

Artículos

4pa29
1Syb1
2orh

Populismo punitivo: un mecanismo para la prevención general del delito

Punitive populism: a mechanism for the general prevention of crime.

Valentina Peluffo Salazar¹

Estudiante de séptimo semestre de la carrera de Derecho.
Universidad de Antioquia
vale.peluffo89@hotmail.com

Carolina García Ortiz

Estudiante de séptimo semestre de la carrera de Derecho.
Universidad de Antioquia
caritoamalau@gmail.com

Resumen

Este artículo pretende contextualizar al lector frente a un término aparentemente nuevo en la realidad nacional, pero utilizado con absoluta frecuencia en los medios de comunicación: el "Populismo punitivo". Analizado bajo los criterios de la prevención general del delito como uno de los fundamentos de la pena, queremos generar un enlace entre ambas expresiones, a partir de presupuestos fácticos y jurídicos que evidencien el detrimento del derecho penal mismo, como única herramienta eficaz para combatir los problemas sociales en Colombia.

Palabras claves:

Populismo punitivo, prevención general del delito, derecho penal, medios de comunicación.

Abstract

This article seeks to contextualize the reader against a seemingly new term in the national reality, but often used with complete media: the "punitive populism". Analyzed under the criteria of the general prevention of crime as one of the foundations of the sentence, we want to create a link between the two terms, from legal and factual circumstances evidencing the detriment of criminal law itself, as the only effective tool to combat social problems in Colombia.

Keywords:

Punitive populism, general prevention of crime, criminal law, media.

Introducción

En un país como Colombia, donde el incremento de penas parece ser política del momento, empieza a circular en el argot popular la expresión populismo punitivo, la cual hace referencia a un mecanismo utilizado por los políticos de turno para dar "solución" a problemas que son realmente estructurales, pero que se enmarcan bajo situaciones coyunturales de la nación. Estas mismas personas juegan con la sensibilidad de un pueblo fácilmente manipulado y bombardeado por los

1.Las autoras son integrantes del Semillero de Derecho Penitenciario de la Universidad de Antioquia. www.derechopenitenciario.org.



medios de comunicación. De esta manera, y a través de la teoría de la prevención general del delito, se procura reducir los índices de criminalidad, al igual que se pretende que el derecho penal sea la panacea a las crisis de la humanidad.

Las políticas criminales en Colombia van encaminadas al endurecimiento de penas, bajo la premisa de la prevención del delito. Se tiene la creencia que, a través de la prevención general negativa, los problemas de delincuencia por los que atraviesa el país se verán altamente reducidos, ignorando factores estructurales que contribuyen a las altas tasas de criminalidad. A través de un estado de opinión se busca la acogida de las masas en momentos coyunturales de la sociedad², logrando un impacto mediático (Zaffaroni, 1989: 133)³ y, con ello, altos niveles de legitimidad, para que sea en el Congreso de la República donde se le dé vía libre a proyectos como cadenas perpetuas, aumento de penas y cualquier tipo de castigos desproporcionados que atenten contra las garantías procesales y administrativas de los imputados.

En el contexto narrado empieza a circular en el medio el término populismo punitivo, que se refiere al mecanismo al que acuden hoy en día los integrantes del cuerpo legislativo, para hacerle frente a las situaciones de inminente violación a la ley penal. Esto es precisamente lo que queremos abordar en este artículo, a partir de las posturas que doctrinantes han elaborado del concepto y de tres criterios fundamentales bajo los cuales Bottoms (1995) define el accionar de un gobernante populista punitivo.

Finalizaremos abordando de manera puntual, cómo en Colombia se visualiza el fenómeno en dos momentos históricos distintos: Principios de la década de los 90, y la época actual desde por lo menos seis años atrás; esto con el fin de hacer hincapié en que éste es un país eminentemente castigador y vengativo, presupuestos que dentro del sistema preventivo de delitos, dejan ver que el aumento de penas no minimizan, ni mucho menos cesan el problema, sino que por el contrario, terminan repercutiendo de manera más fuerte y negativa en lugares como los establecimientos de privación de libertad, donde se agudiza el conflicto con las elevadas tasas de hacinamiento, la vulneración constante de derechos fundamentales y la evidente ausencia de resocialización de quienes se encuentran allí reclusos.

Populismo punitivo

Ante el aumento desmedido de conductas rechazadas socialmente, los miembros de los partidos políticos de mayor influencia en el país, encontraron una herramienta para incrementar su popularidad y favoritismo, la cual se basa en darle una solución a estas conductas socialmente inaceptadas, esto es, a través del derecho penal, con la creación de nuevos tipos penales y el endurecimiento de las penas ya tipificadas. Ésta es una forma práctica de hacer política, que ofrece resultados rápidos y seguros. Hoy se conoce este fenómeno con el nombre de populismo punitivo. Sobre esto, señala Rodrigo Uprimny,

.....
2. Con esto nos referimos a situaciones particulares que poseen un alto nivel de carga emocional para la generalidad; citando un caso específico: el homicidio de Luis Santiago, un bebé de 11 meses de nacido, brutalmente asesinado por su padre, luego de simular un secuestro del menor en Chía, Cundinamarca en el año 2008, que sacudió al país entero y propició campañas punitivas por personajes políticos en su momento. O el caso primordial en Colombia, Garavito y sus múltiples abusos y homicidios a menores de edad. Situaciones permanentes que no son abordadas por el gobierno o demás instituciones de manera preventiva y constante, pero que resurgen a través de políticas violentas que van encaminadas al aumento de penas, y que ponen al descubierto el interés electoral de quienes las promueven, más que la preocupación de ese sector político por una población tan vulnerable como lo es la niñez colombiana.

3. Se refiere Zaffaroni a todos los medios de comunicación que, según él, especialmente la televisión, son indispensables para el ejercicio del poder de todo el sistema penal, por lo que también puede decirse que forman parte del mismo. (Zaffaroni en Concheiro, 2006: 33)

“Resulta, entonces, políticamente popular promover esas iniciativas de endurecimiento punitivo. Y en eso consiste lo que la sociología jurídica ha llamado el “populismo punitivo”: creer (y hacer creer) que el incremento de las penas es la forma apropiada de enfrentar problemas sociales complejos, como la violencia contra los niños” (2011)

Precisamente, Massimo Pavarini, frente a la cuestión carcelaria plantea lo siguiente,

[...] no demuestra ningún embarazo frente a la cárcel. Está seguro de la utilidad de la pena detentiva, aun cuando invoque nuevas modalidades de su aplicación. Esta nueva idea de penalidad aparece frecuentemente burda en sus simplificaciones extremas y generalmente no le agrada engalanarse en disertaciones académicas [...]. Ella se expresa en los discursos de la gente [...]. Y le habla directamente a la gente en las palabras de los políticos [...] y fundamentalmente a través de los medios masivos de comunicación; pero se difunde y termina por articularse en tópicos que encuentran —o tratan de encontrar— también una legitimación científica. Y obviamente no falta quien se aventure científicamente en esta empresa. Actualmente se está difundiendo una cultura populista de la pena, que plantea, quizás por primera vez, la cuestión de una penalidad socialmente compartida desde abajo.” (2006)

El populismo punitivo se entiende como el uso de políticas penales en un intento por resolver problemas sociales, en la medida que una ampliación al sistema penal disminuye la actividad criminal en una sociedad. Los medios de comunicación, principales centros de información en la era actual, al difundir noticias que versen sobre temas de coyunturas sociales, sensibles al ser humano, generan reacciones negativas, donde el único mecanismo para darle fin a estos problemas, es poner en funcionamiento el sistema penal, esto pretendiendo que mediante el aumento de penas, la creación de nuevos tipos penales y el uso de políticas represivas se le da solución a crisis que se creen coyunturales, pero que en el fondo requieren políticas públicas y criminales estructurales encaminadas a una verdadera solución y no una salida mediática del mismo. Opina sobre el tema, el profesor de Derecho Penitenciario de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España Julián Ríos,

“Se mezclan las ansias de calmar a una opinión pública desinformada y una percepción tendenciosa del Derecho Penal por parte de los ciudadanos, que gracias a los programas de telebasura creen que todo se arregla con más cárcel. Los políticos son inteligentes y adoptan medidas urgentes para dar lo que la gente les pide”. (En Altozano, 2008)

Es por eso que todo el andamiaje publicitario ante los problemas de criminalidad dentro del país, bajo el cual la sociedad alcanza la máxima elevación de indignación, trae como consecuencia la ausencia de corresponsabilidad entre los ciudadanos. Así, se pierde todo sentido razonable por la humanidad del otro, se etiqueta al delincuente como potencialmente peligroso, y se le niega cualquier tipo de beneficio o subrogado por el puesto que ocupa ante la opinión pública.

A través de las garantías penales sustanciales que propone Luigi Ferrajoli con su teoría del garantismo penal en su texto "Derecho y Razón" (1995), se busca una minimización de los delitos y una protección especial por las libertades individuales y los derechos fundamentales que se vean en riesgo por parte de los agentes estatales.

Todos estos presupuestos –garantías penales– son componentes de un derecho penal moderno, los cuales contrarrestaron el inminente derecho penal inquisitivo y el derecho de castigar propuesto en su momento por Beccaria (s.f), donde más justa era la pena mientras más sagrada o inviolable fuera la **seguridad** que el soberano tuviera consagrada a sus súbditos, términos que resurgen de manera más "prudente" en el nuevo concepto de populismo punitivo, el cual considera que el garantismo penal sólo es una forma de condescender a los infractores de la ley con sus acciones. De esta manera, bajo el ojo crítico de la sociedad, se argumenta que quienes transgreden las disposiciones legales, deben asumir las consecuencias derivadas de la comisión de un delito, sin ningún tipo de benevolencias por parte del Estado.

El apuro por buscar soluciones a los problemas de delincuencia es inaplazable, pero no a cualquier precio, y en este ámbito Colombia es la viva voz de una amplia producción normativa que se queda sin respaldo en su aplicabilidad. Por ello, cabe la pregunta: ¿estamos dispuestos a pagar los altos costos que generan este tipo de propuestas?

La resocialización dentro del sistema penitenciario no es sólo una obligación estatal por la normativa interna, sino que es también exigencia del derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴. Existen las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁵; sin embargo, este factor es el que menos se estudia al momento de privar de libertad a una persona, más aún cuando esta privación se pretende perpetua. Entonces ¿qué pasa con el fin de la pena? De esta manera, caemos en las llamadas teorías absolutas de la pena, precursoras de la justicia en razón de los castigos impuestos, como lo sostiene Jakobs "el principio ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie etc., limita la venganza a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho" (Jakobs, 1995 en Rivera, 1998: 17).

Al respecto se refiere Larrauri,

"un país realiza un 'viraje punitivo' cuando incluso los propios legisladores y agentes políticos sienten que han perdido el control de los sucesos, cuando 'se ven obligados' a adoptar una serie de decisiones que quizás la 'racionalidad pragmática' (Diez Ripollés, 2003:95) les desaconseja, pero las cuales toman finalmente porque presumen que no pueden oponerse a la opinión pública."

Lo que caracterizaría al populismo punitivo es, precisamente, una alusión creciente a la opinión pública para justificar las reformas penales (como la seguridad vial), o incluso la sensación que tiene el político de encontrarse a merced de la opinión pública (Albert Batlle, Secretario de Servicios Penitenciarios. El País 24 de noviembre de 2007). En este sentido, son significativas las palabras de

4.<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

5.<http://www2.ohchr.org/spanish/law/reclusos.htm>

Mercedes Gallizo, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, quien:

(...) ha manifestado además que le preocupa que "no siempre se valore el impacto que la privación de libertad ejerce sobre las personas y que puede actuar a veces como elemento de desocialización de personas que han cometido un único y primer delito". Frente a esto, apuntó que estas personas pueden ser controladas mediante procedimientos telemáticos o cumplir penas de trabajos sociales (El País, 30 de septiembre, 2008).

David Garland en su texto "La cultura del control" define el populismo punitivo como,

"Aquel que se utiliza para designar la manera como se abandona el acompañamiento de los expertos en el control de la criminalidad y se adopta, en cambio, un manejo completamente politizado de la cuestión penal" (2005: 48 – 50)

Para Bottoms "el populismo punitivo se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: mayores penas pueden reducir el delito; las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de su uso" (1995). Es en la tesis expuesta por Bottoms, donde se apoya la teoría antes mencionada sobre un populismo punitivo como un mecanismo de prevención general del delito.

El populismo punitivo abarca todo tipo de medidas que pretenden contrarrestar la delincuencia, las mismas que suelen ser apoyadas por la ciudadanía, como lo son: militarización en las calles, endurecimiento de penas, reducción en la edad de imputabilidad penal. Lo que define Larrauri como:

"El viraje de un modelo punitivo orientado a la resocialización a un modelo penal basado en la incapacitación" (2000:) En esta medida, se pasó de un prototipo de persecución del orden social a través del Estado social, a uno que lo hace por medio del control social, donde más que disminuir las problemáticas, las incrementa. Así, "Las penas hoy deben ser "expresivas", están destinadas a mostrar cuan punitivo el legislador está dispuesto a ser aun cuando luego no se apliquen..." (Larrauri, 2000: 5)

Populismo punitivo y la prevención general del delito

Para entender por qué el populismo punitivo está directamente relacionado con la prevención del delito, es fundamental explicar brevemente en qué consiste la teoría de la prevención general negativa. Introducida al mundo jurídico por Paul Von Feuerbach⁶, esta teoría tiene como premisa principal la creación de normas jurídicas respaldadas por la coerción, que tienen como fin disuadir al individuo para que no ejecute el comportamiento prohibido. Es importante resaltar que aquí el

6.A través de la teoría de la "coacción psicológica", este autor alemán introduce al mundo jurídico la prevención general del delito. Según esta teoría la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo.

delincuente no es del interés del Estado; lo que realmente importa es la sociedad y los sujetos que aún no han cometido el delito. Sin embargo, las penas impuestas no guardan relación con el hecho cometido por su falta de proporcionalidad (Rivera, 2008).

Ante la existencia de un problema que aqueja un sector de la sociedad o la totalidad de la misma, y el crecimiento paulatino de conductas moralmente impropias o que afectan los derechos de los ciudadanos, se llega a las políticas punitivas como un método de solución. Esto es así porque quienes las impulsan consideran que el sentar un precedente, generalmente asociado a la penalidad, tiene una reacción en los demás y en quienes a futuro serían posibles actores de estos delitos, reacción que consideran está ligada al supuesto que a través del *ius puniendi* los demás evitarán la comisión de dicha conducta⁷. No obstante, esta solución no es efectiva, en la medida que traslada el problema, más no acaba con la raíz del mismo, esto porque la privación de libertad no es la última ratio para los criminólogos críticos. Por ejemplo, quienes a lo largo de la historia han tratado de descifrar los factores que generan la conducta criminal, desentrañando problemas de tipo social que van directamente ligados al modelo de Estado que se tiene dentro de una sociedad⁸. En nuestro caso, con los niveles exagerados de inequidad y desigualdad social, esta solución terminará trayendo como consecuencia un índice de criminalidad desbordante, que poco o nada influye en las políticas criminales que se adelantan para combatirlo.

La prevención general negativa⁹ dejó de ser una amenaza latente para el infractor de la ley penal en Colombia, basada esta hipótesis en las cifras de impunidad que se conocen (Rivera y Barreto, s.f). Por ello, la legitimidad de la fuerza del Estado no convence al actual delincuente, dado que conoce los antecedentes de corrupción y la poca efectividad del sistema judicial en el país. Él sabe que ante la comisión de un hecho punible, las probabilidades de no ser aprehendido son más altas o, en caso contrario, la cárcel ya no es el lugar que elimina por completo su accionar, en la medida que, paradójicamente, la cárcel se entiende popularmente como “la universidad del criminal” (Álvarez, 2005). Así, el sujeto que va en busca de la resocialización a través de un tratamiento penitenciario, encuentra altos índices de hacinamiento, violación a sus derechos fundamentales y una ubicación espacial entre sindicados y condenados¹⁰, elementos que la ley no permite, pero que en la realidad de los establecimientos de privación de libertad de nuestro país si se presentan, lo que termina acrecentando el prontuario delictivo de la persona que se supone está en manos del ente resocializador, que lo preparará para salir apto a una vida en sociedad.

Por tanto, el endurecimiento de penas y la propuesta de aumentar los tipos penales no eliminan el problema, sino que lo trasladan de sujetos, lo institucionalizan, más no lo erradican. Con este tipo

7. Prevención general negativa, también conocida como prevención general intimidatoria, puesto que la pena cumple con una función intimidante buscando coaccionar psicológicamente a toda la sociedad.

8. Estado neoliberal donde, bajo la constitución de un Estado Social, se gobierna a través de un Estado punitivo. El recorte del Estado social aumenta las desigualdades propiciadoras del delito, favorece la inseguridad, y produce un sector de personas excluidas. El neoliberalismo económico influye en la producción y acentuación de las desigualdades sociales (Rivera, 2008: 5).

9. “(...) se dice que como acude al terror estatal, al miedo, a la intimidación, es insostenible desde la perspectiva de un Estado de derecho social y democrático que no puede tolerar penas draconianas, ni permitir que al hombre se le cosifique y se le convierta en un instrumento para los fines de Estado, por lo que cae en una justificación del derecho penal expresamente inmoral; así mismo, que tampoco es susceptible de verificación empírica y se convierte en una cuestión de fe o simplemente de disquisición filosófica; en fin, que cae en un utilitarismo desenfrenado (...)” (VELÁSQUEZ, 2009: 256).

10. Ley 65 de 1993. Código penitenciario y carcelario. ARTÍCULO 63. CLASIFICACIÓN DE INTERNOS: Los internos en los centros de reclusión, serán separados por categorías, atendiendo a su sexo, edad naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental. Los detenidos estarán separados de los condenados, de acuerdo a su fase de tratamiento; los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos, los enfermos de los que puedan someterse al régimen normal. (...).

de políticas se satisface a una sociedad que clama “justicia”, en la medida que se modifica en su forma, pero el fondo del escollo permanece incólume.

Caso colombiano

En Colombia existen dos casos particulares de populismo punitivo, los cuales son objeto de nuestro análisis en este artículo. Ambos casos se han manifestado a través de dos proyectos de ley, y estaban encaminados a la solución de dos situaciones alarmantes en su momento, por medio del incremento de penas. Esto conllevó al incremento de la popularidad y del favoritismo electoral de dos personajes reconocidos de la política colombiana: Francisco Santos y Gilma Jiménez.

El primer ejemplo de populismo punitivo en Colombia se presentó en el año 1992, cuando la Fundación País Libre dirigida por Francisco Santos, radicó el proyecto de Ley Antisecuestro. Alrededor de los años 80s en Colombia, se dio un incremento en los casos de secuestro, en la medida que los grupos ilegales encontraron en éste un modo de lucro y de extorsión contra las personas identificadas como “más adineradas”. Frente a esta problemática, que día a día se multiplicaba, surgió el proyecto de Ley Antisecuestro, con el que se pretendía reducir la cifra de secuestros que se presentaba en ese momento, y, del mismo modo, prevenir la ejecución de nuevos casos. Todo lo anterior mediante penas privativas de la libertad para quienes cometieran tan grave delito.

La pena en Colombia, para un secuestro extorsivo, oscilaba bajo la Ley 40 de 1993, entre 25 y 40 años, que podían llegar a ser 60 años en privación de libertad; para un secuestro simple, la sanción se encontraba entre 6 y 25 años de prisión. Estas penas se consideran muy altas, reflejando el sentir de la población que en esa época experimentaba el flagelo del secuestro por parte del crimen organizado y grupos armados al margen de la ley.

Esta ley en su momento recibió duras críticas por parte del Procurador General de la Nación de la época, el señor Mauricio Echeverry Gutiérrez, quien pretendía que se declararan inexecutable nueve artículos de la misma, por ser violatorios de principios fundamentales de la Carta de 1991. Probó que como tal, la ley no era efectiva, a pesar de lo que promulgaban sus abanderados, y como Ministerio Público expresó en ese momento lo siguiente,

“La Ley Antisecuestro ha producido un efecto más de amedrentamiento entre los familiares de las víctimas que sobre las mismas organizaciones criminales. Ese hecho se refleja en que hoy día los parientes de los plagiados prefieren no denunciar los secuestros y que los estudios indiquen que hayan aumentado los secuestros rápidos y por poco dinero.” (Null Value, 1993)

La cita anterior muestra el fracaso inminente de la “política criminal” instaurada en ese momento, puesto que su objetivo primordial se estaba viendo opacado por la falta de denuncia de la población y la no disminución de las comisiones del delito. De forma paradójica organizaciones en contra del Estado, como las guerrillas, institucionalizaron el secuestro hasta nuestros días como práctica de guerra más que de beneficios económicos, al igual que se convirtió en arma política que, actualmente, sigue causando la misma indignación y escozor en la sociedad, pero con el aliciente adicional del interés y participación de la opinión pública internacional y sus medios de comunicación, que convierten la problemática del secuestro en Colombia en un conflicto visible y perceptible para el resto del mundo. Fue precisamente este punto el que permitió a las guerrillas

tomar fuerza en su práctica, porque la injerencia de gobiernos extranjeros generó en la organización un estatus político que les llevó a aseverar que su ejército gozaba de fuerza beligerante, y pidieron se les reconociera la misma a través de la normatividad internacional contenida en los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, en especial con los protocolos adicionales a estos¹¹.

Hoy, casi 20 años después de ser presentado este proyecto y de entrar en vigencia, el secuestro sigue siendo un problema social utilizado por los mismos grupos guerrilleros. De manera que es poco usual la infracción del tipo penal por parte de la delincuencia común, en la medida que, como se explicaba anteriormente, su práctica se concentró en grupos en contra del Estado, y la penalización del mismo con penas exageradas, poco o nada aporó a la solución del conflicto.

El segundo ejemplo de populismo punitivo en el país, se desenvuelve actualmente, con la reforma al código de infancia y adolescencia en materia de responsabilidad penal de adolescentes y el referendo constitucional que propone prisión perpetua a los abusadores de menores en Colombia. Ambos proyectos planteados y puestos en debate por la senadora Gilma Jiménez, quien a través de estas iniciativas busca la "protección" de la población más vulnerable, los infantes, quienes gozan de especial cuidado por parte de la Constitución Nacional¹² y por los múltiples tratados internacionales ratificados por Colombia.

Sin embargo, sus iniciativas no gozaron de suficiente popularidad dentro de las comisiones legislativas. Lo anterior porque hundirían nuevamente al país en un modelo de derecho penal inquisitivo que desconocería la dignidad humana y las libertades individuales. De igual manera, bajo el principio de proporcionalidad del derecho penal, se abriría una brecha insubsanable entre delitos mucho más gravosos como el homicidio, la tortura y/o aquellos considerados de lesa humanidad, dado que, indudablemente, implicaría aumentar las penas en lo que a estos delitos respecta, lo cual traería como consecuencia una pena perpetua para una gran cantidad de delitos tipificados en el código penal.

11. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), aprobado el 8 de junio de 1977, entrada en vigor 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95.

TITULO I: AMBITO DEL PRESENTE PROTOCOLO Artículo 1: Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados

12. El análisis de la Corte parte de la consagración en el artículo 44 de la Constitución, de la prevalencia de los derechos de los niños, una de cuyas manifestaciones es el principio de preservación del interés superior del menor, desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional y reconocido en los artículos 6, 8 y 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia, del cual hace parte la disposición que se demanda en esta oportunidad. Dicho principio refleja una norma universal consagrada por el derecho internacional, consistente en que al menor de edad se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad. Al mismo tiempo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido de manera reiterada que los niños tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que tiene, entre otros efectos, otorgar el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les concierna. Igualmente, el constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno, los mandatos protectores de la infancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia (arts. 44 y 93 de la C.P.).

Al respecto, Jorge Humberto Botero público lo siguiente,

“La iniciativa de la Senadora Jiménez establece la posibilidad de cadena perpetua para cuatro modalidades de crimen: homicidio doloso, violencia y explotación sexual, maltrato severo y secuestro, cometidos contra menor de 14 años o menor de edad con discapacidad física o mental. Como esa pena no está prevista para ningún otro delito del amplio catálogo contenido en el Código Penal, podríamos llegar a situaciones tan absurdas como la de aplicar cadena perpetua a quien secuestre un niño sin hacerle daño alguno, mientras que tendría que aplicarse una pena menor a quien sea reo de masacres, actos terroristas, desplazamiento de comunidades y otros delitos de gravedad semejante. ¿Tendrá esto algún sentido?” (Botero, 2011)

Ambas iniciativas, pero de manera más enfática el referendo constitucional, a pesar de haberse hundido en el congreso, en donde la Comisión Primera acogió la propuesta de la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado, siempre concibió este proyecto como inconveniente, inconstitucional e inútil.

Inconveniente, por considerarlo una estrategia de desinformación a la opinión pública, al hacerle creer que el país necesita la cadena perpetua para evitar el maltrato infantil; inconstitucional porque desconoce principios superiores de la Carta Política, como el que concibe las penas como resocializadoras; e inútil por demostrar que este tipo de iniciativas no evitan que se siga asesinando, secuestrando o abusando sexualmente a los niños y adolescentes¹³.

Sin embargo, la iniciativa de referendo logró un apoyo muy amplio por parte de la ciudadanía, dado que todo ello se desarrolló bajo la situación coyuntural que sacudió al país y a la opinión pública en el año 2007: el homicidio de un menor de edad por parte de su padre. El sensacionalismo que sacudió la noticia en ese momento, fue el detonante perfecto para sacar adelante el proyecto, e incentivar la pena perpetua en un país que no la considera dentro de su legislación vigente, y que, vale recordar, tampoco es viable por los altos índices de hacinamiento en las cárceles, la falta de un verdadero tratamiento penitenciario, los costos que ello implica y un sinnúmero de consecuencias negativas que traería consigo un tipo de castigo como éste. Empero, al tratarse de un grupo tan protegido y de un tema tan sensible y neurálgico para cualquier comunidad, la solución según la senadora Jiménez está en el aumento exagerado de la pena, contrario a lo que dijo el jurista Rodrigo Uprimny en una de sus columnas,

13. Creemos que 1) la iniciativa es inconstitucional pues el texto debatido en el Congreso modifica sustancialmente aquel con el cual fueron recogidas las firmas. Igualmente nos preocupa que 2) para un asunto tan grave, como cambiar la Constitución para incorporar la cadena perpetua, las ponencias no ofrezcan argumentos serios de política criminal sobre la necesidad y utilidad de la medida. A nivel sustantivo, creemos que la iniciativa 3) no logra una mejor prevención y sanción de la violencia contra los niños, pues el problema es más de impunidad que de magnitud de las penas. Es mejor entonces aumentar la prevención de estos crímenes e incrementar la eficacia de la investigación criminal, en vez de subir precipitadamente las penas, que ya son muy altas, pues pueden llegar a 60 años. Es más, la aprobación de la cadena perpetua daría una ilusión de protección, mientras los asesinos y violadores siguen sueltos, por falta de eficacia del sistema penal. Finalmente, la iniciativa 4) introduce distorsiones muy graves a un sistema penal colombiano ya bastante incoherente. Por ejemplo, ¿cómo justificar la cadena perpetua para el maltrato severo a niños mientras que las penas son menores para las masacres? UPRIMNY, Rodrigo. “La impunidad, el desespero y el populismo punitivo” (2011). En <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-298860-impunidad-el-desespero-y-el-populismo-punitivo>.

“Varios estudios, como los realizados por Daniel Nagin han mostrado que para reducir la criminalidad es preferible esforzarse por aumentar la eficacia de la investigación criminal, en vez de subir precipitadamente las penas. Es mejor entonces perfeccionar la investigación de esos crímenes para reducir su impunidad, en vez de plantear la cadena perpetua.” (Uprimny, 2001)

Consideraciones finales

Entre tantos caminos posibles que den un final a los problemas sociales que aquejan a un país, la gran mayoría opta por lo que hoy consideran más viable y efectivo. Esto es: la prevención del delito por medio del aumento de penas, la creación de nuevos tipos penales, las propuestas de pena de muerte, la reducción de la edad penal para juzgar menores, el recorte de las facultades judiciales, la ampliación de las facultades policiales, mayores restricciones penitenciarias y militarización. Todo lo anterior acompañado de un interés político por incrementar la popularidad de quienes proponen, a través campañas con políticas punitivas dirigidas a combatir el crimen. Esto, en resumen, no es otra cosa que un populismo punitivo.

Quienes utilizan este mecanismo, ven en éste la posibilidad de darle resultados a una sociedad que los reclama, y así ganar votos electorales, pero no ven más allá del problema, no analizan el porqué de la situación, lo que evidencia que ésta es una vía de escape que resulta infructuosa, donde los índices y tasas no disminuyen, por el contrario aumentan. Con este mecanismo, antes que prevenir un delito se le da fuerza, pues en un país donde la impunidad sobrepasa los límites razonables, el incremento de penas y de tipos penales, solo hace más difícil tener una justicia que sea efectiva.

El oponerse a este tipo de iniciativas, y señalarlas de erróneas, no significa que quienes lo hacemos seamos insensibles y poco solidarios con las víctimas. Solo consideramos que aumentar las penas con el pretexto de una disminución del delito, es un discurso engañoso, pues evidentemente esta clase de iniciativas jamás ha obtenido ese tipo de resultados, por otro lado no se apoyan en argumentos sólidos de política criminal que corroboren lo útil de estas medidas punitivas.

El populismo punitivo sólo genera en la comunidad el ideal de venganza sobre los casos aberrantes que golpean nuestra realidad. Con este mecanismo no se construye conciencia colectiva; esto se hace a través de la educación en materia criminal y penitenciaria, donde las personas tengan la opción de elegir y promover proyectos acordes a la realidad criminal de un país como Colombia. Caer en la demagogia que plantean los políticos de turno sólo termina por convertirnos en un país eminentemente castigador, vengativo y precursor de modelos tentativos del sistema penal mismo.

Bibliografía

Altozano, Manuel. "Cuando la ley se hace a golpe de escándalo" Artículo del periódico el País de España, 21 de noviembre de 2008. Tomado de: http://elpais.com/diario/2008/11/21/sociedad/1227222001_850215.html.

Alvarez, Valentina. "Brasil: Universidad del crimen" Noviembre 3 de 2005 en: BBC Mundo: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/2005/carceles/newsid_4375000/4375110.stm (Consultado el 10 de Septiembre de 2011.)

Beccaria, Cesare, "Des délits et des peines" Traducción Juan Antonio de las Casas "De los Delitos y de las Penas", Colombia. Ediciones Esquilo Ltda.

Botero, Jorge Humberto. "No es un tema de loquitos" 12 de junio de 2011 en: La Silla Vacía: <http://www.lasillavacia.com/elblogueo/jorge-humberto-botero/25123/no-es-un-tema-de-loquitos-i> (Consultado el 10 de Septiembre de 2011.)

Bottoms, Anthony, (1995), "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", en: C. Clarkson y R. Morgan, The Politics of Sentencing Reform, Oxford, Clarendon.

Concheiro, María Teresa. (2006). "Para Acabar con la Prisión: la Mediación en el Derecho Penal justicia de Proximidad", Barcelona: Icaria, S.A

Garland, David. (2005) "La cultura del control", traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Editorial Gedisa

Jakobs, Günther. (1995) "Derecho penal" Parte General Fundamentos y Teoría de la imputación. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Citado por: RIVERA BEIRAS, Iñaki. (1998) "El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena.". Barcelona, Editorial Gráficas SIGNO.

Larrauri, Elena. (2006). "Populismo punitivo... y cómo resistirlo." En revista Jueces para la Democracia, N° 55, Madrid.

Larrauri, Elena. (2009) "La economía política del castigo." en Revista de Estudios de la Justicia N° 11. Facultad de derecho, universidad de Chile.

Lopera mesa, Gloria Patricia, (1998). "La lucha antisequestro en Colombia (o el extravío de la razón punitiva)". En revista Jueces para la democracia, n° 31, Madrid.

Pavarini, Massimo. (2006) "Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad" Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc.

Rivera B., Iñaki (1998) "El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena". Barcelona, Editorial- Gráficas SIGNO, S.A. 1 Ed.

RIVERA, Sneider y BARRETO, Luis H "Resumen ejecutivo. La impunidad en el sistema penal acusatorio en Colombia." En : <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo4362DocumentNo2463.PDF> (Consultado el 10 de Septiembre de 2011.)

UPRIMNY, Rodrigo. (2011) "La impunidad, el desespero y el populismo punitivo" En <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-298860-impunidad-el-desespero-y-el-populismo-punitivo>.
_____ 2001 "Cadena perpetua: populismo punitivo sin argumentos" en <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-278835-cadena-perpetua-populismo-punitivo-sin-argumentos> (Consultado el 10 de Septiembre de 2011.)

Velásquez, Velásquez Fernando. (2009) "Manual de Derecho Penal" Parte General, Cuarta Edición, Medellín (Colombia), Librería Jurídica COMLIBROS.

Otros documentos.

Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario Colombiano

15 de julio de 1993 "Ley antisequestro es inexecutable" En <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-170935> (Consultado el 10 de Septiembre de 2011.)