

LA GANGRENA PENAL O DE CÓMO LOS MODELOS DE TOLERANCIA CERO DEGENERAN LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMOCRACIA. UNA APROXIMACIÓN A LA POLÍTICA PENAL EN TORNO A LOS DELITOS SEXUALES EN COLOMBIA*

THE CRIMINAL GANGRENE OR HOW THE ZERO TOLERANCE MODELS DEGENERATE THE PRINCIPLES OF DEMOCRACY. AN APPROACH TO THE CRIMINAL POLICY PERTAINING SEXUAL OFFENCES IN COLOMBIA

*No soy ejemplo del futuro.
El poder de aquí son las armas
uniforman el pensamiento
y convierten mi mente en cárcel
La Pestilencia, Soñar despierto*

Miguel Antonio Morón Campos. Profesor de Criminología y director del semillero de investigación Estudios Punitivos adscrito al Grupo Derecho en Contexto del programa de Derecho, Fundación Universitaria Colombo Internacional (Unicolombo). Correo electrónico: mmoron@unicolombo.edu.co

Recibido: 29/02/2013 - Aceptado: 2/04/2013

Resumen: Las garantías penales en tanto herramientas del derecho que frenan el poder punitivo del Estado han sido reconfiguradas nuevamente desde el ordenamiento jurídico nacional. El objeto de este trabajo es develar unas líneas de acción o puntos de partida para cuestionar el lugar del derecho penal en sociedades democráticas, comprendiendo su uso instrumental a partir de políticas penales de tolerancia cero. En ese sentido, a partir de las modificaciones legales realizadas a los delitos sexuales en Colombia, se expondrá una serie de reflexiones acerca de la degeneración que sufre los presupuestos democráticos en la dinámica que hay entre las políticas de seguridad y las directrices que definen las garantías judiciales en la justicia penal.

Palabras clave: penalidad, víctimas, delitos sexuales, garantías, democracia

Abstract: The criminal guarantees as legal tools that deter the punitive power of the State have been reconfigured once again in order based on the national legal system. The purpose of this paper is to disclose some lines of action or starting points in order to question the place of the criminal law in democratic societies, understanding its instrumental usage based on criminal policies of Zero Tolerance. In that sense, due to the legal modifications to the sexual offences in Colombia, we will show a series of thoughts about the degeneration that the democratic principles suffer in the dynamic between the security policies and the guidelines that define the legal guarantees in the criminal justice.

Keywords: penalty, victims, sexual offences, guarantees, democracy

* El presente constituye uno de los resultados finales del proyecto denominado “Los contornos de la seguridad ciudadana en Colombia (2010-2014). Entre Discursos Globales y Estrategias Locales”, financiado por la Fundación Universitaria Colombo Internacional en el marco de la convocatoria Bolsa Concursable 2013. Inicio del Proyecto: Noviembre 2013.

Introducción

Hablar de la degeneración de los presupuestos de la democracia en nuestro contexto es un tema harto trillado, aún más cuando desde el espectro legal que abarcan las penas, se ha utilizado su nombre como argumento para constantes reformas. Bajo el estandarte de pánico social y la apelación a la tranquilidad de la comunidad, se han llevado a cabo más de 50 modificaciones en los últimos 15 años, en las que por lo menos 30 vinculan directamente a la limitación de garantías personales, y con ello la limitación de libertades, con tal de mantener seguros los espacios sociales.

Esta economía de las garantías penales, no obedece a un infortunio conspiratorio de ciertos sujetos que de una u otra forma ejercen un poder; la tesis que pretenderá sustentarse en las siguientes líneas se centrará en mostrar cómo esta tendencia obedece a un modelo de respuesta estatal frente a la desviación y la lucha contra el crimen, en la que el uso de la categoría “democracia” por parte de los actores que se encuentran y fluctúan dentro del campo penal, defienden un modelo de respuesta frente a la administración del castigo, el cual reconfigura el ajedrez jurídico frente a la defensa de garantías y libertades, se reconfiguran sus significados, se perciben desde otros contextos, se esparcen socialmente.

No se pretende establecer una contradicción entre derecho y política, ni mucho menos hacer una defensa al problemático concepto que contiene la política criminal, no; se pretende desmitificar una lectura sobre la otra, mostrando cómo en últimas la tensión entre libertad y seguridad, o si se quiere, entre garantismo y seguridad ciudadana, son falsas luchas ejercidas en el campo académico y que no responden a los contornos dibujados en el espectro social.

Lo que se desarrollará en las siguientes líneas, será una síntesis en la cual se determinará cómo confluye la emergencia de los discursos de la seguridad ciudadana en Colombia centrándose en un caso muy particular: cómo la política penal en torno a los delitos sexuales se ha hecho más severa en su enunciación, persecución y juzgamiento, justificándose a partir de discursos populistas de tolerancia cero con el delito o de mano dura para los delinquentes sexuales.

Asistimos a un momento de descomposición en el que las palabras de la academia han caído en autismo, las buenas intenciones de los grandes penalistas de la historia han quedado desplazadas y destruidas, quizá por la falta de circulación de sus ideas, quizá por los grados de barbarie en los que nuestra cotidianidad los han dejado anonadados (vueltos a la nada). Las palabras en torno a la penalidad han sido secuestradas por aquellas que creen

que con sus acciones defienden la democracia, desde el lenguaje de la enunciación de las normas, pregonando a diestra y siniestra como si fueran los únicos llamados a defender la constitución y el pueblo, asumiendo el rol de pastores y rotulando a cada individuo como ovejas tranquilas y pacíficas. Las prácticas sociales que tienen por objeto la invención, persecución y aplicación de la penalidad se han descompuesto, estamos frente a una gangrena penal en la que las palabras de los medios de comunicación han vendido, junto a los políticos de turno, las políticas penales como mercancía.

En ese sentido, sin ánimos de ser exhaustivos, se presentará el panorama legal de los delitos sexuales, con el fin de poner en evidencia las limitaciones de cada uno sus postulados frente al problema de las garantías individuales, evidenciando el falso dilema que abandera los procesos de santificación de víctimas de las última década, bajo la consigna de mayor seguridad social a partir del endurecimiento del puño penal; por ello, en primera medida, es necesario construir las condiciones necesarias para articular estos problemas con los dilemas discursivos en un marco que posibilite las herramientas para la comprensión del problema, con el fin de ir, transversalmente, detallando las limitaciones de dichas prácticas.

La metodología utilizada para la presente investigación será de corte cualitativo, en tanto utiliza la recolección de datos, entendiendo que la realidad es producto de un proceso histórico-discursivo construido por cada uno de los sujetos que, de una u otra forma, se encuentran inmersos en él. Es así como, de forma descriptiva, se pretenderá ver cuál ha sido el impacto y cómo se construyen los procesos argumentativos de las políticas de seguridad ciudadana en el campo penal, materializada en la judicialización de personas investigadas por la comisión de un delito sexual abusivo en menor de catorce años. Las técnicas de investigación utilizadas han sido enfocadas principalmente a dos puntos que, si bien son diferentes, se cruzan entre sí. Un primer sentido ubicado a la obtención de fuentes jurídicas y documentales, así como estudios realizados a nivel nacional o en el exterior, en los cuales se pueda constatar el papel que juegan los discursos de tolerancia cero en las prácticas penales. En otro sentido, ahora en un segundo nivel de análisis, se realizarán análisis de contenidos y de textos que se obtendrán de los diferentes informes, estadísticas y estudios realizados por las diferentes instituciones de carácter estatal que se enfocan en la protección y salvaguarda de derechos y garantías de las personas investigadas por la comisión de un tipo penal.

La santificación de las víctimas en Colombia: una lectura particular en torno a la criminalización de la violencia sexual

La Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el código de la infancia y adolescencia, supuso un cambio estructural en el proceso penal colombiano, que se exponía así mismo como un proceso garantista que valoraba y protegía los derechos fundamentales de los diferentes sujetos que intervienen en él. De esta forma, en el capítulo único del título IIA del Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 199, expone la prohibición de medidas no privativas de la libertad, la prohibición de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, la prohibición de la extinción penal en la aplicación del principio de oportunidad, la prohibición del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución penal, la prohibición de la libertad condicional y la prohibición de acuerdos y negociaciones de la Fiscalía, cuando en la comisión del delito, el sujeto pasivo sea un menor de edad (Grupo de Acciones Públicas - ICESI, 2011).

En ese sentido, las reformas a la Ley 906 de 2004 con sus incrementos punitivos, “tendientes” a proteger a los menores de 14 años en su formación, libertad e integridad sexuales, producto del “discurso de emergencia” no son más que una “respuesta a ideologías antiliberales que ven marcando una tendencia que pone en riesgo el Estado de Derecho” (Zaffaroni, 1998, p. 618). Estas reformas son una clara manifestación del populismo penal (Gargarella, 2008). Que va anclado a ofrecer respuestas “rápidas” y “eficaces” a los problemas de seguridad (expuestos en los medios de comunicación) de una sociedad a través de la ampliación del sistema penal y de un funcionamiento reactivo y represivo de este como respuesta primordial.

Este tipo de posturas responden a necesidades sociales, producto de un discurso de emergencia que bien pueden ser atendidas bajo criterios garantistas, o como criterios eficientistas. Este último, asimilado como “la producción a toda costa de sentencias condenatorias o de decisiones que afectan la libertad de las personas” (Aponte, 2002, p. 137); cuando el derecho penal y el proceso penal responden a este criterio, el proceso penal empieza a ser visto como el único instrumento para la solución de las necesidades sociales, sin que los derechos y garantías del procesado tengan valor alguno; “el sindicado es procesado y juzgado haciendo abstracción de sus derechos y garantías, por fuera del pacto social: es concebido como extraño al mismo” (Aponte, 2003, p. 21). Por otro lado, el garantismo como criterio orientador del proceso penal implica, por parte del legislador penal, saber diferenciar de manera estricta, puesto que “toda

indiferenciación produce más violencia de la que se quiere en principio combatir” (Aponte, 2002, p. 140). En este, el legislador debe ser estricto al momento de crear normas jurídicas que aseguren a la persona judicializada cuáles son sus derechos y garantías en el proceso.

Una de las medidas tendientes a asegurar la debida aplicación de estas normas garantistas y articuladoras del proceso penal, fue la inclusión del Ministerio Público a través de los procuradores delegados, los cuales tendrán dentro de sus funciones la protección de los derechos humanos, así como los derechos y las garantías fundamentales de los asociados (Aponte, 2006), asegurar su cumplimiento, intervenir en los procesos penales y vigilar los mismos en las diligencias y actuaciones en las que puedan resultar afectados derechos y garantías constitucionales.

Esta situación lleva a que se cuestione cuál ha sido el impacto del Ministerio Público en la judicialización de delitos sexuales abusivos después de la enunciación y aplicación de la Ley 1098/06, siendo esta ley la que prácticamente destruye todo el marco garantista que salvaguarda los derechos del procesado, sobreprotegiendo los derechos de la víctima (Carrillo-Urrego, 2010).

Reflexiones finales

El análisis discursivo de las agencias que moldean utilitariamente el castigo, obliga a iniciar un proceso de re-oxigenación sobre los derechos y garantías de las personas que intervienen en la judicialización de delitos sexuales abusivos en menores de catorce años, y con ello, el papel de los procuradores delegados dentro de esta serie de procesos, entendiendo que estos últimos intervienen en el proceso penal para proteger los derechos humanos y derechos fundamentales de la sociedad, diferenciados de las otras partes que intervienen en el proceso, en tanto participación en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental, así como procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia, velar que se cumplan las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley, Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa, y todas las demás funciones enunciadas por la ley 906 de 2004 y demás normas comunes.

De esta forma, un análisis de este tipo promueve procesos de autoconciencia en la calidad de vida por parte de los habitantes del territorio nacional, contribuye en la focalización de acciones públicas en el área estratégica de

Construcción de Ciudadanía e Inclusión Social, sin dejar de lado que un marco referencial como el que aquí se ha expuesto posibilita la construcción de un porvenir en el cual se vinculen diferentes sectores de la población, convirtiéndose en una herramienta de guía y acción que promueva los derechos y garantías de los habitantes del territorio nacional, y particularmente sobre los colectivos a que le son aplicadas de manera material este tipo construcciones legislativas.

Referencias

- Aponte, A. (2002). Crisis en la capacitación judicial. *Revista Sistemas Judiciales*, (1), 136-147.
R e c u p e r a d o d e :
<http://issuu.com/sistemasjudiciales/docs/sistemasjudiciales1>
- Aponte, A. (2003). Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia. *Nuevo Foro Penal*, (64), 17-35.
- Aponte, A. (2006). *Manual para Jueces de Control de Garantías en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Carrillo-Urrego, A. (2010). *Los delitos sexuales en Colombia, entre el desconcierto y la impunidad*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Gargarella, R. (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre.
- Grupo de Acciones Públicas - ICESI. (2011). *Mano dura para los delitos sexuales en Colombia*. Bogotá: Universidad ICESI.
- Zaffaroni, E. R. (1998). La creciente legislación y los discursos de emergencia. En G. Oviña, G. Vitale, E. Bacigalupo, E. Palazzo, M. Sancinetti, . . . N. Pessoa, *Teorías actuales en el derecho penal* (pp. 613-620). Buenos Aires: Ad-Hoc.