

## **Título del proyecto Fodein 2019:**

### **Tendencias en la punibilidad en Colombia: análisis cualitativo y cuantitativo**

**Investigadoras:** Aura Helena Peñas Felizzola, Sandra Patricia Ramírez Montes, Tania Gabriela Rodríguez Morales

#### **Marco teórico**

Existe una tendencia en los medios académicos, desde la década de los noventa (Bottoms, 1995), a referirse con mayor frecuencia al fenómeno del “populismo punitivo”, que consistiría, de acuerdo con la literatura internacional, en el surgimiento de una cultura del control (Garland, 2005), de una “sociedad de vigilancia” (Bauman, 2000, 2013), que se manifiesta de múltiples maneras, en prácticas y propuestas, entre ellas en el incremento reciente de las penas establecidas en las leyes, en el encarcelamiento masivo (Wacquant, 2000), en la circulación de discursos que abogan por la supresión de garantías y beneficios procesales penales, en el uso del juicio penal como un instrumento político para llevar al banquillo y sacar de la escena política a políticos de renombre y en la instrumentalización de las víctimas para poner en la agenda legislativa incrementos de penas (Garapon y Salas, 1996), o en la implantación de un sistema penal de dos velocidades, que acelera el trámite de casos de impacto (Silva, 2001).

Desde enfoques empíricos se ha criticado la tendencia en los medios académicos y en los discursos en general, a asumir que los sistemas punitivos son unidireccionales, es decir, que van de una mayor a una menor severidad, sin contar con los necesarios estudios empíricos para ello (Whitman, 2005, pp. 18, ss.).

Se parte aquí de que el derecho penal refleja las ideas de orden que tienen las élites políticas. La ley penal tiene una naturaleza claramente ideológica, por tanto es el área del derecho más sensible a los cambios sociopolíticos (Peñas, 2018). Los temas criminológicos en general, especialmente aquellos relacionados con la

severidad de las sanciones previstas por el sistema de punición formal, generan una alta polarización ideológico-política entre quienes defienden una amplia gama de posturas políticas que abarcan todo el espectro, desde las libertarias, que claman por la disminución o desaparición del control social formalizado (abolicionistas), hasta las autoritarias y totalitarias, que piden extremar los mecanismos de castigo (pena de muerte, prisión perpetua, etc.).

Revisando la literatura sobre punición formal, es decir, el castigo en los códigos y leyes penales, se encontró en la primera fase de esta investigación (Peñas, 2010) que existen varias teorías que intentan explicar las causas de la reforma a la legislación penal, sobre todo el derecho penal especial, los tipos penales:

1. A principios del siglo XX, Durkheim (1900) había formulado sus “Dos leyes de la reforma penal”, de acuerdo con la cual, el poder estatal se hace más absoluto cuando se concentra. Por tanto, serían los movimientos de concentración y desconcentración del poder estatal variables explicativas de la reforma penal.
2. La sociología marxista explica las reformas a través de la ideología del gobierno que las lidera (Marx, 1946, 1946; Mannheim, 1976).
3. El criminólogo y penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (1994) demostró con amplia evidencia empírica que, en el contexto latino-americano, fue un factor clave en las reformas el surgimiento de nuevos modelos de codificaciones penales en Italia, España, y otros países del centro. Siempre que aparecían nuevos códigos “modelos” en Europa, se promovía una ola de reformas penales en América Latina.

Estos modelos teóricos explican muy bien tres características de las reformas penales en Colombia:

1. El modelo teórico de Durkheim explica el hecho que las reformas penales sean sincrónicas con las reformas constitucionales. Siempre que hay nuevas constituciones se sancionan nuevos códigos (Peñas, 2018).
2. El enfoque de clase es muy relevante para explicar las grandes reformas. Cuando se rastrean los orígenes de los proyectos de código que fueron jurídicamente

positivizados, se encuentra que la creación de códigos penales ha estado a cargo de juristas con fuertes vínculos personales e ideológicos con los gobiernos de turno, no del Pueblo encarnado en el Legislativo. Es el Ejecutivo- gobierno el que incide en la creación de los códigos penales, en el proceso al que Baratta llamó como programa criminalizante.

3. La teoría de Zaffaroni de que los códigos han sido redactados a partir de modelos europeos, explica las teorías penales incorporadas en la parte general de los códigos colombianos, las nuevas instituciones importadas en cada código, y otras novedades más.

Sin embargo, la tesis que presento aquí, que es también una tesis metodológica, es que no todas las leyes penales son creadas desde arriba, por las élites, y que el modelo marxista clásico del derecho como ideología de clase desde ser complementado. Ese modelo teórico explica muy bien las grandes reformas penales, específicamente el surgimiento de nuevos códigos penales. Pero una parte importante de las leyes penales especiales son expedidas como consecuencia de la acción de líderes y movimientos sociales, ya sea como reacción de las élites en el poder, o como parte de la agenda de los mismos actores sociales.

En una segunda fase, que se está desarrollando desde la Facultad de Derecho a través del proyecto Fodein titulado "REFORMA PENAL, JUSTICIA PENAL Y CAMBIO SOCIOPOLÍTICO EN COLOMBIA", se están identificando y analizando desde enfoques sociojurídicos aquellos tipos penales cuya creación se relaciona con la acción de movimientos sociales, que buscan ya sea criminalizar la protesta social o, por el contrario, criminalizar conductas como consecuencia de las presiones de movimientos y grupos sociales. Este proyecto, que abarca la producción normativa de derecho penal especial durante el siglo XX, ha permitido diferenciar dos momentos o fases en la relación entre movimientos sociales y reforma de las penas en Colombia: a) en una primera fase, el derecho penal fue un instrumento usado por las elites sociopolíticas para quitarle el carácter de luchas políticas a las reivindicaciones sociales, atribuyéndoles un carácter sedicioso y subversivo del orden social. A través de leyes se criminalizó la protesta social hasta

la década de 1980. Se han podido identificar y analizar cuatro normas penales que criminalizaron a los líderes sindicales, estudiantiles, obrero-campesinos, indigenistas y demás y fundamentaron jurídicamente la persecución a los trabajadores que luchaban por el reconocimiento de derechos y el cambio social en las primeras décadas del siglo XX. Tales normas fueron: la Ley 78 de 1919, la Ley 21 de 1920 y el Código Penal de 1936. Más tarde, en pleno auge de las grandes movilizaciones, el Presidente Turbay expidió su autoritario Estatuto de Seguridad mediante Decreto legislativo 1923 del 6 de septiembre de 1978. Están siendo objeto del análisis criminológico varias estrategias en concreto utilizadas por los gobiernos para anular el conflicto sociopolítico manifiesto a través de la protesta social.

En un segundo momento, el derecho penal especial, por el contrario, refleja la entrada en escena de nuevos actores políticos. Esto coincide con las sanas limitaciones al poder del Ejecutivo que se introdujeron con la Constitución de 1991, y con el reconocimiento jurídico de las diversidades de género, étnico-raciales, de edad, de discapacidad, etc.

Uno de los efectos de la entrada de nuevos actores a la arena política colombiana ha sido que el derecho penal especial incorpora cada vez más reivindicaciones de actores y movimientos sociales, principalmente:

1. Los grupos que abogan por los derechos de grupos etarios, niños/as y adolescentes y adultos mayores: aquí ubicamos las leyes de inasistencia alimentaria<sup>1</sup> y de violencia intrafamiliar<sup>2</sup>, y las que sancionan la violencia

---

<sup>1</sup> LEY 1181 DE 2007 (diciembre 31), “por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000”.

<sup>2</sup> LEY 882 DE 2004 (Junio 02), “Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000”. LEY 1142 DE 2007 (Junio 28), “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

sexual contra niños/as y adolescentes<sup>3</sup>. También las que tipifican los delitos de violencia contra adultos mayores<sup>4</sup>.

2. Los feminismos, que han castigado diferentes violencias de género. Entre estas leyes se cuenta la de creación de agravantes para el delito de homicidio cuando se trataba de una mujer, “por el hecho de ser mujer”<sup>5</sup>. Luego con la introducción del tipo penal de feminicidio, que castiga el feminicidio como delito autónomo, no más como agravante del homicidio<sup>6</sup>. Las leyes que tipificaron la violencia de género en el marco del conflicto armado, las diferentes formas de violencia sexual, etc.<sup>7</sup>
3. Los movimientos por el pluralismo indigenista y afrocolombiano. Entre estos se cuentan los tipos penales de discriminación y de actos de hostigamiento<sup>8</sup>.
4. Los animalistas, que lograron recientemente introducir un nuevo título en el código penal<sup>9</sup> en el cual se castigan las diversas formas de violencia contra

---

<sup>3</sup> Ley 1236 de 2008 (julio 23), “por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”. Ley 1329 de 2009 (julio 17), “Por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”.

<sup>4</sup> Ley 1850 de 2017 (Julio 19), “Por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones”.

<sup>5</sup> Ley 1257 de 2008 (Diciembre 04). "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones"

<sup>6</sup> Ley 1761 de 2015 (Julio 06), “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)”.

<sup>7</sup> Ley 1448 de 2011 (Junio 10), “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, art. 38. Ley 1719 de 2014 (Junio 18). “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, Tipificó los delitos de: trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual; esterilización forzada en persona protegida; embarazo forzado en persona protegida; desnudez forzada en persona protegida; aborto forzado en persona protegida.

<sup>8</sup> Las leyes 1482 de 2011 y 1752 de 2015 modificaron el código penal (Ley 599 de 2000), tipificando las conductas señaladas.

<sup>9</sup> Ley 1774 de 2016 (enero 6) Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la Ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones.

los animales, reconociéndolos un nuevo estatus jurídico como seres sintientes.

En conclusión, para comprender el fenómeno de la constitucionalización del derecho penal contemporáneo se hace necesario y urgente, a través de estudios empíricos, documentar la influencia de los actores sociales en la elaboración de propuestas de reformas al código penal, así como analizar las discusiones en el Congreso y las tendencias en la punibilidad para estos delitos.

## **Bibliografía**

Baratta, Alessandro. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Bauman, Z. Lyon, D. (2013). *Vigilancia líquida*. Barcelona: Paidós.

Bauman, Zygmunt. Social Issues of Law and Order. En: *The British Journal of Criminology*, Volume 40, Issue 2, 1 March 2000, Pages 205–221, <https://doi.org/10.1093/bjc/40.2.205>

Becker, Howard. (2009). *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires, México: Siglo XXI.

Bergalli, R. Origen de las teorías de la reacción social. En: *Revista de Sociología*. Num. 13, 1980, pp. 49-96. Barcelona.

Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social y Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES social No. 61. Política Pública de Equidad de Género Bogotá D.C., Marzo 12 de 2013. Disponible en internet en: <http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/Conpes-Social-161-de-2013-Equidad-de-Genero.pdf>

Colombia. Congreso de la República. Código penal, Ley 599 de 2000.

Colombia. Ministerio de Justicia. Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Disponible en internet en: [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL\\_FINAL23NOV.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf)

Colombia. Policía Nacional. *Revista Criminalidad*. Bogotá, Fondo Rotatorio de la Policía Nacional.

Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013. (2018). Disponible en internet en: <https://www.dejusticia.org/publication/la-comision-de-seguimiento-de-la-sociedad-civil-la-sentencia-t-388-de-2013-lanza-su-tercer-informe-de-seguimiento-la-crisis-carcelaria/>

Durkheim, Émile. "Deux lois de l'évolution pénale". En: *Année sociologique*, Vol. IV, 1899-1900, pp. 65 a 95, disponible en: [http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim\\_emile/annee\\_sociologique/an\\_socio\\_3/evolution\\_penale.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/annee_sociologique/an_socio_3/evolution_penale.html)

Durkheim, Emilio. (1985), *La división del trabajo social*, Bogotá: Planeta Agostini.

Elias, Norbert. (1997). *El proceso de la civilización, Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica.

Elias, Norbert. (1997), *Os Alemães. A luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo II, Teoría de la democracia. Madrid: Trotta.

Foucault, Michel. (1995), *Microfísica do poder*, Rio de Janeiro: Graal.

Foucault, Michel. (1997), *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes.

Foucault, Michel. (2002), *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes.

Garapon, Antoine, y Salas, Denise. (1996), *La République Pénalisée, Débat avec Olivier Mongin*. Paris: Hachette.

Garland, David. (2007), *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes, Universidad Javeriana.

Garland, David. (2006), *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI.

Garland, David. (2005), *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

Hunt, Alan. The ideology of law: advances and problems in recent applications of the concept of ideology to the analysis of law. *Law and Society Review*, Vol. 19, No. 1, 1985 pp. 11-38.

Mannheim, Karl. (1976), *Ideología e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar.

Marx, Karl. (1945), *Crítica de la Economía Política*. Buenos Aires: Futuro.

Marx, Karl. (1946), *El Capital*, tomo III. México: Fondo de Cultura Económica.

Ministerio de Justicia. Policía Nacional, DIJIN, Observatorio del Delito. Peñas Felizzola, Aura H. Benavides, Farid. Franco, Adolfo. Fernández, Mario. Torres, María Paula. Gallego, Diego Fernando. (2012). *Guía técnica de los 10 delitos de mayor impacto para la seguridad y la convivencia*. Informe final del Proyecto de inversión del Departamento Nacional de Planeación y la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria- MinJusticia.

Peñas Felizzola, Aura Helena. (2006), *Racionalización formal y moralidad religiosa del derecho penal en la Nueva Granada: utilitarismo y tradicionalismo en el código penal neogranadino de 1837*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Peñas Felizzola, Aura H. *Las ideas de orden social en Brasil y Colombia: un análisis de la casuística penal*. Tesis de Doctorado en Sociología. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2010.

Peñas Felizzola, Aura Helena. (2017), *El perfil de los redactores de códigos penales en perspectiva comparada (Brasil-Colombia): sobre cómo las ideologías políticas se plasman en el derecho penal*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Criminología Mediática. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho. 9 de noviembre.

Silva Sánchez, Jesús. (2001). *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.

Spitzer, Steven. Punishment and social organization: a study of Durkheim's Theory of Penal Evolution, *Law and Society Review*, Vol 9, N. 4 (summer), 1975 pp. 613-638.

Stone, Alan. The place of law in the marxian structure-superstructure archetype, *Law and Society Review*, Vol. 19, No. 1, 1985, pp. 39-68.

Sutherland, E. (1999). El delito de cuello blanco. Cap. I, II, III, XIII, XIV y XV. La Piqueta. Madrid.

Weber, Max. (1997), *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.  
Whitman, James. The Comparative Study of Criminal Punishment, *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 1, 2005, pp. 17-34.

Zaffaroni, Eugenio R. (1991). *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan.

Zaffaroni, Eugenio R. (1994), *Los códigos penales ibero-americanos*. Bogotá: Forum Pacis.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Criminología –Aproximación desde el Margen-*, Bogotá, Temis, 1993.

Zaffaroni, Eugenio, Batista, Nilo, SLOKAR, Alejandro y ALAGIA, Alejandro. (2005). *Direito penal brasileiro*, Vol. 1, Teoria Geral do Direito Penal. São Paulo: Revan.

Zimring, Franklin E. (1996). Populism, Democratic Government, and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on Three Strikes in California. En: *Berkeley Law Scholarship Repository*, 28 Pac. L.J. 243, pp. 243-256.