



URVIO, Revista Latinoamericana de
Estudios de Seguridad

ISSN: 1390-3691

revistaurvio@flacso.edu.ec

Facultad Latinoamericana de Ciencias
Sociales
Ecuador

Velandia Montes, Rafael
Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia
URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, núm. 11, marzo, 2012, pp.
19-32
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
Quito, Ecuador

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552656551002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia

Sexual delinquency and penal populism in Colombia

■ Rafael Velandia Montes¹

Resumen

Actualmente hay un uso recurrente del Derecho Penal como instrumento estatal para enfrentar conflictos sociales variados. Modificaciones legislativas son hechas sin consideración a su necesidad y eficacia y se busca satisfacer intereses particulares, no la solución de conflictos sociales. Un actor de primer orden, aunque no el único, en el uso excesivo del Derecho Penal está constituido por los políticos, que, en busca de prestigio político con fines electorales, continuamente formulan propuestas de reforma legal que aumentan el campo de acción del Derecho Penal. Este aumento genera consecuencias negativas como sobrecarga de trabajo y un mayor desprestigio a una ya congestionada y bastante desacreditada justicia penal. Esta tendencia, denominada populismo penal, será estudiada en relación con su existencia en Colombia y la delincuencia sexual.

Palabras clave: Política penal, transformaciones del Derecho Penal, justicia penal, populismo penal, delincuencia sexual.

Abstract

Nowadays there is an overuse of criminal law as a state mechanism to confront social conflicts of diverse nature. Changes on legislation are being made without taking into account its necessity and efficacy and such reforms mean to satisfy particular interests and not to resolve social conflicts. Politicians are main actors in this growing process, although not the only ones, who in seek of political prestige in order to obtain electoral benefits continuously propose legal modifications that are broadening the social area subject to criminal law. This overuse of criminal law has negative consequences such as more work overload to a currently overburdened system and an increase in the bad reputation of at the present discredited branch of justice. This legislative tendency, named as penal populism, will be studied in regard to its existence in Colombia and sexual delinquency.

Keywords: Criminal policy, criminal law transformations, criminal justice system, penal populism, sexual delinquency.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas de la misma casa de estudios, con Diploma en Estudios Avanzados de la Universidad de Zaragoza (España) en el área de Filosofía del Derecho y doctorando del programa de Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad de Zaragoza. Docente de UNICOC e investigador del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios -ILAE-. E-mail: rafaelvelandiamontes@hotmail.com

Introducción

Actualmente existe un relativo consenso sobre el papel del Derecho Penal² como herramienta para enfrentar conflictos sociales graves, siempre y cuando los recursos con los que cuenta el ordenamiento en sus demás ramas sean ineficaces para darles solución:

“El primer principio -derecho penal como ultima ratio- parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad” (Mir Puig, 2003: 109)

Precisamente “porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo” (Ferrajoli, 2006: 465).

Por ende, “las únicas prohibiciones penales justificadas por su ‘absoluta necesidad’ son, a su vez, las prohibiciones *mínimas necesarias*,

2 Por Derecho Penal hacemos referencia a la potestad del Estado de declarar punibles ciertos comportamientos y adscribirles una pena, lo que se conoce como Derecho Penal subjetivo. Sin embargo, reconocemos que el concepto de Derecho Penal no es un asunto del todo pacífico en cuanto a su nominación, clasificación y contenido. De todas maneras, el concepto arriba señalado es satisfactorio, como quiera que tal potestad sancionatoria estatal es absolutamente reconocida independientemente del nombre que se le asigne. Sobre el concepto de Derecho Penal ver, entre otros, Zaffaroni (2000: 3), Roxin (1997: 47); Mir Puig (2003: 7), Muñoz Conde (2001: 185) y Smith (2002: 3).

esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal” (Ferrajoli, 2006: 466). Así, se debe optar por instrumentos que sean menos drásticos en comparación con las herramientas del Derecho Penal (Roxin, 1997: 66), como los del derecho policivo, civil, de familia, etc., e incluso, si es suficiente para tratar al conflicto, a ‘medios extrajurídicos’ (Mir Puig, 1998: 90), siempre y cuando sean legales. Así se entiende al principio de subsidiariedad o *última ratio*, característico del Derecho Penal de un Estado democrático y que fija límites al poder estatal sancionatorio debido a que aquel posee las sanciones más drásticas, representadas en restricción a la libertad³, que el Estado puede imponer a los ciudadanos. También está el principio de lesividad, que exige que el comportamiento sea lesivo para terceros, y el carácter fragmentario del Derecho Penal, que consiste en que no han de sancionarse “todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos” (Mir Puig, 1998: 90).

Estos principios deberían constituir una barrera infranqueable al poder sancionador del Estado, pero en las sociedades occidentales contemporáneas se ha tomado un camino manifestamente punitivo: conflictos sociales de menor entidad, nuevos o ya conocidos, son criminalizados ante una supuesta incapacidad de las demás ramas del derecho, o incluso de herramientas extrajurídicas, para hacerles frente (Congreso de Colombia (a), 2009: 25)⁴

3 Aunque la pena privativa de la libertad no es la única pena imponible, su carácter de principal en los sistemas penales occidentales es manifiesto.

4 Así, por ejemplo, se puede leer en la exposición de motivos de la Ley 1327 de 2009 en relación con la situación que justificaba la expedición de dicha ley y en relación sobre los factores que incidían en la situación de violencia en contra de los menores: “Desafortunadas circunstancias

y, por el contrario, un inexplicable prestigio del Derecho Penal en tal empresa (Silva, 2006: 58). Hoy es una realidad la creación indiscriminada de tipos penales, la vigorización de las penas existentes, la disminución de las garantías procesales, la flexibilización de los criterios de imputación de responsabilidad penal y el endurecimiento de los regímenes penitenciario y carcelario.

Aquí no se evaluará la legislación penal de un Estado, ni se comparará cuál país tiene las leyes penales más restrictivas, ni se realizarán proposiciones de *lege ferenda*⁵, sino se analizará la presencia en Colombia de un modelo de producción normativa, denominado “populismo penal”, en el ámbito de la delincuencia sexual. Finalmente, partimos de una definición de populismo penal que lo entiende como:

Clase de punitividad que influye en la política penal contemporánea, en la que los políticos explotan con fines electorales la preocupación que en la sociedad generan ciertos conflictos sociales, como consecuencia del cubrimiento informativo que reciben, presentando propuestas expansivas del Derecho Penal, para demostrar aptitud para ejercer un cargo, en una representación aparente de la opinión pública⁶, con el fin último de obtener réditos elec-

como la laxitud y complejidad legal, y la debilidad de nuestro sistema penal, la inoperancia de las instituciones responsables de la protección de los derechos de los niños, la doble moral, la permisividad social e institucional generalizadas en todo nuestro territorio, la falta de una política pública en materia de planificación familiar; son entre otras, algunas de las causas para que la violación de los derechos de los niños sean una constante en nuestro país. Esto se refleja en las cifras realmente alarmantes respecto de las diversas formas de violación de los derechos de los niños” (Congreso de Colombia (a), 2009: 25).

5 Lo cual no es óbice, por supuesto, para formular críticas y plantear mecanismos de solución al problema como política penal, aunque no en la forma de proposiciones de reforma legislativa penal concretas.

6 Partimos de una concepción en la que la opi-

torales. Las propuestas de reforma utilizan el injustificado reconocimiento que el Derecho Penal goza socialmente como mecanismo de solución de conflictos sociales para evitar la discusión sobre su ineptitud y, así mismo, sobre la idoneidad de mecanismos diferentes, bien sean jurídicos o extrajurídicos (Velandia, 2000: 27).

El populismo penal: presencia en Colombia

Partiendo del concepto arriba mencionado analizaremos si el populismo penal influye o no en la legislación penal colombiana. Para tal fin, estudiaremos a la Ley 1327⁷, que convocó a un referendo para reformar el artículo 34 de la Constitución Política y establecer que en los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental, se pudiera imponer hasta la prisión perpetua. La ley fue declarada inconstitucional en la sentencia C-397 de 2010 de la Corte Constitucional, pero hay motivos para estimar que su análisis es útil: en primer lugar porque la declaratoria de inconstitucionalidad fue solo por vicios durante el trámite del proyecto de ley ante el Congreso de la República⁸; en segundo lugar porque la vocera

nión pública no existe y simplemente es un instrumento de dominación empleado por los detentadores del poder con el propósito, entre otros y especialmente para lo que es el objeto de nuestro interés, de ayudar a disminuir la eventual resistencia social que pueda existir frente a la adopción de una medida política, legislativa, económica o social dirigida a hacer frente a un conflicto social haciendo creer que existe un consenso general respecto de la implementación de tal medida.

7 Debemos aclarar que por razones de espacio no podemos hacer un análisis en profundidad con todos los antecedentes sociales de esta norma y nos limitaremos a estudiar la exposición de motivos.

8 El primero fue que no se adjuntó “la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil”. El segundo vicio consistió en “la modificación

del Comité Promotor del Referendo, Gilma Jiménez, luego de anunciada la decisión de la Corte Constitucional, sostuvo que presentaría de nuevo el proyecto de referendo constitucional⁹ y en tercer lugar porque incluso así no se presentara un nuevo proyecto de referendo¹⁰ la Ley 1327 de 2009 es de interés en relación con el populismo penal, como quiera

sustancial del texto original del proyecto de ley respaldado por la iniciativa ciudadana... En primer término, se modificó la expresión "procederá la pena de prisión perpetua de acuerdo con la ley" por la frase "se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley"...la sustancialidad del cambio consiste en que mientras la primera expresión preveía en forma imperativa la imposición de la prisión perpetua, la segunda lo hacía facultativamente. Adicionalmente, se cambiaron las expresiones "maltrato severo" por "lesiones personales agravadas" y se agregó un nuevo párrafo a nivel de política de prevención y constitucionalización de una institución como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Corte Constitucional.gov.co).

9 Dice su comunicado: "Sin conocer los detalles del fallo, pero escuchando que las razones están relacionadas con la radicación extemporánea del certificado de la Registraduría de los recursos utilizados y el cambio en el Congreso de palabras del texto de la pregunta, hoy mismo se elevará una consulta a la Corte Constitucional para establecer si es pertinente radicar el 20 de julio nuevamente la ley de Referendo, subsanando los dos errores definidos por esa Corporación. La misma Constitución señala que los errores de forma son subsanables en los trámites de las leyes" (gilmajimenez.com).

10 Mediante el Proyecto de Ley 206/10 Senado, por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional (prisión perpetua a violadores de niños), se ha puesto en marcha de nuevo la misma propuesta de la Ley 1327 de 2009 y con idéntica exposición de motivos, por lo cual las conclusiones del análisis acá emprendido son igualmente aplicables al Proyecto de Ley 206/10 Senado en trámite. El Proyecto de Ley 206/10 Senado y su exposición de motivos fueron publicados en las Gacetas del Congreso 1001 y 1099, ambas del año 2010.

que es una muestra de su existencia y nos enseña los efectos nocivos que este modelo de producción normativa genera en cuanto al empleo de instrumentos ineficaces para la solución de conflictos sociales.

En la exposición de motivos los argumentos¹¹ que se indicaron como sustento del referendo fueron: a) la situación de violencia en contra de los menores; b) la prevalencia de los derechos de los niños; c) la irreversibilidad de las consecuencias del delito; d) la existencia de penas similares para los mismos delitos en diversos países; e) el efecto de prevención general negativa y f) el apoyo de la opinión pública. De los cuales nos ocuparemos a continuación:

a) La situación de violencia en contra de los menores

La situación de violencia que justificaba al referendo era:

Cada año más de un millón de menores colombianos son víctimas de delitos atroces. La Fiscalía proyecta que 200 mil son violados, 850 mil señala Unicef son maltratados severamente, 35 mil calcula la Procuraduría son explotados sexualmente, según País Libre 284 están secuestrados con fines extorsivos, 565 están secuestrados para la guerra por grupos ilegales, y mueren de forma violenta entre otros, por episodios de secuestro, maltrato o violencia sexual más de 2.000 al año; siendo los niños menores de 14 años las víctimas más frecuentes. Sólo el 20% de esos delitos son denunciados y menos del 10% terminan con sentencias en firme (Congreso de Colombia (a), 2009: 15).

Llama la atención que del estimado de delitos solo el 20% es denunciado y que de ese 20% menos del 10% terminan con sentencias condenatorias. Lo que debería ser motivo de preocupación es la razón por la que solo se

11 La clasificación es propia y se ha hecho con el fin de facilitar el análisis de los argumentos esgrimidos.

denuncian el 20% de los delitos y por qué menos del 10% de los delitos denunciados terminan con condena, lo que significa que del total estimado de delitos menos del 2% terminan con sentencia condenatoria. Empero, en ninguna parte de la exposición de motivos se explica cómo el simple aumento de las penas imponibles mejorará las bajas tasas de denuncias y condenas, cuando estos son evidentemente aspectos que no están relacionados con cuánta pena un delito tenga¹². En efecto, puede argumentarse que una pena excesivamente corta desalentaría las denuncias, por una comparación del costo-beneficio que haría la víctima, pero tal razonamiento no tendría sentido en relación con los delitos del referendo, pues ellos no tienen penas ínfimas para sustentar tal perspectiva¹³. Lo que hay

que preguntarse es qué incide en la ausencia de denuncia y surgen razones como la falta de confianza en el sistema penal; el miedo al victimario y la desconfianza en la capacidad de la justicia para brindar protección a la víctima; la ignorancia respecto a la comisión del delito¹⁴ o la vergüenza de la víctima para denunciar el delito.

La baja tasa de condenas puede ser resultado de falta de medios de la justicia para investigar y reunir pruebas suficientes para condenar, o de la sobrecarga de trabajo que permite el acaecimiento de prescripciones, o de la corrupción de funcionarios judiciales o de la dificultad misma en el recaudo probatorio suficiente para proferir condena, como ocurre, verbigracia, en los delitos sexuales en contra de menores en los que el victimario es alguien perteneciente al núcleo del menor¹⁵ o casos en los que la denuncia es presentada muchos años después de ocurrido el delito lo que dificulta lograr el convencimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad penal del procesado necesario para proferir sentencia condenatoria. Entonces, según se ha explicado, el aumento de pena para un delito no va a conseguir que las tasas de denuncia y de condena aumenten, pues, reiteramos, las mismas no están relacionadas con el monto de la pena imponible, sino con factores y circunstancias diferentes.

12 Adelante nos ocuparemos de la relación entre el aumento de penas y la prevención de delitos cuando tratemos la prevención general negativa.

13 El delito de homicidio doloso tenía para el momento de presentación del referendo, y aún conserva, una pena entre 208 y 450 meses de prisión. Adicionalmente, puede agravarse, en lo que los delitos de nuestro interés concierne, por ejemplo, por estar integrados en la misma unidad doméstica (compañeros sentimentales de la mamá de la víctima que viven en el mismo hogar), o si se comete el homicidio para ocultar la comisión de otro delito (verbigracia la violación) o aprovechándose de la situación de inferioridad de la víctima (el homicidio de un menor de dos años de edad encuadra perfectamente), en cuyo caso la pena va de 400 a 600 meses de prisión (arts. 103 y 104 de la Ley 599 de 2000). La violación tenía, y sigue teniendo, una pena de 12 a 20 años de prisión, que se agrava de 16 a 30 años si la víctima es menor de 14 años (arts. 205 y 211 de la Ley 599 de 2000). La explotación sexual involucra diversas conductas que tienen penas de mínimo 4 y hasta un máximo de 37 años y medio (arts. 213 a 219-B de la Ley 599 de 2000). Los delitos de lesiones personales en menores de 14 años de edad tienen diversas penas que varían en relación con la lesión ocasionada, pero que van de un mínimo de 32 meses de prisión y hasta 480 meses de prisión (arts. 111 a 119 de la Ley 599 de 2000). Por su

parte, el secuestro tiene penas que van entre 192 meses y 600 meses de prisión (arts. 168 a 170 de la Ley 599 de 2000).

14 Nos referimos a los casos en los que se trata de un delito sexual en contra de un menor de edad que no sale a la luz por desconocimiento del menor de que está siendo objeto de un delito o por parte de los mayores que sean responsables de su custodia.

15 Para comprobarlo ver, por ejemplo, *Gaceta del Congreso*, Año xviii, Núm. 80, 25 de febrero de 2009, pp. 22 y 23, en donde se citan diversos casos y en la p. 28 en donde se señala: "El 70% de los delitos se cometen en la casa de habitación del menor".

b) La prevalencia de los derechos de los niños

A nivel internacional y nacional, en los ámbitos constitucional, legal y jurisprudencial, la prevalencia del interés del menor ha sido reconocida. La Corte Constitucional, en la sentencia C-061 de 2008, sostuvo en relación con el artículo 44 de la Constitución Política:

Este artículo contiene la explícita incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del universal principio sobre el interés superior del menor, que se manifiesta...en la expresa enumeración de los derechos de los niños (inciso 1°), que son además reconocidos como fundamentales y...susceptibles de protección mediante la acción de tutela... se ve reflejado también en el establecimiento de importantes deberes de acción en cabeza de la familia, de la sociedad y del Estado (inciso 2°), encaminados a hacer realidad dicho conjunto de derechos para todos los menores (Corte Constitucional).

El interés superior del menor, en lo que concierne al Estado y desde una perspectiva activa, se debe materializar en la ideación, implementación y ejecución de políticas que hagan efectiva tal prevalencia. Precisamente, no se entiende, y en la exposición de motivos tampoco se explica, cómo la imposición de la cadena perpetua garantiza la prevalencia de los derechos de los niños.

Una política orientada a la prevalencia de los derechos de los niños, entendida como protección de los niños frente a agresiones, que se fundamente en el aumento de la pena imponible a las conductas en contra de los menores carece de efectividad. Una política preventiva debería plantear medidas tendientes a evitar la comisión de tales comportamientos que vayan más allá de su tipificación como delito o del aumento de las penas imponibles.

En efecto, no se discute la criminalización de conductas en contra de la vida, integridad física, libertad individual o la libertad, integridad y formación sexuales de los menores, pero sí el uso simbólico del Derecho Penal

recurriendo y presentando a la cadena perpetua como mecanismo idóneo para proteger a los menores. Tal uso simbólico permite que el Estado no adopte políticas estatales eficaces en la prevención de los comportamientos que afectan a los menores y que su desprotección continúe siendo una realidad.

c) Irreversibilidad de las consecuencias del delito

Las consecuencias de un delito sexual¹⁶ son dramáticas, en muchos casos completamente irreversibles y dejan secuelas para el resto de la vida de la víctima, de corto y largo plazo, en sus componentes físicos, conductuales, emocionales, sexuales y sociales (Congreso de Colombia (a), 2009: 39). Empero, tampoco aquí se ve cómo la cadena perpetua pueda prevenir tales secuelas, pues termina interviniendo cuando ya ha ocurrido algo, salvo en los casos de tentativa, pero esta no depende de que exista o no cadena perpetua, sino del hecho de que la conducta se encuentre tipificada, como ya está en la Ley 599 de 2000 y, por tanto, se hace innecesaria la reforma pretendida con el referendo.

d) La existencia de penas similares para los mismos delitos en diversos países

El derecho comparado es de utilidad e instituciones jurídicas foráneas pueden ser utilizadas en otro país, por lo que no es insólito que propuestas legislativas empleen como sustento a leyes extranjeras. Empero, en este tipo de argumentos deben exponerse los resultados que la norma foránea ha tenido en el ámbito espacial y temporal en el que ha sido aplicada y el porqué es razonable inferir que tendrá efectos similares en donde se pretende aplicar. En la exposición de motivos se aseveraba: “La revisión muestra que para este

¹⁶ Al igual que las de un delito en contra de la libertad individual, de la vida o de la integridad personal, pero hacemos mención a los delitos sexuales como quiera que son los que más despliegue reciben en la exposición de motivos.

tipo de delitos, hay casi unanimidad entre los países independientemente de los sistemas políticos y niveles de desarrollo, en cuanto a la valoración de la gravedad de la falta y el daño social que produce la misma, y en consecuencia la necesidad de buscar una pena acorde y proporcionada” (Congreso de Colombia (a), 2009: 37).

Así, se presentan leyes de diferentes países, pero no se menciona su eficacia en la disminución de la comisión de delitos. Justamente, no tiene sentido tomar como modelo a leyes extranjeras si no se conoce si son efectivas o no. No podemos ocuparnos de todas las leyes citadas, pero debe destacarse que, verbigracia, una de las normas citadas, la Ley Megan, ha sido objeto de cuestionamientos y existe un estudio del Departamento de Correccionales de New Jersey en el que se concluye que “a la fecha hay poca evidencia, incluyendo este estudio, para apoyar que la Ley Megan es eficaz en reducir tanto delitos sexuales cometidos por primera vez o en reincidencia” (New Jersey Department of Corrections).

e) El efecto de prevención general negativa

En la exposición de motivos se señalaba el efecto preventivo de la cadena perpetua sobre la comisión de alguno de los delitos pertinentes, lo cual se explicaba así:

Para el Estado y la sociedad colombiana debe ser una prioridad hacer la reflexión social, política, jurídica y económica de la proporcionalidad de las penas actualmente existentes en Colombia y de la gravedad de los delitos que se cometen contra nuestros niños, por cuanto las penas como están concebidas actualmente en nuestra legislación no son ejemplarizantes, ni producen un desestímulo efectivo en el individuo que pretende la comisión del delito (Congreso de Colombia (a), 2009: 37).

El argumento es que la amenaza de pena modificará la conducta de los potenciales trasgresores (fin de la pena de prevención general negativa), que es un esquema eco-

nómico, en el que se evalúan los beneficios y las consecuencias del delito y con sustento en tal cálculo racional se deciden su realización y bajo tal comprensión el incremento de las penas evitaría la comisión de delitos. No podemos estudiar a fondo esta tesis¹⁷, pero sí podemos indicar que se ha reprobado su poder de determinación de la conducta de personas en general (Smith, 2002: 4); o en el caso de delincuencia de cuello blanco; o de fanáticos, que “no tienen en cuenta la amenaza de la pena o la consideran un estímulo”, como en el terrorismo (Zaffaroni, 2000: 55); o cuando hay “estímulos patrimoniales muy altos”, como los sicarios (Zaffaroni, 2000 : 55; Jakobs, 1997: 27); o en aquellas situaciones en las que la gente actúa en “circunstancias poco propicias para especular reflexivamente sobre la amenaza penal”, como en “la mayoría de homicidios dolosos” (Zaffaroni, 2000: 55) o en situaciones de ira, rabia o de deseo de venganza (Husak, 2008: 145).

También se ha señalado que esta teoría constituye “por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena” (Roxin, 1997: 90), pues la prohibición disuadirá a algunos, no a todos, por lo que se requiere la condena, pero incluso esta sola no es suficiente, sino que su ejecución es la que cumpliría el fin de prevención. Entonces, el cálculo racional “no se atiene a la secuencia jurídicamente necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad efectiva de resultar castigado o de sustraerse a la pena” (Jakobs, 1997: 27). El efecto de disuasión, si existe uno, derivaría de la certeza y prontitud del castigo y no de la prohibición ni de su monto (Silva, 1992: 219; Robinson y Darley, 2004: 182). Es decir, si se busca generar un efecto disuasivo a través de la pena se debe sancionar pronta y efectivamente a quienes

17 Sobre la prevención general negativa y diversas valoraciones de la misma ver, entre otros, (Husak, 2008: 145), Zaffaroni (2000: 54), Roxin (1997: 89) y Jakobs (1997: 26).

cometan delitos (Congreso de Colombia (a), 2009: 25), pues el simple aumento de la pena para un delito sin que se juzgue y condene a sus responsables no produce la disuasión buscada¹⁸.

f) Apoyo de la opinión pública

El referendo se fundamentaba en el respaldo de la opinión pública:

[C]ientos de miles de colombianos, sin diferencias políticas, sociales o económicas, padres de familia, profesores, artistas, periodistas, amas de casa, jóvenes, empresarios y comerciantes, algunos con el liderazgo de Senadores y Representantes, Gobernadores, Alcaldes, Concejales y Diputados, en menos de 100 días, logramos que millones de compatriotas de todos los departamentos, inclusive miles de residentes en 15 países, firmaran el apoyo al Referendo Constitucional (Congreso de Colombia (a), 2009: 15-16).

18 Un ejemplo bastante claro sobre este punto es lo ocurrido con el secuestro en Colombia. El Código Penal de 1980 (Decreto-Ley 100 de 1980) establecía para el secuestro extorsivo (art. 268. El que arrebatase, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político) pena de prisión de 6 a 15 años de prisión. Para el secuestro simple (art. 269. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo anterior; arrebatase, sustraiga, retenga u oculte a una persona) la pena era de 6 meses a 3 años. Durante la vigencia del Código Penal de 1980 las cifras del delito de secuestro empezaron a aumentar y como consecuencia de ello se expidió la Ley 40 de 1993 que representó un aumento radical en las penas imponibles: el secuestro extorsivo pasó a tener una pena de prisión de 25 a 40 años y en relación con el secuestro simple se estableció una pena de prisión de 6 a 25 años. A pesar de tan significativo aumento en las penas de prisión, el secuestro aumentó en Colombia. Así, con los datos disponibles, mientras que en 1996 ocurrieron 1038 secuestros en 1997 fueron reportados 1624; en 1998, 2860; en 1999, 3204; en el 2000, 3572, que fue cuando se alcanzó el tope.

También se presentaban los resultados de encuestas de opinión como una muestra del apoyo de la opinión pública a la cadena perpetua:

[S]e debe tener en cuenta la opinión que la ciudadanía, no solo la expresada con su firma de apoyo al Referendo, sino también la de las encuestas y sondeos de opinión... El acuerdo de la sociedad colombiana es evidente. Varios medios de comunicación del país... le han preguntado a la opinión pública sobre los castigos que deberían imponerse a los delincuentes que violan los derechos fundamentales de los niños (Congreso de Colombia (a), 2009: 39).

Justamente, se presentaban tres sondeos¹⁹:

- “Encuesta de Urna Virtual-Caracol Tv., de fecha junio de 2008. Pregunta: ¿Está de acuerdo con la prisión perpetua? Respuesta: De acuerdo 96%; En desacuerdo 4%” (Congreso de Colombia (a), 2009: 39).
- “Encuesta de El Espacio, de fecha 5 de septiembre de 2006. Pregunta: Cree que la persona que cometa el delito de acceso carnal violento merece: Pena de muerte 42%; Cadena perpetua 23%; Castración biológica 30%; Pena actual 40%” (Congreso de Colombia (a), 2009: 40).
- “PORTAFOLIO. Encuesta 17 de agosto de 2006. ¿Está de acuerdo con la pena de muerte a secuestradores? Sí 58% No 42%” (Congreso de Colombia (a), 2009: 40).

La encuesta de Urna Virtual-Caracol Tv. fue realizada en Internet, aunque debe indicarse que carece de representatividad como quiera que el conjunto de personas con acceso a Internet no equivale a la población en general

19 Aunque se citan otra encuesta, las preguntas de la misma no interrogan sobre la pena de prisión perpetua, motivo por el cual no la tendremos en cuenta. La pregunta de este sondeo era: “¿Qué opina de la idea de que sea impuesta en el país la castración química a los violadores reincidentes?” (Congreso de Colombia (a), 2009: 40).

(Sue y Ritter, 2007: 12) y no es posible hacer generalizaciones basándose en este tipo de encuestas. En relación con la representatividad, en las encuestas en páginas web puede hacerse imposible determinar, si no se toman las medidas pertinentes²⁰, si el número de votos corresponde a un igual número de participantes²¹ y en el sondeo citado no parece que se haya adoptado ninguna medida al respecto²². En el interrogante de la encuesta se pregunta si se está de acuerdo con la prisión perpetua, pero no en relación con ciertos delitos, sino de forma general, por lo que no es irrazonable inferir que los sondeados respaldaban tal pena para los delitos de la Ley 1327 de 2009.

Sobre la encuesta de El Espacio, al desconocerse qué tipo de encuesta es, solo puede mencionarse que su representatividad es discutible; de acuerdo con ella lo que la ciudadanía desea para quien cometa el delito de acceso carnal violento, sin mencionar las condiciones personales de la víctima, es la pena de muerte y solo sirve de sustento en relación con este delito, pero no respecto de los demás incluidos en la Ley 1327 de 2009. Además,

20 Dentro de las medidas que se pueden tomar están: 1) comparar las direcciones IP (*Internet Protocol*) de las encuestas contestadas como quiera que cada computador en Internet tiene un único número de identificación; 2) revisar datos que contengan respuestas idénticas a las preguntas hechas, aunque este mecanismo debe ser empleado junto con otros para evitar falsos positivos; y 3) hacer un acceso a la encuesta a través de una contraseña que solo pueda ser usada por una vez (Sue y Ritter, 2007: 86 y 87).

21 Aunque en las encuestas de Urna Virtual-Caracol Tv. se hace mención de cuántas personas han participado en cada sondeo en la exposición de motivos no se citó cuántas personas intervinieron en la encuesta objeto de análisis.

22 En relación con las encuestas de Urna Virtual-Caracol Tv. debe indicarse que se accedió a la correspondiente página web el día 20 de junio de 2009 y desde una misma dirección IP fue posible participar cuantas veces se quiso en la encuesta del día.

según esta encuesta no habría lugar al establecimiento de la pena de prisión perpetua sino a la de muerte, que ocupó el primer lugar de las preferencias con un 42%. Incluso la pena vigente, de prisión, con un 40% de respaldo, también vence a la cadena perpetua, que obtuvo un 23% de apoyo.

En el caso de PORTAFOLIO también se desconoce qué tipo de encuesta es²³ por lo que las censuras previas se hacen extensivas. En esta encuesta se apoya la pena de muerte para el delito de secuestro, sin especificar quién sea la víctima, y no la prisión perpetua. Se puede razonar que el apoyo a la pena de muerte incluye a la prisión perpetua bajo la lógica de que aquella pena es más drástica que esta. Empero, este razonamiento no se comparte, pues si se quería indagar sobre el apoyo a la prisión perpetua debería haberse preguntado tal cuestión y no otra.

Al margen de la existencia o no de la opinión pública, así como de la determinación de su parecer, debe mencionarse la influencia que la redacción de las preguntas y el contexto en el que se formulan tienen sobre las respuestas. Así, los interrogantes anotados no son neutrales porque no preguntan si se “está de acuerdo o no con x pena”, sino si se “está de acuerdo con x pena”. Aunque puede considerarse como una diferencia sutil y sin consecuencias, al excluir de la pregunta la parte “o no” se influye en el encuestado al darle la sensación de que existe un consenso previo de aceptación respecto de la pena x.

También debe reprocharse la ausencia de las opciones de respuesta “no sabe”, “no contesta” y “no está seguro” porque se desconoce que en muchos asuntos no existe opinión pública, incluso en asuntos que “han sido objeto de discurso diario entre las élites política, académica y periodística” (Bishop, 2005: 13) y que han recibido un amplio

23 Al igual que en el caso de la encuesta de *El Espacio* nada se indica sobre este sondeo en la exposición de motivos y no fue posible conseguir datos sobre ella.

cubrimiento en los medios de comunicación. Así se oscurece, hasta hacer desaparecer, la diferencia entre opinión pública e ignorancia pública haciendo creer que siempre existe opinión de los encuestados. Al eliminar las opciones de respuesta “no sabe”, “no contesta” y “no está seguro” e incluir en la pregunta solo medidas punitivas se guía al sondeado para que considere que la única manera de enfrentar los conflictos sociales es recurriendo al ámbito punitivo.

Así mismo, estimamos que en las encuestas se utilizó una forma irrazonable de argumentación denominada “todo o nada” y que consiste en la exposición de una propuesta de solución a un conflicto social limitando las posibilidades de enfrentarlo a una acción o herramienta determinada y presentando de manera engañosa a esa acción o herramienta como la única capaz de enfrentar al conflicto y satanizando cualquier propuesta distinta identificándola falsamente como aprobación de la existencia del conflicto social. Esta argumentación fue usada por Gilma Jiménez, vocera del Comité Promotor del Referendo, que afirmaba públicamente que el conflicto social de violencia contra los niños solo podía ser solucionado con el establecimiento de la prisión perpetua y que la oposición a esta propuesta equivalía a ir en contra de los derechos de los niños y a ¡la búsqueda de la satisfacción de intereses políticos!

¿Por qué tanta resistencia de algunos frente al Referendo de los niños? ... A otros les asusta o no saben leer que la propuesta no es solo para violadores. Otros, que es peligroso legislar mediante referendos. Otros confunden, por ignorancia o por perversidad, la pena de muerte con la pena de prisión perpetua. Otros, que hay delitos más graves. Otros, que 60 años son suficientes o que será muy costoso. Y esas respuestas no aclaran las verdaderas razones de por qué tanta resistencia de algunos, no obstante el evidente apoyo de quienes son los únicos dueños del Referendo de Prisión Perpetua: los colombianos... En este debate, es inmoral cualquier cálculo político (El Tiempo, 2009).

Este tipo de argumentación del “todo o nada” también estuvo presente en las encuestas objeto de análisis pues debe tenerse en cuenta que la forma en que están redactadas sus preguntas sugieren sutilmente que existe un consenso previo en el que la única manera de enfrentar los conflictos sociales es recurriendo a la prisión perpetua. También debe advertirse sobre los efectos nocivos del “punto de vista del referendo” (Bishop, 2005: 66), que consisten en el excesivo énfasis que se hace en relación con los resultados porcentuales y sobre cuánta gente está a favor o en contra de cierta medida buscando transmitir la idea de que existe un consenso social, en lo que ha sido denominado “*fundamentalismo de las encuestas*”, pues no puede desconocerse que las respuestas de un sondeo pueden cambiar diametralmente dependiendo de la forma de las preguntas, su redacción y el contexto en el que se hagan, lo que a su vez generaría el correspondiente cambio en el supuesto consenso social sobre el tema puesto a consideración en la encuesta²⁴.

El apoyo social también se observa en el 1'762.635 ciudadanos (Congreso de Colombia (a), 2009: 17) que firmaron la petición de referendo y, en principio, parecería que nada puede objetarse. Empero, no es irrazonable considerar que algunos ciudadanos hayan suscrito el apoyo al referendo debido a cómo se les presentó el mismo por parte de los recolectores de las firmas. Como se ha venido señalando, el discurso de respaldo al referendo correspondía a la modalidad del “todo o nada” y es razonable pensar que los recolectores de firmas usaron tal discurso mencionando los diversos casos de brutales agresiones física y/o sexuales de que estaban siendo víctimas los niños, aludiendo

24 Sobre este supuesto consenso se puede ver: “Finalmente se debe tener en cuenta la opinión que la ciudadanía, no solo la expresada con su firma de apoyo al Referendo, sino también la de las encuestas y sondeos de opinión. El acuerdo de la sociedad colombiana es evidente” (Congreso de Colombia (a), 2009: 39).

a la cadena perpetua como único medio para hacerles frente y que el no apoyar el referendo equivalía a estar de acuerdo con la comisión de tales delitos, afirmación que se sustenta en el hecho notorio y evidente de que jese fue el discurso que se empleó públicamente²⁵ y en la exposición de motivos!. Así mismo, las personas que recogieron firmas usaban camisetas con las frases “Firmemos por nuestros niños. Prisión perpetua para violadores y asesinos” o “Votemos sí por nuestros niños” (gilmagimenez.com), frases que también estaban en los sitios en donde la recolección se llevó a cabo (Congreso de Colombia (a), 2009: 32). Por ende, no es descabellado considerar que se hayan obtenido rúbricas de personas que con una mayor información al respecto no las habrían otorgado, aunque es imposible determinar a qué porcentaje del total equivaldría este grupo de ciudadanos.

Al final solo queda como argumento para el establecimiento de la prisión perpetua una retórica cargada de aspectos emocionales sobre los espeluznantes casos de violencia física y sexual en contra de los niños y de las dramáticas consecuencias. Empero, a pesar de la ausencia de argumentos racionales es innegable que tal retórica emocional tenía influencia en los ciudadanos como puede

verse en la siguiente intervención: “Juan Pablo Ramírez, estudiante...considera que el debate debe ser amplio y ponderado porque se está midiendo la madurez jurídica del país. Apoya la iniciativa por el dolor de las víctimas y porque más de dos millones de personas firmaron” (Congreso de Colombia (b), 2009: 7).

Entonces, la razón para apoyar el referendo está circunscrita a aspectos emocionales, dolor de las víctimas, y no a su potencial eficacia en la protección de los niños. La intervención precedente demuestra cómo este discurso del “todo o nada” lleva a creer que se va a solucionar el conflicto social de violencia física y sexual contra menores blindándolos contra todo abuso a través de la prisión perpetua, afirmación que va en sentido contrario a los datos que la realidad proporciona. Así, no es irrazonable considerar que si algunos de estos ciudadanos oyeran una versión distinta cambiarían de posición, aunque habrá algunos cuyo parecer no podrá ser cambiado porque sus opiniones están cimentadas exclusivamente en aspectos emocionales, lo que evita cualquier debate racional al respecto.

Finalmente, a este discurso de apoyo de la opinión pública se le vinculó la retórica de la sabiduría popular: “Hay que respetar y no temerles a las decisiones que, con sabiduría, toma el pueblo. Y en este caso, por primera vez en la historia política de nuestro país, la Constitución, la democracia y las instituciones deben funcionar en beneficio de sus ciudadanos más importantes: los niños” (El Tiempo, 2009).

La sabiduría popular, es decir, esa práctica discursiva que se sustenta en un conocimiento común (lo que todo el mundo sabe) es un argumento falso de justificación basado en un supuesto núcleo básico de conocimientos, pero que corresponden a creencias, a subjetividad y no a objetividad. El principal problema de este tipo de argumentación consiste en que se da a opiniones individuales la connotación de generales, de existencia de consenso social al respecto, como cuando se da a entender que la sabiduría popular considera

25 Por solo dar un ejemplo sobre cómo se manejaba públicamente este discurso del “todo o nada” debe mencionarse que la entonces recién nombrada Fiscal General de la Nación, Viviane Morales, manifestó su desacuerdo con el aumento de las penas en relación con el referendo de la Ley 1327 de 2009: “A mí no me gusta la cadena perpetua, a mí me gusta es la eficacia, la seguridad de que la pena se aplica y de que el delincuente va a ser castigado. (...) Por favor ya no subamos las penas, pensemos en aplicarlas realmente”, declaración que produjo la reacción de la vocera del Comité Promotor del Referendo, Gilma Jiménez, en los siguientes términos: ‘en medio de las buenas noticias que venía recibiendo el país’ por el nombramiento de Morales, ‘la primera mala noticia que se recibe de ella sea precisamente en contra de los derechos de los niños’ (El Tiempo, 2010).

que la cadena de prisión perpetua es el único mecanismo para hacer frente a las agresiones físicas y sexuales en contra de los niños.

En conclusión, en lo que se refiere a medidas jurídicas²⁶, según se ha explicado, no es correcto inferir que existe consenso social sobre la adopción o cambio de una norma con sustento en encuestas de opinión pública. La posición asumida en la exposición de motivos de la Ley 1327 de 2009 no es razonable y responde a la censurable actitud de fundamentalismo de las encuestas. En lo que respecta al apoyo social sustentado en firmas de ciudadanos aunque en principio aparece como inmaculado deben tenerse en cuenta aspectos censurables que pueden influir en la toma de decisión por parte de quien decide dar su apoyo como son el proceso de recolección de firmas, específicamente qué dicen los recolectores a los ciudadanos sobre la necesidad y unicidad de la medida jurídica que se desea implementar para resolver el conflicto social en cuestión.

En efecto, el que públicamente y en la exposición de motivos se hayan destacado las bondades, la necesidad y la unicidad de la prisión perpetua permite considerar más que razonablemente que quienes fungieron como recolectores de firmas emplearon igual discurso y, así, no puede compararse que se use información más que cuestionable²⁷ y/o que se utilice el dolor de las víctimas para convencer a los ciudadanos y obtener su apoyo.

Finalmente, debe señalarse que Gilma Jiménez, vocera del Comité Promotor del Referendo, se presentó a las elecciones para el Senado de Colombia, que tuvieron lugar en marzo del 2010, basando su campaña electoral principalmente, por no decir exclusivamente, en el referendo para establecer la prisión perpetua y obtuvo la segunda votación más alta

del país con más de 188.000 votos (registra.duria.gov.co). Si bien no se conoce la motivación de cada uno de sus electores no puede concluirse otra cosa distinta a que su voto fue determinado por su propuesta de referendo²⁸, que, insistimos, fue predominante, casi con carácter exclusivo, en su discurso de campaña electoral (El Espectador, 2011). Entonces, en este caso se puede concluir razonablemente que la propuesta punitiva de prisión perpetua se tradujo en réditos electorales para su proponente.

Conclusiones

El populismo penal es un fenómeno cuya existencia y efectos se constatan en la expansión del Derecho Penal y que en Colombia ya tiene manifestaciones, representada en la Ley 1327 de 2009, que significó para su principal vocera beneficios electorales.

El populismo penal genera interrogantes sobre las transformaciones que está experimentando el Derecho Penal y que lo están convirtiendo en un mecanismo preventivo, que persigue la incapacitación de individuos basándose en razonamientos tales como personas peligrosas, incorregibles, etc., para justificar el empleo de medidas violatorias de los derechos de los ciudadanos.

Debe indagarse por qué el Derecho Penal goza de estimación social general como herramienta idónea para enfrentar todo tipo de conflictos sociales, si es conocida su 'inidoneidad' en tal empresa y su competencia para causar más problemas de los que pretende solucionar. También debe indagarse por qué otras áreas del derecho o mecanismos extra-jurídicos no gozan de igual reconocimiento cuando en muchos de ellos se reconoce una mayor idoneidad en la solución de los conflictos sociales.

La discusión sobre los límites del Derecho Penal es bastante antigua y conocida. De tal

²⁶ Aunque la conclusión es extrapolable a los demás aspectos sociales y no solo al campo jurídico.

²⁷ En el entendido de que la necesidad y la unicidad de la medida de cadena perpetua no tienen sustento en los datos que la realidad proporciona.

²⁸ Para conocer las propuestas de Gilma Jiménez ver: <http://www.gilmajimenez.com/>.

suerte, se han esgrimido diversas posturas doctrinales y argumentos para contener al Derecho Penal, que en su versión actual viene a ser una superación de las atrocidades que la humanidad conoció gracias a las denuncias sobre las barbaridades a las que estaban expuestos los ciudadanos. Empero, muchos sistemas occidentales han venido presenciando un cambio expansivo del Derecho Penal, que ya encuentra respaldo en posiciones doctrinales pro expansivas, políticos dispuestos a promover cualquier tipo de legislación penal con tal de obtener votos y en una ciudadanía temerosa del delito con capacidad para adoptar medidas legales, lo que plantea un futuro poco prometedor. No se trata de la eterna crisis del Derecho Penal, sino de advertir cómo está siendo utilizado incorrectamente y cómo tal uso erróneo nos puede llevar de regreso a un Derecho Penal arcaico, en donde la pena de muerte, la tortura y cualquier otro tipo de práctica violatoria de los derechos de los ciudadanos sea lo usual. □

Bibliografía

- Bishop, George F. (2005). *The illusion of public opinion: fact and artifact in American public opinion polls*. Rowman & Littlefield Lanham.
- Ferrajoli, Luigi (2006). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Husak, Douglas N. (2008). *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Oxford: New York.
- Jakobs, Günther (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, Santiago (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de f.
- (1998). *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, Francisco (2001). *Introducción al Derecho penal*. Buenos Aires: B de f.
- Pratt, John (2007). *Penal populism*. Londres: Routledge.
- Robinson, Paul y John M. Darley (2004). "Does Criminal Law Deter? A Behavioral Science Investigation". En *Oxford Journal of Legal Studies*: 173-205.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general*, t. 1. Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, Jesús (2006). *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo: B de f.
- (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Smith, John (2002). *Criminal law*. Londres: LexisNexis.
- Sue, Valerie M. y Lois A. Ritter, *Conducting Online Surveys*, Sage Publications, Thousand Oaks.
- Velandia, Rafael, (en prensa). *El Populismo Penal: una perspectiva sobre Colombia*.
- Zaffaroni, Eugenio (2000). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Fuentes documentales

Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C- 061 de 2008. Recuperado el 22 de febrero de 2011, de www.corteconstitucional.gov.co

Congreso de Colombia (a) (2009). *Gaceta del Congreso*. Año xviii, Núm. 80, 25 de febrero.

Congreso de Colombia (b) (2009). *Gaceta del Congreso*. Año xviii, Núm. 243, 27 de abril.

Congreso de Colombia (2010). Gacetas del Congreso. Números 1001.

Congreso de Colombia (2010). Gacetas del Congreso. Números 1099.

El Espectador (2011). “Abrumador triunfo de Gilma Jiménez”. Recuperado el 20 de abril de 2011, de <http://www.elespectador.com>

El Espectador (2011). “Gilma Jiménez responde presunto provecho político prisión perpetua”. Sección Política, Recuperado el 20 de abril de 2011, de <http://www.elspectador.com>

El Tiempo (2010). Sección Política, 7 de diciembre de 2010. Recuperado el 25 de abril de 2010, de <http://www.eltiempo.com/>

Fondelibertad (2010). Boletín. Recuperado el 5 de junio de 2010, de www.fondelibertad.gov.co

Jiménez, Gilma (2009). “¿Por qué tanta resistencia de algunos?”, *El Tiempo*, 22 de abril, de www.eltiempo.com/. Recuperado el 20 de febrero de 2011.

New Jersey Department of Corrections (2009). *Megan’s Law: Assessing the Practical and Monetary Efficacy*. Recuperado el 20 de agosto de 2009, de www.ncjrs.gov

Registraduría del estado civil (2011). Información electoral. Recuperado el 29 de marzo de 2011, de www.registraduria.gov.co