los DD. HH. y del DIH por parte de los funcionarios y de los Estados mismos. Para Pastor, el *neopunitivismo* inspira al “derecho penal de los derechos humanos” y con su planteamiento ataca a los organismos internacionales y organizaciones de activistas de DD. HH. que luchan para que las violaciones de estos derechos no queden impune. Pastor, sin fundamento alguno, considera que dichos organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y organizaciones no gubernamentales, buscan sanciones penales, supuestamente en forma ilimitada y sin controles, con un poder penal absoluto, y desconociendo los derechos fundamentales de los acusados⁵⁰. Para hacer esta afirmación trae a colación algunas sentencias de la Corte IDH contra los Estados del Perú y la Argentina, en que dichos países fueron condenados por violaciones de DD. HH. Se le olvidó que este organismo no sanciona personas, sino a los Estados en América que comprobadamente son violadores de esos derechos.

La protección a los DD. HH. obedece a una mayor “demanda social de protección”, idea esta que de manera genérica proviene de Silva Sánchez como una de las causas de la expansión del derecho penal, de carácter razonable, que a su vez genera una mayor demanda de punición, debido a que no existe otro mecanismo jurídico en que esos derechos constituyen la *ultima ratio* para la ley penal.

A diferencia de lo que dice Pastor, en ninguna parte se ha observado que las entidades de DD. HH. propendan por superar el principio de legalidad y que desconozcan las garantías procesales y los derechos fundamentales de las personas que son procesadas y juzgadas por las violaciones a los DD. HH. y al DIH. Es un infundio de Daniel Pastor con un sesgo ideológico, que en la práctica defiende a los violadores de esos derechos, con un pretendido exceso del derecho penal que ha sido fruto del consenso de las naciones para que esos hechos se juzguen,

⁴⁸ Daniel R. Pastor, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (2006), <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>

⁴⁹ Meire Jany Lopes de Souza, “Neopunitivismo o cuarta velocidad del derecho penal delante de los derechos humanos de los ciudadanos”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* III, núm. 5 (enero-junio, 2012), 53-74, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/192/419>

⁵⁰ Pastor, “La deriva neopunitivista”.

sancionen y no se repitan hacia el futuro. Incluso, la imprescriptibilidad de las acciones penales establecida en el artículo 83 del Código Penal colombiano deviene de los instrumentos internacionales que así lo han reconocido⁵¹.

Derecho de intervención

Esta teoría de Winfred Hassemer señala que el derecho penal liberal es actualmente “contraproductivo y anacrónico”, y que un derecho penal moderno debe fundamentarse en una teoría más preventiva que retributiva, y la salvaguarda de bienes jurídicos como restricción al legislador y para supervisar sus decisiones, como contribución a la humanización del derecho penal⁵².

Al contrario de las otras teorías, Hassemer plantea la reducción a un *derecho penal básico* que se encargue de la salvaguarda de los bienes jurídicos *individuales* y también de los bienes jurídicos *universales*⁵³ (trabajo, economía, producción y transportes), tanto los bienes jurídicos individuales clásicos, y también las amenazas graves y claras, como los incendios, el manejo de automotores bajo la influencia de alcohol, los ataques contra el tráfico de los aviones, y, en otro contexto, las organizaciones criminales y la amenaza al Estado. Además, según expone, se debe propender por la instauración de un “derecho de intervención” que facilite el tratamiento apropiado de los problemas que solo pueden ser abordados de forma obligada por el derecho penal tradicional⁵⁴.

Respecto al “derecho de intervención”, Hassemer argumenta que la llamada modernización podría terminar incorporando el “derecho penal tradicional”, por lo que se requiere un derecho de carácter extrapenal con ciertas garantías tradicionales, ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre

⁵¹ Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” (26 de noviembre de 1968), <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-non-applicability-statutory-limitations-war-crimes>. ONU, “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (1.º de julio del 2002), [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

⁵² Winfried Hassemer, “Viejo y nuevo derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (Bogotá: Temis, 1999), 15-16. Hassemer, “Viejo y nuevo derecho penal”, 34-35.

⁵³ Hassemer los define como “los intereses de la mayoría en la protección de la intimidad frente a la recolección de datos, administración de justicia, tráfico jurídico de documentos, etc.”. Véase, Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 51 (enero, 1991), 27, <https://core.ac.uk/download/pdf/290652864.pdf>

⁵⁴ Hassemer, “Viejo y nuevo derecho penal”, 32.

el derecho civil y el derecho público, con un grado de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos rigurosidad en la punición⁵⁵.

Después de esta importante disertación, el profesor Hassemer deja de manera genérica sus recomendaciones sin precisar los cambios que debieran realizarse de manera particular.

Derecho penal moderno contra los poderosos

Luis Gracia Martín admite parcialmente la modernización del derecho penal y plantea que el de la Ilustración (derecho penal liberal o derecho penal tradicional) se debe reformar debido a que protege los intereses de las clases sociales en el poder, con desventaja para las demás y propone que la ley penal incluya también las conductas que causan daño social realizadas por las clases sociales poderosas.

Una vez que el poder pasó a manos de la burguesía, el discurso de la criminalidad que se impuso por el derecho penal liberal fue incluir preferentemente enunciados de criminalidad dirigidos a las capas sociales bajas y excluyó a su vez las acciones sociales de las clases poderosas. Este derecho aparece cargado de garantías, pero oculta otras funciones reales con fundamento en las relaciones de clase y de poder que están en su base. El principio de legalidad ha funcionado con una triple garantía para las clases altas: de *protección* de sus esferas de libertad real frente a las clases con libertad real escasa; de *exclusión* de sus propias acciones criminales socialmente dañinas; y de *expansión* de su libertad real, debido a la exclusión de su criminalidad, que les ha garantizado una “libertad de acción” prácticamente ilimitada. Para las clases bajas ha representado una contracción de su libertad de acción, pues la mayoría de los delitos descritos se han extraído de su sistema de acción social condicionado por las estructuras socioeconómicas. Esta acumulación de libertad y de bienestar por las clases dominantes ha significado la contracción de la libertad material y de bienestar de las clases dominadas, ya que la expansión de la libertad de una clase es a costa de la libertad de las otras⁵⁶.

⁵⁵ Hassemer, “Viejo y nuevo derecho penal”, 34-35.

⁵⁶ Luis Gracia Martín, “La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3 (2010), 27-72, <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>

Gracia define el derecho penal moderno en sentido material, como el sistema de regulaciones jurídico-penales que buscan la criminalización formal, con las garantías propias del Estado social y democrático de derecho, de las conductas lesivas de las clases poderosas⁵⁷.

Por su parte, Terradillos Basoco señala ante los diversos modelos de derecho penal que se sugieren, que esa “modernización” podría dar lugar a una especie de inmunidad⁵⁸ de las conductas de los más poderosos ante las penalizaciones más severas⁵⁹.

Finalmente, es necesario indicar que en países multiculturales como Colombia existen demandas ciudadanas de prevención, control institucional de la delincuencia y seguridad, que los legisladores reducen a la anticipación de la punición del riesgo, o desarrollan solamente políticas penales que no resuelven las problemáticas sociales, pues su solución no se encuentra por la vía de las reformas penales. De la visión y orientación jurídico-social dependen las soluciones⁶⁰. Se deben atender las demandas de política criminal en otros aspectos básicos de la vida de las personas como la alimentación, la vivienda, la educación, el empleo y los servicios públicos, entre otros, destinados a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y en particular de las poblaciones más vulnerables que viven en situación de pobreza y de miseria, para buscar un impacto importante en la reducción del delito. Pero también se exige la intervención focal, contra la criminalidad organizada y las diferentes modalidades de delitos, incluidos los de cuello blanco, de tal forma que la protección de los riesgos y la reducción de la inseguridad en las diferentes zonas afectadas, se puede lograr mediante la efectiva prevención por parte de las autoridades con una política criminal amplia y la represión mediante la aplicación del derecho penal, siempre que sea compatible con los principios y derechos fundamentales de un Estado social de derecho y con aquellos principios y categorías dogmáticas que permitan y garanticen en mayor medida una asignación de responsabilidad apropiada y

⁵⁷ Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* (Valencia: Tirant lo blanch, 2003), 190-191.

⁵⁸ González Monguí, “Divergencia social, selectividad e inmunidad en la aplicación del derecho penal”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023b), 37-74, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/277/630>

⁵⁹ Juan María Terradillos Basoco, “Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico”, en Juan María Terradillos Basoco & María Acale Sánchez (coords.), *Temas de derecho penal económico* (Madrid: Trotta, 2004), 238. Schünemann, “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio* (Madrid: Tecnos, 2002), 54. Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha*, 164-189.

⁶⁰ Germán Silva García, “La formación legal y su impacto en las prácticas jurídicas”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 28 (julio-diciembre, 2023b), 75-112. <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/290/646>

consistente con tal modelo⁶¹. Es una verdad que en las sociedades más igualitarias existe una reducción de los conflictos sociales e individuales de las personas y consecuentemente una disminución significativa de las conductas divergentes⁶².

Conclusiones

Todas las anteriores expresiones del derecho penal conducen a su expansión, de manera irrazonable, por quienes propenden por la creación descontrolada de tipos penales, el incremento de penas o la eliminación, la reducción o el desconocimiento de las garantías procesales que se han depurado y fortalecido por más de dos siglos, excepto las teorías de Hassemer y Gracia que se identifican más con la razonabilidad. Un derecho penal expansivo irrazonable no se moderniza, se vuelve más autoritario de lo normal y represivo.

Es evidente que el derecho penal debe evolucionar y adecuarse a las nuevas realidades y su expansión será razonable en la medida en que tienda a garantizar un derecho de *ultima ratio* y fragmentario con garantías para los procesados y las víctimas. La discrecionalidad expansiva penal genera abusos contra los derechos fundamentales, aumento de las detenciones preventivas y hacinamiento carcelario, como el que existe en Colombia y que los gobiernos se han negado a solucionar, pese a la existencia de sentencias de la Corte Constitucional que señalan el estado de cosas inconstitucional en las prisiones, en las estaciones de policía y las unidades de reacción inmediata (URI).

⁶¹ Juan Oberto Sotomayor Acosta, “¿‘Modernización’ del derecho penal? Comentarios a algunas propuestas”, en Juan Oberto Sotomayor Acosta & Diana María Restrepo Rodríguez (coords.), *El debate sobre la modernización del derecho penal. Materiales de investigación*, Cuadernos de Investigación, núm. 53. (Medellín: Universidad Eafit, 2007), 5-19, <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1293/1168>. Mendoza Buergo, *El derecho penal*, 192.

⁶² Enrique del Percio, “Divergencia: inquietantes manifestaciones del amor, el sexo, el derecho y otras instituciones”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* 14, núm. 27 (2023), 7-36, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/276>. Dávila, “Cuando dos puntos se alejan: desviación, divergencia y órdenes sociales amalgamados”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023a), 75-102, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/278>. Silva García, “Conflictos sociales y políticos e independencia de la justicia”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023a), 103-134, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/279/632>. Marco Alberto Quiroz Vitale, “Divergencia y desviación como categorías del pensamiento criminológico”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023), 215-242, <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/283/636>

La expansión del derecho penal, con sus diferentes denominaciones, ha dado lugar a que se admita la existencia de más de una modalidad de ese derecho, que permite un trato diferenciado en contravía del principio de igualdad establecido en las cartas políticas de los Estados sociales de derecho, como sucede en Colombia con el artículo 13 de la Constitución Nacional. Se ha modificado la orientación liberal del derecho penal como uno solo para todos y con un mismo tratamiento y garantías.

Referencias

- Ámbito Jurídico. “El veredicto histórico contra Chiquita Brands” (24 de julio del 2024). <https://www.ambitojuridico.com/noticias/internacional/constitucional-y-derechos-humanos/el-veredicto-historico-contra-chiquita>
- Aniyar de Castro, Lola. “El regreso triunfal de Darwin y Lombroso. Las diferencias humanas en la criminología angloparlante presente en los simposios internacionales de criminología en Estocolmo”. En *Criminología de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2010.
- Anselm von Feuerbach, Paul Johann. *La ley penal y su aplicación*. Lima: Pacífico Editores, 2015.
- Baldwin, David. “The concept of security”. *Review of International Studies*, núm. 23 (1997). https://dbaldwin.scholar.princeton.edu/sites/g/files/toruqf4596/files/dbaldwin/files/baldwin_1997_the_concept_of_security.pdf
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2006.
- Carvajal Martínez Jorge Enrique & Óscar Javier Trujillo Osorio. “Protesta social en América Latina: análisis desde la divergencia como categoría de la criminología del Sur Global”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/282/635>
- Corte Constitucional. *Sentencia C-294 de 2 de septiembre del 2021*. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Dávila, Luis Felipe. “Cuando dos puntos se alejan: desviación, divergencia y órdenes sociales amalgamados”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023a). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/278>
- Dávila, Luis Felipe. “Enfoques de seguridad: disertación sobre la seguridad ciudadana, pública y humana”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 28 (julio-diciembre, 2023b). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/291/647>
- Díez Ripollés, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01 (2005). <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

- Forero Ramírez, Juan Carlos. “Delitos de riesgo”. En Ruiz López, Carmen Eloísa, Hernán Darío Orozco López & Yesid Reyes Alvarado (eds.), *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
- González Monguí, Pablo Elías. *Procesos de selección penal negativa*. Bogotá: Universidad Libre, 2013.
- González Monguí, Pablo Elías. “La negación de la calidad de ciudadano o de persona en el derecho penal del enemigo”. *Revista de Ciencias Humanas y Sociales* 35, núm. Especial 25 (2019).
- González Monguí, Pablo Elías. “Características del derecho penal del enemigo en Colombia”. En *Derecho penal en periodos transicionales*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2020.
- González Monguí, Pablo Elías. “De la clase criminal y de las clases peligrosas al derecho penal del enemigo”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 28 (julio-diciembre, 2023a). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/293/649>
- González Monguí, Pablo Elías. “Divergencia social, selectividad e inmunidad en la aplicación del derecho penal”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023b). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/277/630>
- González Monguí, Pablo Elías & Jorge Enrique Carvajal Martínez. “La construcción social del enemigo en el imaginario penal”. *Novum Jus* 17, núm. 3 (septiembre-diciembre, 2023). <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/5104/4904>
- Gorritz Núñez, Elena. “Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades”. En Terradillos Basoco, Juan & María Acale Sánchez (coords.), *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004.
- Gracia Martín, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Gracia Martín, Luis. “La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de derecho (social y democrático)”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3 (2010). <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>
- Guzmán Dálbora, José Luis. “El Código Penal francés de 1791”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1 (octubre, 2019). <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24739>
- Hassemer, Winfried. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. *Nuevo Foro Penal*, núm. 51 (enero, 1991). <https://core.ac.uk/download/pdf/290652864.pdf>

- Hassemer, Winfried. "Viejo y nuevo derecho penal". En *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- Jakobs, Günther. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". En *Fundamentos del derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1996.
- Jakobs, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Manuel Cancio Meliá & Bernardo Feijoo Sánchez (trads.). Madrid: Thomson-Civitas, 2003.
- Jakobs, Günther. "La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente". En *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004a.
- Jakobs, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2004b.
- Jakobs, Günther. "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo". En Jakobs, Günther & Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Jakobs, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad". En Cancio Meliá, Manuel & Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006a.
- Jakobs, Günther. "¿Terroristas como personas en derecho?". En Cancio Meliá, Manuel & Carlos Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006b.
- Liszt, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. México: UNAM, 1994.
- Lombroso, Cesare. *Crime: its causes and remedies*. Londres: William Heinemann, 1911.
- Lopes de Souza, Meire Jany. "Neopunitivismo o cuarta velocidad del derecho penal delante de los derechos humanos de los ciudadanos". *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* III, núm. 5 (enero-junio, 2012). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/192/419>
- López Díaz, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Mendoza Buergo, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- Muñoz Conde, Francisco. "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comunidad'". *Revista Cenipec* 20 (2001). <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/02/doctrina33291.pdf>
- Muñoz Conde, Francisco. "El nuevo derecho penal autoritario". En de Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, et al. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

- Muñoz Conde, Francisco. “La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de derecho”. *Revista Justiça e Sistema Criminal* 7, núm. 13 (2015). <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/viewFile/51/48>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” (26 de noviembre de 1968). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-non-applicability-statutory-limitations-war-crimes>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. (1.º de julio del 2002). [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Palacios, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994*. 5.ª edición. Bogotá: Editorial Norma, 1995.
- Pastor, Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (2006). <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>
- Percio, Enrique del. “Divergencia: inquietantes manifestaciones del amor, el sexo, el derecho y otras instituciones”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas XIV*, núm. 27 (enero-junio, 2023). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/276>
- Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 100 de 1980 (Código Penal)*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1705120>
- Quiroz Vitale, Marco Alberto. “Divergencia y desviación como categorías del pensamiento criminológico”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas XIV*, núm. 27 (enero-junio, 2023). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/283/636>
- República de Colombia. *Ley 95 de 1936 (Código Penal)*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>
- República de Colombia. *Ley 599 del 2000 (Código Penal)*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr001.html
- Schünemann, Bernd. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, Fasc/ Mes 1 (1996). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46492>
- Schünemann, Bernd. “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?”. En *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

- Silva García, Germán. “Control penal y género. ¡Baracunátana!: una elegía al poder sobre la rebeldía femenina”. *Revista Criminalidad* 64, núm. 2 (2022). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082022000200023
- Silva García, Germán. “Conflictos sociales y políticos e independencia de la justicia”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 27 (enero-junio, 2023a). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/279/632>
- Silva García, Germán. “La formación legal y su impacto en las prácticas jurídicas”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* XIV, núm. 28 (julio-diciembre, 2023b). <https://nuevosparadigmas.ilae.edu.co/index.php/IlaeOjs/article/view/290/646>
- Silva García, Germán, Pablo Elías González Monguí, Angélica Vizcaíno Solano & Bernardo Pérez Salazar. “Abrir la caja de pandora: retos y dilemas de la criminología colombiana”. *Novum Jus*, edición especial (2021). <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4459/3998>
- Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª edición. Madrid: Civitas, 2001.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. “¿‘Modernización’ del derecho penal? Comentarios a algunas propuestas”. En Sotomayor Acosta, Juan Oberto & Diana María Restrepo Rodríguez (coords.), *El debate sobre la modernización del derecho penal. Materiales de investigación*. Cuadernos de Investigación, núm. 53. Medellín: Universidad Eafit, 2007. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/cuadernos-investigacion/article/view/1293/1168>
- Terradillos Basoco, Juan María. “Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico”. En Terradillos Basoco, Juan María & María Acale Sánchez (coords.), *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004.
- Triana, Ricardo Antonio. *Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano. Crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2012.
- Zúñiga Rodríguez, Laura. “Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?”. *Revista Penal México*, núm. 19 (julio-diciembre, 2021). <https://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/20132>