

LIMITES DEL LEGISLADOR PENAL

Fernando Meza Morales

*"Y nadie es más tenaz en sus malas acciones que quien
está convencido de que lo que hace está bien."*

Carrara

El presente ensayo remonta sus antecedentes a las preocupaciones doctrinales del autor a lo largo de los años como profesor de Derecho Penal General en la Universidad de Antioquia. Los más próximos se encuentran en los desbordamientos del legislador penal colombiano de los últimos años, que conculcan caros principios del ideario liberal paradójicamente por gobiernos sedicentemente liberales. Pero, en fin, no es a los gobiernos a quienes corresponde conceder los límites de la libertad.

El más remoto antecedente puede situarse en la búsqueda de las enseñanzas de los maestros del derecho penal un criterio para identificar, con validez objetiva general, la diferenciación entre falta o contravención y delito, de tal manera que el legislador penal proceda a positivizar la materia legal de conformidad con tales postulados propuestos por la doctrina. Nos referimos a ésta, por supuesto, en su vertiente clásica, porque es ella la que se consagra a la identificación de

límites al poder del Estado frente a la libertad de los individuos. Las escuelas de pensamiento que proponen como función del derecho penal la defensa de valores totalizantes, excluyen de sus preocupaciones la de limitar el poder estatal, importándole, por el contrario, la rendición del individuo a los intereses de la seguridad.

Los criterios que se han propuesto para diferenciar, con ulterior expresión de ley penal, el delito de la contravención, han fracasado por razón de su naturaleza ideológica o política. En estas materias se expresan opiniones resultado de actitudes no susceptibles de demostración objetiva; en este campo las disputas son interminables, y sólo son posibles las tomas de partido a manera de aceptación de principios, puros actos de fe. El fracaso de un acuerdo general sobre lo diferencial entre delito y contravención condujo a la conclusión escéptica de que el único criterio verificable era el empírico, es decir, considerar como delito o contravención lo que la ley regule como una u otra cosa. Pero esta conclusión contiene implícito un interés político, pues pretende someter el pensamiento jurídico a los rígidos marcos dogmáticos del derecho, y en nuestro caso a la llamada dogmática penal. No puede buscarse la justicia por fuera del texto legal; el derecho positivo que es, es el derecho justo. Sin embargo, si el derecho positivo está inspirado por una finalidad política, la interpretación a partir de ésta tiene que desbordar los estrechos marcos de la positividad, es decir, que la interpretación a partir de la finalidad política de la norma constituye un método jurídico. Así lo reconoce el mismo Kelsen, máximo exponente de la conocida teoría pura del derecho. No obstante, los cultores de la llamada dogmática penal, deslumbrados por los resplandores de sus construcciones, abordan el Derecho Penal como una entelequia, como algo que tiene principio y fin en sí mismo, y de esa manera construyen una especie de geometría jurídica, desestimando desdeñosamente un enjuiciamiento interpretativo a partir de los intereses políticos contenidos de manera implícita en la construcción de lo puramente formal. Miradas así las cosas resulta que la doctrina según la cual el intérprete ha de ceñirse estrictamente al tenor literal de la normatividad, conlleva una actitud política. Expresión legal de esta manera de pensar es el artículo 27 del Código Civil Colombiano: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". Asumidas las cosas desde esta perspectiva, resulta suficientemente avalada la pretensión de someter al intérprete de la ley a la aceptación pasiva de que solamente en la ley radica la autoridad de definir lo que es contravencional y lo que es delictual.

Históricamente situamos un segundo antecedente en la política legislativa del gobierno colombiano a raíz de una decisión de la Corte Suprema de Justicia que

declaró inconstitucionales algunas disposiciones procesales que conferían a las autoridades de policía competencia para conocer los *delitos* leves contra la integridad personal y contra el patrimonio. Según tal decisión, hacia el futuro solamente los jueces eran competentes para conocer de *hechos delictuosos*, reservándose la competencia de la policía exclusivamente a las conductas contravencionales. Por tal motivo el Ministerio de Justicia de entonces elaboró un proyecto de decreto mediante el cual se variaba la naturaleza del hurto hasta determinada cuantía, de *delito* a contravención, y adscribió su conocimiento a las autoridades de policía. Contra el contenido de la propuesta tuvimos oportunidad de advertir la gravedad del precedente que con ello se sentaba, pues si la sola convicción del gobernante de que era bueno cambiar la naturaleza delictiva de un hecho a la contravencional era suficiente, se abría la puerta para que los gobernantes futuros ampliaran el ámbito material de la materia contravencional en detrimento de la verdaderamente delictual, y por tal camino podría terminarse en el Estado bárbaro y dictatorial que borraría el código de los delitos porque hasta el homicidio llegaría a ser convertido en contravención. Se calificó de exagerado y equivocado tal temor, pero infortunadamente la Ley 23 de 1991 ha venido a confirmar el augurio en tanto ha ampliado el ámbito de las contravenciones sometidas a competencia de la policía recortando el de los delitos sometidos a conocimiento de los jueces. La nueva normatividad fue mucho más lejos que lo que se pretendió inicialmente con el hurto, pues perdieron su calidad de delitos gran parte de los delitos contra la propiedad hasta determinada cuantía y algunos delitos de lesiones personales, para mencionar únicamente los ilícitos de mayor frecuencia criminológica.

¿El fracaso de las diferentes tesis para suministrar un criterio que de *lege ferenda* pueda operar para la reglamentación legal de las dos categorías de normatividad penal significa que debemos renunciar a todo intento en tal sentido y remitir al arbitrio legislativo la definición de tan trascendental asunto? La aceptación de esta propuesta no deja de ser altamente inquietante sobre todo porque, como en el caso colombiano, la legislación penal ha dejado de ser creación del Congreso, con todas las ventajas aclaratorias que las discusiones propician, para pasar a un legislador extraordinario y unipersonal como lo es el Ejecutivo, que corrientemente se asesora de expertos que no por ello dejan de constituir un cenáculo autosuficiente y que a la hora de la verdad dispensan sus conocimientos técnicos de una indiscutible alta calidad técnica pero con alcance meramente formalista, según los intereses del príncipe. Considerando tal estado de cosas aparece como inaplazable no renunciar a la búsqueda de criterios que por lo menos puedan operar como control de opinión a las pretensiones de legislar de manera omnímoda en materia penal.

Parece aceptable como punto de partida la consideración de que el poder del Estado, por lo menos el que podríamos llamar primario o constituyente, carece de limitaciones jurídicas que circunscriben su soberanía. Pero igualmente aceptable debe serlo la admisión de que el poder soberano está sometido a otras limitaciones que podrían llamarse *limitaciones de hecho*. El legislador (entendida esta expresión en su forma más lata) legislar para y dentro de una comunidad humana provista de una determinada conformación social, cultural y espiritual, y por ello no podría aceptarse como *legítima* una normatividad que subvirtiera tal estado de cosas. El Estado deriva su origen y legitimidad de la sociedad civil y es en ésta donde debe buscar la dirección que deba imprimir a su conducción. De esta premisa puede plantearse la siguiente cuestión: aceptar que el poder soberano puede ejercerse aun desquiciando sus orígenes y fundamentos mismos, conduce a aceptar que tal poder está legitimado para autodestruirse. Como tal conclusión parece absurda, es preciso pensar en la existencia de limitaciones *de hecho* que el legislador no puede desconocer sin que al mismo tiempo se destruya el sistema. Nuestra cultura es heredera de una milenaria tradición científica y cultural, uno de cuyos componentes fundamentales es el patrimonio jurídico. No obstante la diversidad de expresiones normativas, doctrinales o filosóficas, pueden sin embargo identificarse hilos conductores de pensamiento que permanecen sustancialmente inalterados. Esta tradición, por lo demás, no nos pertenece de manera limitada; por el contrario, constituye patrimonio cultural de un ámbito geográfico de vasta amplitud. La tradición jurídica está representada no sólo por la reiterada e inmemorial conservación de regulaciones legales, sino también por la coincidencia en la aceptación por la doctrina de los pensadores de constantes figuras jurídicas. Situadas las cosas en este punto de vista, encontramos que desde los griegos, los romanos y los judíos (inclusive en las más desarrolladas civilizaciones precolombinas americanas) se ha venido dando tratamiento delictual a una amplia gama de comportamientos antisociales. Esa persistente convicción común de que ciertas conductas deben ser reprimidas en calidad de delitos por la grave ofensa que comportan para los valores fundantes de las diferentes sociedades no pueden variarse de manera arbitraria y caprichosa, simplemente porque un legislador prepotente asume ante sí que su ilimitado poder lo legitima para desquiciar los supremos principios sobre los cuales descansa la sociedad civil que le sirve de razón de ser. Posiblemente los efectos desastrosos que esta política termina por producir no sean evidentes de manera inmediata, pero el lento socavamiento de las bases de la sociedad conducirán inexorablemente a su extinción. Llegará entonces la hora de la barbarie o de la revolución que arrasa totalmente una historia para tratar de edificar una nueva.

Durante siglos y milenios en tantas civilizaciones el hurto, las lesiones personales, la falsedad y el homicidio han tenido tratamiento de delitos, que repugna al espíritu del derecho que tal entidad se desnaturalice solamente en razón de la insolente soberbia de un legislador *aparecido*. Otra cosa es el tratamiento punitivo, el cual puede matizarse en razón de diversas circunstancias concurrentes. La gravedad de esa política criminal no radica en la subversión de unas cuantas figuras delictuales, sino en el nefasto precedente que con ello se sienta, ya que no constituye peligro emprender un camino sino ignorar a dónde conduce. Hoy se convierten ciertas formas de hurto, de estafa, de lesiones personales y de ofensa a la libertad religiosa en un mero asunto de inspección de policía, y mañana nos encontraremos con que el homicidio agravado constituye un simple asunto de comisaría de barrio o de vereda.

No solamente una política jurídica y un ordenamiento penal de la índole que practica nuestro legislador *recién llegado* comporta un grave atentado al alma de nuestra cultura jurídica, sino que contiene igualmente en germen de erosión de uno de los valores fundantes de nuestra sociedad civil y de nuestra organización estatal. En efecto, de conformidad con los artículos 1, 2, 5 y 13 de la Constitución Nacional, la libertad es uno de los principios en los cuales ancla el Estado colombiano, y las autoridades de la República se instituyen para protegerla y promoverla. Como principio que es, la libertad individual no solamente legitima el ejercicio del poder sino que debe permear la total actividad estatal; no otro alcance puede tener la declaración del preámbulo constitucional conforme al cual uno de los fines de la Carta es el de asegurar la libertad y la paz, complementada y reiterada con la incorporación al derecho interno de los convenios y tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, según mandato del artículo 93. Por tanto, a partir de aquí es posible perfilar límites al ejercicio del poder, como aparece en el texto del artículo 29, que consagra positivamente, aunque de manera muy lacónica pero con el incuestionable alcance desarrollado por la doctrina, el llamado *principio de legalidad* en sus cuatro expresiones respecto a la prohibición, la sanción, la jurisdicción y el debido proceso. El examen de la legislación penal a la luz del auténtico alcance de tales referencias, es asunto ajeno a la materia del presente ensayo, pero podría demostrarse cómo el legislador penal ha desconocido también el verdadero alcance de estas garantías, erosionando con ello el real imperio de la Constitución. En cambio, lo que interesa relieves con este argumento es que en la separación de las funciones judicial y policiva radica una de las más preciosas garantías del principio de libertad, y que la reiterada práctica legislativa de sustraer al poder judicial el juzgamiento de una variada gama de conductas para darles un tratamiento puramente policivo, violenta en materia grave el espíritu de la

Constitución. De esta manera se instrumentaliza una política más amplia, identificada por el profesor Julio González Zapata como *manejo de la justicia como herramienta de gobierno*. Desde esta consideración igualmente, y rastreando las vicisitudes de la libertad, podemos proponer como conclusión y en defensa que el legislador penal, máxime cuando la función la ejerce el Ejecutivo, tiene no únicamente limitaciones de hecho sino también jurídico-constitucionales, vale decir, que su poder no es omnímodo ni puede ejercerse de manera arbitraria. Interpretar la ley a partir de su finalidad e interpretar con alcance político si tal finalidad es igualmente política, constituye un método interpretativo rigurosamente jurídico, como lo reconoce el autor de la teoría pura del derecho.

Naturalmente que no podemos resignarnos a implorar que las autoridades cumplan con su deber de proteger las libertades públicas, como si fueran gratuitos dispensadores de ellas. La tarea de velar por su vigencia es imperativo de sus titulares y su reivindicación, donde y cuando quiera que ella haya sido conculcada, deber inaplazable de los hombres libres. Quien defiende la libertad del otro, defiende la propia; quien defiende la propia libertad, defiende la libertad. La antinomia poder-libertad no puede tener otro sentido que el de una lucha permanente pero impostergable. La lucha por la libertad una real "lucha por el derecho" de la que hablara con tanta pasión Rudolf von Ihering. En el frontispicio de su monumental edificio, el programa de derecho criminal, Carrara inscribió estas cinco palabras: "El derecho es la libertad". Nuestro legislador improvidente y desdeñoso de ella, la cual dice defender para conculcarla, encarna las palabras del epígrafe: cree estar convencido "de que lo que hace está bien".