

POPULISMO PENAL VS. PUNITIVIDAD

1

Antes de comenzar con el estudio de las disposiciones normativas mencionadas, es necesario fijar los conceptos teóricos que se asumen en este trabajo y que serán empleados durante el trabajo. Así, la primera cuestión que debe ser resuelta es a qué se hace referencia con la denominación *populismo penal*. Con este nombre se apunta a un fenómeno de expansión del derecho penal en el que los políticos han tenido un papel protagónico, pues se han encargado de promover incesantes reformas a la legislación penal, “aprovechándose de la ansiedad y temor social que se empezó a generar a comienzos de la década del 70 del siglo XX por un aumento en la tasa de criminalidad y el consecuente abandono progresivo del ideal resocializador” (Velandia 2015a, 23).

En efecto, en la década en mención tuvo lugar una crisis del fin de la pena de prevención especial positiva¹⁰, la cual llevó a que se criticara el saber especializado que había defendido a la resocialización; esto debido a su alto costo y al escaso éxito obtenido en personas que habían sido sujetos de tratamientos resocializadores y que habían reincidido en la comisión de delitos. Esta crisis de legitimación social de los expertos fue aprovechada por los políticos, que se presentaron ante la sociedad como portadores del conocimiento popular, como aquellos que sabían qué hacer con la delincuencia y los delincuentes: el uso con la mayor severidad posible del derecho penal. Entonces, el político le dio un uso político muy particular al derecho penal:

.....

10 Aquí y en lo que sigue, véase Velandia (2015a, 67 y ss.).

[Lo creyeron] idóneo para fungir como funcionario público electo dispuesto a impulsar, patrocinar, asumir o gestionar posturas proclives al uso de medidas penales severas. De esta manera, el candidato ideal, apto, idóneo, según esta perspectiva y con un evidente fin electoral, es aquel que propone la adopción de medidas penales como única opción válida y apta para enfrentar a los conflictos sociales, a pesar de que de antemano se conozca su falta de idoneidad para tal fin o que sean injustas. (Velandia 2015a, 23)

Este fenómeno social ha sido nominado de diversas maneras: *punitividad*, *punitividad populista* o *populismo penal*, lo que justifica que sea necesario precisar si se trata del mismo fenómeno o si, por el contrario, se requiere tal variedad nominal; aunque es indispensable señalar que es la última de las expresiones aludidas —*populismo penal*— la que se ha venido utilizando más ampliamente y la que finalmente se ha vuelto preponderante.

Entonces, y debido a que la expresión *populismo penal* tiene al populismo como elemento principal, ¿a qué se hace referencia con la voz *populismo*? Sobre el particular debe señalarse que este vocablo ha sido usado para aludir a tantos fenómenos sociales a lo largo de la historia que es difícil saber a qué se hace referencia en concreto (Velandia 2015a, 43 y ss.); por lo tanto, no posee el carácter distintivo que se asume que tiene por parte de quienes lo emplean, lo que es un problema de gran envergadura. La cuestión incluso se complica más al revisar las definiciones que sobre el populismo se proveen (Velandia 2015a, 47 y ss.) y que aumentan las opciones de sentido de la palabra. Esto aparece como algo no deseable en un concepto teórico cuyo fin es, justamente, delimitar un fenómeno de otro mediante la indicación de qué es y cuáles son sus características. El problema, entonces, es este:

[Se han tratado de] agrupar fenómenos tan diversos en sus orígenes, su motivación y su desarrollo, bajo un solo sentido, y es esto mismo la razón por la cual parece que las diversas acepciones, a pesar de la variedad en su formulación gramatical, sólo tienen dos elementos en común: en primer lugar, la voluntad, el conocimiento, el deseo, la sabiduría, etc., del pueblo es el único válido, legítimo y correcto. En segundo lugar, y como consecuencia del primero, existe desconfianza hacia aquello que represente oposición a ese primer elemento de conocimiento del pueblo. Este conocimiento diverso al del pueblo puede estar representado por élites, por expertos en una materia precisa o por los funcionarios de la administración pública encargados de tomar una decisión al respecto, es decir, cualquier conocimiento que no sea fundamentado en lo

•Populismo penal vs. punitividad•

que el pueblo conoce o sabe. [...] El populismo puede definirse como cualquier movimiento de naturaleza política que mediante una “retórica específica, de fuerte coloración emotiva y redentorista” se autoproclama como comunicador legítimo de un sector de la sociedad, por lo general representado por un vocero o líder, y que expresa una expectativa de cambio social en una o más áreas de la comunidad que se estiman insatisfechas. Estas expectativas de cambio se fundan en la crítica a las políticas o a las acciones gubernamentales que se estiman como no idóneas, o la ausencia de ellas, para hacer frente a una situación que se considera generadora de un conflicto social. El presupuesto de operatividad de un movimiento populista es su apelación a su igual autoproclamada capacidad tanto de advertir un conflicto social que enfrenta la sociedad, como a tener acceso al conocimiento del pueblo, lo cual le da herramientas suficientes para plantear soluciones adecuadas al mismo, con el consecuente rechazo de cualquier propuesta que no tenga base en el conocimiento indicado. (Velandia 2015a, 61-62)

Sobre esta definición se debe aclarar que en el populismo se busca el uso del lenguaje común, acompañado, en algunos casos, de expresiones vulgares y fáciles de recordar; con ejemplos comunes, con un líder que puede ser reemplazado, aunque en ocasiones el líder es la esencia del movimiento populista; donde se critican las acciones estatales o su ausencia con fundamento en el conocimiento popular, un aparente saber lógico que se transmite de generación en generación, al margen de que no se pueda establecer dónde se puede encontrar y en qué consiste. Entonces, con base en este conocimiento popular, se afirma que se puede determinar que no se está haciendo lo que todo el mundo sabe que se debería estar haciendo, elemento que, en un sentido democrático contemporáneo, debe ser entendido como el hacer lo que la mayoría desea (Velandia 2015a, 62 y ss.), sin perjuicio de lo problemático que sea cómo determinar ese sentir mayoritario para cada acción estatal y con las consecuencias que ello pueda aparejar para el respeto de los derechos de las minorías¹¹.

.....
11 A pesar de que no se trata de una reforma normativa penal, vale la pena mencionar lo que ha ocurrido con la propuesta para limitar el derecho de adopción a parejas heterosexuales bajo la aserción de que el “interés superior del niño genera la obligación del Estado de conjurar cualquier posibilidad de riesgo frente al menor” (Proyecto de Ley 01/2016) y donde subyace la idea de que por conocimiento popular se sabe que si un menor es adoptado por una pareja homosexual, ello tendría impacto en su sexualidad: “A los menores en condición de adoptabilidad se les debe garantizar lo primero: el amor, el afecto, el cuidado, la crianza y la posibilidad de ser formado bajo el rol paterno y el rol materno, esta es la responsabilidad del Estado, de eso se trata, que se garantice eso”, afirmó la senadora” (El Tiempo 2016b). Tal asunción se desvirtúa con el hecho notorio de que hay personas con orientación sexual diversa a la tradicional y que provienen de parejas heterosexuales, así como personas heterosexuales que

En todo caso, no hay un concepto de populismo que goce de cierto nivel de predominancia, lo cual es comprensible si se tienen en cuenta la complejidad y diversidad de los fenómenos sociales que han sido incluidos bajo su nombre; por su parte, el concepto de populismo expuesto tiene como propósito únicamente ayudar en la precisión de si el *populismo penal* es o no una clase de populismo. Al respecto, lo primero que debe indicarse es que en el fenómeno de expansión del derecho penal que ha sido nominado como *populismo penal* se pueden encontrar determinados rasgos asociados con el populismo; sin embargo, lo anterior tiene sus objeciones:

Esto no debe llevar a pensar que aquél es una especie o clase de éste. En efecto, ya se había indicado que muchos resultados de organización se ajustan bajo la rúbrica del populismo, pero no son muestras del mismo. En igual sentido, elementos del populismo como la manifestación de una pretendida renovación de la política, la exaltación del elemento “pueblo” y el rechazo a fuentes de conocimiento distintas al pueblo están presentes en movimientos políticos que no son denominados populistas, tal y como ocurre con el populismo penal. Sin embargo, a pesar de estos elementos en común, consideramos que el *populismo penal* no es ninguna clase, ni modalidad o versión histórica del *populismo*, al igual que otros fenómenos sociales con elementos en común con el populismo no son ni muestras ni clases del mismo. (Velandia 2015a, 117)

Entonces, ¿cómo llamar a ese fenómeno social que propugna el uso del derecho penal con la mayor severidad posible y que es promovido por los políticos para obtener votos? Lo primero que debe señalarse es que no solo han sido los políticos los que han promovido la expansión excesiva del derecho penal en aras de satisfacer intereses personales, sino que diversos agentes y sectores sociales han tomado también el mismo patrón de actuación. Igualmente, no se considera razonable usar la nominación *populismo penal* para referirse a este uso indiscriminado del derecho penal, porque “el populismo es una noción variopinta, vaga, carente de precisión, bajo la cual se han agrupado en forma indiscriminada diversidad de fenómenos sociales y que no tiene la capacidad de describir satisfactoriamente la especificidad y las características” que tal disparatado empleo tiene (Velandia 2015a, 117). Por tal motivo, se ha planteado una definición teórica

capaz de incorporar los diversos elementos y actores de esta tendencia de uso sin sentido del derecho penal, y así surge el concepto de *punitividad*, el cual se define de la siguiente manera:

Fenómeno social en el que un agente social busca satisfacer sus intereses particulares a través de la instrumentalización del derecho penal aprovechándose de la consideración social que esta área del derecho tiene como herramienta principal y efectiva de solución de conflictos sociales que son causantes de preocupación colectiva. La instrumentalización del derecho penal se realiza mediante una propuesta de reforma normativa en dicho ámbito jurídico que se expone como idónea para hacer frente a un conflicto social determinado sobre el que existe alarma social como consecuencia de un cubrimiento informativo exagerado y permanente sobre su ocurrencia y de una identificación de los individuos como sus potenciales víctimas. Esta identificación se hace derivar de una persona que ha sido víctima de dicho conflicto social, que asume un estatus de ícono, o del colectivo en general. La propuesta de reforma normativa se caracteriza por la ausencia de una valoración científica sobre su idoneidad para la resolución del conflicto social que pretende enfrentar bajo una perspectiva de absoluta indiferencia hacia la evidencia existente o hacia su búsqueda u obtención valiéndose del injustificado reconocimiento social del que goza el derecho penal como mecanismo para hacer frente a conflictos sociales, prestigio que es usado para evitar la discusión sobre su incapacidad y la idoneidad de mecanismos jurídicos distintos o de herramientas extrajurídicas en tal labor. (Velandia 2015a, 103-104)

Así, la cuestión clave del asunto es que si bien los políticos han incidido en el aumento del campo de acción del derecho penal, ellos no han sido los únicos agentes sociales responsables al respecto; en efecto, víctimas de delitos, sus familiares y personas cercanas a ellas, asociaciones de víctimas, funcionarios públicos —nombrados o de elección popular— y agentes sociales en protección de sus intereses económicos han sido también actores recurrentes de propuestas de cambio normativo penal. Debido a lo anterior, se ha determinado que el concepto de *punitividad* arriba expuesto debe tener en cuenta los diversos intereses que se persiguen por parte de los agentes sociales que recurren al derecho penal, y por ello se parte de la existencia de cinco clases de ella:

- a. *Punitividad emocional*. Se da cuando el “actuar está determinado sobre todo por aspectos emocionales, deseos de venganza prioritariamente, sentimientos de dolor, tanto de la víctima del delito como de personas cercanas a ella, por lo general familiares, aunque el hecho de que se actúe

incitado por aspectos emocionales no es obstáculo para que se busque también obtener provechos personales”¹² (Velandia 2015a, 132).

- b. *Punitividad emocional asociativa*. “Donde agrupaciones de personas promueven reformas a la legislación penal de acuerdo a los asuntos que les atañan. Ejemplos de este tipo serían las organizaciones de mujeres que instan por punitivas más drásticas frente a comportamientos de violencia de género, movimientos ecologistas en relación con comportamientos en contra del medio ambiente, asociaciones de víctimas de delitos del terrorismo en lo que concierne a las penas por conductas de tal tipo, o de organizaciones de víctimas de accidentes de tráfico respecto de los homicidios y de las lesiones causadas por la conducción de vehículos automotores” (Velandia 2015a, 132). Lo que caracteriza a este tipo de punitividad y la diferencia de la *punitividad emocional* es que se procede en “representación de un colectivo de personas víctimas de cierto tipo de comportamiento delictivo, con lo que se persigue dar mayor relevancia social al delito del que se trate, presentándolo como un crimen que afecta a múltiples miembros de la sociedad” (Velandia 2015a, 133) y que, en consecuencia, no se trata de casos aislados, lo que aumenta la probabilidad de victimización.
- c. *Punitividad simbólica de gestión*. “Se da en situaciones donde la propuesta de reforma legal proviene de personas que desempeñan un cargo público no elegido popularmente, pero que tienen dentro de su ámbito de competencias el proponer reformas legislativas [...], con el propósito de demostrar idoneidad y capacidad de gestión en el cargo y no al de dar solución al conflicto social” (Velandia 2015a, 132).

12 Como ocurrió, *verbigracia*, en un famoso caso en España: Mary Luz Cortés, menor de 5 años que fue secuestrada, abusada sexualmente y asesinada por una persona que, al momento de la ocurrencia de los hechos, tenía una condena sin ejecutar por delitos sexuales en contra de su propia hija. Debido a lo sucedido en contra de su hija Mary Luz, Juan José Cortés empezó una campaña para el establecimiento de la pena de cadena perpetua para este tipo de conductas, lo que es una muestra de *punitividad emocional*, ya que es evidente que lo motivaban deseos de venganza, porque solo así se puede explicar por qué nunca había luchado por la cadena perpetua para casos anteriores al ocurrido a su hija. Sin embargo, luego Juan José Cortés buscó y obtuvo beneficios personales al convertirse en asesor del Partido Popular para la reforma del Código Penal, a pesar de su evidente falta de formación en cuestiones de política penal, pues tenía “estudios de informática, formación profesional de auxiliar de automoción, un diploma que lo acreditaba como animador sociocultural, estudios de fotografía, pastor evangélico y entrenador de fútbol”. Además, su nombre alcanzó a sonar como candidato al Congreso por el Partido Popular, pero el apoyo le fue retirado por verse involucrado en un tiroteo (Velandia 2015a, 130-131).

- d. *Punitividad económica*. “Se persigue por parte de agentes comerciales la búsqueda de beneficios económicos proponiendo reformas legales expansivas del derecho penal, bien para proteger de manera directa sus intereses económicos, o para obtener dichos beneficios mediante el apoderamiento de una situación generadora de conflicto social” (Velandia 2015a, 142). Ocurre en el caso de los periódicos y sus noticias de casos de criminalidad violenta con el máximo detalle narrativo y gráfico, como respuesta al interés social que este tipo de criminalidad despierta (Velandia 2015a, 143 y ss.), con el objetivo de vender más ejemplares y, además, aumentar las tarifas publicitarias.
- e. *Punitividad electoral*. “Los políticos buscan demostrar aptitud para ejercer un cargo con el fin último de obtener prestigio electoral y votos mediante la instrumentalización del derecho penal, aprovechándose de la consideración social que esta área del derecho tiene como herramienta principal y efectiva de solución de conflictos sociales que son causantes de preocupación colectiva”, a través de una “propuesta de reforma normativa en dicho ámbito jurídico, en una representación aparente de la opinión pública” (Velandia 2015a, 165). Asimismo, cualquier candidato que no asuma este tipo de postura, es presentado como uno “débil” y sin idoneidad para ser elegido.

Entonces, las clases de punitividad anteriormente expuestas son las que están contribuyendo decididamente en la configuración de la política penal en las sociedades contemporáneas, pero ello no es obstáculo para que surjan modalidades adicionales de punitividad, o sea, que la clasificación planteada no es limitativa. De todas maneras, debe destacarse el papel de primer lugar que tienen los medios de comunicación en la aparición de nuevas formas de punitividad: todas ellas tienen en común, como ya se había mencionado en la definición de punitividad, que “se trata de situaciones que gozan de amplia cobertura mediática”, o sea, sobre ellas hay un “constante y exagerado cubrimiento de situaciones generadores de conflicto social”, que incluso lleva a la distorsión de “los datos que se hacen públicos por parte de agencias estatales con responsabilidades en lo que concierne al delito” (Velandia 2015a, 142-143).

Por último, solo falta aclarar un aspecto en relación con el concepto de punitividad y sus clases y es aquel relacionado con el apoyo de la opinión pública: en algunos casos de punitividad, con especial preferencia en aquellos típicos de *punitividad electoral*, “se afirma la existencia de una actitud ciudadana punitiva que demanda mayor severidad en el derecho penal” (Velandia 2015a, 103). Sin embargo, “la actitud ciudadana punitiva no es equivalente a la punitividad, aquella puede estar o no presente en esta, pero no es uno de sus elementos y, por ende, su presencia no es requerida” (Velandia 2015a, 103). En efecto, las actitudes ciudadanas pueden definirse de este modo:

Un acervo diverso y modificable de opiniones sobre un conflicto social y la forma de enfrentarlo. Hablaremos de *actitudes ciudadanas punitivas* cuando se esté en presencia de una tendencia identificable a considerar al ámbito jurídico, específicamente al derecho penal, como instrumento idóneo de solución de conflictos sociales. Entonces, las actitudes ciudadanas punitivas son un fenómeno social determinado por aspectos emocionales de apoyo irrazonable al aumento cualitativo y/o cuantitativo del derecho penal, intermitentes, de duración imprecisa y cuya aparición no puede ser condicionada irremediamente a una relación de causa-efecto en relación con un conflicto social incluso de naturaleza grave. La irrazonabilidad y la indeterminación de todas las características de las actitudes ciudadanas punitivas, es decir, su intermitencia, durabilidad y causalidad, son consecuencia de la motivación emocional que ellas involucran en los ciudadanos que las manifiestan, lo que imposibilita poder establecer parámetros objetivos sobre los diversos elementos que las integran. De tal suerte, la existencia de actitudes ciudadanas punitivas y sus causas deben ser establecidas en casos concretos y, por ende, las afirmaciones o negaciones generales sobre su existencia y causas carecen de fundamento. [...] La *punitividad* no puede ser circunscrita a la opinión de la ciudadanía sobre el derecho penal, toda vez que aquella involucra un concepto distinto al supuesto sentir colectivo. Justamente, las *actitudes ciudadanas punitivas* no hacen parte del concepto de *punitividad*, su presencia no se requiere, aunque es recomendable contar con ellas con el fin de facilitar el tránsito de la propuesta de reforma hasta su aprobación por el órgano legislativo. (Velandia 2015a, 111)

Lo anterior se inscribe en la idea de que tal propuesta cuenta con una legitimación social; por tanto, en conclusión puede señalarse:

No existe una tendencia de las sociedades a ser punitivas sino que algunos de los actores sociales que las integran, en la búsqueda de la satisfacción de intereses per-

•Populismo penal vs. punitividad•

sonales, proponen reformas normativas que consisten en la expansión irracional del campo de acción del Derecho Penal, fenómeno que hemos denominado como *punitividad*. Así mismo, en las sociedades aparecen manifestaciones sociales de reclamos de medidas penales o de apoyo a estas a las que hemos nombrado *actitudes ciudadanas punitivas*. (Velandia 2015a, 111)

Debe aclararse que no se parte aquí de una posición estática del derecho y, por ende, del derecho penal, pues es claro que el derecho está en proceso de permanente transformación para responder a las necesidades sociales, entendidas como de convivencia pacífica de los ciudadanos, pero con el respeto de su condición y dignidad; es decir, existe un derecho penal liberal y democrático. Por tal motivo, no son aceptables propuestas de reforma normativa penal que buscan desconocer los avances en el respeto de los derechos de los ciudadanos y de su dignidad como seres humanos, en aras de satisfacer intereses individuales.

Finalmente, la punitividad, en sus distintas clases, y las actitudes ciudadanas punitivas constituyen los conceptos teóricos con los que se plantea y asume una posición sobre los problemas nominativo y conceptual expuestos, y son los instrumentos de análisis de las leyes 1761 de 2015 y 1773 de 2016. Además, es pertinente mencionar que la punitividad tiene un fin esclarecedor de vital importancia, a saber:

Precisar por quién y por qué se busca el cambio normativo, para ayudar a determinar si se trata de una propuesta de reforma sustentada en juicios de idoneidad y eficacia en la búsqueda del bien común o si se trata, por el contrario, de la satisfacción de intereses privados. (Velandia 2015a, 111)

Entonces, se procederá al estudio de la Ley 1761 de 2015, con el propósito de determinar si se trata o no de una manifestación de alguna de las clases de punitividad expuestas y, en consecuencia, identificar su impacto en la política penal colombiana.