

¿PROTECCIÓN PENAL O CRIMINALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA?

Gloria María GALLEGRO GARCÍA*

La libertad de conciencia es importante de dos maneras para el derecho penal: coadyuvando a la definición del objeto posible pero no necesario de tutela penal y cumpliendo una función concerniente a los límites del ejercicio del *ius puniendi* estatal, como que no pueden criminalizarse conductas que supongan el ejercicio de este derecho fundamental.

Pretendo indicar con esta reflexión que para el sistema penal de nuestro país no parece ser de ninguna manera importante la libertad de conciencia, puesto que, en lo atinente a la definición del objeto de protección penal se la utiliza como fachada de la real tutela penal de intereses distintos que el derecho penal no puede legítimamente amparar; y los límites al ejercicio de la intervención penal que constituye son vulnerados, mediante la prohibición de conductas que son precisamente su ejercicio, o que suponen un conflicto de intereses que finalmente se resuelve en contra de la libertad de conciencia.

1. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Averiguar si el derecho penal puede eventualmente dispensar tutela a la libertad de conciencia implica establecer el contenido de este derecho fundamental, si

* Profesora de derecho penal, Universidad de Antioquia.

éste puede llegar a brindar las bases para constituir un bien jurídico y si recibe protección jurídico-penal en nuestro país.

1.1. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE DEL IUS PUNIENDI ESTATAL

Nuestra Carta Política en su art. 18 consagra la libertad de conciencia como un derecho fundamental, individual y autónomo, que no comprende exclusivamente la materia religiosa, a diferencia de la Constitución de 1886 que reducía su alcance y terminaba excluyendo la conciencia laica o civil.

La libertad de conciencia es de acuerdo con esta nueva concepción, el derecho de todo ser humano a valorar de manera libre la moralidad de sus propios actos y proceder de acuerdo con esa deliberación, sin que ninguna otra persona o la autoridad estatal puedan impedir actuar de acuerdo con ella o imponer otra conciencia¹.

La norma constitucional consagra tres garantías fundamentales para el ejercicio de este derecho: nadie podrá ser molestado por sus convicciones o creencias, y no puede en razón de ellas ser perseguido u hostigado por otros ciudadanos o por las autoridades públicas; nadie podrá ser obliterado a descubrir a otros sus creencias o convicciones, vale decir, se garantiza el derecho de las personas a reservar en su fuero interno sus ideas, sin que pueda ser compelido a divulgarlas; no podrá obligarse a ninguna persona a obrar contra su conciencia. De esta manera, "se garantiza el derecho a observar una conducta externa coherente y consecuente con las convicciones internas, sin que por ello el individuo pueda ser discriminado, perseguido o sancionado. Dentro de esta garantía se encuentra la prohibición de ser compelido a profesar creencias que no son las propias"².

Por medio de esta última garantía el constituyente de 1991 reconoce que la libertad de conciencia comprende algo más que la facultad de reservar los juicios sobre la moralidad de los actos al fuero interno, pues dichos juicios adquieren verdadera importancia cuando se revierten en su dimensión externa en forma de comportamientos que se manifiestan en las elecciones de vida y en las relaciones interpersonales de cada individuo con los demás y con las instituciones; en definitiva, este derecho fundamental no se refiere a simples procesos mentales, sino que

1 Vid. M. MADRID-MALO: "La libertad de conciencia", en *Sobre las libertades de conciencia y de religión*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1996, pág. 13.

2 M.J. CEPEDA: *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1997, pág. 166.

implica la capacidad del individuo de tomar decisiones efectivas que tengan impacto sobre el mundo, incluyendo su propia vida³.

La libertad de conciencia es el fundamento y la condición previa para reconocer y garantizar la autonomía personal (art. 16 Const. Pol.), esto es, la capacidad que poseen las personas de ser artífices de su propia existencia, para elegir reflexivamente el plan de vida a seguir, capacidad de reflexión crítica que aparece como valiosa en sí misma⁴.

Pero la necesaria ligazón entre libertad de conciencia y autonomía personal tiene un trasfondo mayor, cual es la idea de *dignitas* del hombre (art. 1º. Const. Pol.), por medio de la cual se afirma la dimensión moral de la persona y se le reconoce como ser éticamente libre; idea que gravita sobre todo el sistema constitucional de derechos, erigiéndose en valor dotado de primacía hermenéutica sobre las normas constitucionales que contradigan su sentido y de función fundamentadora del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto⁵.

Ahora bien, el derecho de valorar libremente la moralidad de los propios actos y de adoptar libremente los planes de vida por los individuos, comporta que el Estado no puede interferir, correspondiéndole el deber de ser neutral respecto de las distintas concepciones personales acerca de lo bueno o de lo malo, para respe-

3 cf. CEPEDA, *Los derechos fundamentales...*, ed. cit., pág. 167; C.S. NINO: "La autonomía constitucional", en AA.VV.: *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pág. 42.

4 Vid. G. BOUZAT: "El principio de la autonomía personal en la teoría constitucional", en AA.VV.: *La autonomía...*, cit., pág. 86. Entiende la Corte Constitucional que "La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo" (sent. C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, en *Gaceta de la Corte Constitucional* (ed. extraordinaria), Bogotá, 1994, pág. 22).

5 Cf. A.E. PÉREZ LUÑO: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1991, págs. 287 a 288. De la dignidad humana se derivan el principio de autonomía ética, que estima que la libre elección y materialización de los ideales de excelencia personal es intrínsecamente valiosa y, por consiguiente, debe ser promovida y no interferida por otros individuos; así como el principio de inviolabilidad de la persona, que establece que ningún individuo puede ser sacrificado por la sola razón de que ello redunde en beneficio para otros individuos o para alguna entidad supraindividual, como la familia, la sociedad, el Estado, etc. (Vid. C.S. NINO: "La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos", en *DP*, núm. 45, Buenos Aires, Depalma, 1989, págs. 30 y 33).

tar de esta manera la capacidad de las personas de elegir autónomamente los valores que orientarán su vida⁶.

En este sentido de respeto por la libertad del ser humano considero debe reivindicarse la idea de un cierto *relativismo axiológico* como principio de acción del Estado en relación con el ámbito de conciencia de los ciudadanos, que prohíbe discriminar por razón de creencias o de convicciones, así como veta la existencia de una ideología política oficial, un partido o una religión de Estado, una "moral social" exigible jurídicamente, y cosas semejantes: "El relativismo conceptúa -son palabras de RADBRUCH- que el contenido de verdad de las diferentes convicciones políticas y sociales no sería científicamente reconocible y, en consecuencia, que todas esas convicciones deberían mirarse como de igual valor. Considerar las convicciones como de igual valor significa tratar a los hombres como iguales"⁷.

Específicamente en el ámbito del derecho penal, la libertad de conciencia cumple una doble función. En primer término, una *función negativa* concerniente a los límites de la intervención penal, pues al ser un derecho fundamental es inviolable, lo que implica que no se puede impedir su ejercicio ni definirlo como delito. Es mediante esta oposición de barreras a la intervención penal como cumple su función esencial la Constitución: impidiendo que las leyes penales lleguen a amparar bienes incompatibles con los derechos fundamentales; en otras palabras, debe haber una necesaria congruencia entre el bien penalmente tutelado y los valores y derechos constitucionales fundamentales⁸.

En segundo término, una *función positiva* concerniente a la definición del objeto posible pero no necesario de la tutela penal, en tanto se entiende que "solo las violaciones a los derechos humanos fundamentales puede ser objeto de sanción penal"⁹.

La delimitación de la libertad de conciencia como posible bien jurídico debe hacerse a partir de un planteamiento que toma como referente indispensable la Constitución, por dos razones, a saber: a] la Constitución debe ser necesario punto de partida en la construcción del ordenamiento jurídico-penal, por su carácter de norma jurídica obligatoria (art. 4o. Const. Pol.) que impone que, como toda la acti-

6 Vid. BOUZAT, "El principio...", cit., pág. 88.

7 G. RADBRUCH: *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992, pág. 6.

8 Vid. J.J. GONZÁLEZ RUS: *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Madrid, Fundación Juan March, 1983, pág. 37.

9 A. BARATTA: "Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la ley penal", en *NFP*, núm. 34, Bogotá, Temis, 1986, pág. 424.

vidad estatal, la actividad punitiva formalizada se encuentre sometida al marco constitucional, tanto en sus fines e instrumentos, como en los principios y postulados de aplicación y de argumentación¹⁰; b] la preceptiva constitucional actúa como fundamento del contenido material del ilícito penal, por cuanto, es consagración consensuada de la voluntad de los miembros de una comunidad y expresión jerarquizada de aquellos intereses que se aprecian esenciales para el individuo y para el sistema social¹¹, conteniendo, entonces, las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico anterior y vinculante para la legislación penal¹², con lo cual el catálogo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución "constituye el núcleo específico de legitimación del ordenamiento de bienes jurídicos del sistema penal, con efectos de legitimación y límite de la intervención penal y, a su vez, delimita el ámbito de lo punible en las conductas delictivas típicas cuya realización puede venir fundamentada en el ejercicio de tales derechos"¹³.

Desde esta perspectiva puede concebirse la noción del bien jurídico libertad de conciencia como propone BUSTOS: "*la capacidad de actuación del sujeto para satisfacer sus necesidades de carácter espiritual o intelectual*. En las interrelaciones entre los sujetos, las necesidades no son sólo de carácter material, sino también espiritual, la capacidad de actuación de los sujetos en ese ámbito tampoco ha de ser interferida y, por tanto, aquellas afecciones graves a la libertad de actuación (o a sus presupuestos objetivos, englobados de modo genérico con el concepto de seguridad), han de recibir una tipificación legal"¹⁴.

No está por demás recordar que entre los deberes que el Estado tiene frente a este derecho no figura el de incriminar las conductas que lo conculquen¹⁵, puesto

10 Muy claramente, I. BERDUGO/L. ARROYO ZAPATERO: *Manual de derecho penal. Parte general*, vol. I, Barcelona, Praxis, 1994, pág. 41.

11 Vid. GONZÁLEZ RUS: *Bien jurídico y Constitución...*, cit., pág. 36; BERDUGO/ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, cit., pág. 10.

12 Vid. H.J. RUDOLPHI: "Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico", en *NPP*, año 4, Buenos Aires, Depalma, 1975, pág. 341.

13 BERDUGO/ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, cit., p. 43.

14 J. BUSTOS: *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1991, pág. 133 (cursivas textuales).

15 Tal como pretende MADRID-MALO ("La libertad religiosa"..., cit., pág. 109), al considerar que entre los deberes del Estado aconfesional frente a la libertad religiosa se cuenta: "4o. El de incriminar las conductas que injustamente lesionen o pongan en peligro el derecho a la libertad religiosa y otros bienes con ella relacionados, como el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos".

que la relación entre el derecho fundamental y el bien jurídico libertad de conciencia no es lineal como para que el legislador penal sólo tenga sin más que dispensarle protección mediante las correspondientes conminaciones penales¹⁶, vale decir, no es cierto que de la Constitución como tal se deduzca un *mandato de criminalización* y, de consiguiente, deba definirse como delito todo aquello que afecte la libertad de conciencia: “No existen bienes jurídicos reconocidos en la constitución que *por su naturaleza* impongan asumir en ella la existencia de una norma tácita que tenga por objeto una obligación de este tipo”¹⁷.

1.2. LA PRETENDIDA TUTELA PENAL DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

En el código penal (arts. 294 a 297 C.P.) se establecieron cuatro hipótesis de hecho punible, cuyo objeto de protección sería -pretendidamente- la libertad de conciencia, cuales son violación de la libertad de cultos, el impedimento o perturbación de ceremonia religiosa, daños o agravios a personas o cosas destinadas al culto y el irrespeto a cadáveres¹⁸.

16 La idea de reclamar tutela penal para los derechos fundamentales reside en la equiparación de dos conceptos completamente distintos, bien jurídico y derecho fundamental. Dicha equiparación es, a mi entender, errónea: los derechos fundamentales reconocidos por la Prima Lex establecen una relación entre el ciudadano y el Estado; contrario a los bienes jurídicos que no tienen tal función, pues involucran una *determinada realidad* (una relación social de los sujetos entre sí y con el Estado), susceptible de ser afectada en cuanto tal, puesto que el bien jurídico es una fórmula normativa que sintetiza una relación social determinada y dialéctica, no siendo posible plasmar en un ámbito situacional concreto toda suerte de precepto constitucional, dado que en éstos no se aprehende una interacción social y participativa de los sujetos entre sí desvalorada jurídico-penalmente. Se trata, pues, de entender que la función principal de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político, fijando los derechos fundamentales como límites que deben respetar los poderes públicos (Véanse, MIR PUIG, S.: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, págs. 159 a 167; y mi “Bien jurídico y Constitución. Los derechos fundamentales como fundamento y límite del *ius puniendi estatal*”, en C. RODRÍGUEZ/G.M. GALLEGOS. ESTRADA: *Nueva interpretación constitucional*, Medellín, Diké, 1997, págs. 144 a 147.).

17 A. BARATTA: “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica”, en *PE*, núm. 1, Barcelona, PPU, 1991, pág. 48 (cursivas textuales). En el mismo sentido, W. HASSEMER/F. MUÑOZ CONDE (*Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pág. 69): “los derechos fundamentales no son más que un elemento importante del complejo tejido que es la determinación del merecimiento de pena”.

18 El art. 17 de la ley 23 de 1991 derogó los arts. 294 a 296 C.P., convirtiéndose las primeras tres hipótesis delictivas mencionadas en contravenciones especiales, cuya competencia estaba

Respecto de las hipótesis a que me refiero considero que pueden hacerse tres críticas fundamentales:

a] Fueron ubicadas sistemáticamente bajo la intitulación “delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos”, lo cual es muy significativo: los delitos contra la libertad de conciencia quedan reducidos únicamente a delitos contra la religión, restricción que resulta muy discutible, pues, como dice BUSTOS, “la religión aparece como el único problema de conciencia, cuando ciertamente la protección habría de ser a la *libertad* del sujeto de *adherirse* a cualquier tipo de ideas, propiamente religiosas o no sobre conducta de vida”¹⁹.

En este sentido, es menester advertir que la libertad de conciencia no se reduce a proteger exclusivamente convicciones o creencias religiosas, por cuanto el carácter moral distintivo de un acto “no está de modo necesario vinculado a una moral religiosa, a un sistema en el cual las propuestas morales tengan su fundamento en aserciones de la fe. El juicio sobre la moralidad de un hacer o de un no hacer también puede estar relacionado con “*formas válidas de moral vivida y formulada sin referencia a Dios o a la trascendencia*”²⁰.

En esta inexplicable reducción quizá pueda verse un cierto desprecio por la libre conciencia laica o civil. Refiriéndose a España donde acontece algo muy semejante, TERRADILLOS²¹ afirma que el bien jurídico libertad de conciencia se utiliza como “tapadera” de otros objetos de protección, específicamente la libertad de religión, desprotegiendo otras formas de libertad ideológica.

b] Se han acogido de manera acrítica los supuestos bienes jurídicos “sentimiento religioso”, “respeto a difuntos”. Así, por ejemplo, PÉREZ entendía que, “Solo quedan los quebrantos al modo de sentir en materia religiosa, a la disposición afectiva, lo cual no autoriza el supuesto de que se haya devaluado su esencia”²², y respecto

destinada a los inspectores de policía. Únicamente el irrespeto a cadáveres conserva el carácter de delito. Posteriormente, la ley 228 de 1995 modificó el art. 17 de dicha ley y asignó la competencia para conocer de estas tres contravenciones a los jueces penales o promiscuos municipales del lugar donde se cometió el hecho, consagrando un modelo de proceso sumario que torna oropel inútil todas las garantías constitucionales fundamentales agrupadas en el núcleo del debido proceso (art. 29 Const. Pol.)

19 BUSTOS, *Manual... P.E.*, ed. cit., pág. 132 (cursivas textuales).

20 MADRID-MALO, “La libertad de conciencia”..., cit., pág. 16 (cursivas textuales). De la misma opinión, CEPEDA, *Los derechos fundamentales ...*, ed. cit., pág. 163.

21 Cf. J. TERRADILLOS: “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal”, en *PE*, núm. 1, cit., pág. 18.

22 L. C. PÉREZ: *Derecho penal. Partes general y especial*, t. IV, Bogotá, Temis, 1985, pág. 493.

del art. 297 consideraba que el interés jurídico tutelado era “el respeto por los muertos, no tanto por lo que estos significan en sí, sino por el sentimiento de pesar y de veneración que anima a los sobrevivientes”²³.

Este punto de vista desconoce que la protección jurídico-penal de sentimientos constituye un planteamiento ajeno al bien jurídico: los tipos penales no deben estar configurados para tutelar sentimientos, pues de lo único que se trata es de describir un ámbito situacional que sintetiza relaciones sociales y no posiciones subjetivas de los individuos²⁴; a la luz de la libertad de conciencia lo que interesa proteger es “la libertad ideológica, de creencias, en definitiva, de *expresión* de la conciencia por una determinada corriente de pensamiento”²⁵, no puras disposiciones afectivas, ideologías o una confesión religiosa concreta.

Adicionalmente, tipos penales que albergan algo que no es un bien jurídico crean un riesgo nada desdeñable para las garantías constitucionales de la libertad, representado por la protección de una valoración moral subjetiva, que escapa al derecho penal por ser inaprehensible e imposible de determinar legalmente: “sentimiento religioso”, “irrespeto” operan como conceptos-válvula, que permiten que al final resulte siempre positivado el punto de vista que adopte el intérprete²⁶, con lo cual afrenta al sentimiento religioso, actos de irreverencia a los difuntos deviene todo aquello que el juez, desde su subjetividad y referentes morales (católicos), considere tal.

c) La pretendida protección penal de la libertad de conciencia tiene una innegable raigambre confesional-católica sin que pueda culpase de ello al azar. Baste no más recordar que las normas penales mencionadas fueron creadas durante la vigencia de la Constitución de 1886, paradigma de confesionalidad del Estado, comprometida de manera especial con una religión: la católica. Para entender esta aseveración en sus justos términos me permito citar su preámbulo y la norma que consagraba la libertad de conciencia:

Preámbulo: En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, y con el fin de afianzar la unidad nacional, una de cuyas bases es el reconocimiento hecho por

23 PÉREZ, *Derecho penal* ..., t. IV, cit., pág. 495.

24 Vid. BUSTOS, *Manual... P.E.*, ed. cit., pág. 3.

25 BUSTOS, *Manual... P.E.*, ed. cit., pág. 133 (cursivas textuales). En esta misma línea, F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte especial*, 10a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pág. 478.

26 cf. P. ANDRES IBÁÑEZ: “Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces”, en *Justicia/conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 246.

los partidos políticos de que la religión católica, apostólica y romana es la de la nación y que como tal los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social y para asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, el pueblo colombiano, en plebiscito nacional,

Art. 53. El Estado garantiza la libertad de conciencia.

Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia.

Se garantiza la libertad de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común.

Esta “simbiosis” Estado/Iglesia en la conformación y estructuración del poder político tiene una clara manifestación en lo que pudiera llamarse “sacralización” de la función pública administración de justicia²⁷, que en el campo penal se hizo notoria al interpretarse que, “La constitución entiende que la moral cristiana es la única moral religiosa objeto de garantía”²⁸, y por dos hechos muy significativos: en el irrespeto a cadáveres (art. 297 C.P.) lo que se considera injusto son las ofensas a su memoria, la falta de veneración a los muertos, lo cual está ligado con una determinada concepción religiosa (cristiana) sobre la muerte y del ser humano más allá de ella, y la contravención especial consistente en daños o agravios a personas o a cosas destinadas al culto se refiere específicamente a “objetos” o “símbolos” de “cualquier religión *legalmente permitida*”, teniéndose por tal solamente la religión cristiana²⁹.

Es claro que ya ni siquiera se está protegiendo el “sentimiento religioso” de las personas, sino la “religión de Estado”, vale decir, el propio interés del Estado en la religión considerada como vínculo político, lo que en definitiva conduce a una confusión entre los valores religiosos y los políticos (Estado teocrático primitivo y Estado confesional moderno)³⁰.

27 Según explica CEPEDA (*Los derechos fundamentales...*, ed. cit., pág. 181), durante la vigencia de la Constitución de 1886, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, desarrollaron una jurisprudencia proteccionista de la religión católica, razón por la cual no existieron grandes avances en el reconocimiento efectivo de la libertad religiosa de individuos o minorías no católicos.

28 PÉREZ, *Derecho penal...*, t. IV, cit., pág. 494.

29 Así, PÉREZ, *Derecho penal* ..., t. IV, cit., pág. 505.

30 cf. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, P.E.*, ed. cit., pág. 472.

Las críticas anteriores me permiten advertir que la "protección" de la libertad de conciencia dispensada por el derecho penal en nuestro país desemboca en la negación del carácter laico del Estado, a contrapelo del modelo consagrado en nuestra Carta Política (preámbulo, arts. 1o., 7o., 18, 19) de acuerdo con el cual el Estado "no puede poner su autoridad al servicio de valores de carácter religioso. Sin contar con que, en virtud del principio de tolerancia ideológica y de tutela de los derechos de las minorías, debe excluirse por definición que la norma penal pueda utilizarse para defender puras concepciones morales"³¹.

Como ha podido verse, nuestro ordenamiento jurídico-penal tiene una pobrísima visión de la libertad de conciencia, cosa que propicia de algún modo las condiciones para calificar como "criminal" algunas manifestaciones que de este derecho fundamental hacen los ciudadanos.

2. CRIMINALIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

2.1. MEDIANTE LA PROHIBICIÓN DE CONDUCTAS DONDE DEVIENE ILEGÍTIMA LA UTILIZACIÓN DE DERECHO PENAL

El uso del derecho penal respecto de las hipótesis delictivas que he agrupado bajo esta denominación puede tacharse como doblemente ilegítimo: son conductas que, tal como ocurre en el incesto, no afectan bien jurídico alguno, en contravía de la garantía fundamental del derecho penal de que no pueden establecerse penas que no tengan fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido, ni delitos cuyo objeto de prohibición no sea una conducta que lo lesione o ponga en peligro (principio de lesividad o "*nullum crimen sine iniuria*")³²; o, como sucede en el ultraje a los símbolos patrios, desconocen el principio de intervención mínima, que es una barrera de contención de la potestad punitiva del Estado; y, en ambos casos conducen a criminalizar el ejercicio de la libertad de conciencia -así como de la autonomía individual y libertad de expresión- por desplegar una particular cosmovisión o conducta de vida.

31 ANDRÉS IBÁÑEZ, "Las pasiones...", cit., pág. 263.

32 Véanse, entre otros, J. BUSTOS: *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pág. 45; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pág. 267; ROXIN, C.: "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, pág. 24.

2.1.1. EL INCESTO

En nuestro ordenamiento jurídico se define como delito el acceso carnal u otros actos eróticos sexuales entre familiares -se presupone el consentimiento- que se sanciona con pena privativa de la libertad de 6 meses a cuatro años (art. 259 C.P.). Este tipo penal aparece ubicado sistemáticamente entre los "delitos contra la familia", y aunque nada se explicó acerca del fundamento de la incriminación en el seno de las discusiones de la comisión redactora de 1974 ni en la revisión final de 1979, se ha entendido que subsisten las razones expuestas por LOZANO Y LOZANO respecto del Código Penal de 1936: "Dentro del deber de reglamentar y tutelar el ejercicio de la función sexual, es preciso atender a ciertas normas impuestas por la moral ambiente y las enseñanzas científicas. El incesto, al violentar esas normas, constituye un acto antisocial que viola el mínimo ético necesario a la vida de la comunidad"³³.

Más recientemente la Corte Constitucional, al decidir sobre la exequibilidad del art. 259 C.P. ha considerado que la prohibición del incesto se fundamenta en la protección de la familia, toda vez que "si la familia es un bien digno de protección para el Constituyente, y todas las disciplinas científicas que se ocupan de ella han establecido que el incesto atenta contra ese bien, es ineludible concluir que el desestímulo de las relaciones sexuales entre parientes, mediante la penalización de esa conducta, resulta razonable y proporcionado en aras de la preservación de la familia"³⁴.

Es preciso discutir que la familia deba ser protegida jurídico-penalmente en cuanto tal, puesto que dicha protección entraña una concepción metajurídica de carácter ético-religioso de la función de la familia, e implica una atomización del

33 Citado por PÉREZ, *Derecho penal...*, t. IV, cit., pág. 307. En esta misma línea, se ha considerado que el objeto de protección penal es la moralidad familiar, en tanto, el "incesto ataca la lealtad y la decencia de la pareja matrimonial o la de los demás miembros del grupo, según el caso" (PÉREZ, *Derecho penal...*, t. IV, cit., pág. 308).

34 Corte Constitucional, sent. C-404 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz, pág. 22.

Es evidente la equiparación que lleva a cabo la Corte en esta decisión entre derechos fundamentales y bien jurídico, que evidencia una enorme confusión conceptual al pretender traspolar los contenidos de la Norma Fundamental al código penal (vid. *supra*, n. 16).

También consideran que la familia es un bien jurídico-penal, E. CASAS BARQUERO: "Aspectos constitucionales y juridicopositivos sobre la institución penal de la familia", en *CPC*, núm. 20, Madrid, Edersa, 1983, págs. 553 y 554; PÉREZ, *Derecho penal...*, t. IV, cit., págs. 279 a 305.

sistema social (fragmentado en Estado - sociedad - familia - persona)³⁵, que desemboca en un transpersonalismo, al hacer del ser humano un medio para la realización de valores que le son extraños y que se consideran superiores a los valores que encarna, como “el bien de la familia” -que generalmente no es el bien de ninguna de las personas que la componen-, todo lo cual contradice la orientación personalista del modelo de Estado concebido por nuestra Carta Política (preámbulo, arts. 1o., 2o.)³⁶, que se traduce en la exigencia según la cual sólo pueden llegar a ser objeto de tutela punitiva aquellos bienes jurídicos que tengan relación con la persona, en tanto sólo se permite considerar como tales aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso³⁷.

La afirmación de que la familia no puede ser protegida por el derecho penal no se ve contradicha porque nuestra Norma Fundamental proclame con altisonancia que el Estado ampara la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad (arts. 5o. y 42): desde la perspectiva constitucional del bien jurídico únicamente son los derechos fundamentales los que deben ser considerados condición necesaria -aunque no suficiente- para concebir el elemento nuclear del objeto de protección penal por ser tales derechos el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto, y no cualquier suerte de precepto constitucional como los citados, que no parecen ser más que un *desideratum* con un valor programático dirigido al legislador y, sobre todo, a los ciudadanos para acallar reivindicaciones de determinados sectores sociales, potenciando la creencia de que la familia es efectivamente asegurada en nuestra sociedad. Además, se itera que “si bien es cierto que realidades que no hayan sido consagradas expresa o implícitamente en la Constitución deben quedar por principio cerradas a la protección penal, también lo es que no todas aquellas realidades contempladas en la misma adquieren, en virtud de ello, la cualidad de penalmente protegibles”³⁸.

Por lo demás, está más que justificado preguntarse a qué viene tanto celo con la familia cuando este Estado que “garantiza su protección integral” (art. 42 Const. Pol.) no emplea ninguno de sus instrumentos de política general para expandir los derechos de las personas que la componen, a fin de posibilitar a todos la participa-

35 Cf. BUSTOS, *Manual... P.E.*, ed. cit., pág. 75.

36 Véase, más ampliamente, mi, “Bien jurídico...”, cit., págs 147 y ss. También la Corte Constitucional defiende una concepción personalista de los fines y funciones del Estado (vid., entre otras, sent. C-221 de 1994, cit., pág. 22)

37 Sobre el particular, L. FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 478; W. HASSEMER, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *DP*, núms. 46/47, Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 282.

38 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 274.

ción en el proceso social, político, económico y cultural. Piénsese que podemos tachar de ilusorio el cumplimiento por parte de este sedicente Estado social de derecho de deberes tales como procurar viviendas dignas como sede de la familia, la provisión de condiciones que aseguren una progenitura responsable, la asistencia y seguridad social para sus miembros, los subsidios familiares, el aseguramiento de un mínimo ingreso familiar fijo, entre otros.

Tampoco es de recibo la pretendida fundamentación de la punición del incesto a partir de la preservación de la “salud de la especie”: es justamente el derecho penal propio de los regímenes autoritarios el que se preocupa por preservar la “integridad y la sanidad de la estirpe”³⁹, penando como delitos contra la “familia” o contra la “moralidad pública y las buenas costumbres” las relaciones *contra natura* -léase, incesto-, tal como procedieron el fascismo y el nacional-socialismo⁴⁰.

Mejor que nada, la historia nos recuerda que en nombre del afán de conservar la pureza de la raza han sido cometidos algunos de los más grandes horrores contra la humanidad, entre ellos el holocausto judío, que se dibujaba ya en este escrito de HITLER: “*Pero la pérdida de la pureza de la sangre destruye para siempre la felicidad interior, abate al hombre para siempre, y sus consecuencias corporales y morales son indelebles...* Es en la sangre solamente donde reside la fuerza o la debilidad del hombre. [...] *Los pueblos que renuncian a mantener la pureza de su raza renuncian al mismo tiempo a la unidad de su alma... La dislocación de su ser es la consecuencia natural e ineludible de la alteración de su sangre*”⁴¹.

Considero, entonces, que la prohibición del incesto en nuestro país constituye una versión remozada de dichos autoritarismos: de manera un poco suavizada late la misma preocupación por la “contaminación”, por el “nacimiento de seres humanos inferiores”, no ya por el cruce con razas “mediocres”, sino entre parientes⁴².

39 BUSTOS (*Manual... P.E.*, ed. cit., pág. 53) critica la utilización del derecho penal para hacer eugenesia, porque “sería absurdo plantear que el derecho considera sin valor o con menos valor sujetos con determinadas diferencias físicas o psíquicas, así, por ejemplo, en el caso de mongolismo, lo cual conduciría a concepciones autoritarias o discriminatorias, que son el sustento del racismo, del segregacionismo y del genocidio”.

40 Sobre la política penal del fascismo y del nacional-socialismo, véase, E. R. ZAFFARONI: *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1987, págs. 374 a 386.

41 Citado por J. J. CHEVALLIER: *Las grandes obras políticas: Desde Maquiavelo hasta nuestros días*, Bogotá, Temis, 1997, pág. 347 (cursivas textuales).

42 Así, la Corte Constitucional (sent. C-404 de 1998, cit., pág. 21) reconoce que “los argumentos de las ciencias naturales, y en especial de la genética, si bien no son el fundamento de la penalización del incesto en Colombia, coadyuvan a su prohibición”.

Cabe preguntar si será posible que los sostenedores de este pensamiento no se hayan percatado de su genealogía ni del sello fascista de origen que lleva.

Ahora bien, al no existir bien jurídico que dote de fundamento material la punición del incesto, considero que ésta reposa en eso que las personas suelen llamar Moral (con mayúsculas), que conduce a reificar el tabú de las relaciones sexuales entre familiares existente en nuestra cultura y se expresa en el afán de preservar la moral de la familia y en un juicio de descalificación existencial y social de quien tiene un comportamiento sexual heterodoxo. Me parece paradigmático PÉREZ: “más que el escándalo, lo que justifica la incriminación es la moral pervertida de quien aprovecha la proximidad de consanguíneos y afines para realizar con ellos actos sexuales de cualquier clase. Este déficit ético conduce a la relajación de los vínculos familiares y traduce, de ordinario, falta de salud mental. Por eso se afirma desde el campo de las ciencias médicas que no es el incesto lo que produce a los degenerados biológicos e intelectuales, sino que son los desequilibrados quienes producen los incestos”⁴³. Sin duda, esta percepción moralista del comportamiento incestuoso ilustra la sabia observación de SAVATER⁴⁴ de que cuando la gente habla de “moral” y de “inmoralidad”, la mayoría de las veces el sermón se refiere al sexo; al punto que algunas personas creen que la moral se dedica sobre todo a juzgar lo que la gente hace con sus genitales.

Lo anterior indica que el castigo del incesto se apoya en un *criterio convencionalista* que estima que la cuestión de la legitimidad del recurso al instrumento penal debe precisarse apelando a la moral positiva o social, es decir, a las creencias morales predominantes. Este hecho adquiere contornos inequívocos en la reciente decisión de la Corte Constitucional que apela a la “ética religiosa”, que “no acepta bajo ninguna circunstancia las relaciones sexuales entre parientes, porque ve en ellas un atentado contra la familia nuclear y contra los principios morales que defiende”; así como a la “ética secular”, que “toma en cuenta los resultados de las ciencias sociales, que tal como se ha visto, aportan elementos importantes para fundamentar la prohibición de las relaciones sexuales entre parientes”⁴⁵.

No obstante, este no es un criterio plausible: un criterio de mayorías puede describir con alguna fidelidad la correlación de fuerzas existente en una sociedad y

43 PÉREZ, *Derecho penal...*, t. IV, cit., pág. 315; en el mismo sentido, A. ARCILA GONZÁLEZ (*El delito sexual en la legislación colombiana*, 2a. ed., Bogotá, Caravana, 1959, pág. 164), para quien el delito de incesto es “las más depravada de las aberraciones”.

44 F. SAVATER: *Ética para Amador*, 12a. ed., Barcelona, Ariel, 1996, pág. 148.

45 Corte Constitucional, sent. C-404 de 1998, cit., págs. 21 y 22.

las concepciones imperantes acerca de lo “bueno” y lo “malo” en un momento histórico determinado, pero por sí mismo nada dice acerca de la legitimidad axiológica de determinada solución a conflictos de derechos o intereses. Así, para este caso la apelación a las creencias mayoritarias puede implicar la violación del derecho a la autonomía y a la libertad de conciencia de muchos ciudadanos o grupos que piensan diferente. El criterio convencionalista no toma en cuenta el hecho de que el desarrollo autónomo de las personas requiere remover ciertos escollos que forman parte de las estructuras sociales que limitan sus opciones a sistemas “posibles” de acción. Tales estructuras se sostienen en arraigadas tradiciones y creencias que compelen a las personas a terminar viviendo del modo que la ideología dominante e instituciones señalan que la gente “decente” debe vivir⁴⁶.

En última instancia, al castigar el incesto se está desvalorando la libre deliberación que acerca de esta conducta ha hecho una persona, como individuo responsable, capaz de dotar de racionalidad a sus actos -independientemente de que éstos sean censurados por muchos ciudadanos-; esto al precio de una violación de la libertad de conciencia y de la autonomía individual que incluyen la proscripción de toda interferencia en las formas de vivir la sexualidad que no afectan la autonomía de terceros, en tanto, es ilegítima la imposición perfeccionista de comportamientos sexuales exigidos por una concepción del bien diferente a la que el individuo ha escogido libremente⁴⁷, y de un desconocimiento del carácter pluralista del Estado democrático (preámbulo, arts. 1o., 2o. Const. Pol.), que presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, según la cual el derecho y el Estado no tienen la misión de hacer virtuosos a los individuos, ni poseen potestad para imponer o vetar “un ideal de vida”, sino que únicamente poseen legitimidad para garantizar los derechos a los ciudadanos.

Quiero dejar constancia de que la crítica acá esbozada no envuelve la pretensión de impedir que los ciudadanos experimenten repulsión ante los comportamientos incestuosos, sino simplemente dichas actitudes no pueden revertirse en delitos⁴⁸. Tampoco apunta a negar que en el ámbito familiar se presentan relaciones sexuales entre parientes que son jurídico-penalmente disvaliosas, no por un juicio adverso acerca de su moralidad, sino porque involucran otra clase de conflictividad:

46 Sobre el criterio convencionalista como modo de resolver determinados conflictos entre la autonomía individual y otros intereses, vid. BOUZAT, “El principio...”, cit., págs. 100 y 101.

47 cf. NINO, “La autonomía...”, cit., pág. 54.

48 Como dice ANDRÉS IBÁÑEZ (“Las pasiones...”, cit., pág. 264), “La indignación moral es ciertamente respetable y comprensible, legítima en suma, pero no justifica suficientemente la intervención punitiva del Estado”.

relaciones con menores que no han llegado a la edad de decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad, abusos sexuales, violaciones, etc. Ciertamente, en estos eventos puede estar justificada la intervención penal, pues lo involucrado no es una actividad sexual más virtuosa que otra, sino que se está desconociendo la *libertad sexual* de uno de los concernidos, único soporte en que puede afincarse la intervención del derecho penal en materia sexual, libertad que tiene dos facetas: una positiva, que atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales y genera la despenalización de conductas que impiden su actividad sexual libre, que no conlleva limitaciones considerables de la libertad sexual de las demás; una negativa, referida al derecho de la persona a no verse inmersa sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual, faceta ésta que se protege cuando se prohíbe realizar ciertas conductas que impiden ejercer la actividad sexual en libertad⁴⁹.

Entonces, si un hermano accede de manera violenta a su hermana, si un padre abusa sexualmente de su hijo de 11 años, se trata de una vulneración de la faceta negativa de la libertad sexual y, si se cumplen todos los requisitos del tipo, estaremos ante un acceso carnal violento o un acto sexual con menor de catorce años (arts. 301 y 305 C.P.) y punto. El parentesco no agrega ningún desvalor adicional a estas conductas como para dar lugar a un tipo penal autónomo -o agravado-, pues tan disvaliosa es la afeción de la libertad sexual cuando la realiza un desconocido como cuando la realiza un pariente. Ahora, puede discutirse que los atentados a la libertad sexual llevados a cabo en el ámbito familiar pueden presentar mayores facilidades para su comisión por la convivencia en la misma casa o porque se dan relaciones de dependencia económica o educativa; si esto efectivamente ocurre, el juez puede valorar esta circunstancia en el caso concreto al momento de graduar la pena a imponer⁵⁰.

2.1.2. ULTRAJE A EMBLEMAS O SÍMBOLOS PATRIOS

Este tipo penal se refiere a situaciones fácticas en las cuales un individuo de manera pública desprecia el escudo, el himno o la bandera de Colombia, y se sanciona con pena privativa de libertad de seis meses a dos años (art. 117 C.P.). Tradicionalmente se ha interpretado que su punición está basada en una ofensa a la patria y/o a los sentimientos de quienes la aman. Tal es la opinión de FERREIRA

49 Vid. J. L. DÍEZ RIPOLLÉS: *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985, págs. 21, 23 a 29.

50 cf. DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección...*, cit., págs. 95 a 96

DELGADO, para quien "ultrajar sus símbolos, es menospreciar o injuriar a la patria, en su sentido espiritual o en su vida anímica, en los sentimientos de quienes conviven en ella. Es *traición* porque es romper su unidad nacional"⁵¹; y PÉREZ, quien considera que los ultrajes, más que traición a la patria, son "una falta de respeto, una demostración de incultura y de solidaridad con los sentimientos ajenos"⁵².

Basar la punición del ultraje a los símbolos patrios desde la perspectiva de personas concretas que experimentan amor por la patria -ciertamente, muy respetables- con el fin de que no se vean perturbadas por quienes no lo experimentan, deviene ilegítimo, puesto que el recurso al derecho penal desembocaría en la defensa de estimaciones subjetivas individuales imposibles de aprehender normativamente y carentes de una auténtica representatividad en la realización de los individuos como seres sociales; desconociendo que lo único que merece ser protegido mediante el recurso extremo de la pena es el bien jurídico, como expresión de una relación concreta de realidad y valor que sintetiza aquellos objetos que el ser humano necesita para su autorrealización en la vida social, que por ello mismo se estiman valiosos. Por tanto, lo único que interesa al derecho penal son relaciones sociales determinadas, esto es, las posiciones que en ellas tienen los individuos y su intermediación con objetos y entes que da lugar a múltiples interacciones más o menos complejas⁵³.

Si de lo que se trata es de impedir ofensas a la patria, ciertamente de nuevo aquí se incurre en un planteamiento completamente ajeno al bien jurídico: los sentimientos de amor por la patria no son jurídicamente exigibles ni susceptibles de defensa por parte del derecho penal, por más que la Constitución (art. 95) proclame que la calidad de colombiano enaltece a todos y estamos en el deber de engrandecer y dignificar la comunidad nacional, toda vez que este no es sino otro *desideratum*, más parecido a un consejo de "cartilla del buen ciudadano", que a una norma jurídica con carácter vinculante. Adicionalmente, se llega a un círculo vicioso, en tanto, este comportamiento sería punible porque merece protección el sentimiento colectivo de que dicho comportamiento haya de ser prohibido.

51 F. FERREIRA DELGADO: *Delitos contra el Estado colombiano*, Bogotá, Temis, 1982, pág. 65 (cursivas textuales).

52 L.C. PÉREZ: *Derecho penal. Partes general y especial*, t. III, 1a. ed. (reimp.), Bogotá, Temis, 1986, pág. 83.

53 cf. J. BUSTOS: "Política criminal e injusto", en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, pág. 72; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 271.

Así entendido, este delito parece asimilarse a la *desobediencia*, evidenciada en una falta de "fervor por la patria", de "identificación con las instituciones" e ideas semejantes, es decir, una suerte de versión contemporánea del crimen de lesa majestad, adecuada ahora a la presencia de la autoridad moral y fuerza física del poder del Estado, que impone a los ciudadanos demostrar externamente sumisión a la bandera, escudo e himno que simbolizan dicho poder⁵⁴.

Lo que conduce a que no haya obstáculo para castigar los comportamientos de ciudadanos que, como los testigos de Jehová, rehúsan rendir homenaje a la bandera, pues formulan un juicio adverso sobre la moralidad de este acto por considerarlo opuesto a su mandato bíblico⁵⁵, o se niegan a rendir honores a los símbolos patrios -e inclusive manifiestan desprecio público por ellos- por un dictamen de la conciencia secular, que les impide creer en absoluto en la noción de patria, al pensar que la "patria" que les tocó les fue dada por casualidad -igual pudieron nacer en otro rincón de la tierra, sin que por ello hubiese pasado "nada"⁵⁶, o que no sienten respeto por los símbolos externos de un Estado violador sistemático de derechos humanos, intolerante con las expresiones de diversidad de las minorías discrepantes con el proyecto hegemónico; en fin, una multiplicidad de dictados de conciencia o ideológicos imposibles de enumerar.

Sin lugar a duda, en cada una de estas conductas se está ejerciendo la libertad de conciencia -ejercicio que resulta cubierto por la garantía de no estar obligado a actuar contra los dictados de la propia conciencia- y otro derecho fundamental, pilar de todo proyecto político democrático, la libertad de expresión (art. 20 Const. Pol.), que permite y promueve la discusión permanente de ideas y la confrontación de opiniones, así como garantiza el derecho de las personas a expresarse pacíficamente, para manifestar sus ideas, promover sus proyectos, particularmente su

54 Tiene razón A. BARATTA ("Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", en *PC*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, pág. 79) cuando señala que la autodefensa del poder central sigue dominando la intervención punitiva y siendo eje del "mito" de la criminalidad.

55 A este respecto, MADRID-MALO ("La bandera y la conciencia", en *Sobre las libertades...* cit., pág. 28) sostiene que el "Estado es incompetente para imponer el saludo a la bandera a las personas que se resisten a prestarlo por fidelidad a la llamada *norma próxima de la moralidad personal*. El art. 18 de la Constitución reconoce a esas personas su derecho fundamental a no ser obligadas "a actuar contra su conciencia" (cursivas textuales).

56 Argumentos que evocan las palabras de un personaje de G. GARCÍA MÁRQUEZ (*El otoño del patriarca*, Barcelona, Bruguera, 1980, pág. 201): "... esta patria que no escogí por mi voluntad sino que me la dieron hecha como usted la ha visto que es como ha sido desde siempre con este sentimiento de irrealidad, con este olor a mierda, con esta gente sin historia que no cree en nada más que en la vida, ésta es la patria que me impusieron sin preguntarme..."

inconformismo⁵⁷, una de cuyas manifestaciones posibles es negarse públicamente a rendir homenaje a los símbolos patrios o despreciarlos como protesta contra las instituciones estatales o el régimen político; con lo cual, la imposición de pena a la realización de estos actos es una inequívoca muestra de la incapacidad de aceptación de la crítica pública que tienen las instituciones en nuestro país.

Ahora bien, esta inaceptable situación genera la necesidad de reformular el sentido de este precepto penal: según se recordará, el bien jurídico cumple una importante función intrasistemática de carácter teleológico, esto es, constituye un criterio de interpretación de los tipos penales que condiciona su sentido y alcance de acuerdo con la finalidad de protección de un determinado bien, por ser éste precisamente el concepto central en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo⁵⁸.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que si código penal ubica el ultraje a los símbolos patrios dentro de los delitos contra la "existencia y seguridad del Estado", es porque únicamente se dirige a la protección jurídico-penal de las instituciones organizativas y la forma como éstas se relacionan entre sí, para lograr con ello un correcto funcionamiento del aparato estatal que le permita cumplir con sus fines, plasmados en el art. 2o. de la Carta Política⁵⁹. Por consiguiente, sólo pueden ser considerados delito los raros eventos en los cuales las injurias a los símbolos patrios constituyan una efectiva afeción dicho bien jurídico, pongo por caso, un acto de quemar la bandera o de "burlar" el himno nacional que dé lugar a hostilidades e inclusive a una guerra exterior⁶⁰.

Esta reinterpretación si bien parece impedir -o, por lo menos, dificultar- la criminalización del ejercicio de las libertades de conciencia y de expresión, no logra despejar las dudas sobre la legitimidad del recurso al derecho penal en estos

57 Vid. CEPEDA, *Los derechos fundamentales...*, ed. cit., págs. 213 y 214.

58 Vid. H. HORMÁZABAL: *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho* (El objeto protegido por la norma penal), Barcelona, PPU, 1991, págs. 9 a 10; H.H. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I. Barcelona, Bosch, 1981, pág. 352.

59 cf. BUSTOS, *Manual...* P.E., ed. cit., pág. 383.

60 Se advierte que una tal conducta da lugar a un concurso aparente de tipos, puesto que el contenido del ilícito del ultraje a los símbolos patrios (art. 117 C.P.) ya estaría comprendido por el delito de instigación a la guerra (art. 114 C.P.) Sin embargo, entre uno y otro delito existe una relación de especialidad: mientras que el segundo es un delito de medios indeterminados, en el primero el fundamento de la punición reposa en la lesión o puesta en peligro de la existencia o seguridad del Estado producida por la utilización de unos determinados medios -el menosprecio de los emblemas patrios- (vid. E. BACIGALUPO: *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1989, págs. 238, ss.)

eventos, ¿Por qué una guerra propiciada por un ultraje a los emblemas patrios es definida legalmente como delito y no una enardecida competencia deportiva que, en circunstancias extremas, llegue a producir el mismo resultado? En mi opinión, la permanencia del ultraje en el código penal denota que no se ha desprendido de su sello de origen -los delitos de lesa majestad-, ni de su ligamen con la presencia de la autoridad física o psicológica del poder soberano estatal.

En todo caso, si se continúa sosteniendo que hay algo digno de protección tras el ultraje a los emblemas patrios, no puede acudir precisamente al más gravoso y destructivo de los mecanismos de control social, pues ello desconoce el principio de intervención mínima: el derecho penal tiene carácter fragmentario, pues dada la gravedad del control punitivo no es posible utilizarlo siempre, sino frente a hechos específicos, de cierta significación en la vida social; entonces sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos deben resultar relevantes, por lo que el derecho penal define solamente un fragmento de lo antijurídico⁶¹. Además, puede emplearse la pena sólo cuando para la protección de bienes jurídicos se han puesto en práctica y resultan insuficientes las medidas organizativas de otros sectores del ordenamiento no represivos, como el derecho laboral, civil, administrativo, comercial, etc.

2.2. MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERESES

EN CONTRA DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

2.2.1. EL ABORTO

Como es sabido, en nuestro país rige la prohibición de realizar conductas consistentes en dar muerte al producto de la concepción (embrión o feto); prohibición que se lleva a cabo mediante el sistema común de penalización, de acuerdo con el cual el producto de la concepción representa un valor que el derecho penal debe tutelar, sancionando las acciones que tratan de destruirlo, pero considerando que no se trata de un homicidio, pues se tutela una esperanza de vida de menor entidad frente a la vida humana independiente (arts. 343, 344 C.P.)⁶²

La visión del aborto tal como se concibe en este aquí y ahora está vinculada íntimamente con la doctrina católica que asume la vida como valor absoluto, por encima de cualquier consideración acerca de la libertad de la mujer de decidir

61 cf. BERDUGO/ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, cit., p. 60.

62 cf. M. CÓRDOBA ANGULO: "Aspectos jurídicos del aborto", en *DPC*, núm. 40, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990, pág. 24.

sobre la maternidad, y toda sexualidad como dirigida a la procreación. Dicha prohibición, entonces, viene dictada por un vago criterio de "moral social", con lo cual la cuestión se está decidiendo con arreglo a un nudo criterio de fuerza: la fuerza de la mayoría -católica-, desconociendo que:

a] la penalización del aborto suele realizarse a partir de la negación de la existencia de una situación de conflicto entre el embrión o feto (vida humana dependiente) y los derechos de la madre (autonomía individual, libertad de conciencia);

b] en sociedades heterogéneas y disruptivas como es la colombiana, caracterizada por el hecho del pluralismo y del conflicto social, difícilmente se encuentra una guía terminante acerca de las creencias colectivas para resolver esta clase de temas;

c] entre los ciudadanos de nuestro país no es en absoluto claro ni indiscutible el juicio de desvalor social y jurídico-penal sobre el aborto;

d] quienes claman por un aborto libre lo hacen apoyados también en razones valederas, y no pretenden imponer a quienes no piensan como ellos el deber de abortar;

e] la apelación a las "creencias mayoritarias" implica la violación del derecho a la autonomía personal de los miembros de grupos o sectores minoritarios que piensan diferente.

Todo lo cual significa, en definitiva, que un grupo de ciudadanos se ha apoderado del aparato represivo estatal para someter al resto de la población a sus criterios de conducta, a sus concepciones de la virtud y del vicio. En síntesis, como dice GIMBERNAT: "los que rechazan el aborto ni pueden ignorar que ésa es una cuestión controvertida, ni tampoco aspirar, por consiguiente, en una sociedad pluralista, a que legalmente se les conceda el monopolio de la verdad y se criminalice, con ello, a una opinión antagónica que es defendida por amplios, cualificados y respetables sectores de la sociedad; pues estos sectores ni pretenden estar en posesión de la razón absoluta ni, menos aún, convencer a los demás para que practiquen interrupciones del embarazo: únicamente aspiran a que les dejen en paz y a que no les metan en la cárcel cuando actúan de acuerdo con sus ideas"⁶³.

Este conflicto no puede resolverse, según creo, propugnando vías extremas: ni acudiendo a una liberalización total bajo el slogan feminista "el vientre es mío", pues una vida en formación no es el vientre, sino una persona en potencia con

63 E. GIMBERNAT, "Moral, derecho y aborto", en *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, pág. 77.

todos sus atributos⁶⁴; ni tampoco impidiendo a la mujer decidir libremente acerca de la maternidad, como acto de afirmación de su ideal personal de vida, desconociendo que la imposición de un embarazo no deseado se hace siempre a costa de su infelicidad.

El punto de vista de los defensores del embrión y del feto lo conocemos de sobra; me importa ahora hablar del “reverso” del conflicto, que es el que los católicos pretenden ocultar tras su pretendida defensa a ultranza de la vida: está el hecho de que el embarazo, el parto y la eventual crianza del niño que nazca puede afectar gravemente la autonomía de la madre al limitar múltiples aspectos de su plan de vida futura; por ello, una de las más claras decisiones acerca del proyecto vital a seguir que podemos tomar las mujeres es la de la maternidad, pues es una condición que nos acompaña de manera casi definitiva una vez se opta por ella, y en este sentido la restricción a la autonomía de un individuo de valor pleno, como es la madre, es más gravosa que la eliminación de un semi-individuo⁶⁵. En últimas, no puede acudir sin más al instrumento penal para impedirnos ser artífices de nuestra propia vida a partir de un reflexivo acto de conciencia, por ello, como dice GIMBERNAT, “a la mujer que, por la amenaza penal, desiste de practicar un aborto, se le impone un hijo que no desea y se introduce con ello un cambio tan radical y permanente en las circunstancias sociales y económicas de su vida que puede acabar, irreversiblemente, con sus pocas o muchas posibilidades de felicidad”⁶⁶.

Vistas las cosas así, ha de reconocerse que la existencia del conflicto viene a dejar sin sustento el sistema tradicional de sanción del aborto, para asumir en su lugar la preponderancia de la posición de la mujer, por cuanto ella es una persona dotada de libertad y autonomía ética, y la vida del embrión o feto depende de la suya⁶⁷.

Una vía de resolución del conflicto vendría dada, en principio, por el sistema de las indicaciones, que permite la interrupción del embarazo sólo cuando la voluntad de la madre va acompañada de circunstancias muy específicas, como cuando el embarazo pone en peligro su salud o su vida (indicación médica o terapéutica), o ha sido resultado de un delito contra la libertad sexual (indicación ética), en even-

64 cf. BUSTOS, *Manual... P.E.*, ed. cit., pág. 43; CÓRDOBA ANGULO, “Aspectos jurídicos...”, cit., págs. 23 a 24; C. ROXIN: “La propuesta minoritaria del Proyecto Alternativo”, en *Problemas básicos...*, cit., págs. 71 y 73.

65 cf. NINO, “La autonomía...”, cit., pág. 48.

66 GIMBERNAT, “Por un aborto...”, ed. cit., pág. 61.

67 cf. BUSTOS, *Manual...*, P.E., ed. cit., pág. 44.

tos donde se diagnostica que la criatura nacerá con graves taras psíquicas o físicas (indicación eugenésica), o cuando la mujer está en una apremiante situación económica-social (indicación social)⁶⁸.

Sin embargo, este sistema de regulación no soluciona el problema: simplemente se dedica a considerar situaciones extremas que no ofrecen duda desde la perspectiva del estado de necesidad; además, en la consideración de estos supuestos de licitud del aborto no es criterio decisivo el rechazo que la mujer siente por el embarazo, ni la valoración moral autónoma de su conducta, sino que subyace una percepción moralista de la cuestión, que prejuzga acerca de su comportamiento sexual. Esto lo ha puesto de presente GIMBERNAT⁶⁹ cuando afirma que un grupo de ciudadanos trata de imponer al resto de la población sus criterios sexuales, mientras al mismo tiempo autorizan para liberar de su angustia a una embarazada que no ha “pecado”, movilizándolo todo el aparato represivo estatal para impedir que solucionen su situación por el mismo procedimiento otras mujeres que no se diferencian para nada de aquélla en la angustia que sienten -que puede ser incluso mayor-, sino únicamente en que no se han conducido sexualmente de acuerdo con los dictados de la moral católica.

La solución plausible, en mi opinión, la ofrece el sistema del plazo, en tanto reconoce que el producto de la concepción es un bien jurídico, pero le dispensa protección penal a partir de un momento definido, con lo cual la interrupción del embarazo queda autorizada para todas las mujeres. Se trata, por consiguiente, de un modelo combinado de libertad plena del aborto practicado en un período inicial y de su admisión en las otras etapas, siempre que concurren las indicaciones ya señaladas⁷⁰, lo que respeta el derecho de la mujer a decidir en conciencia y autónomamente sobre la maternidad y, dentro de ciertos límites, reconoce valor al feto como potencialidad de vida humana. La prohibición de interrumpir el embarazo sólo obra a partir del límite de las doce semanas de gestación, por cuanto el embrión o feto en esta etapa no puede tener una continuidad psicológica con quien será un ser autónomo porque carece de procesos mentales; y no tiene procesos mentales por la simple razón de que no posee un desarrollo de su sistema neurológico, que según los conocimientos científicos es necesario para desarrollar una psique y adquirir una forma semejante a la humana; con lo cual, “el feto o el embrión no

68 Véanse, BUSTOS, *Manual...P.E.*, ed. cit., pág. 44; CÓRDOBA ANGULO, “Aspectos jurídicos...”, cit., págs. 25 a 26; F. HURTADO POZO: *Manual de derecho penal. Parte Especial 2*, Lima, Juris, 1994, págs. 43 a 46.

69 cf. GIMBERNAT, “Por un aborto...”, ed. cit., pág. 63.

70 Vid. HURTADO POZO, *Manual...*, P.E., 2, cit., págs. 39 a 40.

puede tener valor como individuo en los primeros tiempos de la gestación en que no ha desarrollado suficientemente su sistema nervioso central”⁷¹. A estas razones se suma el interés en evitar altos riesgos para salud de la madre, pues al ir avanzando el embarazo, su interrupción alberga cada vez más altos riesgos para la mujer (en cierto período hay que emplear técnicas abortivas distintas y los accidentes mortales superan a los que se producen como consecuencia del nacimiento)⁷².

2.2.2. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO

Uno de los conflictos que adquiere contornos dramáticos en el Estado contemporáneo es el enfrentamiento entre los ciudadanos -que por razones ideológicas y de conciencia, intentan subvertir el orden de cosas propiciado por el sistema político, económico y social imperante, mediante un proceso revolucionario, así como otras formas de resistencia civil- y el aparato estatal empeñado precisamente en mantener ese concreto estado de cosas y su poder, acudiendo, entre otros recursos, a la definición como delito de conductas que atentan contra sus intereses (“delitos políticos”), conductas que, se dice, ponen en peligro, no propiamente bienes particulares, sino la soberanía del Estado y sus intereses políticos fundamentales⁷³.

El derecho penal se halla en estos supuestos ante un conflicto de intereses: de un lado, el deber observar como límites insalvables de su intervención los derechos fundamentales como la autonomía individual, las libertades de conciencia, de opinión, de expresión, que conducen al reconocimiento de la autonomía de la persona en caso de conflicto entre el derecho vigente y los derechos fundamentales, e incluso, aparejan el deber moral de desobediencia cuando las leyes entran en conflicto radical con los valores universales y fundamentales expresados en los Derechos Humanos⁷⁴. De otro lado, los intereses del Estado en mantener un orden y en proteger sus instituciones organizativas y la forma en que se configuran e interrelacionan, para alcanzar un correcto funcionamiento, que permita garantizar el cumplimiento de sus fines, que se sintetizan en promover la prosperidad general, asegurar la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo, garantizar la

71 NINO, “La autonomía...”, cit., pág. 46.

72 Así, entre otros, BUSTOS, *Manual...P.E.*, ed. cit., pág. 45; CÓRDOBA ANGULO, “Aspectos jurídicos...”, cit., pág. 27; GIMBERNAT, “Por un aborto...”, ed. cit., pág. 62; ROXIN, “La propuesta minoritaria...”, cit., pág. 74.

73 cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 809.

74 cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., págs. 920 y 929.

efectividad de los derechos fundamentales y proteger a las personas en su vida, libertades, creencias, honra y bienes (art. 2o. Const. Pol.)

¿De qué manera ha de resolverse este conflicto? Es preciso reconocer que éste es reflejo de la consabida tensión entre libertad individual y seguridad estatal, o binomio autoridad/libertad, que desde los inicios de la justificación teórica del Estado se puede apreciar en toda la reflexión política⁷⁵. Dicha tensión se podría resolver por las vías extremas: reconociendo valor absoluto a la libertad individual, cosa que conduce a que ningún individuo tenga el deber de reconocer la existencia de normas que regulan coercitivamente la conducta humana, ni límites al ejercicio de sus derechos, con lo cual se precipita la quiebra del ordenamiento jurídico mismo; o bien, reconociendo valor absoluto a los intereses del Estado, pero ello es propio de las doctrinas que fundamentan los sistemas políticos sobre sí, justificando el Estado y el derecho como valores dotados de una sustantividad propia, con lo cual se evaporan los individuos y que pasan a ser engranajes de la máquina estatal (totalitarismo, autoritarismo).

A mi parecer, nuestro ordenamiento jurídico-constitucional respecto de tal tensión no opta por ninguna de las vías extremas, sino por una conjugación compleja en la que se otorga primacía a la libertad, funcionalizándose el orden y la seguridad a la garantía de este derecho -entendidos como presupuesto del goce y ejercicio de ella-. Me explico: nuestra Carta Política reconoce que el Estado y el derecho son para el hombre⁷⁶, siendo el fin último de la actividad estatal la persona, que tiene preeminencia frente a las instituciones, a su organización y funcionamiento (preámbulo, arts. 1º, 2º. Const. Pol.)⁷⁷; consagrando la *libertad* como valor, principio y derecho fundamental en sus múltiples expresiones (libertad personal, autonomía individual, libertades de conciencia, de opinión, de expresión, de circulación, ideológica, de enseñanza, de asociación, de religión). De esta manera, la libertad corresponde a aquellas facultades o expectativas de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente vetados a criterios

75 cf. F. BOBILLO: “Constitución y legislación antiterrorista”, en *REP*, núm. 48, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 53.

76 L. RECASENS (*Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1965, pág. 4978) indica que el problema principal de la filosofía política es decidir entre dos posturas antitéticas acerca de cuál ha de ser el supremo principio orientador del Estado y del derecho: si son para el hombre, o, si por el contrario, el hombre es para el derecho y el Estado.

77 Al respecto, la Corte Constitucional, sent. T-571 de 1992, M.P.: J. Sanín Greiffenstein, en, M. MONROY TORRES/ALVAREZ ROJAS: *Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la acción de tutela*, t. IV, Bogotá, Iuris, 1993, pág. 771.

de mayorías como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno⁷⁸; supone el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones de la actividad estatal y posee dimensión axiológica como postulado ético que debe inspirar todo el ordenamiento jurídico⁷⁹.

Por su parte, la idea de orden aparece en el reverso de la Carta Política: en los llamados estados de excepción (arts. 212 a 215 Const. Pol.), que otorgan al ejecutivo poderes especiales -inclusive la posibilidad de limitar los derechos fundamentales- para reestablecer el "orden público", la "seguridad del Estado" o la "estabilidad institucional". No obstante, ello no puede conducir a reconocer el "primado de la autoridad", toda vez que ni la seguridad ni el orden aparecen entre los valores o principios fundamentales proclamados por nuestra Constitución (vid. preámbulo, arts. 1o., ss.), y cuando les menciona en otros preceptos se refiere más bien a las condiciones de paz, igualdad y convivencia que garantizan un orden justo. De otro lado, a diferencia de la Carta de 1886 -cuyo núcleo valorativo giraba en torno a la idea de orden central- la de 1991 vincula una idea de orden más abierta y compleja que depende de equilibrios más elaborados entre ciudadanos y Estado, pues debe armonizarse cualquier política tendente a asegurar la convivencia pacífica con los derechos fundamentales so pena de deslegitimarse, por tanto, "en este balance entre los extremos de la autoridad y la libertad radica hoy el dinamismo medular del sistema institucional y normativo del país"⁸⁰.

De consiguiente, el concepto de orden o seguridad a tutelar eventualmente por medio del derecho penal no podría entenderse como instrumento de dominación política frente a los ciudadanos, sino como una expectativa en una correcta actuación de las instituciones estatales para el logro de las misiones que constitucionalmente les fueron asignadas. Tal explica MUÑOZ CONDE: "la seguridad del Estado se convierte así en la seguridad que deben tener los ciudadanos en que el Estado ajuste su actuación a las normas fundamentales o constitucionales aprobadas por esos ciudadanos democráticamente (principio de estatalidad jurídica o del Estado democrático de Derecho)"⁸¹.

78 Vid. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 883.

79 Sobre los valores, principios y normas constitucionales, véase, PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, ed. cit., pág. 286, ss.; específicamente la libertad, véase, T. FREIXES SANJUÁN: "Reflexiones sobre la interpretación de constitucional del derecho a la libertad personal", en *RVAP*, núm. 35, 1993, pág. 91.

80 H. VALENCIA VILLA: *La justicia de las armas*, Bogotá, Tercer Mundo - Universidad Nacional, 1993, pág. 109.

81 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, P.E...*, ed. cit., pág. 648.

Por las razones expuestas, el conflicto enunciado se debe resolver indudablemente en contra de los intereses del Estado, puesto que otorgarles primacía -aunque sea con la disculpa de la "excepción"- conduce al erosionamiento de las bases democráticas del sistema. Debe entonces guardarse un escepticismo consumado respecto del uso del instrumento penal para proteger dichos intereses y admitirse solamente de manera excepcional siempre que se observen en el proceso de definición legal como delito los principios orientados a la limitación de la punibilidad (dignidad humana, principio de intervención mínima, dañosidad social, principio de igualdad, principio de idoneidad de la pena, *in dubio pro libertate*, entre otros⁸²) junto a estas condiciones adicionales:

a] Habida cuenta de que la orientación del Estado es personalista, a los bienes jurídicos de control sólo puede dispensarse tutela penal siempre y cuando estén en relación directa con la persona y resulten funcionales a sus necesidades, puesto que no están dotados de una sustantividad propia e independiente de los bienes personales. Con lo cual, si la organización político-estatal tiene un carácter instrumental para la participación y desarrollo de los miembros de la colectividad, los bienes jurídicos de control deben estar puestos al servicio de todos. Tal explica BUSTOS RAMÍREZ: "el derecho penal en esta materia con más intensidad que las otras, debe ser última ratio, pues si el derecho penal de por sí es un elemento de control (en cuanto hay una definición política -desde el control- de los delitos y de los delincuentes), si además el acento primordial se pone nuevamente en el control -en la salvaguardia de los intereses que lo expresan- ciertamente el derecho penal se convierte en un elemento de control y para el control, que tiende a anular a la persona y sus necesidades"⁸³.

b] Los bienes jurídicos de control deben ser la *última ratio de la última ratio*, esto es, si se entiende que el derecho penal se usa como medida extrema cuando todos los otros mecanismos de control social han fallado, dichos bienes a su vez, deben constituir el último entre los recursos extremos, lo cual se concreta en su ubicación detrás de todo: subordinación a los demás bienes jurídicos, mínimas hipótesis delictivas, mínimas penas.

Ahora bien, una mirada a la fenomenología del sistema penal en nuestro país permite concluir que ninguna de estas condiciones se cumple. La regulación de los delitos contra la seguridad interior del Estado (entre los que se incluyen los que atentan contra el "orden constitucional") corre un rumbo muy diferente de la orien-

82 Consúltese, mi "Bien jurídico...", cit., págs. 151 y ss. y bibliografía allí citada.

83 BUSTOS, *Manual... P.E.*, cit., pág. 384.

tación personalista proclamada en nuestra Prima Lex: ya es bastante sintomático que la parte especial del código penal se inicie precisamente con estos delitos, pues, si bien es cierto el orden de los tipos penales no es determinante, ya existe un indicio de que se otorga una cierta prioridad al sistema y su funcionamiento, en lugar de a las personas y sus bienes fundamentales (vida, libertad, salud, garantías constitucionales, patrimonio, etc.) que son lo que constituye las bases de existencia del sistema. Inclusive, en muchos supuestos se considera más grave un atentado contra el "régimen constitucional" que contra los bienes jurídicos ligados directamente a las personas: compárense el quantum de pena que el código penal (arts. 125 y 126) asigna a la rebelión (5 a 9 años) y a la sedición (2 a 8 años), con la pena de delitos cuyo objeto de protección es, por ejemplo, la *libertad individual* (privación ilegal de la libertad, sancionado con pena de 1 a 5 años; prolongación ilícita de privación de la libertad, con 6 meses a 2 años de prisión, arts. 272 y 273), o la *libertad de obrar* (constreñimiento ilegal e internación fraudulenta en clínica, previstos en los arts. 276 y 278, cuya pena es de 6 meses a dos años); o las *garantías constitucionales* (desconocimiento de habeas corpus, sancionado con pena de 6 meses a dos años, art. 275), o la *libertad de asociación sindical* y el *derecho de huelga*, sancionado con pena de 1 a 5 años (art. 292).

Esto no es más que la inversión de la jerarquía de los bienes jurídicos -de consiguiente de la escala punitiva- para brindar una tutela reforzada a los intereses del Estado, en contra de las libertades -de conciencia, de expresión, opinión- y demás limitaciones materiales impuestas por la Constitución y los principios del derecho penal.

Inclusive, la defensa de dichos intereses se realiza por medios represivos adicionales más contundentes: la política penal de las últimas dos décadas en nuestro país ha sido política penal del orden público o de la "emergencia" que aduciendo la defensa de las instituciones, de la democracia, de la seguridad pública, de la justicia contra el "enemigo interno" ha sellado la ruptura definitiva con los principios del derecho penal y procesal demoliberal y garantista para construir una difusa red protectora del aparato estatal y su autoridad⁸⁴.

84 En este sentido, J.M. GÓMEZ BENÍTEZ ("Crítica de la política penal del orden público", en *CPC*, núm. 16, Madrid, Edersa, 1982, pág. 52) señala que "la paulatina reconversión de la política penal en política penal del "orden público" significa la prevalencia sobre cualquier otra consideración de la defensa del orden político y socio-económico, pero sobre todo de un "canon" de normalidad ciudadana e institucional, por la vía de la excepcionalidad represiva".

Una amplia caracterización y crítica de este fenómeno en, W.F. PÉREZ y otros: *Estado de derecho y sistema penal (La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia)*, Medellín, Diké, 1997.

El fundamento teórico de esta mutación autoritaria de nuestro ordenamiento jurídico-penal lo ha proporcionado la norteamericana doctrina de la seguridad nacional, caracterizada por SANDOVAL HUERTAS⁸⁵ así: a) división del mundo en dos bloques antagónicos; b) presencia de un "enemigo" interno; c) necesidad de una "guerra total" para combatirlo y neutralizarlo; d) amplitud ilimitada del concepto de "enemigo".

Tal doctrina ha introducido una versión adaptada del delincuente nato inventado por LOMBROSO, referida ahora a una especie de "individuo peligroso": el disidente ideológico o político, visto al parecer como un ser más o menos inferior, permanentemente criminal, necesitado de ser inocuizado para asegurar el mantenimiento del orden, lo que confiere al manejo de los problemas sociales un sentido militar, en el marco de una confrontación política permanente contra el comunismo⁸⁶ (léase, guerrilleros, izquierdistas, subversivos, y de "coletazo" los que evocan reivindicaciones sociales ya ni siquiera apoyadas por las armas como sindicalistas, líderes campesinos, estudiantiles, cívicos, comunitarios, defensores de derechos humanos, "reinsertados", etc.)

85 cf. E. SANDOVAL HUERTAS: *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1989, pág. 91.

Habría que ver en la doctrina de la seguridad nacional y en el fenómeno de la "emergencia" un mecanismo de dispersión mediante el terror penal de todas las contradicciones existentes al nivel de la estructura económica y política de la formación social de nuestro país: la realización de los derechos fundamentales sigue estando en los mojoneros de la utopía, y la democracia se ha asimilado históricamente a la celebración de elecciones, no pasando el voto de ser un mecanismo espúreo de expresión popular, porque el auténtico ejercicio del voto supone unas condiciones tales como educación, un nivel de vida decoroso y una cultura política que el Estado está lejos de satisfacer. Esta desvaída democracia se desarrolla en medio de un régimen bipartidista que ya ronda los 170 años y ha ocluido las vías de expresión de proyectos sociales o políticos alternativos que han tenido que orientar su acción en escenarios distintos del ámbito electoral, y cuando cruzan el umbral de "tolerancia" del régimen son contestados con medios punitivos formales y para-institucionales que han enseñoreado a la violencia como mecanismo "normal" de "solución" de conflictos sociales, pues en nuestro país ésta no implica ni siquiera inestabilidad institucional, sino que parece ser la modalidad misma de funcionamiento del régimen político, régimen éste que se caracteriza por combinar "los extremos: el mantenimiento de una cierta legalidad y una gran estabilidad en la dominación política se articulan con la proliferación de formas agudas de violencia, tendencia histórica que se mantiene pero actualmente con manifestaciones extremas" (R. UPRIMNY YEPES/A. VARGAS CASTAÑO: "La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia", en G. PALACIO (comp.): *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*, Bogotá, Ilsa-Cerec, 1991, pág. 108).

86 cf. UPRIMNY YEPES/VARGAS CASTAÑO, "La palabra y la sangre...", cit., págs. 150 y 152; J. SOTOMAYOR ACOSTA: ¿Derecho penal liberal o derecho penal crítico en Colombia?, en AA.VV.: *Francesco Carrara (Homenaje en el centenario de su muerte)*, Bogotá, Temis, 1988, pág. 264.

En este contexto se asigna al *ius puniendi* la misión de asumir la salvaguarda de la personalidad del Estado de sus "enemigos", pues como dice ZAFFARONI⁸⁷, es característico del derecho penal autoritario defenderse permanentemente de algo, hallarse siempre en guerra. Dicha "defensa" se ha "colado" por la puerta de los "delitos contra la seguridad pública", entre los que se incluyen el concierto para delinquir (art. 186 C.P.), el terrorismo (art. 187), el concierto de sicarios o terroristas, (art. 7o. D.L. 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el D.E. 2266 de 1991, art. 4o.), la pertenencia a bandas de sicarios (D.L. 1194 de 1989, art. 2o. convertido en legislación permanente por el D.E. 2266 de 1991, art. 6o.).

Esta otra área de protección de los intereses del Estado es ciertamente un *continuum* de los delitos contra la "seguridad interior" y el "orden constitucional", pero presenta connotaciones represivas acentuadas: la pena del terrorismo es de 10 a 20 años de prisión, las penas del concierto de sicarios y terroristas y de la pertenencia a estas "bandas" es de 10 a 15 años, cosa que hace aún más evidente la inversión de la jerarquía de bienes jurídicos en favor de los intereses del Estado.

Efectivamente, característica común de estos delitos es que se acude a la técnica de creación tipos penales en blanco: no describen ningún ámbito situacional, ni las conductas que penalizan -no llegan a establecer por medio de qué acciones humanas, materiales, físicas o externas, empíricamente observables se pone en peligro la "seguridad pública"- lo cual vacía el principio de estricta legalidad en virtud de la sustracción del significado empírico o extensional de los términos usados en la definición del delito, lo que, a su vez, desemboca en la expansión del poder de disposición del juez⁸⁸. Se anticipa la esfera de la punibilidad a fases anteriores a la realización del hecho en las cuales no se ha puesto en peligro ningún bien jurídico, tal como ocurre en el concierto para delinquir, que es a lo sumo un acto preparatorio; y se define el delito a partir de un juicio de valor sobre la personalidad del individuo o su *status* y no de hechos concretos que lesionen o pongan en peligro algún bien jurídico: "sicario", "grupo de sicarios", "terrorista", con lo cual aparece la idea de un individuo dotado de una subjetividad desviada o subversiva, sustancialmente antijurídica del que hay que defenderse porque es el "enemigo"⁸⁹.

87 cf. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. II, cit., pág. 381.

88 cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, pág. 708.

89 Señalan este hecho como característico del derecho penal de la emergencia, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., págs. 820 a 823; D. LÓPEZ GARRIDO: *Terrorismo, política y derecho*, Madrid, Alianza, 1987, pág. 132.

En este sentido, el derecho penal destinado a preservar la potencia del Estado deviene, en lugar de derecho penal del delito, derecho penal del reo: del subversivo, peligroso, revolucionario, proclive al delito, lo que es castigar a los hombres por lo que son o piensan, por su conciencia -diversa o disidente-, cosa que conlleva una descalificación existencial y social del diverso, del que impugna el status quo: "Al castigar y reprimir la identidad desviada con independencia de las acciones realizadas, las normas penales constitutivas presuponen que somos, natural o socialmente, distintos, y expresan, con ello, la intolerancia para con las personas a-normales o sencillamente diversas, identificadas por características intrínsecas, cualesquiera que sean los criterios para su diferenciación"⁹⁰.

El caso más ilustrativo es el del terrorismo, puesto que una vez se pregunta qué significa, la respuesta deviene en tautología: terrorismo es todo delito cometido por terroristas; terroristas son aquellas personas agrupadas en bandas relacionadas con actividades terroristas (!)⁹¹, lo que significa que los detentadores del poder han llegado a entender por terrorismo "cualquier cosa", y han acudido a este expediente para acallar el disenso político -armado o pacífico- y a todos aquellos ciudadanos que en ejercicio de la libertad de conciencia, de expresión, ideológica critican a las instituciones y/o reivindican derechos fundamentales⁹²; por consiguiente, el terrorismo ha actuado como sustituto del delito de rebelión, para equiparar, entonces, al disidente político con el terrorista⁹³. Esta situación ya ha sido denunciada por AMNISTÍA INTERNACIONAL: "Las leyes destinadas a abordar los delitos terroristas se utilizan cada vez más para penalizar la protesta social, ya sea violenta o pacífica [...] Entre los procesados por terrorismo figuran campesinos acusados de cultivar amapola, campesinos sin tierras y personas pobres acusadas de delitos

90 FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 505.

91 Denuncia esta situación en España, BOBILLO, "Constitución y legislación...", cit., pág. 62.

92 Así, I. OROZCO ABAD (*Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional - Temis, 1992, pág. 179): "La supervivencia, dentro del Estatuto, de tipos penales abiertos -más aptos para el rastreo y la represión difusos de la ciudadanía que para la persecución individualizada del delito- sigue siendo proclive a la sustitución del delito político por terrorismo, y a la criminalización de la protesta social, en general".

93 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia entiende que, "es igualmente muy probable que la conexidad se presentara con los denominados delitos políticos, porque de manera casi necesaria las actividades terroristas andan de la mano de los delitos políticos, porque en realidad aquellas son los medios instrumentales utilizados para conseguir los fines últimos de la actividad política subversiva, esto es la toma del poder, y el cambio de estructura constitucionalmente establecida..." (Auto de septiembre 15 de 1988, en *Régimen penal colombiano*, Bogotá, Legis, pág. 93).

“terroristas” relacionados con la ocupación de tierras, dirigentes sindicales que han participado en huelgas declaradas ilegales por el gobierno y autoridades locales acusadas de mantener contactos con fuerzas guerrilleras”⁹⁴.

En conclusión, el Estado colombiano desconoce flagrantemente la obligación constitucional de ponderar los intereses involucrados en el conflicto libertad-de conciencia, expresión, opinión-/protección del orden público y la “seguridad” (interior o pública), pues la “solución” viene dada por un auténtico transpersonalismo: el Estado se erige en suma idea ética, un fin en sí mismo. Nada distinto puede afirmarse cuando lo que se está imponiendo coactivamente es la imagen de autoridad del Estado, que apareja un deber de obediencia de los ciudadanos para con dicha autoridad, y se está impidiendo la articulación del disenso mediante el instrumento penal.

En esta situación no podemos ver nada distinto del triunfo de la razón de Estado por sobre el valor de lo humano y la racionalidad democrática: en Colombia tenemos un aparato represivo dirigido directamente a la aniquilación del adversario, con el fin de asegurar “el bien del Estado” y acrecentar su potencia, pues es la defensa del equilibrio ideológico o físico del poder lo que constituye el nuevo objetivo, además de nuevo principio de legitimación del sistema penal⁹⁵. Ya nos ha recordado FERRAJOLI⁹⁶ que es la razón de Estado la que inspiraba y continúa inspirando, si no la teoría, la práctica del derecho penal político.

La revisión de los avatares que sufre la libertad de conciencia en el entorno del sistema penal ilustra el derrumbe que de hecho sufren las garantías normativas establecidas como principios y los derechos fundamentales cuando pasan a niveles más bajos del ordenamiento jurídico, resultando un “distanciamiento más o menos profundo entre normatividad y efectividad, que se manifiesta bajo la forma de *antinomias* entre normas y principios del nivel superior y normas y praxis del nivel inferior”⁹⁷.

Este estado de cosas que debemos denunciar y combatir no nos causa extrañeza: hace ya tiempo sabemos que los partidarios del autoritarismo están irremisiblemente convencidos de la necesidad de suprimir todo aquello que signifique para los seres humanos vivir a su propio aire, deliberar según los dictados de sus propias

94 AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Violencia política en Colombia. Mito y realidad*, Madrid, Edai, 1994, pág. 31.

95 cf., en general, BARATTA, “Viejas y nuevas estrategias...”, cit., pág. 86.

96 cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 812.

97 FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 698 (cursivas textuales).