

La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano*

The limited capacity of punitive populism as a tool for the interpretation of the Colombian criminal system

A capacidade limitada do conceito de populismo punitivo como ferramenta da interpretação do sistema penal Colombiano

FECHA DE RECEPCIÓN: 2016/05/04 FECHA CONCEPTO EVALUACIÓN: 2016/06/09 FECHA DE APROBACIÓN: 2016/08/25

Fernando León Tamayo Arboleda

Magíster en Derecho Penal.
Asistente de docencia, Universidad de los Andes,
Bogotá, D. C., Colombia.
fernandoleontamayo@hotmail.com
Fl.tamayo10@uniandes.edu.co

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo: Tamayo, F. L. (2016). La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano. *Revista Criminalidad*, 58 (3): 21-35.

RESUMEN

En los intentos por explicar la evolución reciente en la configuración de los sistemas de castigo penal y el reformismo que en esta materia se ha presentado en diversos países del hemisferio occidental, se ha propuesto el concepto de *populismo punitivo* como herramienta analítica. Sin embargo, su capacidad explicativa parece reducida desde el punto de vista teórico, debido a la dificultad para su determinación y diferenciación de otros conceptos, así como desde el punto de vista práctico, por su insuficiencia para explicar las tendencias recientes en materia de castigo. Por ello, el presente artículo busca problematizar

la capacidad analítica que brinda el concepto de populismo punitivo, a partir de un análisis teórico contrastado con las recientes tendencias políticas en Colombia y las reformas penales que mayor impacto han tenido desde la implementación del Código Penal vigente. A partir de lo anterior, se concluye que el concepto de *populismo punitivo* no representa una novedad frente a otros conceptos previamente utilizados en Colombia, y que su formulación tiene una limitada capacidad para explicar la política criminal en el país.

PALABRAS CLAVE

Criminología, castigo, reforma penal, política criminal, derecho penal (fuente: Tesauro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

* El presente artículo hace parte del proceso de formación doctoral del autor en la Universidad de los Andes. La financiación para la realización de la investigación está dada por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e innovación colombiano (Colciencias), en el marco de su programa de formación de doctores en el ámbito nacional.

ABSTRACT

In the different attempts leading to explain the recent evolution taking place in the shaping of criminal punishment systems and the reformism concerning this matter currently exhibited in several Western Hemisphere countries, the so-called *punitive populism* concept as an analytical tool has been proposed. However, its explanatory capacity seems to be reduced from a theoretical point of view by reason of its difficult determination and differentiation of other concepts, as well as from the practical standpoint due to its insufficiency in explaining the recent trends concerning the idea of punishment. For this

reason, this article is aimed at problematizing the analytic ability offered the punitive populism concept from a theoretical analysis in contrast with the most recent policies in Colombia and the criminal reforms with the sharpest impact since the implementation of the present Criminal Code in force.

From the foregoing it can be concluded that the *punitive populism* concept does not imply something new as compared with other ideas previously used in Colombia, and that its formulation capacity is poor in explaining the country's criminal policy.

KEY WORDS

Criminology, punishment, criminal reform, criminal policy, criminal law (Source: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

RESUMO

Nas tentativas de explicar a evolução recente na configuração dos sistemas da punição penal e do reformismo que nesta matéria apareceu em diversos países do hemisfério ocidental, tem se proposto o conceito de *populismo punitivo* como ferramenta analítica. Não obstante, sua capacidade explicativa parece reduzida do ponto de vista teórico, devido à dificuldade para sua determinação e diferenciação de outros conceitos, também do ponto de vista prático, por sua insuficiência para explicar as tendências recentes na matéria da

punição. Por isso, esse artigo procura problematizar a capacidade analítica que oferece o conceito de populismo punitivo, de uma análise teórica contrastada com as tendências políticas recentes em Colômbia e as reformas penais que têm um maior impacto da implementação do Código Penal vigente. Com base no exposto, conclui-se que o conceito de *populismo punitivo* não representa uma novidade perante outros conceitos previamente utilizados na Colômbia, e que sua formulação tem uma capacidade limitada para explicar a política criminal no país.

PALAVRAS-CHAVE

Criminologia, punição, reforma penal, política criminosa, direito penal (fonte: Tesouro de política criminal latinoamericana - ILANUD).

Introducción

Desde los estudios de Elias (2011) y Garland (2006) se ha presentado en la criminología, la sociología del castigo y el Derecho Penal, un renovado interés por las sensibilidades en el castigo, retomando una línea de argumentación que parecía cerrada desde las obras de Durkheim (1969) y Malinowski (1971). En los intentos por comprender dicha relación han abundado estudios sobre el papel de la opinión pública, de los medios de comunicación y de la relación entre el estado actual del sistema punitivo y las creencias sociales. Estos estudios arrojaron el concepto

de punitivismo populista (*populist punitiveness*) que posteriormente pasaría a ser el concepto hoy conocido como populismo punitivo (*penal populism*).

El populismo punitivo, desde su nacimiento en la obra de Bottoms (1995), ha sido objeto de diferentes estudios y su contenido conceptual dibujado y desdibujado; sin embargo, más allá de esto, el concepto se ha insertado en el vocabulario estándar al referirse a los sistemas punitivos y el castigo en las sociedades contemporáneas, y, con ello, en el imaginario del discurso científico como una receta casi obligada para entender el castigo en la

sociedad contemporánea. Sin embargo, los problemas teóricos que el concepto enfrenta, dada su falta de diferenciación de viejas herramientas de interpretación (como el eficientismo penal o el Derecho Penal del enemigo), su falta de caracterización precisa por parte de los autores que lo han propuesto y su falta de “novedad”; así como los problemas prácticos derivados de la aplicación de un concepto teóricamente incompleto y su trasplante a países con realidades distintas a las sociedades occidentales que experimentan un cambio o radicalización en las estructuras básicas de la modernidad, en las cuales se ha utilizado el concepto como herramienta analítica, implica una dificultad relevante para el uso del mismo lo que lleva a su deformación y oscurecimiento lo que, de la mano con su popularidad, ha obnubilado las lecturas sobre el castigo en sociedades como la colombiana.

Ante esta situación, el artículo presenta una crítica al concepto de *populismo punitivo* y muestra las falencias teóricas y prácticas del mismo para entender la realidad del castigo en Colombia, y que lleva, no a descartar el estudio de las relaciones entre sensibilidades y castigo, sino a buscar una herramienta analítica que contribuye más a complicar y/u oscurecer la comprensión de realidades, que a facilitar una interpretación adecuada de las mismas.

Para lo anterior se ha llevado a cabo un estudio de caso de las recientes reformas penales en Colombia, para intentar interpretarlas usando el concepto de *populismo punitivo*. Para ello, se han analizado la totalidad de las reformas penales y procesal penales en vigencia de las leyes 599 de 2000 (Código Penal) y 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) y más tarde seleccionado aquellas que más impacto han tenido en el sistema carcelario colombiano, concretamente, las que reforman o intervienen de alguna manera los delitos de mayor ‘prisionización’ en el país, según las estadísticas carcelarias otorgadas por el INPEC¹. Asimismo, se utilizaron como casos secundarios, a efectos de comparación, las reformas previas acaecidas en vigencia de Códigos Penales y Procesal Penales anteriores.

Una vez realizado lo anterior, se plantearon las siguientes preguntas: ¿Qué situaciones han contribuido a generar la ampliación reciente del Derecho Penal en Colombia? ¿Es acaso un deseo

general por castigar? ¿Son las estrategias políticas que usan el castigo como bandera electoral? ¿Es el conflicto armado el motor de las nuevas reformas? ¿Es el impacto de teorías conservadoras sobre la necesidad de controlar la sociedad usando la seguridad y el Derecho Penal como herramienta? ¿Es una persecución política intencionada contra las clases más pobres? ¿Es fruto de los cambios que ha traído consigo la modernidad tardía? Ante la amplitud de dichos interrogantes, se optó por analizar de forma exclusiva la capacidad explicativa del concepto de *populismo punitivo*, limitándose entonces por problematizar la capacidad del concepto para explicar la orientación de las reformas penales escogidas.

Ello se deriva de un interés particular: al ver la cantidad y calidad de las reformas recientes existe una tentación, común en la academia, la jurisprudencia, la política y los medios de comunicación, de acusar la existencia de un “populismo punitivo”. Ello resulta atractivo por lo pegadizo del término, por el camino académico y mediático del mismo y porque explicar la situación del sistema penal a partir de una simplificación, bien de las sensibilidades de la mayoría de la población que claman la imposición de penas más duras o de los réditos electorales que los políticos pueden derivar de la promoción de la seguridad y el castigo en una sociedad caracterizada por el miedo, resulta seductor para ordenar una realidad compleja.

Para analizar dicha situación, el presente texto se encuentra dividido en tres acápites; inicialmente, un estudio sobre las relaciones entre sensibilidades y Derecho Penal y sus capacidades de contribución al entendimiento del castigo en las sociedades contemporáneas. El segundo, una descripción y análisis crítico de los conceptos de populismo punitivo ofrecidos por teóricos extranjeros y locales. Finalmente, un análisis de la capacidad del populismo punitivo para explicar las recientes reformas penales en Colombia².

Sensibilidades, populismo punitivo y castigo

La idea de populismo punitivo está usualmente asociada con las sensibilidades frente al crimen³: con el

1 De la catarata de reformas penales sucedidas en Colombia durante la vigencia de los actuales Código Penal y Procesal Penal, se escogieron las leyes 890 de 2004, 1098 de 2006, 1142 de 2007, 1236 de 2008 y 1453 de 2011, por ser estas las leyes con mayor impacto en las cifras carcelarias. Asimismo, en lo referente a las leyes 890, 1142 y 1453 por representar las reformas más amplias a los Códigos Penal y Procesal Penal.

2 Es este el momento para indicar que el presente artículo hace parte de una investigación más amplia sobre la capacidad explicativa de las teorías foráneas en el contexto colombiano; así como de la investigación doctoral del autor sobre el control social contemporáneo en la ciudad de Bogotá.

3 Un concepto bastante adecuado de lo que se entiende por sensibilidades es el ofrecido por Tonry, quien afirma: “sensibilities are time –and place– bound ways of thinking that include ideas and express values that are widely shared and little questioned” (2004: 70).

miedo, el deseo de venganza, la despreocupación por el “otro” o la necesidad de asegurar las certezas ante la inseguridad de la sociedad, matriculándose en una visión en la cual el castigo es la mejor forma para conservar esa conciencia colectiva que mantiene amalgamada la sociedad⁴. Sin embargo, la vinculación entre populismo punitivo y sensibilidades aún no aporta nada sobre sus formas específicas de aparición ni sobre su definición teórica. Decir que las penas suben porque las sensibilidades sociales así lo exigen es simplificar el impacto que estas pueden tener sobre aquellas (Uribe Barrera, 2013; Varona Gómez, 2014).

Que el delito y el castigo generan pasiones no es algo novedoso. La frecuente equiparación del castigo con la venganza⁵ permite observar este fenómeno. Esta es solo la punta del iceberg de las relaciones entre sensibilidades y castigo: el miedo a ser víctima de un delito o la rabia por haberlo sido, el deseo de venganza hacia quien nos priva injustamente de un bien, el asco frente a la ejecución de la pena capital o el disfrute del dolor ajeno en el mismo hecho, son algunos de los múltiples rostros de esta relación.

Para la teoría jurídica las emociones siempre se han representado al margen. El ideario del Derecho Penal liberal, fundado en la acción antes que en el sujeto, ha buscado precisamente excluir las emociones del concepto de delito. Los sentimientos han sido relegados a una idea de culpabilidad que puede utilizarse como herramienta de exculpación de la responsabilidad penal pero que, incluso cuando reconoce que las pasiones del sujeto pueden llevarlo a no ser responsable de su conducta desviada, siguen manteniendo la idea de un injusto que una vez realizado solo en situaciones excepcionales puede ser exculpado. Es decir, los sentimientos son para el Derecho Penal, sin más, una excepción a la regla: los ciudadanos son responsables de sus conductas injustas. Siendo esto así, no sorprende que las emociones no desempeñen un papel en la teoría del injusto liberal que se pretende abstracta, equitativa y objetiva.

Otro destino parece tener las emociones en las lecturas sociológicas y criminológicas del delito. A pesar de que los estudios del delito entre la posguerra y la caída del muro de Berlín desplazaron el papel de las emociones frente al delito, la propuesta de David Garland (2006) llegó para dar un giro radical a

esta cuestión. En su propuesta teórica para la lectura de las sociedades contemporáneas, el autor retoma la obra de Norbert Elias (2011) sobre el proceso de la civilización, para mostrar cómo los sentimientos de las personas pueden determinar o explicar las formas de castigo características en una sociedad. También Garland retomaría esta perspectiva teórica en su estudio sobre la cultura del castigo en la modernidad tardía (2002), la cual abrió una amplia gama de investigaciones sobre las relaciones entre sensibilidades y castigo, entre los que destacan la obras de Bottoms (Bottoms, 1995); Pratt, (2000, 2007; Roberts, Stalans, Indermaur & Mike, 2003; Tonry, 2004; Simon, 2011).

A partir de estas obras se intenta descargar los elementos negativos que la teoría penal había adjudicado a la presencia de las emociones en el sistema penal, para buscar una descripción de la forma en que aquellas impactan en este, proponiendo, antes que proferir juicios de valor sobre dicha relación –aunque no sin dejar de hacerlo–, describir la forma en que coexisten ambas realidades. A partir de allí, expresiones como: populismo punitivo, gobernar a través del delito, miedo al delito, castigos emotivos, punitivismo y otros tantos, han hecho carrera para explicar la relación entre sensibilidades y castigo.

Más allá de la conveniencia o no de aquellos términos y las reflexiones teóricas que representan, estas investigaciones han llegado para redescubrir algo que parecía obvio y, empero, estaba olvidado: el papel de las emociones en el castigo penal. A pesar de dicha “revelación”, los estudios sobre las relaciones entre sensibilidades y castigo también mostraron la complejidad que tiene teorizar dicha situación, pues, por obvio que pueda resultar que el ofendido por un delito puede eventualmente encontrar sentimientos de ira frente a su ofensor, y ello pueda derivar en un ardor de venganza frente a este, esto no pasa de ser una reflexión de sentido común. Sin embargo, medir emociones es mucho más complicado, así como relacionarlas con el castigo.

Esta complejidad del análisis de la relación entre emociones y Derecho Penal fue puesta de presente por Garland, para quien las emociones son una de las múltiples herramientas para leer la realidad del castigo en las sociedades modernas, junto con la solidaridad social –que en cierta forma esta mediada también por las emociones–, la economía política del castigo, las tecnologías del poder y la racionalización del castigo (Garland, 2006). En esta dinámica, las emociones, aunque necesarias, representan una lectura parcial del castigo que debe ser complementada.

4 Esta sería la propuesta teórica de Durkheim. Al respecto (Durkheim, 1969; Garland, 2006: 39-65).

5 Esta perspectiva es sostenida por diferentes autores desde diferentes perspectivas. Entre otros, (Nietzsche, 2013: 92-95; Ferrajoli, 2011: 253-258; Mead, 1997).

Así las cosas, el análisis de los sentimientos de las víctimas frente al delito, del infractor ante su propio acto, de la sociedad ante la información de las tasas delictivas, de los jueces al momento de proferir sentencias, entre muchas otras realidades, es básico para entender el funcionamiento de la institución social del castigo, su configuración cultural y los impactos de las sensibilidades en el diseño de las políticas penales. Renunciar a la lectura de las sensibilidades es un camino que privilegia una visión tecnificada de realidades viscerales, que pretende el delito y el castigo como realidades neutras, lo cual conlleva olvidar que estos son una construcción social en la que la sola presencia del castigo como respuesta al delito muestra lo emotivo del manejo social de la desviación criminal.

Privilegiar la descripción sobre la valoración no necesariamente conlleva una actitud acrítica. Así como resulta posible atribuir a las emociones un valor positivo o negativo, tal como lo hacen algunas teorías liberales del delito que reconocen la presencia de emociones otorgándoles una valoración negativa por su papel de ampliación del poder punitivo del Estado⁶, o algunos estudios sociológicos que les adjudican un valor positivo como mecanismo de cohesión social en torno al castigo⁷, también es posible pensar las emociones desde la descripción de sus relaciones con el delito y el castigo, más aún, entendiendo que esta labor es, en sí misma, política.

Es precisamente en el marco de esta interpretación compleja, entre descripción y valoración, que las lecturas sobre las relaciones entre sensibilidades y delito se han posicionado en los estudios contemporáneos sobre el castigo. Textos como los de Pratt (2007) y Simon (2011) se preocupan por una descripción exhaustiva de la realidad y por un intento de comprender las particularidades de las relaciones entre sensibilidades y castigo, pero sin dejar de lado un elemento valorativo sobre la conveniencia de la forma en que dicha relación se ha venido estructurando y la forma de mantenerla o reformarla.

Para avanzar en la tarea de comprensión de la realidad, es necesario primero pensar la forma específica en la que las emociones se relacionan con el castigo en la época contemporánea. Ello en la

medida en que, siendo el delito y el castigo construcciones sociales, las interacciones individuales y colectivas dependerán de la sociedad concreta en que se estudie la relación. Precisamente, los intentos mencionados (populismo punitivo, gobernar a través del delito, etc.), buscan comprender la forma específica en que las sensibilidades y el castigo se relacionan en la actualidad. Para estos estudios sobre las relaciones entre sensibilidades y Derecho Penal, las características específicas de las sociedades contemporáneas determinan una forma de convivencia de las emociones y el castigo: el incremento de la inseguridad ontológica (Giddens, 1994: 125-128), la volatilidad de las estructuras sociales (Bauman, 2006; 2015), el acceso permanente a la información (Garland, 2002; 85-87), entre otras cuestiones, configuran la forma en que individual y colectivamente se “siente” frente al castigo.

En efecto, la idea de populismo punitivo busca explicar una relación única entre sensibilidades y castigo, presente en el último cuarto del siglo XX y comienzos del XXI, y ofrecer una mirada de ruptura en la que el concepto se propone como algo “nuevo”, algo nunca experimentado y, por ello, para entenderlo sería necesario estudiar las condiciones específicas de la sociedad actual frente a otros periodos, lo que permitiría construir una relación específica entre emociones y castigo en la sociedad contemporánea.

El análisis del castigo desde el populismo punitivo

La idea de populismo punitivo ha venido creciendo como explicación de la expansión del aparato penal. Ante cada reforma que amplía penas, crea nuevos delitos, flexibiliza las condiciones de enjuiciamiento penal, amplía la potestad policiva o endurece la ejecución penal, se cae permanentemente en la tentación de señalar al populismo punitivo como causa. Desde luego, el peso del eslogan “populismo punitivo” y su falta de contenido definido lo hace un recurso de fácil acceso para presentar críticas a un sistema penal cuya expansión se condena⁸. Sin embargo, cabe preguntarse si dicha realidad existe

6 La teoría del delito liberal ha estado marcada por los intentos de reducir al máximo el papel de las emociones y la voluntad en la imputación de responsabilidad penal, por entender que el Derecho Penal debe ser absolutamente racional y aséptico. Seguramente, el punto ideal de racionalización teórica se alcanza con la obra de Jakobs (1995; 1997), en la que dichos aspectos se supeditan siempre a situaciones objetivas determinadas de acuerdo con la finalidad de prevención integradora de la pena, más allá de que su obra, fervientemente liberal en sus cimientos, tenga consecuencias autoritarias para el sistema.

7 Sobre el tema véase Durkheim (1969) y Malinowski (1971).

8 El recurso al populismo punitivo como explicación de las reformas penales puede encontrarse en el informe rendido por la ONG: Comisión Excelencia para la Justicia sobre los 10 años de implantación del sistema procesal penal colombiano. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjABahUKewiRi8iWzZbJAhWELyYKHyaICWA&url=http%3A%2F%2Fcispa.gov.co%2Fimages%2Fstories%2Farchivos%2FBalance%2520SPA%25202012-2014.pdf&usq=AFQjCNF4seZtr-OZKxdSHdCK2vPpY1VU6A&sig2=SYDjVnhM-jstRKEpNE_gxg. Consultado el 16 de noviembre del 2011.

y si a partir de esta pueden explicarse las recientes tendencias en materia punitiva⁹.

El concepto que da origen al término populismo punitivo fue presentado por Bottoms (1995) con el nombre de *populist punitiveness*. En su explicación, el autor lo caracteriza a través de la forma en que los políticos buscan beneficiarse electoralmente de lo que consideran son las posturas y sentimientos generales sobre el castigo en las sociedades contemporáneas, basados en la asunciones de que mayores penas tienen un efecto reductor del delito y formador de consenso social.

Este concepto propuesto por Bottoms hermana el populismo punitivo con los eventuales réditos políticos que podían obtenerse a partir de un discurso punitivista, a través del uso del castigo como herramienta de legitimación o propaganda política¹⁰. El problema de dicha definición es la reducción absoluta del contenido de la expresión, comprimiendo lo “populista” a lo *político* y lo “punitivo” al *incremento de penas basado en la convicción de la utilidad política de dicha estrategia*, sin explicar por qué la preocupación a nivel político por el delito es populista, ni las razones que llevan a pensar que se puede obtener –o a que efectivamente se obtenga– rédito político del uso o discurso expansivo del castigo.

Una definición similar, aunque con un correctivo importante, es la propuesta por Roberts *et al.* (2003: 5), en la que la idea de populismo punitivo se sigue legando a los réditos electorales que pueden obtenerse a través de la implementación de políticas penales fundamentadas en el sentimiento popular. Lo particular de esta tesis es que se liga el concepto con el contenido de justicia y efectividad de las medidas, al afirmar que solo podrá ser considerado populismo punitivo aquel en el que las políticas penales a implementar sean electoralmente atractivas, pero injustas, inefectivas o contrarias al sentimiento popular.

Esta propuesta, más compleja que la ofrecida por Bottoms, presenta el problema de subyugar el concepto de populismo punitivo, ligado aparentemente a los ideales reformistas, a una valoración posterior a la eventual reforma, antes que al fenómeno mismo. Así, el populismo punitivo no sería un factor para explicar por qué existen ciertas

tendencias en las reformas punitivas, sino para explicar los efectos de una reforma específica.

Someter el concepto de populismo punitivo a criterios como injusto (*unfair*), con un obvio contenido valorativo, o inefectivo (*ineffective*) con un contenido valorativo y técnico-valorativo, o contrario al sentimiento público (*at odds with a true Reading of public opinion*), implica supeditar la idea de populismo punitivo a la perspectiva del comentarista, antes que a un fenómeno diferenciable por sus características particulares, de forma independiente al resultado de las reformas.

Una posición opuesta es la sostenida por Pratt (2007), en la que ofrece una definición de populismo punitivo que encara dos tareas: la primera, la de explicar qué es lo “nuevo” en el populismo punitivo frente a anteriores procesos de criminalización; la segunda, ofrecer una definición de populismo punitivo desde sus características y no desde sus efectos.

Para definir el populismo punitivo, el autor escinde el concepto de *populismo* y el de *punitivismo* para luego pasar a dar la definición de *populismo punitivo*. Ocupándose de definir el *populismo*, afirma que este se presenta en la medida en que se busca la inclusión política de grupos que se sienten marginados por la exclusión que las políticas gubernamentales hacen frente a ellos. Es entonces una política inclusiva que funda su éxito en el recurso a los sentimientos de desarraigo e insatisfacción política de un sector social; así, el populismo, antes que un sentimiento social general, es un elemento en permanente movimiento que se construye a partir de diferentes segmentos del público (Pratt, 2007 9-10).

A partir de la idea de populismo, Pratt define el populismo punitivo como el recurso al castigo a manera de herramienta de respuesta frente a los grupos insatisfechos con la gestión de la política criminal. En su idea, afirma que el populismo punitivo habla en nombre de aquellos que sienten que el sistema penal favorece a los delincuentes en detrimento del ciudadano obediente a la ley, lo que se presenta en que existe o se genera la idea de que el sistema penal está sobreprotegiendo por medio de derechos, garantías y castigos leves a los delincuentes; mientras los ciudadanos obedientes a la ley quedan a merced del crimen (Pratt, 2007 12).

Esta definición renuncia a la idea de una opinión pública general como abstracción. Se funda en que no existe la opinión pública, sino una serie de sentimientos de consenso o disenso, que se atomizan en la realidad social y que impiden hablar de una homogeneidad de las sensibilidades y emociones sociales. Si esto es así, la idea de opinión pública

9 Sobre las recientes tendencias en materia punitiva puede consultarse, desde una perspectiva criminológica con pretensión globalizante, las obras de Garland (2002) y Wacquant (2012). Desde una perspectiva local, ligada a la ciencia penal, puede verse Sotomayor Acosta & Tamayo Arboleda (2014).

10 Es precisamente este el punto de partida que critica Pratt en su elaboración de un concepto de populismo punitivo que supere la simplicidad del oportunismo político que le atribuía Bottoms (Pratt, 2006: 3).

como abstracción, aunque relevante, queda en un segundo plano en la medida en que, más que una homogeneidad, se habla de intereses, más que de la totalidad de la sociedad se habla de sectores de la misma, más que de opinión pública se habla de opiniones públicas.

Esta definición de populismo punitivo presentada por Pratt, más allá de su conveniencia teórica, tiene la virtud de intentar precisar el fenómeno del populismo punitivo en sí mismo y no de la mano de los efectos de las reformas, sean estos: el eventual rédito electoral, la justicia de las reformas, la eficiencia de las mismas o el pensamiento efectivo de la opinión pública en general.

Por otro lado, Pratt propone una visión del populismo punitivo como un fenómeno social complejo, caracterizado por una interrelación con otros aspectos sociales, como la economía, las relaciones sociales de la sociedad contemporánea, el proceso de reformulación del concepto de familia, entre otros, así como por ser un fenómeno social de largo plazo, antes que una coyuntura política representada en el rédito electoral que oportunistas puedan obtener a partir de su uso.

Esta definición resulta mucho más adecuada que las precedentes en tanto se ocupa de definir el fenómeno mismo por sus caracteres específicos, antes que por sus consecuencias. Sin embargo, sigue sin mostrar qué es lo que hay de “nuevo” en el populismo punitivo. Asumir que el hecho de que los políticos realicen propuestas basándose en el sentimiento de unas personas que se sienten excluidas de la política criminal en la medida en que deberían ser protegidos por el Estado que, al contrario, decide proteger a los delincuentes, no parece ser algo tan novedoso como pretende el autor cuando relaciona el populismo punitivo con los cambios de la sociedad contemporánea. El problema del gobierno del delito es un problema presente desde la formación del Estado moderno, y si lo nuevo del populismo punitivo es que los políticos hacen campaña electoral con el Derecho Penal en busca de beneficios electorales, ello no parece algo único de las sociedades contemporáneas, sino algo transversal a la evolución del Estado.

Para poder sostener la postura de que existe un cambio radical en el uso electoral del Derecho Penal, el autor se apoya en la tecnificación de la labor penal en Estados Unidos, en la que la política criminal era manejada por expertos en persecución del ideal de resocialización (Pratt, 2007 46-49)¹¹, contexto en el cual, afirma, sí hay un rompimiento entre unos

políticos otrora excluidos por los expertos, y la “nueva” realidad en la que son aquellos los que han sido dejados de lado por estos; sin embargo, esta realidad, cuya presencia es bastante discutible en Colombia, olvida que el ideal de la resocialización es un elemento de cierre en el marco de la justicia penal, pero el poder de Policía y la elaboración del poder penal siguen siendo herramientas “populistas” de inclusión política y propaganda electoral, por lo que incluso si se admitiera el papel de los expertos en la configuración inmediata del castigo, el poder de Policía se ha mantenido en manos políticas. Ello en Colombia puede verse desde la Ley de los Caballos (1881) hasta la actualidad¹². Además de lo anterior, un contexto como el colombiano (y, en general, de aquellos países de tradición *continental* en materia de Derecho) presenta una dogmática penal que ha tenido una enorme capacidad de resistencia frente a las nuevas tendencias político-criminales, algo que sin duda diferencia el papel de los expertos en la modificación de la legislación penal con relación al objeto de estudio de Pratt¹³.

En el marco colombiano se han ofrecido dos caracterizaciones diversas del populismo punitivo. La primera de estas es una combinación de las perspectivas de Bottoms (1995), Roberts *et al.* (2003) y Pratt (2007), que asume como característica fundamental del populismo punitivo el uso del discurso como herramienta para obtener resultados políticos, a través de las promesas de incrementar la dureza del sistema penal¹⁴. Afirma Muñoz Tejada (2009: 26-27) que “Se podrá entender por populista todo aquel acercamiento de políticos al pueblo (entiéndase electorado) con el fin de legitimar sus decisiones en la acogida que tenga una propuesta determinada tanto a nivel de captación de votos,

11 Una profundización sobre la realidad descrita en: Garland (2002).

12 Para mayor información, véase Adarve Calle (2012).

13 Concretamente, el autor sigue una doctrina pacífica en Reino Unido y Estados Unidos sobre la pérdida de fuerza del papel de los expertos criminólogos en la elaboración de la ley, la imposición de sentencias y la administración de los penales; al respecto, entre otros, Tonry (2004), Garland (2002), Wacquant (2012). Sin embargo, en Colombia han sido los penalistas los que han tenido dicho poder, e incluso hoy mantienen algo del mismo (bastaría con mirar las discusiones que el gobierno mantuvo con académicos en el periodo de creación del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal vigentes). Sin ser el objeto de este trabajo, una posible explicación simplista podría ser que, al no existir programas específicos en criminología en las universidades colombianas, los penalistas fueron los expertos de reemplazo en dicha materia. También podría afirmarse que la tradición dogmático-penal que explotó en Colombia en los años 60, sumada al impacto del formalismo jurídico, podría explicar la resistencia de los expertos penales. Otra propuesta podría ser que en Colombia los expertos nunca tuvieron verdaderamente el poder de hacer la ley, sino simplemente una posibilidad de controlarla a través de las herramientas que el Derecho ofrecía o de la crítica política de la misma. Sin embargo, estas son conjeturas para otra investigación.

14 Aunque Muñoz Tejada también incluye elementos de una lectura de largo de la figura y su relación con procesos sociales más complejos.

como de insinuación de valores, temores o consensos en la opinión pública a través de los medios de comunicación”, en la medida en que se use un “lenguaje de fácil comprensión para el grueso de la población”, para concluir que populismo punitivo es “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”, pasando la cuestión penal a ser un asunto de “sentido común”.

Esta propuesta termina enfatizando, entonces, dos elementos: el carácter “electoral” del populismo y el de “sentido común” del punitivismo, para constituir una visión del populismo punitivo desde el acercamiento de los políticos al electorado a través del uso de un sentido común penal, caracterizado por alejar a los “expertos” y dar a cada persona la palabra: el delito no es un tema de especialistas, ¡decida usted mismo!

Esta tendencia democratizadora del castigo, que marca la definición de Muñoz Tejada, sigue con fuerza un elemento presentado por Pratt (2007) como es la caída de los ideales de resocialización, y con ello de las realidades que contribuyeron en este fenómeno –como el triunfo del neoliberalismo y la caída del Estado del Bienestar– (Garland, 2002), resulta insuficiente e inadecuado para explicar la realidad del castigo en Colombia, a pesar de que puede contribuir a su lectura.

La relación entre la justicia penal ordinaria y el conflicto armado, la proliferación de legislación de emergencia, la existencia de tendencias de regulación de la guerra a través del Derecho Penal, la abundancia de estatutos y leyes de seguridad ciudadana, entre otros factores¹⁵, pueden cuestionar el hecho de que en Colombia el castigo penal estuvo alguna vez en manos de “expertos”, en el mismo sentido que operaba en Estados Unidos y otros países del norte global.

En efecto, la historia de la legislación colombiana apunta a que los expertos desempeñaron un papel marginal en tanto la proliferación de legislaciones de emergencia expedidas con claros objetivos de persecución política ha dejado de lado la opinión de estos. Esta situación ha sido ampliamente demostrada por Aponte Cardona (2008) e Iturralde (2010), en estudios en los cuales, a partir de los análisis de la legislación de emergencia y los estatutos de seguridad, se muestra que la legislación en Colombia ha estado influenciada por factores políticos

desde el comienzo del conflicto armado y, sumando estudios como los de Adarve Calle (2012), muestran que desde el siglo XIX la legislación penal en Colombia se ha usado como herramienta de lucha política, esto deriva en la negación de que el concepto aportado por Muñoz Tejada pueda ser la caracterización de algo “nuevo”.

Un segundo intento de definir el populismo punitivo en tierras colombianas es el presentado por Uribe Barrera (2012) quien, siguiendo las teorizaciones de Pratt (2007) y pasándolas por el lente criollo de Uribe de Hincapié (2002), ofrece la idea de “populismo hobbesiano”. Antes de llegar a su propia construcción teórica, el autor define y critica el populismo punitivo. Parte de una teorización que entiende como populismo punitivo aquellos escenarios en los cuales existe una particular sensibilidad social producida por el modelo político neoconservador y económico liberal, en los que el Derecho Penal es usado de forma expresiva autoritaria, por parte de un sector político dominante que pretende utilizarlo para obtener réditos electorales independientes de los efectos de la norma, y en los cuales, debido a una escisión social, es posible diferenciar claramente a los ciudadanos “buenos” y el “otro” a criminalizar (Uribe Barrera, 2012: 81). Hasta aquí, no parece haber nada “nuevo” frente a la mencionada legislación de emergencia estudiada por Aponte (2008) e Iturralde (2010).

Al partir de la anterior definición, y al tratar de adecuarla a la realidad colombiana, el autor propone que para hablar en Colombia del uso del populismo con efectos penales es necesario hablar de populismo hobbesiano.

Para Uribe Barrera el populismo hobbesiano se caracteriza por una separación entre el político populista y los poderes o estructuras de gobierno tradicionales, la identificación de aquel con las necesidades del pueblo y el uso de un Derecho Penal eficientista de enemigo como reacción punitiva y simbólica al miedo generalizado. Si bien esta definición resulta más adecuada a una realidad como la colombiana, contiene algunos problemas teóricos relevantes. Por un lado, su propuesta trastabilla a la hora de ofrecer las razones por las cuales el populismo hobbesiano es algo nuevo en Colombia o si, por el contrario, ha sido una realidad presente en diversos estadios históricos de un país marcado por caudillismos de izquierda y derecha.

Asimismo, la idea de populismo hobbesiano presenta el problema de incluir en el mismo un fenómeno que en principio parece diferenciable, y que disminuye el aporte del concepto en términos analíticos, como es el eficientismo penal de enemigo

15 Para un análisis completo de estos factores véase: Iturralde (2010), Aponte Cardona (2008).

con efectos simbólicos –que viniendo de políticos es apenas obvio que espere réditos electorales– y, por extensión, se hace indiferenciable de tres figuras que podrían explicarse de forma independiente: el eficientismo, el Derecho Penal del enemigo y el Derecho Penal simbólico. En total, su propuesta parece ser una suma de viejos conceptos para crear una categoría global, antes que la existencia de algo “nuevo” en la política penal reciente en Colombia.

Hasta aquí, todas las definiciones esbozadas pasan, de una u otra forma, por dos elementos que resultan constitutivos del populismo punitivo para dichos autores: *las ventajas electorales de las políticas punitivas y el uso de las sensibilidades de las personas como fundamento de la reforma, consideradas como una opinión pública en conjunto o como una diáspora de opciones valorativas*. En este marco, la idea de populismo punitivo enmarca varios problemas de definición, a saber: La diferenciación del populismo de las campañas políticas mismas, fundadas en la captura de electores; la diferenciación entre populismo “a secas” y populismo punitivo, teniendo en consideración que las propuestas políticas populistas, en general, no pueden resignar un programa político en materia de castigo; el carácter necesario o contingente de la existencia de sensibilidades específicas en una sociedad que respalde los procesos populistas en materia penal, entre otras cuestiones. A pesar de ello, y como veremos en el siguiente análisis, la posición que más escapa a las observaciones que se formularán es la de Pratt (2007), la cual, sin embargo, también adolece de algunos problemas, máxime cuando de la situación colombiana se trata.

Por una parte, cabría señalar que toda campaña política está fundada precisamente en capturar electores. Suponer que la política es un proceso racional donde un sujeto presenta ideas de gobierno y el ciudadano decide entre las mejores propuestas de una forma exclusivamente racional es, no solo dar la espalda a la realidad, sino negar la complejidad de las sociedades modernas y las diferentes motivaciones que mueven a los individuos. En primer lugar, hay que tener en cuenta el papel de las élites políticas colombianas en la movilización de los votantes, lo que puede mostrar que las circunstancias específicas de dominación de clase determinan en muchas ocasiones el voto ciudadano¹⁶; asimismo, la política y los proyectos políticos están siempre mediados por las pasiones y las estructuras sociales: el racismo, el machismo, la religión, el nivel de ingresos, el nivel de educación, entre muchos otros

factores, moldean la política y muestran su evidente carácter no neutral. Tal como se manifestó inicialmente, el castigo es algo más que una técnica basada en normas y procedimientos de ejecución, la política también es visceral y la explotación de los sentimientos por parte de la política no es, ni mucho menos, una novedad. Para mostrarlo con un asunto simple, las relaciones entre Estado y religión es a la vez un problema teórico del concepto de Estado de Derecho pero también una disputa por el papel de la religión en la sociedad. No en vano, la primera guerra civil posterior a la independencia es resultado de aquella discusión¹⁷.

Si esto es así, el uso de la política penal para la obtención de rédito político no puede ser el criterio diferenciador entre lo “pasado” y lo “nuevo”, pues ello llevaría a afirmar que toda política de penalización no guiada por la mano de expertos sino por la búsqueda de un rédito electoral es populismo punitivo, algo que, si bien podría sostenerse, implicaría que el populismo punitivo no es exclusivo de las sociedades contemporáneas sino que ha estado presente en diferentes etapas históricas.

Esta situación se complica siempre que se habla de “populismo” a secas como herramienta, para luego caracterizar el populismo punitivo. En este sentido, acierta Pratt (2007 9-10) con la definición de populismo como la elaboración de discursos a partir del sentimiento de exclusión de un sector de la sociedad frente a las élites dominantes. Así, el populismo se caracteriza por ser la voz de los débiles, la intervención en nombre de aquellos a quienes se les niega, o mejor, sienten que les es negada su voz. En esta dinámica, toda política populista cuando se ocupa del castigo en un sentido amplificador es “populista punitiva”; e, incluso, toda política que no se fundamente en una gestión “técnica” o “racional” del castigo termina por ser una política que se acerca a la protección de la sociedad, reconfigurada en el rostro de los débiles frente al criminal; es, por tanto, siempre “populista punitiva”.

Las ideas precedentes parecen valorar de forma negativa la relación de las sensibilidades con reformas penales consideradas injustas, llevando bajo su manga la idea de un “buen castigo” que podría oponerse al fenómeno populista. Una defensa de una forma racional de conducir las políticas penales. No en vano, Pratt y Muñoz Tejada se duelen de la pérdida de valor de los expertos en la elaboración de la política criminal (Pratt, 2007 46-49), y el dejarla librada al “sentido común” (Muñoz

16 Un estudio temprano sobre el papel de las élites en Colombia es el de Palacios (2002), en el que se da cuenta de la creciente relevancia de los poderes regionales en la configuración política de Colombia.

17 Es el caso de la conocida como la Guerra de los Supremos, que tuvo lugar a finales de la década de los treinta y comienzos de los cuarenta del siglo XIX. Al respecto véase González González (2006).

Tejada, 2009: 27). Resulta entonces que la crítica al populismo punitivo presume que la participación de expertos en la elaboración de la política criminal es algo bueno, y que, claro está, debemos librarnos de la presencia del sentido común en la construcción de las mismas. Ello deriva entonces en la idea de una “buena” política criminal: aquella que es dirigida por expertos en la materia fundada en la racionalidad científica que se aleja del burdo sentido común, y una “mala” política criminal: la populista punitiva.

Más allá de las discusiones filosóficas sobre el castigo que puedan dar su visto bueno a una u otra realización de la legislación penal, esta idea de la “buena” política criminal que se opone al populismo punitivo, caracterizado por su exceso o ausencia de racionalidad, termina por definirlo a través de juicios de valor del intérprete de qué es o no el castigo debido en las sociedades modernas y qué es o no es sentido común.

Salvo el caso de Pratt (2007), ninguno de los autores abordados se ocupa por analizar el fenómeno de las sensibilidades y la dirección del mismo. Es decir, no responden si en la sociedad moderna hay una nueva sensibilidad frente al castigo; si esta nueva sensibilidad es condición o resultado de procesos sociales más amplios; si las medidas electorales están motivadas en este cambio de sensibilidades o son, por el contrario, condicionantes del mismo; si la opinión pública moldea las políticas punitivas o estas moldean a aquellas. En fin, simplifican demasiado la lectura de la realidad –que, como la relación entre sensibilidades y castigo, es extremadamente compleja– y piensan a la población como borregos que son pastoreados por políticos populistas.

Este es un punto que marca una diferencia diametral entre el estudio de Pratt (2007) y los demás trabajos citados. Su posición sobre las causas y consecuencias del populismo punitivo dan cuenta de la mayor envergadura del problema. Su estudio sobre las relaciones entre medios de comunicación y opinión pública –concebida tanto de forma homogénea como heterogénea–, sobre las causas detrás de las reformas denominadas populistas punitivas, el esfuerzo por caracterizar el fenómeno a través de sus elementos que lo hacen único, antes que por sus efectos contingentes, hacen de su visión una teorización más completa. Sin embargo, esta completitud de su análisis, construido en el marco de Estados Unidos y el Reino Unido, termina por hacerlo inadecuado para interpretar la realidad latinoamericana.

El estudio del populismo en países con largas dictaduras y dictaduras democráticas¹⁸ donde se ha gobernado a través de la fuerza en largos periodos de tiempo; en territorios con soberanías en disputa donde la prioridad es lidiar con los grupos militarizados que luchan por el espacio (Uribe de Hincapié, 1999); en una sociedad con altas tasas de injusticia en la cual el castigo penal carcelario tiene bajos estándares de cumplimiento de derechos fundamentales, hace que aplicar una lectura de grandes cambios en la edad contemporánea resulte difícil, aunque no siempre infructuoso.

Con todo, pensar, por ejemplo, que en Colombia se ha dado un declive de la confianza de las personas hacia los políticos y el proceso político en la forma que se ha presentado en Estados Unidos (Pratt, 2007 49-54), implica pensar que una democracia inestable como la colombiana alguna vez tuvo una plena confianza del electorado, cuando la abstención de voto de la población habilitada ha sido, desde 1978 (exceptuando el año 1998), superior al 50%; de hecho, el registro del año 1978 supera ampliamente la abstención de las elecciones en el nuevo milenio, incluso encontrando que de doce elecciones presidenciales llevadas a cabo desde la fecha (entre primera y segunda vuelta presidencial), solo una logró superarla en abstención, con lo que, en apariencia, la confianza ha crecido¹⁹. Sin embargo, la misma explicación de las cifras de abstención y voto tiene que ver con otros factores, como las presiones o restricciones guerrilleras o paramilitares a la votación, el acceso vial a los cascos urbanos, etc.

Estas limitaciones de las propuestas teóricas señaladas complican la tarea de buscar el fenómeno del populismo punitivo en Colombia, aunque cabría preguntarse si es esta la tarea que debe intentarse o, por el contrario, es necesario construir explicaciones propias de la realidad del país.

En todo caso, la definición teórica misma del populismo punitivo adolece de problemas, no solo en el contexto latinoamericano sino incluso en el global, cuando realidades como la ejemplificada retan a la teoría, y cuando se presenta una falta de definición que obstaculiza la separación de ideas, como el populismo, el populismo punitivo, el eficientismo penal, el Derecho Penal del enemigo y el uso simbólico del Derecho Penal.

18 Sobre las dictaduras democráticas han surgido dos conceptos que han hecho recorrido en Latinoamérica: las democraduras y las dictablandas. El término democradura, seguramente el más relevante de ambos, es fruto de la obra de Galeano (1989). Un análisis de ambos en Quiroz Govea (2014).

19 Al respecto pueden consultarse las estadísticas de la Registraduría General de la Nación, elaboradas por el Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales –CEDAE–.

La expansión del Derecho Penal en Colombia bajo el lente del populismo punitivo

Ahora bien, cabe preguntarse si las reformas penales recientes en Colombia pueden explicarse desde la idea del populismo punitivo. Para ello, se dejará de lado la tarea de elaborar un concepto de populismo punitivo teóricamente más preciso²⁰, y se analizarán las reformas de la mano de un concepto caracterizado por los argumentos presentados por los autores referidos. Para ello, el presente acápite se dirige bajo las preguntas: ¿Es posible explicar las reformas penales en términos de una política realizada con el único objetivo de obtener beneficios electorales? ¿Es posible explicar la política criminal como un intento de legitimación, estabilización o ganancia de electores bajo el uso de argumentos inclusivos de la clase no privilegiada –las víctimas y la sociedad en general– frente a una clase privilegiada –el delincuente–? ¿Es posible explicar las recientes reformas a partir de una política conducida con una tajante diferenciación entre “buenos” y “malos”, un distanciamiento de las políticas tradicionales sobre el delito y un Derecho Penal eficientista de enemigo con efectos simbólicos frente al miedo generalizado? Estas preguntas cuestionan respectivamente los tres grandes conceptos analizados en el acápite anterior: Bottoms (1995), Pratt (2007) y Uribe Barrera (2012). La respuesta a los mismos no es ni negativa ni positiva, sino que muestra la insuficiencia de estas lecturas para la explicación de la política criminal reciente.

Frente a la primera pregunta formulada habría que volver sobre una reflexión realizada anteriormente: aunque existan diferentes motivos para poner en operación una reforma, el trasfondo siempre está en la obtención de un rédito electoral. Más allá de esta aseveración, parece posible afirmar que las reformas recientes, desde su propuesta hasta su entrada en vigor, han operado más como herramientas de administración de la criminalidad antes que pompas políticas. Ello se hace evidente en la Ley 890 de 2004, en la cual, si bien la dureza de la reforma era más que obvia, su finalidad se orientaba a un proyecto de eficiencia de la justicia que exigía el incremento de penas para todos los delitos.

El mismo año que fue expedido el Código de Procedimiento Penal de tendencia acusatoria, que pretendía que la mayoría de los procesos fueran terminados por vía de mecanismos abreviados de aceptación unilateral o negociada de la responsabilidad penal, fue expedida la Ley 890 de 2004 la cual, si bien se expide con anterioridad a la promulgación del Código de Procedimiento Penal, tenía en mente un objetivo claro frente a la inminente expedición de aquel: el de aumentar la pena para todos los delitos con el fin de facilitar la introducción del sistema de aceptación negociada de la responsabilidad. Esta situación se presenta en tanto la aceleración del procedimiento resultaba difícil con las penas originales del Código Penal, pues ello podría implicar la libertad de un número enorme de condenados; por ello, se realizó un aumento general que permitiera dicho cambio sin afectar sustancialmente la operación del resto del sistema penal²¹.

El artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que consagraba el aumento general de penas para todos los delitos del Código Penal, tenía como finalidad la de corregir la introducción del nuevo sistema de procedimiento penal, en la medida en que las rebajas que el nuevo estatuto procesal aparejaba para la aceptación temprana de cargos exigían un aumento de las penas para estabilizar el sistema. Dicha ley se inserta en un proceso de cambio del sistema procesal penal fundamentado en la necesidad de buscar una justicia eficiente que pusiera fin a la lentitud de los procesos adelantados bajo el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000. Incluso, para algunos, la reforma de la Ley 890 de 2004 representa un accidente legislativo²², una norma que tuvo que ser expedida de emergencia luego de que el Gobierno calculara de forma indebida el impacto del sistema procesal penal que se buscaba implementar, siendo, antes que un proceso populista consciente en busca de votos, la forma de rellenar un cambio que no se había pensado de manera adecuada.

20 Se ha dejado de lado la propuesta de un concepto de populismo punitivo más completo por considerar que ello es objeto de un artículo aparte, que se encuentra ahora en elaboración. Sin embargo, creo que es posible ofrecer una definición analíticamente más fructífera y teóricamente más precisa de populismo punitivo, que sirva para superar las críticas realizadas en el presente artículo y muestre la “novedad” de la situación descrita en las sociedades contemporáneas.

21 Las rebajas punitivas establecidas en la Ley 906 de 2004 se contemplaban en la siguiente forma: en la formulación de imputación la rebaja se movería entre una tercera parte y la mitad; en la audiencia de acusación la rebaja sería de una cuarta parte a una tercera parte; en la audiencia preparatoria la rebaja sería de una sexta parte a una cuarta parte, y al momento de iniciar el juicio oral la rebaja sería de una sexta parte. Esto fue una modificación importante a la regulación de la sentencia anticipada en la Ley 600 de 2000, que disponía una rebaja de una tercera parte en la etapa de investigación e indagatoria, y una octava parte una vez realizada la resolución de acusación.

22 Al respecto, se publicaron sendas noticias en las que el exministro de Justicia, Yesid Reyes, comentaba sobre el accidente legislativo de la Ley 890 de 2004, y un prestigioso abogado le contestaba con el argumento de que era una reforma bien orquestada. Al respecto, http://www.elcolombiano.com/armonia_legislativa_no_improvisada-PFEC_203369

Más allá de si la Ley 890 de 2004 es derivada de un error en la implementación del sistema, o de la necesidad de mantener una coherencia punitiva con el sistema anterior, es posible afirmar que su intención principal no parece ser la persecución de un rédito político a través de la abrogación de la voz de la opinión pública o las sensibilidades punitivas de la sociedad colombiana.

En lo atinente a la segunda pregunta, la existencia de un Derecho Penal de enemigo y de políticas de seguridad de larga data hace difícil pensar en el populismo punitivo como una “ruptura”, pues, en esta materia, pareciera que los gobiernos colombianos han hecho siempre “más de lo mismo”²³. Lo anterior se respalda en la aparición de dos leyes de seguridad ciudadana, cuyos principios, objetivos y mecanismos parecían comunes a viejas reformas de seguridad ciudadana. El endurecimiento de la persecución penal en materia de delito callejero, la flexibilización de garantías penales, la concesión de poderes de intervención a la Policía Nacional y el eslogan político en favor de la “defensa social”, son rasgos comunes de las leyes de seguridad ciudadana que se extienden más allá de las reformas recientes.

Finalmente, frente al tercer interrogante, parece que la mayoría de las reformas recientes no siempre perseguían un efecto simbólico eficientista, sino que buscaban un efecto real, un impacto serio en las condiciones del delito antes que una mera declaración de intenciones.

El caso seguramente más particular es el que se da en la gestión de las reformas 1098 de 2006 y 1236 de 2008 que, juntas, buscaban una penalización más fuerte de los delitos contra los menores de edad, especialmente las agresiones sexuales. Desde las claves conceptuales brindadas por los autores analizados es posible pensar que el discurso del populismo punitivo, en la forma teórica que aquellos lo conciben, sí desempeñó un papel central.

El papel protagónico de la exsenadora Gilma Jiménez, ponente de la primera de las reformas analizadas y protagonista de una cruzada mediática contra los violadores y asesinos de niños, en las que incluía la pretensión de pena de muerte, castración química y otros horrores para los infractores, marcó un caso excepcional en la política nacional²⁴.

23 Esto se hace patente en los análisis de Iturralde (2010) y Aponte (2008).

24 Sin duda, sus cruzadas en defensa de los derechos de los menores de edad marcaron un discurso importante, terminando por ser elegida como una de las senadoras con mayor votación en la historia del país, (auto) definida siempre como abanderada de los derechos de los más débiles. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12901031>. Consultado el 16 de noviembre del 2015.

Sus continuas apariciones televisivas en favor del endurecimiento del sistema penal y su oportunismo en el aprovechamiento de la figura de Luis Alfredo Garavito²⁵, y el caso de asesinato de Luis Santiago Lozano a manos de su propio padre²⁶, marcaron un aprovechamiento de la política punitiva con fines electorales, recogiendo lo que, en su sentir, era la opinión pública y las sensibilidades sociales generalizadas en materia de castigo²⁷.

Este caso puede, sin duda, ubicarse en las definiciones proporcionadas por los autores sobre populismo punitivo. Sin embargo, no puede caerse en la trampa de entenderlo como una explicación unívoca de la situación. El papel de la exsenadora, usualmente visto como la fuerza de una persona que decidió establecer un sistema de castigo basándose en sus concepciones personales, no puede leerse de forma tan drástica.

Un caso particular se presenta, por ejemplo, si se sigue la idea de punitivismo que trae Matthews (2005: 179), en la cual lo caracteriza por ser un exceso en el castigo querido por toda la sociedad. El autor se pregunta: ¿Qué pasa cuando un sector representativo de la sociedad cree que el castigo para una infracción debe ser uno y no otro? Trayéndolo a este análisis, ¿Qué pasa cuando un grupo representativo de la población entiende que la pena de los delitos sexuales es superior a la que establece el legislador? ¿Cuándo piensa que quienes cometen delitos sexuales contra los menores no tienen derecho a vivir en la sociedad? Si bien la intención ahora no es señalar que esta era la realidad colombiana de aquel entonces, los interrogantes llaman la atención sobre la simplificación del fenómeno a partir de la teorización ofrecida por el populismo punitivo, en el cual se oscurecen factores que pudieron resultar igual, o más importantes.

En efecto, si se sigue la postura presentada por Matthews (2005: 179), se encontrará que en su de-

25 El caso de Luis Alfredo Garavito es el de una persona que en su carrera delictiva violó y mató un sinnúmero de niños, llegando a ser conocido como el monstruo de los andes o la bestia. Al respecto <http://www.asesinos-en-serie.com/luis-alfredo-garavito-la-bestia/> Consultado el 16 de noviembre del 2015.

26 La noticia del menor Luis Santiago Lozano marcó el escenario mediático durante buena parte del año 2008. Después de una búsqueda por cielo y tierra de un menor desaparecido, su cadáver fue encontrado. En los días de búsqueda, la figura del padre del menor, Orlando Pelayo, copó los noticieros como el rostro de un padre preocupado, para terminar confesando el homicidio del menor. Al respecto, <http://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/el-pequeno-luis-santiago-murio-asfixia/95708-3>. Consultado el 16 de noviembre del 2015.

27 Llegando a radicar varias propuestas para revivir la cadena perpetua, la pena de muerte, la castración química, entre otros castigos, para los asesinos y violadores de menores de edad. <http://senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/6121-senadora-gilma-jimenez-radica-de-nuevo-referendo-para-castigar-delitos-contra-menores>. Consultado el 16 de noviembre del 2015.

finición, que por su contenido normativo de exceso se acerca bastante a la propuesta por Roberts *et al.* (2003: 5), late la idea de que no puede existir punitivismo, y con ello populismo punitivo, cuando es la mayoría de la sociedad la que ha modificado sus sensibilidades frente al delito. Por ello, el análisis de situaciones como la representada en las leyes 1098 de 2006 y 1234 de 2008 debe ser completado en muchos aspectos para poder entender la forma en que las fuerzas sociales y políticas se relacionan en la elaboración de la ley penal y chocan, a su vez, con las barreras constitucionales, legales y teóricas del Derecho Penal liberal del Estado de Derecho colombiano.

Asimismo, la acción de la exsenadora, que derivó en la expedición de dichas leyes, no parece aportar nada nuevo a otras cruzadas de lucha contra el delito seguidas por políticos o partidos políticos. La persecución de los movimientos insurgentes, de la movilización social o del narcotráfico son muestra de ello (Iturralde, 2010).

Las leyes de seguridad ciudadana, tanto del 2007 como del 2011, difícilmente pueden leerse desde el populismo punitivo, toda vez que las mismas llegan apenas meses después del triunfo electoral de partidos políticos con amplia aceptación popular, cuyo énfasis principal no estaba dado por la lucha contra el delito, sino por la lucha contra la guerrilla. En efecto, el segundo gobierno de Uribe Vélez, reelegido en primera vuelta con el 62,35% de los votos, y el primer gobierno de Santos Calderón, elegido en segunda vuelta con el 69,13% de los votos, no incluían como puntos fuertes de sus discursos las leyes de seguridad ciudadana pues, aunque ambos gobiernos usaban la seguridad como bandera electoral, la misma estaba fundamentalmente orientada al combate armado de la subversión, dejando la criminalidad ordinaria en segundo plano.

Más bien, el sentido de las mencionadas reformas parecía dado por una continuidad de leyes anteriores de seguridad ciudadana, motivadas en la gobernabilidad de ciudades con altas tasas de delitos, antes que en un proceso de propaganda política a partir del crimen. En efecto, ni el gobierno de Uribe Vélez ni el de Santos Calderón publicitaron de forma fuerte las reformas que se llevaron prácticamente a espaldas del país, por su ausencia de publicidad permanente. Además, los efectos punitivos de dichas leyes no perseguían efectos solo simbólicos, sino que buscaban radicalizar la persecución de delitos callejeros, lo que se evidencia en el fuerte impacto de dichas reformas en el sistema carcelario. La focalización en dichos delitos puede verse en que desde la expedición de la primera ley de seguridad ciudadana descrita y la fecha, la población reclusa

del país se ha duplicado, al pasar de 61.543 presos en el año 2007 a 120.657 para julio de 2016²⁸.

En este panorama, los réditos electorales y las sensibilidades sociales parecen quedar en segundo plano frente al manejo de las ciudades complejas a partir de la represión de pequeñas infracciones –drogas y armas– y la persecución del delito callejero, usualmente cometido por las clases más bajas y menos educadas del país –hurto calificado–. Así, las leyes de seguridad ciudadana, más que intentos de legitimación de un gobierno que acababa de ascender al poder con una aceptación pública general, representaron un proceso continuado de represión de la pobreza, en el sentido del endurecimiento de las conductas típicamente asociadas con la falta de oportunidades en el mercado laboral.

La falta de capacidad explicativa del populismo punitivo se evidencia, además, en que las leyes mencionadas no solo perseguían la gestión del delito, sino la protección de los procesados, algo que resultaría contrario a los postulados del populismo punitivo; al respecto la exposición de motivos de la ley 1453 de 2011 afirmaba: “El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de Derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes; razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar. Sin embargo, la lucha contra el terrorismo y la delincuencia no puede ser una justificación para afectar los derechos de las personas, por lo que en la redacción de este proyecto se ha tenido especial cuidado de que ninguna de sus disposiciones pueda afectar las garantías constitucionales de los ciudadanos”.

28 Estas cifras corresponden a la población reclusa bajo vigilancia del INPEC, en las que dejan claro que en Colombia existen entidades municipales, o adscritas a la fuerza pública, que vigilan a personas privadas de la libertad que no son tenidas en cuenta en las cifras aportadas. Asimismo, dichas cifras no dan cuenta de las personas que disfrutaban de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, sino solo de aquellas que se encuentran efectivamente en prisión. Todas las cifras pueden encontrarse para su descarga (disponibles en www.inpec.gov.co). Por otro lado, un estudio detallado de las mismas puede arrojar una correlación entre las diferentes reformas penales y procesales penales estudiadas, y la persecución de los callejeros (armas, hurtos y drogas) y el crecimiento de la población carcelaria en dichos delitos. Desde luego, la situación más evidente es aquella que relaciona los incrementos de las penas en los delitos relacionados con armas, y su inmediato crecimiento en el sistema carcelario colombiano. Este crecimiento es explicado por Máximo Sozzo a partir de la variación de la función de la prisión en las sociedades contemporáneas (Sozzo, 2007).

Conclusiones

En el presente artículo se analizan algunas de las grandes reformas a los Códigos Penal y Procesal Penal de los años 2000 y 2004, desde los conceptos teóricos de populismo punitivo propuestos por la doctrina extranjera y local. En este se ha sostenido que los mismos presentan contradicciones, falencias y vacíos teóricos, y además se hacen insuficientes para la lectura de las reformas recientes que han expandido el poder punitivo en Colombia.

La usual identificación del populismo punitivo a través de los resultados del mismo, sean estos los beneficios electorales o el carácter injusto, inefectivo o contrario a la opinión pública de las reformas, termina por caracterizar el fenómeno a partir de un análisis posterior a las reformas que supedita el concepto teórico a la valoración de las políticas criminales.

La caracterización del populismo punitivo a partir de la inclusión de los débiles obnubila el papel de los medios de comunicación en la construcción del discurso y sobrestima los cambios de las sociedades contemporáneas que, en muchas ocasiones, antes que poder ser leídos a través del “populismo punitivo”, derivan en la necesidad de buscar herramientas analíticas diferentes. Esta situación se complejiza aún más cuando se trata de la lectura de una realidad como la colombiana, en la cual los procesos de modernización de la sociedad contemporánea no siempre llegan y, cuando lo hacen, deben coexistir con los problemas típicos del país, como la gestión de las zonas en disputa, la coexistencia social con un conflicto de larga duración y niveles variables de intensidad, las diferentes situaciones de la población urbana y rural, el poder político de las élites económicas, etc.

Intentar explicar cada expansión del aparato punitivo a partir de la idea del populismo punitivo parece implicar la existencia de una “buena” política criminal que se contrapone a dicho fenómeno, de un sistema de castigo aséptico donde los expertos pueden opinar con absoluta certeza sobre qué es lo bueno para la sociedad y cómo, en esta concepción de la bondad, se debe insertar el castigo como una actividad neutral del Estado.

Dicha lectura se opone a una visión más visceral del castigo. Una que sin afirmar la bondad o maldad de las políticas criminales del Estado pueda describirlas para luego evaluarlas. Que no mezcle la labor valorativa con la descriptiva, pero que, sin renunciar a la primera, entienda que la complejidad de la interacción entre sensibilidades y castigo implica una lectura de la expansión del poder

punitivo, no en clave de enjuiciamiento, sino en clave de comprensión.

En este panorama, el presente artículo ha mostrado algunas de las falencias teóricas y prácticas del concepto de populismo punitivo, y algunas lecturas parciales del estado actual del delito en Colombia. En total, es el comienzo de una reflexión sobre el castigo que busca fortalecerse a partir de la problematización de los conceptos y la revisión de las realidades. Por ahora, basta con atreverse a afirmar que las posturas teóricas extranjeras y locales en materia de populismo punitivo no resultan satisfactorias y que, si se quiere persistir en el uso del término, es necesario darle un sentido que lo diferencie de otros fenómenos que en la práctica colombiana parecen superponerse, como son: el eficientismo penal, el Derecho Penal de enemigo y el uso simbólico del Derecho Penal.

Nota: el autor hacer constar que el presente trabajo no presenta ningún conflicto de intereses real o potencial. Así mismo, el autor agradece a los directivos de Foco Rojo: Centro de Psicología Aplicada, por brindar los recursos humanos y financieros necesarios para llevar a cabo esta investigación.

Bibliografía

- Adarve Calle, L. (2012). La ley de los caballos de 1888: entre la búsqueda del “orden” y la construcción del enemigo. *Nuevo Foro Penal*, 7 (78): 146-168.
- Aponte Cardona, A. (2008). *Guerra y Derecho Penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bauman, Z. (2006). *Vida líquida*. Barcelona: Paidós Iberoamérica S.A.
- Bauman, Z. (2015). *Modernidad líquida*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bottoms, A. E. (1995). The philosophy and politics of punishment and sentencing. En: C. Clarkson & R. Morgan (Eds.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon.
- Durkheim, É. (1969). Two laws of penal evolution. *Cincinnati Law Review*, Issue 32: 32-60.
- Elias, N. (2011). *El proceso de la civilización* (R. G. Cotarelo, Trad.). Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Galeano, E. (1989). *Nosotros decimos no*. Bogotá: Siglo XXI Editores.

- Garland, D. (2002). *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna*. México D. F.: Siglo XXI Editores.
- Giddens, A. (1994). *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- González González, F. E. (2006). Guerras civiles y construcción del Estado en el siglo XIX colombiano: una propuesta de interpretación sobre su sentido político. *Boletín de Historia y Antigüedades*, XCIII (832): 33-80.
- Iturralde, M. A. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Malinowski, B. (1971). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* (J. y M. T. Alier). Barcelona: Ediciones Ariel.
- Matthews, R. (2005). The myth of punitiveness. *Theoretical Criminology*, 9 (2): 175-201.
- Mead, G. H. (1997). La psicología de la justicia punitiva. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Issue 9/10.
- Muñoz Tejada, J. A. (2009). Populismo punitivo y una “verdad” construida. *Nuevo Foro Penal*, enero-junio, Issue 72: 13-42.
- Nietzsche, F. (2013). *Así hablaba Zaratustra*. Barcelona: Plutón Editores.
- Palacios, M. (2002). *La clase más ruidosa y otros ensayos sobre política e historia*. Bogotá, D. C.: Norma.
- Pratt, J. (2000). Emotive and ostentatious punishment. *Punishment & Society*, 2 (4): 417-439.
- Pratt, J. (2007). *Penal populism*. London: Routledge, Taylor & Francis Group.
- Quiroz Govea, J. J. (2014). De la dictablanda a la democradura. Un argumento contra la nostalgia de las dictaduras militares. *Revista Panameña de Política*, 17 (enero-junio): 37-54.
- Roberts, J. V., Stalans, L. J., Indermaur, D. & Mike, H. (2003). *Penal populism and public opinion. Lessons from five countries*. New York: Oxford University Press.
- Sotomayor Acosta, J. O. & Tamayo Arboleda, F. L. (2014). La “nueva cuestión penal” y los retos de una ciencia penal garantista. En: *Dogmática del Derecho Penal y Procesal y política criminal contemporáneas*. LH. Bern Shünemann. Lima: Gaceta Penal.
- Schünemann, B. (2002). ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: B. Schünemann (Ed.). *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- Simon, J. (2011). *Gobernar a través del delito*. Barcelona: Gedisa.
- Sozzo, M. (2007). ¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión depósito” en Argentina. *URVIO, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 1: 88-116.
- Tonry, M. (2004). *Thinking about crime. Sense and sensibility in American Penal Culture*. New York: Oxford University Press.
- Uribe Barrera, J. P. (2013). Actitudes ciudadanas frente al crimen y al castigo: un estudio piloto en la Universidad Eafit. *Nuevo Foro Penal* (81).
- Uribe Barrera, J. P. (2012). ¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo? *Nuevo Foro Penal*, enero-junio, 7 (78): 70-106.
- Uribe de Hincapié, M. T. (2002). Las incidencias del miedo en la política. En: M. I. Villa Martínez (Ed.). *El miedo. Reflexiones sobre su dimensión social y cultural* (pp. 25-46). Medellín: Corporación Región.
- Uribe de Hincapié, M. T. (1999). La soberanías en disputa: ¿conflicto de identidades o de derechos? *Estudios Políticos*, 15: 23-45.
- Varona Gómez, D. (2014). Opinión pública y castigo: la investigación sobre las actitudes punitivas en España. En: F. Miró Llinares, J. Agustina Sanllehí, J. E. Medina Sarmiento & L. Summers (Eds.). *Crimen, oportunidad y vida diaria. Libro Homenaje al profesor Dr. Marcus Felson* (pp. 711-732). Madrid: Dykinson.
- Wacquant, L. (2012). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.