

El derecho penal: de las ideas liberales a la manipulación electoral

Criminal law: from liberal ideas
to electoral manipulation

Joao Alejandro Saavedra García*

Resumen

La legislación penal, debido a la gravedad de sus prescripciones, debe surgir de análisis reflexivos, incluyentes y fundamentados en una seria y responsable discusión de su conveniencia, que favorezca la adopción de disposiciones sensatas. Infortunadamente, esta situación es completamente contraria a lo que sucede en la realidad, pues las medidas punitivas son tomadas por comités de acción y consejeros políticos, impulsados por la sed de venganza, los intereses electorales y el aprovechamiento del constante estado de zozobra en el que se encuentra la ciudadanía. Por tales razones, reiteradamente se sancionan leyes penales populistas y politizadas que tienen como objetivo la represión y el ocultamiento de los problemas sociales; circunstancia que coloca los intereses de unos pocos por encima de los de la mayoría y que, a su vez, sacrifica la función instrumental del derecho penal para darle una meramente simbólica.

Palabras clave

“función simbólica”, “populismo punitivo”, miedo, política, democracia, penas, prisión, derecho penal.

* Estudiante Escuela de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Abstract

Criminal law, due to the severity of its prescriptions, must arise from thoughtful and inclusive analysis, and based on a serious and responsible discussion of its convenience, to promote the adoption of wise provisions. Unfortunately, this situation is completely contrary to what happens in reality, as punitive measures are taken by action committees and political advisers, driven by thirst for revenge, the electoral interests and the use of the constant state of anxiety of citizens. For these reasons, are repeatedly promulgated populist and politicized criminal laws that aim at repression and concealment of social problems; circumstance that places the interests of the few over the majority and that, in turn, sacrifices instrumental function of criminal law to give it a merely symbolic function.

Key words

Symbolic function, punitive populism, fear, policy, democracy, penalties, prison, criminal law.

Introducción

La realidad social de Colombia es desalentadora, altos índices de criminalidad, corrupción a gran escala, muchos ciudadanos olvidados y crisis sociales crecientes y al parecer, irremediables que afectan de manera reiterada a la población más vulnerable. Frente a esta situación el Estado toma medidas populistas y politizadas que buscan reprimir, mas no solucionar los problemas que afectan a la sociedad, mandatos que se apoyan en la manipulación mediática y las profundas desigualdades e injusticias sociales. Este texto abordará el tema del populismo punitivo desde tres ópticas: en la primera se definirá el concepto y cómo es el proceso para la adopción de leyes penales; en la segunda parte se hará referencia al modo de actuar de los populistas punitivos desde el discurso que los legitima, y por último se hablará de algunas consecuencias que genera este modelo para un Estado.

El populismo punitivo y el proceso de legislación penal

El populismo punitivo busca volverse más severo contra el crimen, da un papel protagónico a las víctimas y propone medidas populistas y politizadas, con el objetivo de hacerle frente al delito liderando la adopción de leyes penales. Estas medidas son populistas porque privilegian la opinión pública por encima de las visiones de expertos y elites profesionales. Son politizadas, al ser formuladas por comités de acción y consejeros políticos en vez de haber sido propuestas por investigadores y académicos (Gargarella, 2008, p. 86). Quienes lo ejercen se aprovechan de su poder en una sociedad, para promover iniciativas legislativas que buscan la imposición de penas más severas y el aumento de los tipos penales. Los populistas punitivos se caracterizan por mantener un discurso emocional, ampliamente difundido por los medios de comunicación, los cuales son sus grandes aliados, discurso que genera en los espectadores una reacción positiva a la iniciativa presentada. Estas propuestas son vendidas como la panacea, la solución a los conflictos que afectan a la población.

La creación de medidas punitivas, inicia con el éxito que tiene un agente público al acreditar una disfunción social¹, que requiere intervención penal (Diez, 2003, p. 20). Este agente aporta datos reales o ficticios que permiten elevar la discusión, de la aparente disfunción, a ámbitos comunicacionales relevantes (2003, p. 21); el desajuste debe despertar la atención social, con temas que toquen los sentimientos de la sociedad y que puedan verse como amenazas directas o cercanas a esta. El objetivo es la inclusión de la disfunción colectiva en la agenda temática y la apertura

¹ Entiéndase por esta –como lo plantea Diez Ropollés– una falta de relación entre una situación social y económica y la respuesta, o falta de respuesta, que le da un subsistema jurídico, en este caso el derecho penal.

de la posibilidad que el sistema penal pueda modificarse para atender a la nueva realidad socioeconómica (2003, p. 23).

Posteriormente, se pretende la estabilización cognitiva de la disfunción en la sociedad y una involucración emocional de la población (2003, p. 23), generándose, así, preocupación por los delitos y la delincuencia; el miedo creado se vincula estrechamente con las actitudes punitivas (2003, p. 24) presentes en una determinada sociedad². Este miedo al delito lleva a la formación de una concepción político-criminal de intervención masiva del poder punitivo. La etapa prelegislativa termina cuando hay una estabilización del miedo al delito.

Luego de surtidas las anteriores fases, los medios de comunicación entran a jugar un papel trascendental, ya que después de haber prestado una especial atención al problema social y haberle dado un trato sensacionalista, se convierten en abanderados de la causa y adalides de la reacción que el Estado debe tener ante esta situación que afecta a la población, Circunstancia que genera una doble victimización: en primer lugar por el acontecimiento perturbador, (la situación que vulnera los derechos individuales o colectivos), y en segundo lugar, por el terrorismo de la información que abona el camino para la expedición de normas de emergencia (Martínez, 1995, p. 49). Cumpliendo, así, su cometido de “regalarnos miedo para vendernos seguridad”. Con el devenir de este proceso aparece la opinión pública, la opinión de unos expertos que pueden imponer su sentir por encima del de la sociedad (Diez, 2003, p. 29); son ellos quienes sientan las bases de la intervención penal que debe presentarse para hacerle frente al problema, convirtiendo a la población civil en una aliada fundamental para el impulso de los proyectos punitivos.

Por último, las fuertes presiones llevadas a cabo en los ámbitos de discusión más relevantes de la sociedad, genera la tan esperada respuesta del Estado con un proyecto de ley que pretenda aumentar penas y tipificar nuevas conductas penales, para que posteriormente sea aprobado en el Congreso y genere dividendos políticos a los representantes que apoyaron y lideraron esta propuesta.

La actuación de los populistas punitivos

El poder de la mayoría es la máxima expresión de la democracia, pero no es la única, el derecho penal es tal vez una de las áreas que más lejos está o que más lejos debería estar del poder de la mayoría, puesto que si fuera la democracia política el medio para formular las directrices de este terrible poder –como lo llamó Montesquieu–, muy seguramente tendríamos un derecho penal máximo,

² Según Diez Ripollés, las actitudes punitivas se refieren a la opinión de los miembros de una sociedad, sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesarios.

carente de límites y garantías (Ferrajoli, 2006, p. 7). Esto debido a que la gente del común considera al poder punitivo como un mecanismo de control social que eficientemente garantizará su seguridad y sus derechos, por tal razón exigen mano dura contra el crimen. Esta afirmación demuestra lo escrito por Bobbio, “la batalla por el garantismo penal ha sido una batalla de la minoría”. La legislación penal se ha desarrollado en Colombia de modo coyuntural³, cada vez que se presenta de manera más o menos reiterada una situación que afecta a un determinado grupo de personas y que por lo general no es más que una muestra de crisis social, se toman medidas desesperadas, y una de las más comunes es la huida al derecho penal, el Estado pretende solucionar los males o problemas sociales con la pena (Fernández, 1994, p. 101), privilegiando los clamores populares convirtiéndolos en determinadores de la acción estatal, y entregándole supremacía a la mayoría permitiendo que esta decida, incluso sobre lo indecible, como lo son los derechos fundamentales⁴.

El accionar de los populistas, apoyados por el abuso de la democracia política, se justifica con el discurso tradicional de que el hombre es egoísta *per se*, que calcula paso a paso y busca la manera de sacar provecho y hacerle el quite a las normas, vendiendo, a su vez, la idea que el ser humano funciona solo con la extorsión económica, la amenaza penal, la desconfianza y la lógica bruta del castigo (Gargarella, 2008, p. 235) desconociendo las motivaciones colectivas que llevan al ser humano a vivir en comunidad. Bajo esta postura es válida la actuación penal, desmedida y muchas veces irracional, en donde la sed de venganza prevalece por encima de la dignidad del ser humano, una clara muestra es la concepción de que todo lo que se hace por los victimarios (como los tratamientos humanitarios) es visto como ofensivo para las víctimas (Gargarella, 2008, p. 87), disminuyendo con esto, las garantías y aumentando los tratos crueles. El desarrollo del populismo punitivo hace cada vez más básicas las exigencias para la formulación de las leyes penales, presentándolas como la respuesta que la población mayoritaria espera de sus representantes, además de que las consideran democráticas e incluyentes al ser ampliamente apoyadas por el pueblo, la clase política da una respuesta simbólica a los problemas estructurales, evade su solución y entrega a la sociedad una ilusión de certeza y consenso (Martínez, 1995, p. 46).

Los neopunitivistas, como también se denominan, generan una idea errónea de la democracia deliberativa y la reducen a ocasionales encuestas de opinión, se aprovechan de las marcadas desigualdades sociales y se alimentan de procesos de

³ Aunque esta afirmación no significa que sea un caso endémico colombiano, puesto que en diferentes países del mundo el fenómeno es también bastante común.

⁴ Según la concepción de Ferrajoli, los derechos fundamentales, en especial la libertad y la igualdad del hombre son elementos indecibles que la democracia constitucional resguarda celosamente de la democracia política.

comunicación pública que dependen del dinero; es así como definen el accionar del Estado para contrarrestar el delito, con medidas cada vez más represivas y penas más selectivas, porque por lo general quienes deben purgar castigos más severos son pobres que han victimizado a otros pobres.

El populismo punitivo observa las disfunciones sociales como eventos criminalizados, le atribuye superpoderes a la capacidad disuasiva de la pena, y le otorga la facultad de solucionar los problemas estructurales del pueblo, reduciendo, con esto, la política criminal a una mera política penal (Martínez, 1995, p. 25) de intervención masiva del poder punitivo, buscando reprimir y esconder los problemas sociales para no solucionarlos (Martínez, 1995, p. 37). Esta situación genera que el derecho penal se preocupe por castigar, mas no por solucionar o neutralizar el conflicto (Larrauri, 2006, p. 72).

Consecuencias del populismo punitivo

La utilización del derecho penal como trampolín político genera terribles consecuencias tanto para esta área del derecho como para la sociedad. La consecuencia más grave es el sacrificio de la función instrumental del derecho penal –que para Ferrajoli es la prevención y minimización de los delitos y la prevención de reacciones informales frente a las transgresiones de la ley penal (Ferrajoli, 2006, p.5)– para darle una función meramente simbólica, en donde prepondera la legitimación del Estado, en cuanto este trata no de incidir en la realidad social, sino de modificar la idea que los individuos tienen de esta realidad (Ferrajoli, 2006, p.110). Los conflictos sociales quedan incólumes mientras los políticos tratan de tranquilizar a la ciudadanía y de garantizar su apoyo en las próximas elecciones.

En un Estado donde las conductas que requieren reproche penal van en aumento, en donde legislatura tras legislatura el código penal aumenta de volumen, y donde las leyes penales son cada vez más indeterminadas, la justicia se vuelve ineficaz y no responde a las necesidades de la sociedad, que exige respuestas contundentes contra las acciones que vulneran sus derechos, pero el derecho penal máximo que se implanta por medio de la utilización masiva del poder punitivo es incapaz de responder a sus obligaciones y observa impotente como los inocentes purgan largas condenas y los culpables gozan de libertad, alentando con esto, las respuestas privadas al crimen, es decir, induciendo a las víctimas a tomar justicia por propia mano.

Los populistas punitivos en su afán de mostrar resultados y con el deseo de generar una impresión de tranquilidad a la sociedad, por medio de inflación legislativa, producen gran indeterminación en las leyes penales, prescribiendo tipos muy amplios, aumentando los tipos penales en blanco y especializando los delitos.

Abriendo, con esto, un amplio campo de discrecionalidad al juez (Ferrajoli, 2006, p.92), desconociendo los principios del derecho penal liberal, más concretamente, el principio de legalidad, dictando normas de emergencia y permitiendo, en muchas ocasiones, una judicialización selectiva y discriminatoria.

Con el discurso de mano dura contra el crimen, se aumenta la utilización de la cárcel como medio de represión, incrementando el número de personas privadas de su libertad debido a la aplicación de sentencias más estrictas y penas más severas (Gargarella, 2008, p. 88), que implican mayor dificultad para que los procesados puedan acceder a beneficios jurídicos que les permita una disminución en la condena o un cumplimiento condicional de esta, sepultando, así, el derecho premial. Este discurso, que ha sido tan exitoso, presume erróneamente que el único modo de reprochar a alguien que ha transgredido las leyes es el castigo, que el único castigo significativo es la privación de la libertad y que la única forma de privación de la libertad es la cárcel (Ferrajoli, 2006, p. 262); produciendo, con esto, gran hacinamiento en los penales, socavando los derechos fundamentales de los reclusos, y convirtiendo la prisión en centro criminógeno (Martínez, 1995, p. 27). Esta situación, a su vez, genera un aumento sustancial en los programas de construcción de cárceles, dándole prioridad a esta clase de proyectos, abandonando en muchos casos, las políticas sociales que son en realidad el modo más idóneo para aliviar los problemas que aquejan a la sociedad.

A manera de conclusión se puede decir que el populismo punitivo como medio para la formulación de leyes penales, pone por encima del beneficio general, los intereses de una clase política que se aprovecha de los problemas sociales para ganar dividendos electorales, brindando respuestas simbólicas a las crisis sociales que enfrenta el pueblo, manteniendo a este en un constante estado de inseguridad y miedo, que abre, aun más, el campo de acción de los populistas punitivos, quienes tienen una visión del Estado a corto plazo y buscan medidas instantáneas y presuntamente mágicas. Estos dirigentes prefieren ser politiqueros a convertirse en estadistas, puesto que, como dijo Churchill “el político se convierte en estadista cuando comienza a pensar en las próximas generaciones, no en las próximas elecciones”.

La solución a los problemas sociales está mucho más allá de los discursos emocionales y de las legislaciones penales superpoderosas, se encuentra alejada de ese fetichismo de la ley, y es contraria a las medidas instantáneas y a los liderazgos mesiánicos, la solución está en la construcción de una verdadera política criminal que amplíe el abanico de posibles respuestas al fenómeno de la delincuencia y no las restrinja a la simple respuesta punitiva, construyendo así, una mejor nación. Porque, según Rousseau, “en un Estado bien gobernado hay pocos castigos, no porque se perdone mucho sino porque hay pocos criminales”.

Referencias

- Diez, J. L. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta.
- Fernández, J. (1994). *Concepto y límites del derecho penal*. (2ª Ed.). Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (2006). En *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Gargarella, R (2008). *De la injusticia penal a justicia social*. Bogotá. Siglo del Hombre.
- Larrauri, E. (2006). En *Garantismo y derecho penal*. Bogotá. Temis.
- Martínez, M. (1995). *Estado de derecho y política criminal*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Sotomayor, J. O. (2006). *Garantismo y derecho penal*. Bogotá: Temis.