

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO
PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS
PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
DUPLA TITULAÇÃO: PROGRAMA DE PESQUISA INTERNACIONAL CONJUNTO PARA
PRODUÇÃO CIENTÍFICA E TÉCNICA – PPCJ/UNIVALI E
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE CALDAS – COLÔMBIA

EL POPULISMO PUNITIVO EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LA LEY 40 DE 1993

EINAR ANDRÉS GONZÁLEZ CIFUENTES

Itajaí-SC, agosto de 2025

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO
PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS
PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS
DUPLA TITULAÇÃO: PROGRAMA DE PESQUISA INTERNACIONAL CONJUNTO PARA
PRODUÇÃO CIENTÍFICA E TÉCNICA – PPCJ/UNIVALI E FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE CALDAS – COLÔMBIA**

EL POPULISMO PUNITIVO EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LA LEY 40 DE 1993

EINAR ANDRÉS GONZÁLEZ CIFUENTES

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica, em regime de dupla
titulação com a Faculdade de Direito da
Universidade de Caldas – Colômbia.

Orientador: Doutor Andrés Botero Bernal

Itajaí-SC, agosto de 2025

AGRADECIMENTOS

A la vida misma.

A mi familia, por su apoyo incondicional, su comprensión y su compañía constante en cada etapa de este proceso.

Dedico este trabajo a mi familia, por su amor y apoyo inquebrantable, y a todas las personas que con su ejemplo y confianza me inspiraron a culminar este camino.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico, científico e metodológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Universidad de Caldas, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o(a) Orientador(a) de toda e qualquer responsabilidade acerca de seu conteúdo, conclusões e eventuais repercussões acadêmicas, sociais ou jurídicas.

Itajaí-SC, agosto de 25

Einar Andrés González C.

Einar Andrés González Cifuentes

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 20/08/2025, às dezesseis horas (horário de Brasília) e quatorze horas (horário de Manizales), o mestrando Einar Andrés González Cifuentes fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título "EL POPULISMO PUNITIVO EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LA LEY 40 DE 1993".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutora Jaqueline Moretti Quintero (UNIVALI), como presidente e orientadora, Doutor Javier Gonzaga Valencia Hernandez (UCALDAS), como orientador, Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI), como membro e Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 20 de agosto de 2025.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS

Eficacia simbólica: Es una categoría sociológica con incidencia en el ámbito jurídico, en la medida en que no busca la eficacia material de las normas, sino el impacto derivado de su sola promulgación. Su finalidad es proyectar una imagen de gestión eficaz, independientemente de que los resultados materiales se alcancen o no.

Política criminal: Constituye una obligación del Estado, que debe apoyarse en la ciencia y en estudios empíricos para identificar las fuentes de la criminalidad y adoptar las estrategias más adecuadas para enfrentarlas. Todo ello bajo la premisa de que el derecho penal debe aplicarse de manera mínima, dado que implica una afectación intensa de los derechos fundamentales.

Populismo punitivo: Corresponde a una legislación penal que no se fundamenta en una política criminal sólida, sino en la intención de apaciguar la ansiedad social mediante la expedición de normas punitivas. Surge como respuesta a percepciones de inseguridad carentes de sustento científico y busca, principalmente, transmitir a la ciudadanía la idea de que el Estado se muestra activo y preocupado frente a la criminalidad, aun cuando ello no implique una solución real al problema.

Resocialización: Es uno de los fines de la pena que materializa el principio de dignidad humana, al partir de la premisa de que toda persona, por su condición intrínseca, tiene la capacidad de modificar un comportamiento desviado. Este fin impone al Estado no solo la función retributiva de sancionar, sino también el deber de garantizar al condenado mecanismos efectivos que hagan posible su rehabilitación e integración social.

Secuestro: En el ordenamiento jurídico colombiano constituye un delito que consiste en privar a una persona, de manera ilegal e injusta, de su libertad, ya sea con el fin de obtener un provecho propio o para un tercero, o incluso bajo motivaciones distintas al lucro individual. Se trata de uno de los delitos más execrables, en la medida en que atenta contra la libertad —categoría ontológica fundamental del ser humano— y no solo afecta directamente a la víctima, sino que somete a sus familiares a una situación de angustia e incertidumbre permanente respecto al destino de su ser querido.

Síndrome normativo: Es una categoría relacionada con la teoría sociológica de la eficacia simbólica, aunque no se identifica plenamente con ella. Surge de la metáfora con el síndrome obsesivo compulsivo, en el que la necesidad de repetir una acción busca calmar la ansiedad. Trasladado al ámbito jurídico, se refiere a la “enfermedad” del sistema normativo que lleva a expedir reiteradamente disposiciones ineficaces, con el único propósito de renovar la eficacia simbólica de una norma cuyo impacto se ha debilitado con el paso del tiempo.

Derecho penal del enemigo: Es una teoría que concibe el derecho penal como un instrumento funcional frente a la criminalidad organizada, partiendo de la premisa de que el ordenamiento jurídico tradicional, con plenas garantías, resulta insuficiente para enfrentar estructuras delictivas complejas que actúan a través de mandos bajos. Propone, en consecuencia, la coexistencia de dos sistemas: un derecho penal del ciudadano, dotado de garantías plenas, y un derecho penal del enemigo, en el que tales garantías se reducen o se eliminan, con el fin de neutralizar de manera más expedita a quienes son considerados amenazas permanentes para el orden social, pues con su comportamiento afectan principios esenciales o íntimos de la configuración social.

SUMÁRIO

RESUMO.....	X
RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA	11
INTRODUCCIÓN.....	13
Capítulo 1	19
La eficacia del derecho y el populismo punitivo	19
1.1 La eficacia del derecho.....	19
1.2 La eficacia simbólica del derecho y algunos ejemplos de su utilización	29
1.3 La eficacia simbólica del derecho y algunos ejemplos de su utilización	34
1.4 El papel de los medios de comunicación.....	36
1.5 La necesidad normativa para generar tranquilidad	38
1.6 El miedo como instrumento que alimenta la expedición normativa	41
1.7 La eficacia material o instrumental.....	44
1.8 La eficacia simbólica y el síndrome normativo.....	51
1.9 Los principios o valores como herramientas para el uso simbólico.....	54
1.10 Otros tipos de eficacia.....	55
1.11 El Derecho Penal del Enemigo.....	57
1.12 El concepto de populismo punitivo a la luz de la sociología jurídica, el derecho penal y la filosofía del derecho	59
1.13 La función de la pena y la eficacia del derecho penal como instrumento de control social y su desarrollo a través de la política criminal.....	66
Capítulo 2	73

La Ley 40 de 1993 denominada “Estatuto Antisecuestro”	73
2.1 Contexto de creación de la Ley 40 de 1993.....	73
2.2 Planteamiento normativo y objetivos expresos del legislador	85
2.3 Eficacia material o instrumental de la Ley 40 de 1993.....	92
2.4 Eficacia simbólica y síndrome normativo de la Ley 40 de 1993	95
2.5 El populismo punitivo en la Ley 40 de 1993.....	101
Capítulo 3	107
Conclusión general.....	107
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	109
RESUMO DA DISSERTAÇÃO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA.....	121

RESUMO

O presente trabalho de graduação insere-se na Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo, na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito, vinculado ao Projeto de Pesquisa: Fundamentos Teóricos Contemporâneos dos Princípios e Garantias Constitucionais, e desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em regime de dupla titulação pelo Programa de Pesquisa Internacional Conjunto para Produção Científica e Técnica – PPCJ/UNIVALI e a Faculdade de Direito da Universidade de Caldas – Colômbia, associado ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 da ONU (Paz, Justiça e Instituições Eficazes).

O trabalho tem como objetivo geral analisar o funcionamento do populismo punitivo no contexto colombiano, tomando como estudo de caso a Lei 40 de 1993, conhecida como Estatuto Antissequestro. A investigação se justifica pela necessidade de compreender criticamente a instrumentalização do direito penal em contextos de crise, uma vez que em sociedades marcadas por altos índices de criminalidade e uma sensação difusa de insegurança, o legislador recorre repetidamente à emissão de normas penais severas que, embora careçam de eficácia material, produzem efeitos simbólicos e midiáticos.

A dissertação está estruturada em dois capítulos principais: no primeiro, é apresentado o quadro teórico e conceitual, abordando a eficácia do direito nas suas dimensões material, processual e simbólica, bem como as noções de síndrome normativa e populismo punitivo a partir de autores como Kelsen, Hart, Bobbio, García Villegas, Botero Bernal, Bottoms e Garland; no segundo, analisa-se a Lei 40 de 1993 em seu contexto político e social, destacando a pressão midiática e cidadã que levou à sua aprovação, sua estrutura normativa baseada no endurecimento das penas, a criação de novos tipos penais e a restrição de benefícios, e seus resultados concretos, que demonstram a ausência de impacto na redução do sequestro, embora tenham gerado legitimidade simbólica e política.

Metodologicamente, adota-se uma abordagem qualitativa, de caráter documental e bibliográfico, que combina uma análise de conteúdo jurídico, orientada para a coerência e as intenções normativas, e uma análise hermenêutica, voltada para a compreensão do contexto social e político da promulgação da lei, o que permite reconstruir o processo legislativo e demonstrar que a decisão parlamentar de aprová-la não responde a um julgamento técnico de política criminal, mas à necessidade de projetar uma imagem de firmeza estatal perante a opinião pública.

Conclui-se que a Lei 40 de 1993 constitui um caso paradigmático de populismo punitivo, caracterizado por uma eficácia predominantemente simbólica e pela reiteração de reformas penais ineficazes, confirmando a importância de superar a dependência de soluções penais meramente simbólicas e de avançar para uma política criminal racional, proporcional e baseada em evidências.

Palavras-chave: Eficácia simbólica; Política criminal; Populismo punitivo; Ressocialização; Sequestro; Síndrome normativa.

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

El presente trabajo de grado se enmarca en el Área de Concentración: Fundamentos del Derecho Positivo, en la Línea de Investigación: Constitucionalismo y Producción del Derecho, vinculado al Proyecto de Investigación: Fundamentos Teóricos Contemporáneos de los Principios y Garantías Constitucionales, y desarrollado en el ámbito del Programa de Posgrado Stricto Sensu en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Valle de Itajaí – UNIVALI, en régimen de doble titulación por el Programa de Investigación Internacional Conjunto para la Producción Científica y Técnica – PPCJ/UNIVALI y la Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas – Colombia, asociado al Objetivo de Desarrollo Sostenible n.º 16 de la ONU (Paz, Justicia e Instituciones Eficaces). El trabajo tiene como objetivo general analizar el funcionamiento del populismo punitivo en el contexto colombiano, tomando como estudio de caso la Ley 40 de 1993, conocida como Estatuto Antisecuestro. La investigación se justifica por la necesidad de comprender críticamente la instrumentalización del derecho penal en contextos de crisis, ya que en sociedades marcadas por altos índices de criminalidad y una sensación difusa de inseguridad, el legislador recurre reiteradamente a la expedición de normas penales severas que, aunque carecen de eficacia material, producen efectos simbólicos y mediáticos. La disertación se estructura en dos capítulos principales: en el primero, se expone el marco teórico y conceptual, abordando la eficacia del derecho en sus dimensiones material, procesal y simbólica, así como las nociones de síndrome normativo y populismo punitivo a partir de autores como Kelsen, Hart, Bobbio, García Villegas, Botero Bernal, Bottoms y Garland; en el segundo, se analiza la Ley 40 de 1993 en su contexto político y social, destacando la presión mediática y ciudadana que condujo a su aprobación, su estructura normativa basada en el endurecimiento de las penas, la creación de nuevos tipos penales y la restricción de beneficios, y sus resultados concretos, que demuestran la ausencia de impacto en la reducción del secuestro, aunque sí generaron legitimidad simbólica y política. Metodológicamente, se adopta un enfoque cualitativo, de carácter documental y bibliográfico, que combina un análisis de contenido jurídico, orientado a la coherencia e intenciones normativa, y un análisis hermenéutico, dirigido a la comprensión del contexto social y político de la promulgación de la ley, lo cual permite reconstruir el proceso legislativo y demostrar que la decisión parlamentaria de aprobarla no responde a un juicio técnico de política criminal, sino a la necesidad de proyectar una imagen de firmeza estatal ante la opinión pública. Se concluye que la Ley 40 de 1993 constituye un caso paradigmático de populismo punitivo, caracterizado por una eficacia predominantemente simbólica y por la reiteración de reformas penales ineficaces, confirmando la importancia de superar la dependencia de soluciones penales meramente simbólicas y de avanzar hacia una política criminal racional, proporcional y basada en evidencias.

Palavras-chave na língua escolhida: Eficácia simbólica; Política criminal; Populismo punitivo; Ressocialização; Sequestro; Síndrome normativa.

The present thesis is framed within the Area of Concentration: Fundamentals of Positive Law, in the Research Line: Constitutionalism and Production of Law, linked to the Research Project: Contemporary Theoretical Foundations of Constitutional Principles and Guarantees, and developed within the scope of the *Stricto Sensu* Graduate Program in Legal Sciences at the University of Vale do Itajaí – UNIVALI, under a dual degree regime through the International Joint Research Program for Scientific and Technical Production – PPCJ/UNIVALI and the Faculty of Law of the University of Caldas – Colombia, associated with the United Nations Sustainable Development Goal No. 16 (Peace, Justice and Strong Institutions). The research is justified by the need to critically examine the instrumentalization of criminal law in contexts of crisis, since in societies marked by high crime rates and a diffuse sense of insecurity, legislators repeatedly resort to enacting harsher criminal provisions which, although lacking material effectiveness, produce symbolic and media effects. The dissertation is structured in two main chapters: the first presents the theoretical and conceptual framework, addressing the effectiveness of law in its material, procedural, and symbolic dimensions, as well as the notions of normative syndrome and punitive populism, drawing on authors such as Kelsen, Hart, Bobbio, García Villegas, Botero Bernal, Bottoms, and Garland; the second analyzes Law 40 of 1993 within its political and social context, highlighting the media and public pressure that led to its approval, its normative structure based on harsher penalties, the creation of new criminal offenses, and the restriction of legal benefits, and its concrete results, which show the absence of impact on reducing kidnapping, although they did generate symbolic and political legitimacy. Methodologically, the study adopts a qualitative approach, of a documentary and bibliographic nature, combining legal content analysis —focused on normative coherence and legislative intent— with a hermeneutic approach —aimed at understanding the social and political context of the law's enactment—, which makes it possible to reconstruct the legislative process and demonstrate that the parliamentary decision to approve it did not stem from a technical assessment of criminal policy, but rather from the need to project an image of state firmness before public opinion. The research concludes that Law 40 of 1993 constitutes a paradigmatic case of punitive populism, characterized by predominantly symbolic effectiveness and by the reiteration of ineffective criminal reforms, thereby confirming the importance of overcoming the reliance on merely symbolic penal solutions and advancing toward a rational, proportional, and evidence-based criminal policy.

Palavras-chave na língua escolhida: Symbolic effectiveness; Criminal policy; Punitive populism; Resocialization; Kidnapping; Normative syndrome.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado se enmarca en el Área de Concentración: Fundamentos del Derecho Positivo, en la Línea de Investigación: Constitucionalismo y Producción del Derecho, vinculado al Proyecto de Investigación: Fundamentos Teóricos Contemporáneos de los Principios y Garantías Constitucionales, y desarrollado en el ámbito del Programa de Posgrado Stricto Sensu en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Valle de Itajaí – UNIVALI, en régimen de doble titulación por el Programa de Investigación Internacional Conjunto para la Producción Científica y Técnica – PPCJ/UNIVALI y la Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas – Colombia, asociado al Objetivo de Desarrollo Sostenible n.º 16 de la ONU (Paz, Justicia e Instituciones Eficaces).

El trabajo que se desarrollará a través de la presente tesis tiene importancia actual, pues la expedición de normas en el sistema jurídico colombiano se constituye en una de las principales formas de gobierno, a través de las cuales se pretende concretar los planes y proyectos de los partidos políticos, pero a través de ellas también se busca generar sensación de “buena gestión” así los postulados expresos vertidos en dichas disposiciones no tengan concreción en el plano real.

El objetivo general de este proyecto de investigación consiste en realizar un análisis del funcionamiento del populismo punitivo en el contexto colombiano, desde conceptos tales como “eficacia simbólica” y “síndrome normativo”, tomando como ejemplo la Ley 40 de 1993. Para ello, se propone examinar detalladamente el contexto histórico, político y social en el que fue expedida esta norma, así como sus fundamentos normativos, su carga simbólica y los efectos materiales que ha generado como respuesta institucional frente a la presión social por un tratamiento penal más severo.

En este sentido, el populismo punitivo será abordado como un fenómeno de naturaleza compleja que involucra dimensiones políticas, jurídicas y sociológicas, siendo la Ley 40 de 1993 un caso paradigmático que permite ilustrar de forma concreta la manera en que ha operado este tipo de discurso y práctica legislativa en Colombia. Desde la dimensión política, se analizará cómo el Congreso de la República, en su calidad de órgano legislativo, reacciona frente a las demandas sociales, movidas

generalmente desde los medios de comunicación masiva, que exigen mayor represión penal como medio para enfrentar la criminalidad, especialmente en contextos marcados por la conmoción pública y el temor colectivo. Desde la dimensión jurídica, se evaluarán los contenidos normativos expresos de la ley, su coherencia interna y su grado de eficacia material en relación con los objetivos que declara perseguir. Por último, desde la dimensión simbólica, se indagará en qué medida esta norma ha operado como un instrumento meramente declarativo, destinado más a generar una percepción de control social y acción estatal efectiva que a resolver de forma estructural las causas de los fenómenos delictivos que pretende combatir.

Dentro del marco de análisis se consideran, además, ciertos elementos distintivos que permiten caracterizar el populismo punitivo en Colombia. Entre ellos se destacan: el incremento de ciertos comportamientos delictivos que generan alarma social, la amplia difusión mediática que contribuye a amplificar la percepción de inseguridad ciudadana, y la presión ejercida por sectores sociales que se han sentido históricamente marginados o desprotegidos por el Estado en su deber de garantizar la seguridad y el orden público. Estos factores contribuyen a la consolidación de un discurso penal cada vez más represivo, en el que la promulgación de leyes severas opera como un mecanismo de legitimación política ante la opinión pública, pero con un alto nivel de ineficacia instrumental.

En cuanto al enfoque metodológico, esta investigación se inscribe dentro del paradigma cualitativo, con una estrategia documental-bibliográfica de carácter analítico. A partir de esta metodología se llevó a cabo una revisión minuciosa de la literatura jurídica, sociológica y criminológica especializada en temas como populismo punitivo, eficacia simbólica del derecho, síndrome normativo y derecho penal del enemigo. Esta revisión permitió construir un marco teórico sólido desde el cual se aborda el fenómeno objeto de estudio y se articulan las categorías analíticas empleadas en el desarrollo de la investigación.

Posteriormente, se realizó un estudio detallado de las fuentes jurídicas y extrajurídicas directamente relacionadas con el proceso legislativo que dio lugar a la Ley 40 de 1993. Desde la perspectiva de las fuentes jurídicas, en este ejercicio se incluyó el análisis del texto normativo, las gacetas del Congreso, los informes de ponencia, las actas de debate, así como otros documentos legislativos relevantes.

Desde la perspectiva de las fuentes extrajurídicas, se analizó la forma como los medios de comunicación informaron del secuestro en ese entonces.

El tratamiento de este material se realizó mediante técnicas de análisis del contenido jurídico (corte analítico-normativo), así como técnicas de comprensión general del contexto social y político de las normas antisequestro (enfoque hermenéutico), lo que permitió reconstruir el proceso de formación de la Ley 40, identificar los principales argumentos esgrimidos por sus promotores y detractores, y comprender cómo estas discusiones reflejaron una lógica punitiva influenciada por el clamor social, la emocionalidad colectiva y la intervención de los medios de comunicación.

Este abordaje metodológico permitió no solo analizar la Ley 40 de 1993 como un instrumento jurídico, sino también como una manifestación concreta de las dinámicas del populismo punitivo en el ámbito legislativo colombiano. Así, fue posible valorar el impacto de la norma tanto en su dimensión material —en cuanto a su aplicación y efectos reales— como en su dimensión simbólica —en cuanto a su capacidad para generar legitimidad política o responder a demandas sociales—. En conjunto, la investigación propone una comprensión integral del populismo punitivo desde una perspectiva crítica, articulando sus fundamentos conceptuales con el análisis empírico de una norma representativa dentro del contexto colombiano.

Al abordar el tema concreto de la Ley 40 de 1993, denominado estatuto antisequestro, se busca evidenciar que las normas jurídicas pueden ser instrumentalizadas para evocar valores morales y de cohesión social, con el propósito de no alcanzar su eficacia material, por cuanto su eficacia simbólica es su única intención.

Lo anterior permite determinar que legislar reiterativamente en ciertos campos como el derecho penal a diferencia de otras ramas jurídicas resulta más efectivo de cara al objetivo subrepticio del legislador, pues con el derecho penal se genera más golpe de opinión, por cuanto a través del punitivismo se tiene la errada concepción de que el Estado garantiza la convivencia pacífica y demás presupuestos básicos para el desarrollo social.

Desde luego, en un estado democrático y participativo como lo es el colombiano, los partidos políticos y sus integrantes deben demostrar una buena gestión ante su electorado y como quiera que dicha gestión casi siempre es medida en el impulso cuantitativo de iniciativas legislativas no se tiene en cuenta los efectos jurídicos o materiales de dichas disposiciones.

De lo anterior se desprende la importancia actual de evaluar una norma de 1993, tras 32 años desde su expedición, pues a través de dicho estudio se puede establecer la necesidad de analizar críticamente las iniciativas legislativas desde el punto de vista de sus intenciones, permitiendo dilucidar si lo que se busca con ellas son medidas populistas o en realidad se está haciendo uso de los resultados de la política criminal y la criminología con el fin de tratar de coadyuvar en la resolución de problemas sociales.

De igual importancia académica resulta reseñar la estrecha relación existente entre la sensación de inseguridad propiciada por los medios de comunicación y el uso de dicho miedo por parte de los dirigentes políticos para explotar la eficacia simbólica de las normas penales que pretenden auspiciar, lo cual conlleva a la necesidad de analizar las noticias esparcidas por los medios de comunicación.

En ese orden de ideas esta tesis está conformada por dos capítulos, en el primero de ellos realizo un acercamiento teórico en torno a la eficacia del derecho y el populismo punitivo en el cual desarrollo la eficacia desde la perspectiva ideal de aspiración de un sistema jurídico en el cual las normas pretenden tener los efectos que en sus cuerpos normativos se describen.

Si bien es cierto la medición de resultados de las normas jurídicas podría reducirse a sus resultados meramente cuantitativos o estadísticos, en este trabajo académico se busca diferenciar a grandes rasgos ese tipo de eficacia material con aquella eficacia instrumental a través de la cual se utiliza el poder de evocación de las normas jurídicas precisamente para no alcanzar la eficacia material que en los textos jurídicos se describe.

Quiere decir lo anterior, que lo que interesa a este último tipo de eficacia descrito es instrumentalizar las normas jurídicas únicamente para lograr aceptación

social y demostrar cuantitativamente gestión política, como ocurre, por ejemplo, con los abogados que pretenden legalizar sus honorarios con extensos memoriales independientemente de su contenido.

Resultaría como producto de esta investigación que, al momento de evaluar el proceso de producción de normas jurídicas, independientemente de su autor, filiación política o si proviene de un mecanismo de participación ciudadana, se examine con extrema desconfianza aquellas disposiciones que bajo el pretexto de protección del interés general se persiga la limitación de garantías fundamentales.

Líderes carismáticos y discursos radicales que se concretan a través de normas jurídicas generan el aumento de caudal electoral y acrecientan los niveles de aceptación pública a través del efecto persuasivo y simbólico de las normas, en cuyo caso la eficacia material de sus disposiciones quedan relegadas a un segundo plano.

Se verá que la instrumentalización de las normas jurídicas aprovechando sus poderes simbólicos puede ser utilizado de manera reiterativa con el fin de revitalizar los efectos simbólicos de aquellas normas que han perdido eficacia simbólica, situación que es denominada académicamente como “síndrome normativo”.

El síndrome normativo entonces tiene relación con la eficacia simbólica del derecho, pero no es lo mismo, pues esta figura teórica pretende comparar lo que es un síndrome obsesivo compulsivo que nos lleva a repetir ciertas conductas por la angustia psicológica de creer que la conducta no se ha realizado o no se ha realizado correctamente, con la expedición de las mismas normas jurídicas de manera reiterada pero que esencialmente versan sobre un mismo punto.

De aquella similitud, en lo que respecta a la reiteración de una conducta, se extrajo la concepción de “síndrome normativo” como una enfermedad del sistema a través del cual se expiden normas que ya han sido expedidas o declaradas inconstitucionales con el fin único de reanimar su eficacia simbólica.

Para el segundo capítulo se desarrollará la Ley 40 de 1993 denominado “estatuto antisequestro” develando cuales son los objetivos expresos vertidos en su texto, así como también analizando las discusiones que se dieron en el parlamento

colombiano durante su tránsito legislativo con el fin de comparar las teorías de eficacia simbólica del derecho y síndrome normativo con su contenido, para llegar a la conclusión de la ocurrencia o no de populismo punitivo.

Capítulo 1

LA EFICACIA DEL DERECHO Y EL POPULISMO PUNITIVO

1.1 LA EFICACIA DEL DERECHO

Según Jeanmanaud (1984), la eficacia constituye uno de los temas más complejos de abordar en el ámbito jurídico, pues ubica al lector inmediatamente en el terreno de la medición de resultados. La Real Academia Española – RAE (2023, 129) define la eficacia como la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. Para Hart, con la eficacia se “quiere aludir al hecho de una regla de derecho que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida”, lo que inevitablemente remite a un análisis de los resultados obtenidos.

Pese a su complejidad, ha sido posible establecer una clasificación de los distintos tipos de eficacia, permitiendo así analizar sus particularidades. Estas variarán según el enfoque desde el cual se aborde la eficacia como objeto de estudio, ya sea desde una perspectiva orientada a evaluar el derecho como sistema, a valorar la eficacia de normas específicas en sus distintas modalidades, o a examinar el cumplimiento de fines políticos atribuidos al derecho, entre otros. Se trata, por tanto, de un concepto que no se circunscribe únicamente al ámbito jurídico, sino que también es abordado desde disciplinas como la sociología del derecho.

No obstante, la presente investigación no pretende abordar exhaustivamente todas las clasificaciones posibles, sino únicamente identificar algunos tipos de eficacia pertinentes para el desarrollo del problema planteado. En este sentido, partiendo del reconocimiento de la existencia de múltiples tipos de eficacia, se abordarán los siguientes: i) eficacia material primaria, ii) eficacia material secundaria, iii) eficacia procesal y iv) eficacia simbólica.

La eficacia material primaria, según Botero (2019), se refiere al cumplimiento del texto normativo en la realidad social. Para Ruiz (1997), este tipo de eficacia implica:

La aptitud del Derecho para desencadenar las transformaciones que se esperan de la vigencia de sus normas, depende de la dosis de voluntad y de interés con que el poder público las hace cumplir y consuma satisfactoriamente sus efectos. El poder que así actúa, se conduce al modo de un poder-función que —al contrario de la desnudez del poder fuerza-física o de la compulsión desmedida que refleja su rostro diabólico— persigue objetivos morales y sociales, cuyo alcance y conservación prueban su eficacia, y se caracteriza por la tenacidad con que va en busca de ellos y por la energía con que, una vez logrados, los defiende (p.1).

En otras palabras, la eficacia material primaria se refiere a la correspondencia entre los objetivos expresamente señalados por el legislador en la norma y los resultados alcanzados en la práctica. Por ejemplo, una disposición que prohíbe el consumo de alcohol por parte de menores de 18 años podría considerarse eficaz si, en la realidad, es más obedecida que incumplida.

Ahora bien, el análisis de la eficacia en el derecho conlleva dificultades adicionales, ya que no basta con evaluar los objetivos expuestos contenidos en la norma, sino que también debe considerarse la intención política del legislador. En ocasiones, esta intención puede orientarse precisamente a la ineficacia material de la norma, como ocurre en los casos en que se busca un efecto simbólico, sin intención real de cumplimiento, lo que da lugar a lo que se ha denominado eficacia simbólica primaria.

En esta línea, debe señalarse que el derecho, como construcción social destinada a regular situaciones sociales, no actúa de forma autónoma, sino que se encuentra condicionado por la realidad, la cual determina en buena medida su eficacia instrumental.

Cuando la eficacia se concibe como un instrumento de medición del derecho, debe enfrentarse a la indeterminación de los fines perseguidos mediante su expedición. A diferencia de las ciencias naturales, el deber ser jurídico está atravesado por intereses diversos, muchas veces difíciles de identificar o justificar racionalmente.

Desde una perspectiva amplia, la eficacia busca convertirse en un referente de la efectividad del mandato contenido en la disposición normativa. En este sentido, Bobbio (2000), citado por Ramírez et al. (2011, p.30), afirma que “la eficacia es determinar si una norma es cumplida o no por las personas a quienes se dirige o los destinatarios de la norma jurídica”. Así, por ejemplo, si una disposición prohíbe el

estacionamiento de vehículos en una zona determinada y, tras su implementación, se constata que los conductores han dejado efectivamente de aparcar allí, podría afirmarse que dicha norma ha sido eficaz en su dimensión instrumental.

Para Kelsen (2023/1934), la eficacia de las normas jurídicas no pertenece al plano del deber ser, sino al del ser, es decir, al ámbito fáctico extrajurídico. No obstante, el autor sostiene que las normas requieren un mínimo de eficacia, ya que, de lo contrario, caerían en desuso. En ese sentido, la eficacia se relaciona con la aplicación de una sanción en caso de incumplimiento.

Ahora bien, evidenciar la letra muerta de la ley a partir de sus objetivos expresos y contrastarla con los resultados alcanzados en la realidad, como se plantea en la eficacia material primaria, no siempre resulta una tarea sencilla. Ello obedece a que el lenguaje escrito —principal medio de expresión del contenido normativo— es, en muchas ocasiones, ambiguo y susceptible de múltiples interpretaciones (Atienza, 2005).

Incluso, podría considerarse, siguiendo a Savigny (1940, p.342), citado por Bernd (2018), que es necesario “ponerse mentalmente en el lugar del legislador y repetir hábilmente, desde allí, su actividad”. Lo anterior implica que determinar los objetivos expresos del legislador no se agota en una interpretación literal de la norma, dado que esta puede estar condicionada por la subjetividad del intérprete, dificultando así su evaluación en términos de resultados empíricos.

Por su parte, la eficacia material secundaria se refiere a la aplicación de la sanción cuando se incumple el propósito de la norma. Según Botero (2019, p.154), corresponde a “la imposición real de las consecuencias jurídicas previstas por la norma cuando el obligado no cumplió con lo que debía hacer (eficacia material secundaria o eficacia de la sanción)”.

Para Kelsen (2023/1934), la eficacia primaria tiene que ver con que una norma sea, en general, obedecida en la sociedad, mientras que la eficacia secundaria —también denominada eficacia de la sanción— se relaciona con las consecuencias materiales derivadas del incumplimiento normativo. De la interacción entre ambas surge lo que el autor denomina norma completa.

Un ejemplo ilustrativo puede encontrarse en las normas penales. El artículo 239 del Código Penal colombiano tipifica el delito de hurto y establece una pena de prisión de 32 a 108 meses para quien incurra en dicha conducta. Esta norma busca, en principio, una eficacia primaria, al persuadir a los ciudadanos de no cometer el delito, y resulta eficaz en sentido secundario cuando, ante su transgresión, se impone efectivamente la sanción correspondiente.

En ese sentido, puede concluirse que la eficacia material secundaria opera cuando los objetivos del legislador no se cumplen, como sucede en el caso del hurto. En tales eventos, la imposición de la sanción evidencia una ineficacia material primaria respecto del objetivo preventivo de la norma, en este caso, la protección del derecho de propiedad.

En cuanto a la eficacia procesal, debe destacarse que el Estado de derecho surge precisamente como un límite al ejercicio del poder estatal (Martínez, 2021). Por ello, los procedimientos y garantías establecidos en los ordenamientos jurídicos, especialmente en el ámbito penal, constituyen salvaguardas a favor de los ciudadanos frente a la desconfianza generada por un Estado fuerte que debe mantener el orden (Hobbes, 2005).

Así, la eficacia procesal se configura como el mecanismo que garantiza el acceso a los derechos sustanciales en controversia. Puede evaluarse desde dos perspectivas: como instrumento para asegurar la protección de esos derechos y como garantía del debido proceso. Al respecto, Sánchez (1996, pp. 113–114), en referencia al derecho penal, señala:

Sin embargo, y por razones obvias, junto a la gravedad de la pena entra en juego el factor de la probabilidad de que la pena se haga efectiva, factor este que depende de la configuración del sistema policial, procesal (e incluso social) y en donde radican buena parte de los costes del combate contra el delito.

Esto quiere decir que la eficacia procesal actúa como un filtro que limita la imposición efectiva de penas, lo cual, lejos de ser un defecto, responde a la necesidad de preservar el debido proceso como barrera frente al poder punitivo del Estado. En consecuencia, las actuaciones deben ceñirse a las etapas y ritualidades previstas para cada procedimiento específico (Molina, 2010).

Esta situación ha motivado críticas al principio del debido proceso, al cual se le atribuye la supuesta ineficacia del sistema penal. Se argumenta que dicho principio protege en exceso al infractor, en detrimento de la víctima, al otorgarle múltiples garantías que obstaculizan la acción penal del Estado (Carbonell, 2019).

Asimismo, se sostiene que el exceso de garantías impide una respuesta eficaz frente al crimen organizado, ya que este, al ser especializado, aprovecha las formalidades procesales para eludir el control judicial (Gutiérrez, 2019).

En este contexto, también se ha intentado relacionar la eficacia procesal con el principio de eficiencia, entendido desde una perspectiva económica como la optimización de recursos para alcanzar el mejor resultado posible al menor costo. La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-826 (2013, p.32) señaló:

Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a ser limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público.

En ese orden de ideas, la eficiencia ostenta un carácter eminentemente económico, orientado al uso racional de los recursos con el fin de maximizar los resultados posibles. Dichos resultados se relacionan con la eficacia procesal, entendida no solo como un instrumento para alcanzar el derecho material, sino también desde una perspectiva costo-beneficio, en la que se promueven formas de terminación anticipada de los procesos, como los juicios abreviados, que en muchas ocasiones implican una restricción de las garantías procesales del investigado (Ortiz, 2011).

Un ejemplo de esta lógica eficientista puede observarse en la celebración de preacuerdos y negociaciones en materia penal, los cuales permiten incluso modificar la calificación jurídica de un delito como parte de una estrategia de negociación, y no necesariamente en aplicación estricta del principio de legalidad (Peña, 2019). Esta práctica puede resultar beneficiosa para ambas partes: para el órgano acusador, sometido a una gestión basada en resultados estadísticos, y para

el procesado, quien se beneficia con una rebaja en la pena mediante la aceptación de cargos (Riveros, 2008).

Sin embargo, debe diferenciarse entre el eficientismo penal y la eficacia material del derecho penal. Mientras que el primero otorga un peso excesivo a las estadísticas y a la resolución rápida de casos, el segundo se enfoca en garantizar de manera real y concreta los postulados de verdad, justicia y reparación.

Estas dinámicas conducen a una priorización de la negociación sobre la aplicación estricta del principio de legalidad, lo que aumenta la discrecionalidad que el derecho penal precisamente busca limitar (Ferrajoli, 2011). Se desdibuja así una de las garantías del debido proceso: ser juzgado por el hecho efectivamente cometido (Islas, 2009). Además, se dificulta una comprensión adecuada de los fenómenos de criminalidad, ya que se inflan las estadísticas mediante punibles contruídos más para mostrar resultados que para reflejar la realidad social.

Así las cosas, los preacuerdos y las negociaciones configuran un tipo particular de eficacia procesal, a través del cual la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus competencias, puede celebrar acuerdos con el procesado a cambio de beneficios penales.

En este escenario, la pretensión del Estado es alcanzar justicia rápida y material sin menoscabar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral. Ello, en la medida en que mediante el acuerdo se evita la continuación de un proceso ordinario largo y costoso, a cambio de la aceptación de responsabilidad por parte del procesado, quien expone expresamente los pormenores del delito cometido y sus motivaciones. Asimismo, se logra justicia en tanto que se impone una sanción, independientemente de su modalidad o cuantía, y se propicia la reparación integral, al establecerse el deber jurídico de resarcir el daño ocasionado (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-595 de 2013).

Por último, en lo referente a la eficacia simbólica, García (2014) y Botero (2019) la han clasificado en dos grandes categorías: eficacia simbólica en sentido amplio o interno, y eficacia simbólica en sentido estricto. Esta última, a su vez, puede ser originaria o derivada, y subdividirse en eficacia simbólica benéfica o en sentido perverso (Botero, 2010).

La eficacia general en sentido amplio se vincula con la aceptación interna de la norma por parte de sus destinatarios. Al respecto, Mendieta et al. (2011, p. 244) afirman:

Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a ser limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público.

Así pues, en el esquema de Hart, juega un papel fundamental la noción de aceptación: para que un ordenamiento jurídico exista debe ser aceptado, es decir, debe ser eficaz. Pero es suficiente con que sea aceptado por los funcionarios y obedecido por el resto de la población en general, incluso bastaría con que fuese aceptada su regla de reconocimiento. Aceptarla supone contemplarla desde el punto de vista interno, usándola como pauta de conducta adecuada para identificar normas válidas y como justificación de las críticas lanzadas contra quienes se apartan de su modelo de identificación normativa, es decir, significa que los jueces y tribunales acepten como vinculantes esos criterios, de forma que las desviaciones respecto de ellos sean apreciadas críticamente, en general, como desviaciones respecto de criterios vigentes y vinculantes. La eficacia se predica del ordenamiento jurídico en su conjunto (aunque algunas normas resulten inaplicadas). En principio, parece que la aceptación debe producirse por el grupo social en general. Pero en El concepto del derecho dice que es necesaria la armonía entre los funcionarios, especialmente los jueces, y además los ciudadanos ordinarios obedecen en general las normas jurídicas. Los ciudadanos no necesitan aceptar la regla de reconocimiento, basta con que obedezcan las normas identificadas por ella. Pero si no aceptan la regla de reconocimiento y tampoco las normas jurídicas que aquélla identifica, la situación de los ciudadanos ante la norma no sería la de “tener una obligación” sino la de “verse obligado”.

Esto implica que las normas jurídicas contienen elementos morales que favorecen la cohesión social. Así, los destinatarios reconocen, aceptan y consideran esas normas como parte del ordenamiento, identificándolas como necesarias para la vida en comunidad. Además, dicha aceptación se ve fortalecida por el cumplimiento de las reglas jurídicas válidas para su expedición.

En consecuencia, toda norma jurídica persigue al menos una pretensión simbólica relacionada con el cumplimiento de los fines estatales. Una de sus finalidades sería, entonces, que las personas acepten internamente tales disposiciones como derecho (Orozco et al., 2022).

Ahora bien, la eficacia simbólica en sentido estricto puede ser originaria o derivada. La eficacia simbólica originaria se da cuando una norma es expedida sin intención de producir efectos materiales. Es decir, cuando el texto legal expresa unos fines que no corresponden con los verdaderos intereses del legislador. Según Cruz (2012, p.310):

En otras palabras, de la forma en que el derecho sirve como mecanismo de comunicación política para crear representaciones diferentes a las declaradas en las normas, las cuales son funcionales a intereses hegemónicos y neutralizan el alcance de ciertas reclamaciones y valores.

Por su parte, la eficacia simbólica derivada se presenta cuando una norma, inicialmente destinada a cumplir sus objetivos, termina alcanzando otros fines durante su interpretación o aplicación. Al respecto, García (2014, p. 233) explica:

Desde una perspectiva teórica es posible diferenciar dos tipos de eficacia simbólica. El primero se refiere a normas concebidas para no tener la eficacia instrumental que anuncian sus textos. A este tipo lo denominaré eficacia simbólica originaria. El segundo se refiere a normas destinadas a cumplir con sus objetivos pero que, en el curso de su interpretación y aplicación, terminan adquiriendo otros objetivos no declarados. Llamaré eficacia simbólica derivada a este segundo tipo.

De este modo, el análisis de los distintos tipos de eficacia revela la complejidad de su definición, pues está necesariamente vinculada al caso concreto y a la finalidad que persigue cada norma. Lo anterior se asemeja a lo planteado por Zuleta (1982) en relación con la lectura, al afirmar que leer implica develar el pensamiento del autor, pero una vez el texto es publicado, este pierde el control sobre su interpretación.

Un ejemplo ilustrativo lo constituye El Príncipe de Nicolás Maquiavelo, obra a la que se han atribuido múltiples interpretaciones, muchas de ellas contradictorias entre sí y probablemente ajenas a la intención original del autor (Silva, 2015).

Así, una vez expedida, la norma requiere no solo ser interpretada en su dimensión jurídica o textual, sino también en cuanto a sus verdaderos fines políticos y sociales. Se trata, entonces, de analizar críticamente el contexto de su expedición,

las colisiones de intereses que atraviesan su circulación en la realidad y los resultados que genera durante su aplicación.

Existen múltiples ejemplos en la literatura jurídica sobre normas con eficacia simbólica. García (2014), por ejemplo, analizó el uso de los estados de excepción en Colombia, y advirtió que su aplicación ha sido frecuente y transversal a distintos gobiernos, pese a su carácter constitucional de medida excepcional.

Iturralde (2010), al referirse a la declaratoria del Estado de Conmoción Interior mediante el Decreto 874 de 1994, promovido por el gobierno colombiano, explicó que su propósito era evitar la excarcelación de personas procesadas por delitos contra el orden público debido al vencimiento de términos durante la etapa de instrucción o juzgamiento.

Según el gobierno de la época, esta situación representaba una amenaza institucional y un peligro para el país. Por ello, aun con conocimiento de su inconstitucionalidad, se expidió el decreto que limitaba garantías constitucionales a personas detenidas sin que se hubiera definido su situación jurídica. La medida se justificó con el mensaje de evitar un “quebrantamiento institucional”, aun cuando los afectados estaban amparados por el principio de presunción de inocencia. Este principio, según Nogueira (2005 p. 221), consiste en:

El derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.

Esto evidencia que el vencimiento de términos no constituía una situación extraordinaria que justificara la declaratoria de conmoción interior, y que dicha decisión respondió más a una estrategia de legitimación simbólica del poder que a un requerimiento jurídico excepcional.

Desde luego, la implementación de aquella conmoción interior respondió a una intención política clara: evitar la libertad de determinadas personas privadas de la misma. Es decir, su propósito no era ajustarse a la Constitución, sino producir efectos materiales inmediatos que impidieran la consecución de ciertos fines procesales. Esto se facilitó porque el control automático de constitucionalidad se realiza de forma posterior, cuando la norma ya ha surtido efectos jurídicos. En este caso, el mismo tribunal constitucional, pese a declarar la inconstitucionalidad de la norma, dispuso que su fallo tendría efectos únicamente a partir de su notificación, momento en el que ya se habían afectado derechos fundamentales. Así lo señala Iturralde (2010 pp. 139–140):

¿Podía esta decisión ser una prueba de que la Corte Constitucional cambiaba su posición con respecto al uso de los estados de excepción y la ponderación de los derechos colectivos e individuales en esas situaciones? ¿Podría ser que la Corte hubiera efectuado un giro de 180 grados y asumido la idea de que había sólo una Constitución, que regía tanto en tiempos normales como de emergencia? Los efectos prácticos que la Corte le dio a su decisión invitan al escepticismo: aunque el estado de excepción era inconstitucional, la Corte estableció que su decisión tendría efectos jurídicos sólo desde el momento de su notificación. Ello hacía que su decisión fuese inocua, como observó uno de los magistrados que salvó su voto, puesto que se había adoptado dos meses después de que se hubiera declarado el estado de excepción, es decir, que había ya transcurrido el período exacto del tiempo establecido por el Gobierno para suspender el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Al hacer esto, la Corte validó el propio estado de excepción que declaraba inconstitucional. Puesto que la decisión de la Corte no tenía ningún efecto durante el período de tiempo en el cual el estado de excepción se había aplicado en la práctica, todas las acciones del Estado basadas en el estado de excepción eran legales.

Lo anterior demuestra que, en el proceso de expedición normativa, no basta con analizar el objetivo expreso que la norma plantea para determinar su eficacia; es imprescindible también valorar su funcionalidad dentro de las disputas de intereses políticos, económicos o ideológicos, que muchas veces se alejan de la imagen romántica del legislador que actúa conforme al orden constitucional y a la jerarquía normativa, buscando el bienestar general.

1.2 LA EFICACIA SIMBÓLICA DEL DERECHO Y ALGUNOS EJEMPLOS DE SU UTILIZACIÓN

En muchos casos, la intención misma de la norma es producir efectos contrarios a la Constitución, ya que el orden jurídico superior se convierte en un obstáculo frente a los intereses políticos reales del legislador. Un ejemplo ilustrativo de esta práctica lo representa la trayectoria política de la exsenadora Gilma Jiménez, quien fue integrante del Partido Verde y reconocida por su activismo en favor de los derechos de los niños.

Como parte de esa trayectoria, se destaca la autoría del Acuerdo 280 de 2007 del Concejo de Bogotá, conocido como el “muro de la infamia”, que pretendía instalar vallas públicas con la identidad de personas condenadas por delitos sexuales contra menores. El artículo 3 del referido acuerdo señalaba:

En los espacios físicos determinados en los dos artículos anteriores se divulgará la siguiente información: nombres y foto reciente de los condenados por los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, cuyas víctimas han sido menores de edad en Bogotá, los delitos cometidos, la condena impuesta y la edad de las víctimas. Las fotografías de los condenados serán de tamaño de pliego como mínimo.

Este acuerdo fue declarado nulo mediante sentencia del 25 de junio de 2012 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, decisión confirmada por el Consejo de Estado el 15 de septiembre de 2016. Se consideró que la medida era inconstitucional, dado que:

Dicho reglamento se traduce en una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales de las personas cuya identidad pretendía ser exhibida en escarnio público, así como los de sus familiares. Lo anterior, dada su falta de adecuación para realizar el fin perseguido y el carácter innecesario de las afectaciones infligidas a los derechos de las personas directa o indirectamente tocadas por la medida cuestionada.

Asimismo, Gilma Jiménez fue autora del Acuerdo 209 de 2006, que modificaba el Código de Policía de Bogotá para prohibir el ingreso de menores de 14

años a determinados establecimientos públicos como bares, discotecas, casas de juego y similares, incluso si operaban de manera transitoria. La norma también imponía sanciones tanto a padres como a propietarios de estos lugares.

Posteriormente, en 2007, la exsenadora impulsó un referendo para modificar el artículo 34 de la Constitución, buscando establecer la prisión perpetua para ciertos delitos cometidos contra menores. Sin embargo, en la Sentencia C-397 de 2010, la Corte Constitucional declaró inconstitucional la ley que convocaba el referendo, por haberse incurrido en vicios insubsanables en su trámite legislativo:

Se cometieron dos vicios formales de carácter insubsanable: uno derivado de la presentación extemporánea, informal y ante una sola de las Cámaras del Certificado expedido por el Registrador Nacional del Estado Civil... y otro, de los cambios sustanciales en el contenido de la propuesta durante el trámite legislativo, lo cual violó los principios de identidad flexible y consecutividad.

Incluso tras su fallecimiento, en 2013, se promovió el Acto Legislativo 01 de 2019, “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable – en Memoria de Gilma Jiménez”. Su legado político fue exaltado como una lucha incansable por la niñez, como lo señaló el representante Erwin Arias en la Gaceta del Congreso 1089 (2019, p.42):

Yo acompañé a la doctora Gilma Jiménez cuando emprendió esa lucha por los niños y niñas de Colombia... estos sociópatas... disfrutaban hacerles daño a los niños, pueden volver a salir de la cárcel a buscar satisfacerse haciendo estos actos delictivos contra niños.

Se evidencia así que Gilma Jiménez cimentó su carrera política como una defensora de los derechos de la infancia, al punto que, tras su fallecimiento, se impulsaron reformas legislativas en su honor. Sin embargo, muchas de las normas que promovió no produjeron efectos jurídicos materiales, ya que fueron declaradas inconstitucionales.

Lo anterior permite concluir que la expedición de normas con alto contenido moral, como aquellas relacionadas con la protección de la niñez, no necesariamente buscan eficacia material. Lo que realmente interesa es su eficacia

simbólica, es decir, la construcción de una imagen pública favorable del legislador como garante de derechos, con fines de legitimación política.

Una norma como la que establecía la instalación de vallas con los rostros de personas condenadas por delitos sexuales contra menores representa una violación evidente al principio de resocialización y a la dignidad humana. En palabras de Rincón y Fonseca (2015, p. 138):

Los muros de la infamia, como una forma de restablecimiento de los derechos de los niños, sus efectos en términos de política social resultó innegablemente desproporcionada y absurda. Los fines que persigue van más allá de la legalidad penal en Colombia e indiscutiblemente contraria a los preceptos constitucionales, toda vez que el fin de la pena es la rehabilitación y este mecanismo no permite lograrla. Este tipo de alternativas generan mayor marginación y estigmatización del victimario, lo que hace imposible su resocialización.

Por tanto, en el marco del debate sobre la promulgación de normas, no puede soslayarse la exigencia de constitucionalidad. Cuando esta se ignora de forma deliberada, resulta evidente que la verdadera intención del legislador no es producir efectos jurídicos materiales, sino aprovechar el impacto mediático y simbólico que la propuesta normativa genera en la opinión pública.

De igual manera, en el marco de la discusión del proyecto de acto legislativo 01 de 2019, “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable – en Memoria de Gilma Jiménez”, el representante a la Cámara Carlos Germán Navas Talero expresó (Gaceta del Congreso, 2019, p. 42):

Yo lamento que el doctor Pulido sea del Consejo de Política Criminal, yo no voté por usted, porque ese día no estaba acá, pero no creo, entre otras cosas, porque no hubo unanimidad. Es más, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sigue sosteniendo que esto es populismo punitivo; igual afirmación hace el doctor Alfonso Reyes, que sabe más derecho penal que muchos de nosotros acá: él sostiene que eso es populismo punitivo. Alguien quiere conseguir votos a través de este Acto Legislativo: que se los cumplan, que se los consigan y que salgan elegidos. Pero esto no va a acabar con este delito, no lo va a acabar, seguirá lo mismo y, cuando se den cuenta que aun a pesar de esto lo pueden seguir violando, lo seguirán haciendo.

En la misma sesión, el representante Inti Raúl Asprilla Reyes manifestó (Gaceta del Congreso, 2019, p. 43):

Muchas gracias, señor Presidente. ¿Qué es un populista o qué es el populismo? El populismo es prometerles a las personas lo que quieren oír, lo que desean, pero que se sabe que no es realizable. Yo soy padre de familia y, obviamente, emocionalmente deseo que un violador de menores de edad se pudra en la cárcel, es lo que me dicta el corazón; pero también soy una persona de formación jurídica y comprendo los axiomas y preceptos sobre los cuales se ha formado el Estado Social de Derecho colombiano. El Estado Social de Derecho colombiano se ha formado sobre la base de que el derecho penal tiene un componente de resocialización, y, obviamente, viene la discusión sobre si una persona que viola a un niño puede o no ser resocializada. Ahora, el problema que tenemos con esto es que está destinado a la inexequibilidad en la Corte Constitucional, es la realidad. Y tanto por mi formación como abogado, como también –digamos la verdad– estamos frente a un Gobierno que le ha declarado la guerra a la Rama Judicial y a la Corte Constitucional, y entonces yo no voy a ser, por más que emocionalmente quiera la cadena perpetua para violadores, el idiota útil de un Gobierno que después va a utilizar esto para decir: ‘¿Sí ve? Ahí está esta justicia comprada, esta justicia que no está del lado de los colombianos, que ni siquiera defiende a nuestros niños.

De este modo, durante el debate legislativo se reconoció abiertamente la inconstitucionalidad del proyecto. Sin embargo, se continuó con su trámite, pues oponerse podría interpretarse como falta de compromiso con la protección de los derechos de la infancia. En consecuencia, la responsabilidad de asumir el costo político de la eventual declaratoria de inconstitucionalidad recaería en los jueces constitucionales, lo que revela una clara estrategia simbólica detrás de la gestión.

Esto demuestra que muchas veces el mensaje explícito de una disposición normativa no refleja los intereses reales de sus promotores. Este fenómeno obedece a la compleja relación entre las fuerzas sociales que interactúan en el proceso legislativo. Al respecto, García (1989, p. 34) sostiene:

Así, el derecho y la sociedad se determinan recíprocamente a través de relaciones cuyas condiciones de eficacia tienen que ver con la formulación de enunciados jurídicos que responden estratégicamente a cierto estado de tensión de fuerzas sociales, que encuentran en dichos enunciados una posibilidad de consolidación o de fortalecimiento en detrimento de otras fuerzas.

En ese sentido, el derecho es utilizado como herramienta para concretar objetivos estratégicos de determinados sectores sociales. La eficacia de las normas, por tanto, debe analizarse tanto desde su mandato explícito como desde las intenciones implícitas de quienes las impulsan, ya que en muchas ocasiones estas últimas son las que terminan consolidando el dominio de unos intereses sobre otros.

Podría pensarse, por ejemplo, en una norma que grava el consumo de tabaco con altos impuestos, cuyo objetivo expreso es desincentivar el hábito por los riesgos que representa para la salud pública. No obstante, aunque el discurso normativo se centre en la cultura del cuidado y la promoción de la salud, dicha disposición admite otra lectura: la del interés recaudatorio. Una crítica válida a esta medida radica en que, si el propósito fuera exclusivamente sanitario, bastaría con prohibir el expendio de tabaco. Sin embargo, los intereses económicos involucrados hacen que el derecho sea instrumentalizado para alcanzar fines distintos, favoreciendo a la estructura estatal y afectando a los consumidores, bajo el argumento de proteger su integridad.

Pese a lo anterior, podría sostenerse racionalmente que imponer altos impuestos al tabaco dificulta su acceso, especialmente para nuevos consumidores, lo que a su vez podría impactar positivamente en la salud pública. En ese sentido, la norma podría tener una doble finalidad: una explícita, relacionada con la promoción de la salud, y otra implícita, vinculada al recaudo fiscal.

Como puede apreciarse, una misma norma puede admitir interpretaciones diversas, y su eficacia dependerá del parámetro que se utilice para medirla. Si el propósito es aumentar el recaudo, la salud del consumidor puede tornarse secundaria; si, por el contrario, el fin es sanitario, el criterio de medición será distinto, aunque en la práctica el consumidor pueda buscar alternativas para mantener su hábito, lo que afectaría la eficacia real de la medida. Sería un falso dilema considerar que una finalidad excluye a la otra, pues perfectamente pueden coexistir: una explícita y otra subrepticia.

En ese sentido, puede observarse cómo ciertos valores de alta carga moral y social son frecuentemente empleados como combustible retórico para justificar la expedición de normas cuyo verdadero objetivo no es su eficacia material, sino simbólica. Principios como la primacía de los derechos de los niños, la prevalencia del interés general o los derechos a la salud y al medio ambiente, terminan siendo instrumentalizados, no por su capacidad transformadora, sino por su fuerza moral en el discurso público.

1.3 LA EFICACIA SIMBÓLICA DEL DERECHO Y ALGUNOS EJEMPLOS DE SU UTILIZACIÓN

Desde el enfoque de la sociología jurídica, García (1989) sostiene que la lucha por la apropiación del sentido de las normas jurídicas no es un asunto exclusivo del derecho, ya que en ella intervienen diversas fuerzas sociales. Así, como en el ejemplo anteriormente mencionado, se contraponen intereses provenientes de la economía de mercado frente a los de la política sanitaria.

Buena parte de esta disputa por fijar el sentido de las normas —y, por tanto, su eficacia— se apoya en la ductilidad del lenguaje. Como lo señala Nietzsche (1974), citado en García (2014, p. 62):

El lenguaje —dice Nietzsche— es la expresión de un primer acuerdo social; un acuerdo que tiene la ventaja de proporcionar cierta seguridad en la comunicación, en la convivencia pacífica; pero su correspondencia con los hechos no es necesaria.

El lenguaje, por su textura flexible, permite ser apropiado por cualquier actor social interesado en el poder. Dado que el derecho se expresa mediante el lenguaje —sea escrito o verbal—, resulta posible su manipulación.

Este fenómeno es evidente, por ejemplo, en el marco de la doctrina del activismo judicial. Se ha señalado que, en ocasiones, normas que en apariencia son claras terminan siendo interpretadas por los órganos judiciales de manera contraria a su formulación literal. Un caso paradigmático es el del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, que establece que el control de constitucionalidad sobre actos legislativos solo puede ejercerse por vicios en su expedición. La disposición señala:

ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación (...).

Este artículo parece claro al establecer que la Corte Constitucional únicamente puede revisar los actos reformativos de la Constitución por vicios formales. Sin embargo, la Corte, a través de la sentencia C-551 de 2003, desarrolló la

llamada teoría de la sustitución de la Constitución, la cual —según sus críticos— ha permitido la revisión material de las reformas, pese a que ello fue expresamente limitado por el constituyente.

En dicha sentencia, la Corte sostuvo que una reforma constitucional, aunque cumpla formalmente con los requisitos de procedimiento, si altera los valores y principios fundantes de la Constitución vigente, incurre en una usurpación de funciones del poder constituyente originario, lo cual constituye, a juicio del tribunal, un vicio de competencia que puede ser considerado como un vicio de procedimiento en su formación.

Bajo dicha teoría, se torna difusa la distinción que la propia Carta Política establece entre los vicios de forma y los vicios materiales. Aunque en el texto normativo dicha diferenciación parecía clara, el poder interpretativo del tribunal, junto con la ductilidad del lenguaje, permitió el desarrollo de un concepto racional que puso en entredicho el mandato expreso de la disposición constitucional. A partir de esta interpretación, se exige analizar el contenido sustancial de una reforma para determinar si implica una usurpación de funciones del constituyente originario, contrariando lo que de manera expresa establece la Constitución Política colombiana.

En ese contexto, el concepto de eficacia de la supremacía constitucional se transforma en un mecanismo que permite declarar ineficaz una reforma constitucional, excluyéndola del ordenamiento jurídico mediante el uso estratégico del lenguaje, con el fin de alcanzar un objetivo determinado (Zagrebel'sky, 2013).

En consecuencia, el lenguaje, por su carácter maleable, se convierte en una herramienta clave para fundamentar la eficacia simbólica del derecho. Esto se debe a que, en muchos casos, el contenido normativo no refleja fielmente la verdadera intención del legislador. Incluso cuando existe coherencia entre el texto legal y dicha intención, es frecuente que en la práctica se persigan —o se alcancen— finalidades distintas, ya sea mediante la interpretación o la forma en que se implementa la norma, muchas veces aprovechándose de la ambigüedad del lenguaje.

1.4 EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Como lo advierte García (2014), una de las dificultades al analizar el fenómeno de la eficacia de las normas jurídicas reside en los intereses en conflicto, los cuales pueden coincidir con el texto normativo, oponerse a él, o simplemente interesarse por su promulgación. En palabras de García (2014, p. 42):

A veces las normas jurídicas no consiguen lo que se proponen a través de la implementación de lo que en ellas se contempla, sino a través del impacto que rodea su promulgación. Otras veces las normas jurídicas consiguen otros objetivos distintos, que no estaban previstos en sus textos y que terminan siendo los que mejor explican su razón de ser.

De lo anterior se desprende que algunas normas jurídicas buscan su eficacia únicamente en el impacto mediático de su anuncio, aprovechando tanto las emociones naturales del ser humano como la escasa formación política de la ciudadanía. Todo ello se ve facilitado por el papel de los medios de comunicación, los cuales operan en una lógica de mercado más que de objetividad. En relación con este aspecto, Califano (2015, pp. 69–70) señala:

Si bien existen varias investigaciones sobre la función informativa de los medios, no abundan los trabajos empíricos que hayan estudiado a los medios como actores relevantes del sistema político, capaces de influir no sólo sobre las audiencias y la agenda pública, sino también sobre la agenda política. Eilders señala que restringir el papel de los medios a su función de ‘diseminadores de información’ no sólo es una descripción deficiente, sino que también implica distorsionar y subestimar el ‘rol activo’ de los medios en la formación de la opinión pública y en el desarrollo del proceso político. La autora afirma que los medios son actores políticos con intereses genuinos, que persiguen la repercusión de sus opiniones sobre la audiencia y sobre el sistema político, y buscan influir sobre las agendas y las actitudes de los ciudadanos

Así, el análisis de la eficacia del derecho revela una complejidad mayor de la que podría advertirse a primera vista. En su núcleo se encuentran múltiples intereses sociales en tensión, casi siempre atravesados por disputas ideológicas por el poder. Como lo recuerda García (2014, p. 45), la “lucha por la determinación del sentido de los textos jurídicos no termina con la promulgación”.

Como se ha señalado, los medios de comunicación desempeñan un papel preponderante en el análisis de la eficacia del derecho, en tanto que, desde una perspectiva cultural, se espera que este último contribuya a la convivencia pacífica de

los asociados. Esta expectativa parte de la idea, señalada por Botero Bernal y Muñoz Gaviria (2005), de que con la sola expedición de normas pueden resolverse los problemas sociales.

En ese contexto, los medios de comunicación, insertos en una sociedad regida por una economía de libre mercado, libran su propia disputa de intereses con otros actores mediáticos en competencia. Su objetivo es atraer el patrocinio de pautas comerciales, particularmente en horarios de alta audiencia (triple A) durante transmisiones noticiosas. De allí que su afán, en muchas ocasiones, esté centrado en generar primicias, ganar audiencia y transmitir contenidos sensacionalistas, magnificando situaciones sociales que podrían considerarse comunes en cualquier sociedad, como lo es el fenómeno de la criminalidad. Al respecto, Molina (2014, p. 20) señala:

La revisión de la literatura de los estudios sobre el miedo al crimen permite tres conclusiones: la primera es que el miedo al crimen se considera como uno de los efectos mediáticos negativos múltiples, entre los que se podrían mencionar: el aumento de los niveles de miedo que experimentan las personas, restricción de la interacción social, distorsión de la relación entre la delincuencia y el control jurídico, carencia de una contextualización sobre el hecho criminal e incluso no hay evidencia que pruebe el efecto disuasivo deseado por las autoridades, al ver publicada la noticia de la captura del criminal, incluso donde existe la pena de muerte.

Este tipo de comunicación masiva se entrelaza directamente con el poder político, especialmente en sistemas democráticos como el colombiano, donde los insumos que nutren la opinión pública son, en gran medida, los mismos que emplean los medios de comunicación. Así, frente al clamor popular amplificado por dichos medios, el Estado suele responder mediante una hiperinflación normativa — por ejemplo, a través del incremento de las penas—, lo cual no necesariamente conlleva a una disminución de los índices de criminalidad, aunque puede aumentar temporalmente la sensación de seguridad.

A su vez, la gestión política de los legisladores tiende a medirse por la cantidad de proyectos de ley presentados. Si bien ello no desconoce que una de sus funciones constitucionales es precisamente la de proponer iniciativas legislativas, es claro que muchas de estas resultan repetitivas, innecesarias o simbólicas, usadas únicamente para aparentar gestión, sin importar si llegan o no a consolidarse dentro

del ordenamiento jurídico. Ello confirma que la expedición de normas, al margen de su contenido, obedece a una dinámica política y cultural en la que confluyen diversos intereses sociales, incluidos los medios de comunicación, la ciudadanía y los órganos de representación popular.

En ese orden de ideas, las normas pueden ser eficaces como herramientas para demostrar gestión política, para apaciguar el descontento ciudadano o para captar la atención de los consumidores mediáticos. Esto se logra aprovechando el respeto casi reverencial que el ser humano suele tener frente a la norma jurídica, aun cuando esta no tenga efectos reales en el plano material (Botero, 2019).

1.5 LA NECESIDAD NORMATIVA PARA GENERAR TRANQUILIDAD

Existe una creencia social ampliamente difundida según la cual la expedición de normas resulta, por regla general, necesaria para garantizar la convivencia. Esta creencia también suele justificarse en la fuerza de la costumbre, es decir, en la idea de que una determinada conducta debe mantenerse simplemente porque “siempre se ha hecho así”. Al respecto, García (1993) ilustra esta lógica mediante el ejemplo del poder del chamán, aludiendo a cómo este ejerce un efecto psicológico que, en el marco de dicho proceso mental, es capaz de generar realidades materiales.

Algo similar ocurre con muchas normas penales, las cuales, dada su estructura objetiva de valoración, poseen un carácter simbólico de persuasión. Por ejemplo, en el tipo penal del homicidio, la disposición normativa establece que quien mate a otro incurrirá en una pena determinada de prisión. Así, el ser humano, al sentirse amenazado por la posible imposición de dicha sanción, debería abstenerse de ejecutar la conducta prohibida, cumpliendo la norma con su eficacia primaria.

Ahora bien, se afirma que este poder simbólico está presente en casi todas las normas jurídicas; sin embargo, algunas disposiciones son promulgadas con la intención —explícita o implícita— de que no produzcan efectos jurídicos tangibles. Un ejemplo de ello es el Acuerdo 044 de 2009 de la Universidad Nacional de Colombia, “Por el cual se adopta el Estatuto Estudiantil de la Universidad Nacional de

Colombia en sus disposiciones de Bienestar y Convivencia”, en el cual se establece, en el artículo 28-7, como falta disciplinaria que afecta el bienestar colectivo e individual y el orden institucional: “encontrarse bajo el efecto de estupefacientes o sustancias psicotrópicas en predios o instalaciones de la Universidad”.

En este caso, la norma es promulgada con pleno conocimiento de que sancionar dicha conducta resulta jurídicamente inviable, ya que el consumo de drogas debe ser abordado como un asunto de salud pública, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia T-452 de 2018. Así, aunque formalmente se establezca como falta disciplinaria, en la práctica, la norma carece de efectos instrumentales. En consecuencia, se respeta, pero no se cumple, dado que su finalidad real no es punitiva, sino simbólica.

Un caso adicional lo constituye la Ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. Esta ley puede interpretarse como un ejemplo de disposición normativa expedida más por su valor simbólico que por su intención de producir efectos jurídicos materiales.

En efecto, dicha norma establece que el servidor público, exservidor o particular en ejercicio de funciones públicas tiene la obligación patrimonial de responder con su propio patrimonio cuando, como consecuencia de su dolo o culpa grave, el Estado haya sido condenado o haya efectuado un pago por conciliación. Sin embargo, la aplicación real de esta norma ha sido escasa, lo cual refuerza la hipótesis de su carácter eminentemente simbólico, en tanto su principal función sería la de transmitir un mensaje de control y responsabilidad, más que el de sancionar efectivamente a los responsables.

De lo anterior se desprende que uno de los principales obstáculos para la efectividad instrumental de la norma contenida en la Ley 678 de 2001 radica en la exigencia de demostrar que el daño al Estado fue causado con dolo o culpa grave por parte del agente público. Esta valoración está a cargo de los Comités de Conciliación de las mismas entidades estatales, lo cual representa una evidente limitación, en tanto constituye una evaluación interna que, en la mayoría de los casos, carece de

imparcialidad y transparencia. En ese sentido, la acción de repetición se presenta como una disposición jurídica destinada a enfrentar el flagelo de la corrupción, pero que en la práctica se limita a producir efectos simbólicos, toda vez que su diseño normativo parece orientado a obstaculizar su operatividad real.

Ahora bien, existen normas jurídicas que, aun habiendo sido excluidas del ordenamiento jurídico por decisión judicial, lograron cumplir su propósito simbólico. Tal es el caso en Colombia del Acto Legislativo 01 de 2020, mediante el cual se suprimió la prohibición constitucional de la prisión perpetua, autorizando su aplicación para los delitos de homicidio y acceso carnal violento cometidos contra menores de edad.

Este tipo de disposiciones poseen un componente simbólico evidente: buscan persuadir a los potenciales delincuentes mediante la amenaza de una sanción extrema. No obstante, también es posible identificar una segunda lectura de su función simbólica, en la que se advierte el aprovechamiento de la sensibilidad popular frente a este tipo de delitos para consolidar respaldo político y proyectar una imagen de gestión eficaz.

En efecto, resulta incuestionable que los delitos cometidos contra menores de edad son profundamente repudiados por la sociedad. Por ello, amplios sectores de la población suelen respaldar este tipo de iniciativas, ya sea por considerar a los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional, por creer que quienes cometen estos crímenes representan una amenaza permanente para la sociedad, por un impulso emocional de carácter retributivo como lo señala González Ibarra (2016) o incluso por la influencia de los medios de comunicación. Estos factores se constituyen, en últimas, en insumos para el ejercicio del poder político, que instrumentaliza dicho respaldo social para fortalecer su imagen y su narrativa de gestión.

De allí se concluye que muchas de estas normas, al exhibir una evidente incompatibilidad con los principios constitucionales, son expedidas con pleno conocimiento de que no resistirán el escrutinio judicial. Por tanto, su finalidad no es tanto la producción de efectos jurídicos materiales, sino el aprovechamiento de su carga simbólica como herramienta política y comunicativa.

Tal como lo señala Botero (2010), la ineficacia material de una norma puede, en determinados casos, traducirse en una eficacia instrumental orientada a la consecución de otros objetivos. En consecuencia, no puede subestimarse este tipo de actuaciones políticas, aun cuando exista conciencia plena de la falta de efectividad real de la disposición jurídica en cuestión.

Pretender resolver problemas sociales mediante el recurso a los efectos simbólicos del derecho conlleva, a menudo, una inflación normativa que redundará en escasa eficacia material. Asumir que la sola expedición de normas basta para enfrentar las coyunturas sociales no constituye una estrategia adecuada ni esclarecedora.

Este fenómeno de inflación normativa, acompañado del descuido frente a las condiciones reales que afectan a la sociedad, propicia una creciente congestión judicial, lo cual termina por poner en crisis al sistema de administración de justicia. Así lo advierte Botero (2010, p. 56): “en todas las áreas del derecho, y como un fenómeno global, la congestión judicial se presenta como un generador más de la ineficacia material de los sistemas normativos”.

En efecto, la administración de justicia no garantiza, por sí sola, la resolución integral de los problemas sociales, sino, en el mejor de los casos, el abordaje parcial de algunos de ellos, en contextos particulares y concretos sometidos a decisión judicial.

1.6 EL MIEDO COMO INSTRUMENTO QUE ALIMENTA LA EXPEDICIÓN NORMATIVA

Algunos autores clásicos, en el marco de sus teorías sobre la naturaleza humana, han sostenido posturas contrapuestas respecto de la bondad o maldad del hombre. Para Rousseau (2023/1755), el ser humano es bueno por naturaleza; en cambio, Hobbes (1651/2005, p. 98) afirma que “durante el tiempo en que los hombres viven sin una potencia común que los mantenga a raya, están en aquella condición que se llama guerra; y tal guerra es la de todos contra todos”. Pese a sus diferencias, ambas posturas pueden coincidir en un aspecto relevante para el análisis de la eficacia

del derecho: el papel central que juega el miedo como fuerza que legitima la necesidad de las normas jurídicas.

En efecto, tanto en la formulación de teorías del contrato social como en la función preventiva del derecho penal, subyace la intención de conjurar uno de los sentimientos más poderosos del ser humano: el miedo a perder la vida o, en términos más amplios, a vivir menos. Este temor ha acompañado históricamente a la humanidad y ha motivado múltiples respuestas culturales y simbólicas.

De hecho, la preocupación por la muerte ha sido una constante en la historia del pensamiento humano (Serratore, 2022). Muchas religiones, en sus diversas expresiones, se han edificado sobre la promesa de una vida eterna o de una existencia en el más allá, construcciones simbólicas que funcionan como antídotos frente al temor a morir (Navarro, 2007).

Tal temor ha sido el insumo fundamental para la construcción de los Estados modernos, pues en su afán por vivir más, el ser humano ha entregado su libertad y soberanía individual a una estructura estatal encargada de garantizar su seguridad frente al miedo a la muerte. En ese contexto, el miedo sigue operando como una poderosa herramienta de dominación política, como lo advierte Bobbio (2000, p. 82), al referirse a la obra *Leviatán* de Hobbes: “el problema fundamental para Hobbes es demostrar la razón o razones por las que el Estado existe (y es bueno que exista), y por las que, dado que debe existir para la salvación de los hombres, le debemos obediencia”.

El propio Hobbes, al abordar la república por adquisición y por institución, afirma que, en ambos casos, los individuos se someten “por miedo, y deben anotarlos quienes consideran nulos todos esos pactos por prevenir del miedo a la muerte o de violencia” (Hobbes, 1651/2005, p. 162). Esta percepción del miedo permite comprender por qué pocas cosas provocan tanta exacerbación en la opinión pública como el presunto aumento en los índices de criminalidad. No es novedosa, por tanto, la afirmación de que se ha gobernado a través del miedo (Korstanje, 2014), y que muchas políticas públicas están dirigidas a la reducción del delito mediante la construcción de mega cárceles y el aumento de las penas de prisión.

Tales políticas, sin embargo, tienden a generar efectos predominantemente simbólicos. La edificación de nuevas cárceles y el endurecimiento punitivo no disminuyen por sí solos la criminalidad, ya que esta obedece a múltiples causas estructurales. La llamada “mano dura” —que en no pocas ocasiones se reduce a un discurso que goza de amplia aceptación— produce escasos resultados materiales duraderos. Su eficacia, en muchos casos, es meramente aparente o transitoria, pues no ataca las raíces reales del fenómeno delictivo.

En contraste, propuestas de política pública orientadas a la inversión en educación o en generación de empleo suelen resultar menos atractivas para el electorado. Ello se debe, en parte, al incumplimiento reiterado de tales promesas y, en parte, a que estas no apelan a los instintos primarios de venganza y castigo, profundamente arraigados en la cultura colectiva, especialmente en sociedades marcadas por la violencia histórica. Desde esta lógica, la represión resulta más rentable en términos costo-beneficio que la inversión social, ya que sus efectos simbólicos son inmediatos, mientras que los cambios estructurales requieren tiempo y recursos significativos.

Sin embargo, como sugiere Botero (2014), las sociedades no pueden existir sin criminalidad, pues esta robustece el poder político. El comportamiento desviado es inherente a la dinámica social y, en consecuencia, necesario —aunque sea solo para recordar que la seguridad absoluta es una utopía—.

Hasta aquí, los planteamientos de los autores citados no parecen ofrecer una revelación novedosa: es bien sabido que quienes elaboran las políticas públicas y normas jurídicas son actores políticos a quienes, desde el inicio, les interesa el respaldo electoral. Por ello, el contenido de sus propuestas legislativas suele concentrarse en temas de alto impacto mediático. En este sentido, Botero (2010, p. 32) advierte:

(...) sin embargo, ello no implica olvidar que el legislador es un ente primeramente político (y por ello se explica, pero no se justifica a la luz de un sistema democrático, por qué el legislador emite normas sólo para que rijan como símbolos.

Aunado a lo anterior, puede afirmarse que muchas de las propuestas de cambio que se formulan mediante normas se expiden, en realidad, para que nada

cambie, pues al gobierno le resulta funcional mantener la sociedad en los términos en los que tradicionalmente ha operado. Al respecto, García (1989, p. 32) sostiene:

Precisamente, una de las claves del mantenimiento del "status quo" por parte de las clases privilegiadas, consiste en afinar todos los discursos, de acuerdo con unos valores cuya apariencia de universalidad no permite que se vea o que se diga nada por fuera de lo ya dicho.

Por ello, el discurso de transformación o de liberalismo que suelen esgrimirse en épocas electorales debe ser analizado con espíritu crítico, ya que muchas de estas propuestas de cambio se lanzan estratégicamente para no transformar nada en absoluto. Tal es el caso del tema de la seguridad, en torno al cual los discursos de campaña se acompañan reiteradamente de promesas de "mano dura" frente a la criminalidad. No obstante, estos discursos deben entenderse como parte de una relación simbiótica: los grupos políticos que los emplean se alimentan del discurso de la criminalidad, de modo que, si este se combatiera hasta desaparecer hipotéticamente, también se extinguiría el discurso que los sostiene.

Ya Maquiavelo (1975, p. 35) advertía que “toda innovación representa un retroceso en lo que se adelantó para imponer cosas nuevas”, lo que permite afirmar que las propuestas de transformación en los sistemas políticos están atravesadas por intereses múltiples. Estos intereses pueden apoyarse en los distintos tipos de eficacia jurídica con el fin de movilizar emocionalmente a la población y consolidar su adhesión a un ideal que, más que modificar la estructura social, produce cohesión simbólica.

En síntesis, el miedo se configura como un componente fundamental en el uso simbólico del derecho, particularmente en el marco del populismo punitivo. Este temor colectivo suele ser apaciguado mediante la expedición de normas que, aunque no resuelven efectivamente las causas reales del miedo, generan una sensación de tranquilidad social al ofrecer respuestas simbólicas frente a la inseguridad percibida.

1.7 LA EFICACIA MATERIAL O INSTRUMENTAL

Para Berger et al. (1966), citados por García (2014), es fundamental distinguir entre la realidad social de los sujetos y las instituciones, siendo el derecho un instrumento para conocer esa realidad y manipularla. No obstante, García advierte

que dicho argumento constituye una exageración, pues asumir que el derecho puede operar como una herramienta autónoma capaz de generar transformaciones sociales por sí sola, lleva a pensar que el derecho produce mágicamente los cambios esperados.

Desde esta perspectiva crítica, señala que aceptar tal visión implicaría asumir que bastaría con importar o trasplantar modelos jurídicos exitosos de otros contextos para que estos funcionen de igual manera en nuestra sociedad, lo cual la experiencia ha demostrado como una premisa errónea.

La eficacia instrumental, en consecuencia, alude al uso del derecho como herramienta para producir cambios sociales. Sin embargo, tales transformaciones no siempre corresponden con los objetivos expuestos contenidos en el texto normativo. En muchas ocasiones, detrás de la estructura formal de la norma se oculta un desinterés real por alcanzar una verdadera eficacia material.

Puede imaginarse, por ejemplo, una lucha efectiva contra el narcotráfico que lograra su erradicación total, alcanzada mediante normas altamente eficaces en su implementación. No obstante, la extinción del narcotráfico implicaría también la desaparición del discurso político que lo combate, eliminando así uno de los pilares discursivos fundamentales sobre los que se han cimentado diversas políticas públicas.

En ese sentido, Botero (2022) advierte que muchas de las críticas dirigidas contra las drogas ilícitas provienen, paradójicamente, de quienes más se han beneficiado del discurso de su combate. Al posicionarse como defensores de la moral, estos actores políticos persiguen a los consumidores y pequeños expendedores, mientras omiten intervenir a quienes realmente controlan la producción. Estos últimos, gracias a su poder económico, logran permear las estructuras estatales a través de la corrupción, favoreciendo así a los mismos que acusan a las drogas de ser el principal problema social.

La persecución de consumidores y expendedores menores se presenta simbólicamente como un resultado de gestión eficaz, aunque en la práctica no logra afectar de manera sustancial la producción de estupefacientes. “De allí que se diga que esta es una guerra que se gana perdiéndola” (Botero, 2022, p. 190).

Esto demuestra que la eficacia instrumental del derecho implica, en teoría, el cumplimiento del objetivo explícito de la norma. Sin embargo, también puede operar como medio para alcanzar otros fines no manifiestos. Es decir, la ineficacia instrumental en términos materiales puede ser funcional para lograr objetivos políticos, económicos o simbólicos, distintos a los señalados formalmente.

García (1989, pp. 38–39) desarrolla esta idea al sostener que la ineficacia instrumental se explica por la existencia de otro tipo de eficacia que no se encuentra explícita en la norma:

La puesta en obra de los contenidos jurídicos es más o menos aleatoria debido a la ambigüedad de los términos; la recurrencia de este tipo de normas con un bajo índice de eficacia instrumental, sólo se explica por la existencia de otro tipo de eficacia que no se descubre a través de la lectura de los objetivos explícitos de la norma sino a través de la representación que estos logran infundir en los receptores de la norma. Más allá del asunto jurídico relacionado con el fracaso o el éxito de la puesta en obra de los propósitos legales, existe un asunto político que tiene que ver con el fracaso o el éxito de la realización de otros objetivos que no se desprenden de la lectura espontánea del texto y que se relacionan con la promoción de ciertas representaciones colectivas necesarias para el logro de la cohesión social.

Lo anterior permite concluir que la eficacia instrumental se relaciona con el cumplimiento de los objetivos expuestos del texto normativo; sin embargo, también coexiste con otro tipo de eficacia que opera a nivel representacional, esto es, mediante la percepción que la norma genera en la conciencia colectiva. Por ejemplo, la sensación de que se está legislando para garantizar seguridad, aun cuando no se logren efectos tangibles. Además, puede haber un interés político en que la norma no alcance una eficacia instrumental real, ya que su persistente ineficacia alimenta un discurso que legitima nuevas intervenciones normativas. Así, se configura un círculo vicioso: normas ineficaces materialmente, pero eficaces simbólicamente.

Desde luego, se ha afirmado que cada Estado posee una cultura y una idiosincrasia propias, las cuales son consideradas por el derecho al momento de expedir normas. En consecuencia, una disposición jurídica que contraríe dicha cultura está destinada al fracaso. Esto evidencia que no existe una separación absoluta entre el derecho y la realidad social, ya que ambos elementos se entrelazan y generan los efectos previamente descritos.

De esta manera, en ciertos casos, la ineficacia instrumental se alimenta de la eficacia simbólica y viceversa, dado que el derecho construye una representación de la sociedad que puede estar alejada de la realidad. No obstante, este proceso de cognición se configura como un fenómeno cultural, toda vez que los medios de comunicación moldean la percepción ciudadana. A su vez, los ciudadanos suelen depositar una fe ciega en el contenido transmitido por dichos medios, simplemente por el hecho de provenir de una fuente aparentemente confiable. Del mismo modo, las personas creen simbólicamente en la búsqueda de la eficacia material de las normas por el solo hecho de que estas hacen parte del entramado jurídico, es decir, por el mero hecho de ser ley.

A modo de ilustración, el artículo 103 del Código Penal colombiano establece que "el que matare a otro incurrirá en pena de prisión". Frente a este precepto cabe preguntarse si el homicidio cometido por una persona es efectivamente sancionado con la pena prevista (eficacia material secundaria), o si la existencia misma de dicha disposición actúa como un disuasivo que previene la comisión del delito (eficacia material primaria).

Desde una perspectiva técnica del derecho penal y bajo el modelo de prevención general, el homicidio representa una conducta que lesiona el bien jurídico de la vida e integridad personal. En tal sentido, si el delito ocurre, la norma podría considerarse ineficaz. No obstante, desde una visión retributiva, la imposición efectiva de la sanción constituye una manifestación de eficacia. Para Hart (1963, p. 105), la consecuencia natural de la desobediencia normativa es, en muchos casos, el castigo. Así lo plantea:

Es verdad, por supuesto, que en un sistema jurídico normal en el que se sanciona una elevada proporción de transgresiones, un transgresor corre usualmente el riesgo de sufrir el castigo; así por lo común, el enunciado de que una persona tiene una obligación y el enunciado de que es probable que se lo castigue a causa de la desobediencia, serán ambos verdaderos.

Este planteamiento contrasta con lo sostenido por Kelsen, quien considera que las normas jurídicas completas son aquellas de tipo prohibitivo cuya transgresión conlleva siempre una sanción (Botero, 2022). Del mismo modo, algunas personas tienden a creer que basta con que una norma haga parte del ordenamiento jurídico para que sea legítima y deba cumplirse; sin embargo, Dworkin (2012) critica

esa visión formalista, al sostener que la validez de una norma no radica únicamente en su pertenencia al sistema jurídico, sino en su coherencia con principios de justicia, equidad y derechos fundamentales.

En este sentido, una norma jurídica puede ser válida incluso sin requerir su eficacia material. Tal situación da lugar a casos en los que existe una aceptación generalizada de la norma como parte del orden jurídico, pero sin que esta se cumpla en la práctica. Un ejemplo de ello lo constituye el fenómeno del contrabando en las fronteras nacionales, donde se reconoce la existencia de la norma que lo prohíbe, pero su cumplimiento es ampliamente ignorado (García, 2014).

Si bien muchas normas jurídicas son obedecidas por temor a la sanción, la pena o la medida de seguridad, algunas personas, adicionalmente, acatan estas disposiciones por considerar que son necesarias para lograr la convivencia social, aceptando incluso su severidad como un medio para alcanzar fines superiores. Sobre la eficacia instrumental, García (2014, p. 91) afirma:

Según lo dicho, la incidencia social del derecho puede provenir de la capacidad impositiva o reguladora de los contenidos jurídicos o de la capacidad vinculadora de los símbolos que evoca cuando se publica. Estos dos tipos de incidencia corresponden a la diferencia entre lo instrumental y lo simbólico. La transformación de la realidad a través de medios caracteriza la acción instrumental, mientras que las acciones orientadas a la producción de significado, en el contexto de comunicación e interpretación, caracterizan las acciones simbólicas.

Lo anterior permite sostener que la eficacia instrumental se identifica con la eficacia simple o primaria, es decir, aquella que se refiere al resultado expreso que se busca con la expedición de la norma. En este sentido, es pertinente distinguir entre la eficacia entendida desde la perspectiva interna —según Hart (1963)— y la eficacia simbólica en sentido estricto —según García (2014) y Botero (2019)—. La primera alude a que las personas aceptan una norma porque consideran, desde una perspectiva subjetiva, que satisface los requisitos para ser reconocida como derecho, y que es necesaria para la vida en sociedad. En cambio, la segunda —a la que Botero denomina eficacia simbólica perversa— se refiere a aquellos fines que persigue el autor de la norma, los cuales no siempre coinciden con lo expresado en su texto, o bien, a la utilización estratégica de la estructura normativa con propósitos distintos a los inicialmente declarados.

Como señala García (2014, p. 92), “en el derecho puede suceder que la forma simbólica prevalezca sobre el contenido instrumental de la norma”, lo que implica que, en la práctica social, pueden primar las intenciones simbólicas sobre los objetivos materiales explícitos.

Un ejemplo de lo anterior es la norma que consagra la cadena perpetua para quienes cometen delitos sexuales contra menores de edad. Esta disposición no se expide con la finalidad de generar efectos materiales, ya que el legislador conoce su evidente inconstitucionalidad. En cambio, busca producir un impacto simbólico tanto en el plano social amplio como en el plano interno del individuo. La promulgación de este tipo de normas transmite un mensaje de protección a la infancia y castigo ejemplar para los infractores, lo cual genera cohesión social. Sin embargo, dicha cohesión no siempre es valorada en términos de construcción de identidad colectiva, sino más bien como una estrategia de acumulación electoral y demostración de gestión, en lo que constituye una manifestación clásica de la eficacia simbólica originaria.

García (2014) sostiene que resulta difícil trazar una línea completamente nítida entre la eficacia simbólica y la eficacia instrumental del derecho, dado que ambas tienden a entrelazarse y compartir elementos. Esta idea, ya abordada previamente, se traduce en el reconocimiento práctico de que toda norma encierra, en mayor o menor medida, una carga simbólica. Un ejemplo ilustrativo es el caso de quien detiene su vehículo ante un semáforo en rojo: lo hace, instrumentalmente, para evitar un accidente, pero también responde a un mandato simbólico, ya sea por temor a una sanción impuesta por la autoridad de tránsito o por la convicción de que el cumplimiento de las normas es esencial para la vida en sociedad, facilitando la convivencia armónica y segura.

Como se dijo, en ocasiones no resulta fácil diferenciar lo simbólico —en sentido general— de lo instrumental. Asimismo, se ha planteado que el país ha sido gobernado mediante el uso del miedo, y que ciertos sectores políticos se benefician de este sentimiento para formular sus propuestas y perpetuarse en el poder, apelando a una supuesta lucha contra una delincuencia que causa zozobra, pero que, en realidad, no desean erradicar, pues ambos extremos se benefician mutuamente.

Por un lado, el delito resulta muchas veces lucrativo justamente por la persecución del Estado, lo cual incrementa la rentabilidad del negocio ilícito. A su vez, el gobierno se favorece del mensaje de combate a la delincuencia, pues su aumento genera pánico social, y las propuestas legislativas asociadas refuerzan el efecto simbólico de estar tomando medidas, incrementando con ello el capital electoral al dar la impresión de que se gobierna con eficacia.

La construcción de mega cárceles, el endurecimiento de las penas y, en general, la promoción de medidas que incluso vulneran principios básicos como la dignidad humana —por ejemplo, la castración química o las penas vitalicias— son expresiones legislativas que ilustran la explotación política del miedo (Becl, 2004) y del efecto simbólico de la expedición de normas que, aunque no produzcan los resultados instrumentales esperados, cumplen con el propósito de generar una sensación de control y castigo ante la opinión pública.

Para Pierre Bourdieu (1987), como se cita en Iturralde (2010), el derecho posee una capacidad creadora o nominadora que le permite construir una visión legítima del mundo, independientemente de su eficacia material. En línea con las teorías sobre la eficacia simbólica previamente expuestas, dicha función creadora podría ser interpretada desde un enfoque formalista, en el sentido de que la sola promulgación de una norma sería suficiente para despojarla de cualquier crítica, simplemente por el hecho de ejercer esa función estructuradora. No obstante, si tal función se asocia a una visión legítima del mundo, al menos posee una dimensión de eficacia general desde una perspectiva interna. Bourdieu (1987, p. 838, como se cita en Iturralde, 2010, p. 845) sostiene:

El derecho tiene un poder social y simbólico especial de nombrar, mediante el cual "crea las cosas que nombra" (Bourdieu, 1987, p. 838). Las operaciones clasificatorias del derecho crean una realidad social y le confieren permanencia. No importa cuáles sean los resultados concretos del derecho (si sus reglas son eficaces desde el punto de vista instrumental o no), éste tiene el poder simbólico de crear una visión propia del sentido común respecto a ciertas acciones, sujetos y objetos. El derecho tiene el poder simbólico de elaborar una visión del mundo que legitima el orden simbólico establecido (que refleja el punto de vista del poder dominante dentro de la sociedad) y le proporciona el cuño de la universalidad.

De esta forma, si el derecho es capaz de crear realidades sociales, ello implica que tiene la facultad de incidir en los procesos cognitivos de los individuos, arraigando en ellos determinadas concepciones sobre el mundo. Esto sugiere que el uso de la fuerza o la amenaza de sanción no constituye la única garantía de obediencia; se requiere, además, un grado de conciencia y aceptación para que los fines propuestos por la norma tengan vocación de permanencia.

En efecto, las normas suelen ser obedecidas principalmente porque se considera que están instituidas para garantizar la convivencia pacífica. Sin embargo, desde una perspectiva material, resulta imposible alcanzar un cumplimiento absoluto. En otras palabras, las normas existen precisamente porque siempre habrá individuos que, en mayor o menor medida, las incumplan.

Para García (2014), uno de los escenarios donde se evidencia la ineficacia instrumental del derecho es la justicia penal de excepción. Esta se declara, en principio, para conjurar situaciones excepcionales que alteran el orden público y que requieren medidas extraordinarias, imposibles de implementar bajo el régimen jurídico ordinario. Bajo tal lógica, se habilita al gobierno para adoptar disposiciones que restringen garantías constitucionales con el propósito de alcanzar fines de interés general. No obstante, en el caso colombiano, esta figura ha terminado por convertirse en un evento ordinario, cotidiano, lo que contradice el fundamento excepcional que justificaría su declaratoria.

Iturralde (2010) sostiene que la justicia penal de excepción se ha transformado históricamente en la regla general dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sin lograr los fines instrumentales que supuestamente persigue. Basta pensar en los estados de excepción decretados para hacer frente al conflicto armado interno antes de la Constitución de 1991, durante los cuales, lejos de resolverse, dicho conflicto se ha intensificado, incluso durante y después de su vigencia.

1.8 LA EFICACIA SIMBÓLICA Y EL SÍNDROME NORMATIVO

Las normas expedidas no con el propósito de producir efectos materiales, sino para generar la apariencia de hacerlo, configuran lo que se ha

denominado eficacia simbólica del derecho en sentido estricto o perverso. Botero (2019, p.174) señala al respecto:

No pocas veces, la mera expedición de la norma trata de satisfacer intereses políticos y sociales, pese a su ineptitud para ser eficaz materialmente. La norma jurídica, en sí misma, se constituye en una forma de gobernar, puesto que la eficacia material de ella es un asunto que escapa muchas veces a las posibilidades reales de acción del detentador del poder político, aspecto que se ha denominado «eficacia simbólica en sentido específico», muy asociado al síndrome normativo (Botero, 2003, pp. 19–32). Resulta que la eficacia simbólica en sentido específico o estricto, que remite a un uso instrumental del derecho, deja en claro cómo cierta normativa es expedida justo porque no puede ser eficaz materialmente, ya sea por su redacción, por su contexto de creación o por su contexto de aplicación.

En ese sentido, la eficacia simbólica en su vertiente originaria emplea el derecho como herramienta para exhibir capacidad de gestión política, explotando coyunturas sociales que captan la atención pública. Se expiden así normas con alta carga moral, pero sabiendo de antemano que su entrada en vigor no producirá eficacia material, ya que su propósito radica precisamente en su ineficacia. Así lo explica Botero (2019, p. 174):

Para García (1993, pp. 79–110) hay que distinguir entre eficacia simbólica en sentido general y en sentido específico o estricto. La primera se refiere a la idea de aceptación y legitimidad del derecho en general, idea que se funda en una representación o símbolo que surge del conjunto normativo y que lleva a los destinatarios a obedecer, en términos amplios, lo ordenado (concepto muy cercano al de «aceptación del derecho desde el punto de vista interno» de Hart). Por el contrario, la eficacia simbólica en sentido específico se refiere a una cualidad atribuida a una norma cuyos objetivos declarados en su propio texto no se pueden cumplir, pero que, aun así, logra un impacto político o social. Y no se pueden cumplir con dichos objetivos expresos ya sea porque de forma deliberada fue hecha de esta manera [v.gr. una norma que enfrenta a la corrupción otorgando legitimidad a quien la emite, pero es redactada de tal manera que no pueda entrar a operar (Botero, 2004)] o porque se producen problemas no buscados intencionalmente que terminan por imposibilitar su eficacia instrumental, aunque continúa generando un efecto simbólico en la sociedad. Entonces, dentro del concepto de eficacia simbólica en sentido específico caben las normas que desconocen los objetivos normativos expresos, en beneficio de otros objetivos no declarados en el texto (García, 1993, pp. 91–92). Ahora bien, este tipo especial de eficacia simbólica se divide en originaria y derivada. La eficacia simbólica originaria «se refiere a normas concebidas para no tener la eficacia instrumental que anuncian sus textos»; mientras que la derivada indica «normas destinadas a cumplir con sus objetivos pero que, en el curso de su interpretación y aplicación, terminan adquiriendo otros objetivos no declarados», por lo cual deja de tener

la eficacia instrumental anunciada en el texto (García, 2014, p. 233). Ver igualmente: García (1989, pp. 29–44), Sousa y García (2001, pp. 11–83), Botero (2003, pp. 33–45).

En ese orden de ideas, la eficacia simbólica del derecho puede clasificarse en sentido amplio y en sentido estricto. En su sentido amplio, se refiere al símbolo que toda norma jurídica evoca y a su aceptación generalizada por parte de los administrados como un elemento necesario para la vida social. Esta aceptación se funda en la creencia de que toda norma encierra un contenido moral orientado al bien común, como cuando se espera que las disposiciones jurídicas sirvan de apoyo para la convivencia pacífica.

Un ejemplo de eficacia simbólica en sentido general se encuentra en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, que establece:

ARTÍCULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Lo anterior demuestra que las personas esperan que las normas jurídicas sean dictadas para garantizar la convivencia pacífica y el orden justo, lo que conlleva a su aceptación desde una perspectiva interna o subjetiva. Este tipo de legitimidad se sostiene en la suposición de que tales normas forman parte del derecho válido y son necesarias para la organización y funcionamiento de la sociedad.

Ahora bien, se ha explicado que la eficacia simbólica del derecho en sentido estricto puede ser originaria, cuando el objetivo real de la norma no se corresponde con su texto literal, y derivada, cuando el objetivo expresado en la norma coincide inicialmente con su redacción, pero en el marco de su interpretación o aplicación termina sirviendo a fines distintos.

La eficacia simbólica originaria exige considerar las intenciones subrepticias que se ocultan fuera del texto normativo, como en el ejemplo

anteriormente citado de la cadena perpetua, en el cual el verdadero objetivo no es la producción de efectos jurídicos materiales, sino la búsqueda de aprobación popular.

En cuanto a la eficacia simbólica derivada, esta puede estar vinculada al poder de interpretación y a la ambigüedad inherente al lenguaje jurídico. Por ello, en ocasiones, ante situaciones fácticas similares, pueden dictarse decisiones judiciales contradictorias, producto de la valoración simbólica que cada intérprete confiere a la norma. En este sentido, toda disposición, por clara que parezca, requiere interpretación, tal como lo indica Etcheverry (2014, p. 151): “la discrecionalidad judicial se presenta como la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación del Derecho”

Desde esta perspectiva, resulta pertinente realizar un análisis crítico del concepto tradicional de ordenamiento jurídico, concebido como un sistema coherente, cerrado y carente de contradicciones internas —es decir, sin antinomias ni anomias— (Rodilla, 2009). Esta visión idealizada, sin embargo, contrasta con la realidad práctica del derecho, en la que incluso el legislador reconoce y promueve cierto grado de discrecionalidad judicial como mecanismo para permitir la evolución normativa y el ejercicio creativo de su aplicación (Lorca, 2011). A ello se suma el hecho de que las normas jurídicas no son interpretadas exclusivamente por los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional, sino también por los ciudadanos y por la administración pública. Esta multiplicidad de interpretaciones genera una dinámica hermenéutica que busca articular la práctica cotidiana del derecho con la interpretación judicial, que en cada caso concreto se erige como criterio válido y vinculante.

1.9 LOS PRINCIPIOS O VALORES COMO HERRAMIENTAS PARA EL USO SIMBÓLICO

Es importante destacar que muchos principios jurídicos, debido a su textura abierta, adquieren un elevado poder simbólico dentro del ordenamiento jurídico. Ejemplos de ello son: el interés general, que ha sido utilizado en ocasiones para restringir derechos individuales (Rey, 2012); el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, que prevalece sobre otros derechos; o el principio de resocialización de la pena, cuya eficacia material continúa siendo objeto de cuestionamientos (Fajardo, 2021).

En relación con su fuerza simbólica, el principio de protección de la niñez, por ejemplo, se presenta como incuestionable desde el plano moral, generando una aceptación social generalizada frente a cualquier disposición que lo desarrolle. En consecuencia, se puede afirmar que la eficacia simbólica frecuentemente se apoya en normas jurídicas con eficacia material difusa, como ocurre con los principios jurídicos. Conforme a Alexy (2004), los principios son “mandatos de optimización”, aplicables en función de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto.

Por su parte, Botero (2019), al analizar el fenómeno de expedición reiterada de normas ineficaces, identificó dicho comportamiento como síndrome normativo, aludiendo a una suerte de patología legislativa que genera una ansiedad compulsiva: cuando una norma pierde su eficacia simbólica, se expide nuevamente con el fin de recuperar dicha eficacia, pese a la certeza de que no producirá efectos instrumentales.

En este sentido, para los autores citados, la eficacia simbólica de las normas termina constituyéndose en un componente cultural de la sociedad, pues esta cree más en la representación que en la realidad normativa. De ahí que el mensaje de “garantizar la seguridad” mediante normas sin eficacia material pueda resultar más importante que la seguridad realmente alcanzada a través de su aplicación efectiva.

1.10 OTROS TIPOS DE EFICACIA

Con el fin de evidenciar la complejidad que implica el análisis de la eficacia del derecho, es necesario señalar que existen diversos tipos de eficacia, los cuales varían según el propósito que se persiga con la creación normativa y el contexto en el cual se aplica la disposición jurídica. Por ello, se mencionan a continuación algunos tipos de eficacia sin pretender agotarlos ni abordarlos en profundidad, sino más bien con el objetivo de resaltar la multiplicidad de enfoques posibles y la dificultad que supone reducir el concepto a una única dimensión.

Durante el desarrollo del presente estudio se identificaron los siguientes tipos de eficacia, los cuales, si bien pueden compartir características, difieren entre sí en función de su intencionalidad normativa. Se destacan, entonces: i) eficacia económica, ii) eficacia sistémica, iii) eficacia política, y iv) eficacia temporal.

La eficacia económica hace referencia a la expedición de normas jurídicas sin una evaluación previa de los costos que implica su implementación. Este fenómeno es característico de las llamadas constituciones aspiracionales, en las que se consagran derechos sociales de alto impacto presupuestal, cuya realización práctica muchas veces se ve frustrada por limitaciones fiscales. Ejemplo de ello lo constituyen derechos como el acceso a la vivienda digna, al trabajo o a la educación (García, 2014).

Si bien estas normas enfrentan serias dificultades para su materialización debido a la escasez de recursos, han servido como instrumentos eficaces en la reivindicación de derechos por parte de movimientos sociales o como herramientas interpretativas para los jueces en casos concretos. No obstante, su viabilidad está condicionada por el impacto fiscal que representan, razón por la cual muchas iniciativas legislativas orientadas a garantizar derechos sociales terminan siendo archivadas o rechazadas por considerarse económicamente inviables (Silva y Ruiz, 2023).

Por otro lado, la eficacia sistémica alude a la coherencia estructural de la norma con el ordenamiento jurídico en el que se inserta. Se parte del supuesto de que el sistema jurídico debe ser armónico, sin contradicciones ni vacíos normativos (Ratti y Rodríguez, 2022), por lo que la eficacia de una norma en este contexto se mide por su grado de compatibilidad con dicho sistema. Sin embargo, esta percepción deja de lado la eficacia simbólica y desconoce que una norma no puede determinar por sí sola su pertenencia al sistema, siendo necesario que un operador jurídico — como el juez o el tribunal constitucional— lo establezca expresamente. En ocasiones, incluso normas contrarias al sistema logran producir efectos jurídicos antes de ser retiradas por vía judicial, alcanzando así los objetivos deseados por sus autores (Eguiguren, 2002).

En cuanto a la eficacia política, se refiere a aquellas normas expedidas no tanto por necesidad jurídica o social, sino como mecanismos de control o represión frente a actores políticos contrarios. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se instrumentaliza el derecho penal para perseguir a la oposición o en regímenes autoritarios donde, invocando la unidad nacional, se cierran parlamentos para legislar por decreto (Gándara y Gándara, 2022). Este uso del derecho evidencia una

intencionalidad política más que jurídica, convirtiéndose en una estrategia de legitimación y consolidación del poder.

Finalmente, en lo relativo a la eficacia temporal, se hace alusión a la capacidad de la norma para producir efectos jurídicos en función del momento determinado por el legislador. Así, existen normas con efectos retroactivos, inmediatos (desde su publicación en el diario oficial), o ultractivos (eficacia hacia el futuro). En el ordenamiento jurídico colombiano, por ejemplo, el principio de favorabilidad penal permite aplicar retroactivamente disposiciones más benignas incluso si son posteriores a la comisión del hecho punible, con el fin de beneficiar al infractor (Sandoval, 2000).

En conjunto, estos tipos de eficacia demuestran que la eficacia del derecho no puede ser comprendida desde una única óptica, sino que requiere un abordaje multifacético, atento a los diversos planos —material, simbólico, político, económico y temporal— en los que opera la norma jurídica.

También es posible que, mediante decisiones judiciales, ciertas normas sean declaradas inconstitucionales y, en consecuencia, excluidas del ordenamiento jurídico. No obstante, esta exclusión puede tener efectos únicamente hacia el futuro cuando se considera que su aplicación retroactiva generaría consecuencias más gravosas que su permanencia temporal en el sistema jurídico (González, 2013).

De igual manera, pueden establecerse regímenes de transición normativa que buscan evitar que el cambio de una legislación a otra afecte expectativas legítimas o cause traumatismos en su implementación. En este contexto, normas jurídicas contradictorias podrían coexistir temporalmente y ser consideradas eficaces durante un mismo periodo (García, 2016).

1.11 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Conviene, finalmente, hacer una breve digresión sobre el derecho penal del enemigo, en tanto categoría que se vincula con los estudios sobre la eficacia del derecho, al evidenciar cómo las normas penales pueden dejar de funcionar como un sistema cerrado y abstracto para volverse funcionales frente a dinámicas sociales complejas o de excepción.

Esta teoría parte del presupuesto de que el ordenamiento jurídico vigente no siempre resulta suficiente para excluir de la sociedad a aquellos individuos cuyo comportamiento representa una amenaza grave para la vigencia de las normas fundamentales del Estado. En esa línea, Jakobs (2003, p. 33) plantea la distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo: “El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, mientras el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros”.

Este planteamiento ilustra cómo el mismo derecho puede operar con eficacia, ya sea garantizando los derechos procesales de quienes aún son considerados miembros corregibles de la comunidad jurídica, o bien restringiendo los derechos de aquellos identificados como enemigos, a quienes se les niega el estatus pleno de ciudadanía jurídica.

Así, mientras el derecho penal del ciudadano se aplica a infractores cuyas conductas no comprometen gravemente el orden normativo, el derecho penal del enemigo excluye de la comunidad jurídica a quienes, mediante actos especialmente lesivos, atentan contra los principios estructurales de la sociedad (Grosso, 2007). En este último caso, se considera que el sujeto ha renunciado a su condición de ciudadano mediante su conducta, y por tanto no le resultan aplicables las garantías propias del debido proceso, reservadas exclusivamente para quienes permanecen dentro del marco de la legalidad (Álvarez, 2012).

Este enfoque conduce necesariamente a cuestionar el principio de igualdad ante la ley, pues con base en la eficacia esperada del derecho penal frente a ciertos sujetos —particularmente en contextos de criminalidad organizada o terrorismo— se adoptan soluciones normativas diferenciadas que, en esencia, resultan incompatibles con un modelo garantista.

Se trata entonces de una manifestación de distintas formas de eficacia jurídica frente a un mismo fenómeno: la comisión de un delito. La divergencia radica en el tipo de juzgamiento aplicado, lo cual evidencia una eficacia instrumental diferenciada del derecho penal, en función de la gravedad de la amenaza y del sujeto involucrado.

Otro ejemplo relevante en este debate es el de la denominada eficacia de la ineficacia, ya abordado anteriormente. Al respecto, García (2014) sostiene que: “La ineficacia del derecho no siempre es un fracaso, es decir, no siempre es algo que va en contravía de la intención de quienes crearon la norma” (p. 43). Esto ocurre, por ejemplo, con normas contra la corrupción cuya expedición reiterada envía un mensaje simbólico de compromiso institucional, aunque su contenido normativo —a menudo ambiguo o deliberadamente inoperante— termina perpetuando el statu quo. Así lo señala García (2014, p. 127):

Una de las dificultades con las que cuentan las leyes encaminadas a proscribir la corrupción en buena parte de los países del continente se encuentra en el hecho de que las prácticas corruptas han sido validadas por prácticas clientelistas entre la administración pública y las empresas contratantes.

Esta forma de ineficacia deliberada se fundamenta en la persistencia del clientelismo político, característico de sistemas fuertemente presidencialistas, donde el Ejecutivo depende del respaldo parlamentario para implementar su agenda. En este contexto, los compromisos políticos se traducen en favores mutuos, configurando un entramado en el que la corrupción se convierte en un mecanismo operativo de gobernabilidad (Aguirre, 2013; Cerdas, 2014).

1.12 EL CONCEPTO DE POPULISMO PUNITIVO A LA LUZ DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA, EL DERECHO PENAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Se ha señalado que el populismo punitivo no constituye un concepto teórico autónomo, en la medida en que comparte características con categorías como la eficacia simbólica, el eficientismo penal y el derecho penal del enemigo (Tamayo, 2016). Desde la sociología jurídica, el populismo punitivo se relaciona con la lucha de intereses que atraviesan una sociedad (Botero, 2019).

Por un lado, se encuentra el pueblo, expectante y demandante de seguridad (Focás, 2013); por otro, la clase política, que capitaliza ese sentimiento de inseguridad para prometer medidas drásticas contra la delincuencia, utilizando un lenguaje sencillo y directo que apela a frases como “el que la hace la paga”, “la gente de bien está cansada de la delincuencia” o “tolerancia cero”, generando cohesión

social en torno a dicho flagelo. Sobre este fenómeno, García (2014, pp. 219-220) señala:

Puede suceder que uno de los principales beneficios obtenidos por un movimiento que lucha por el reconocimiento de sus derechos sea un beneficio simbólico y consista en una mayor cohesión del grupo en torno a sus derechos. Por eso, puede suceder que un movimiento social fracase en un litigio, pero obtenga, de la experiencia litigiosa, la unidad política y determinación para ganar otras batallas futuras.

En otras palabras, el pueblo se siente identificado con la lucha contra la delincuencia y, en consecuencia, el aprovechamiento de dicho sentimiento por parte del poder político se convierte en un insumo recurrente. Este puede explotarse, bien porque el miedo ante una sociedad insegura moviliza el caudal electoral, o bien porque el deseo de castigo es inherente a una dimensión emocional del ser humano.

Estos sentimientos se convierten en el sustento de políticas de Estado que se concretan mediante normas jurídicas orientadas más al impacto electoral que a su eficacia material. Estas disposiciones, aunque no logren reducir los índices de criminalidad, calman los ánimos sociales y generan cohesión (Pratt, 2007; Gutiérrez, 2021).

Dicho de otro modo, su ineficacia material queda oculta bajo una eficacia simbólica que cumple con los intereses políticos. Esto se debe a que las causas de la criminalidad suelen estar arraigadas en factores estructurales como la descomposición de los mecanismos de socialización primaria o la falta de oportunidades para la supervivencia (Moya, 2014). Cuando no se abordan estas causas de fondo, las políticas punitivas tienden a agravar el problema, incrementando la criminalidad y congestionando los centros de reclusión (Quinteros, 2024).

Desde esta perspectiva, el populismo punitivo, en clave de sociología jurídica, se sirve de las pasiones y el miedo social para justificar la expedición de normas penales, prometiendo estabilidad con base en su sola existencia normativa, lo cual revela una notoria ineficacia material frente a una alta eficacia simbólica de carácter político (Arrieta, 2018).

En el plano del derecho penal, se recuerda que este constituye la última ratio del control social (Carnevali, 2008). En consecuencia, la utilización política del derecho penal como mecanismo de eficacia simbólica entra en conflicto con los fines

propios de esta disciplina, pues se le convierte en una primera ratio, priorizando el principio de prevención general —a través de la amenaza de sanción— sobre un abordaje sustantivo de los problemas sociales (Meini, 2013).

Así, el populismo punitivo, desde la óptica del derecho penal, representa una afrenta al principio de ultima ratio y un atentado contra la política criminal sobre la cual debería edificarse el poder punitivo del Estado. Esto se manifiesta en el agravamiento de penas o en la tipificación de nuevas conductas que conllevan restricciones a derechos fundamentales, usualmente costosos desde la perspectiva de las garantías individuales. En este sentido, Silva (2001, p. 17) cita a Von Bar, quien señala:

Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*.

Es evidente, entonces, que la sociedad que reclama con vehemencia nuevas normas penales es, paradójicamente, la misma que sufre sus consecuencias. Estas no solo se traducen en la limitación de las libertades, como lo refiere el autor citado, sino también en impactos negativos sobre las finanzas públicas. Una política penal de este tipo desvía recursos hacia un “hueco sin fondo”, al no abordar los problemas estructurales de la sociedad ni propiciar una verdadera resocialización, debido al hacinamiento carcelario (Trujillo, 2018).

Asimismo, el populismo punitivo busca flexibilizar las reglas de imputación con el fin de mostrar eficacia institucional, lo cual se traduce en una merma de las garantías procesales previstas por la propia normativa (Antón et al., 2017). Esto ocurre mediante la expedición de normas que simplifican la carga probatoria sobre los hechos y su calificación jurídica, o bien a través de la presión mediática ejercida por los medios de comunicación. Es común escuchar frases como que “la policía captura a los delincuentes, pero los jueces los dejan libres” o que “el derecho penal protege al delincuente y no a las víctimas” (Nava, 2021).

Lo anterior no significa que el derecho penal deba permanecer inmutable frente a la necesidad de proteger nuevos bienes jurídicos surgidos de los avances tecnológicos. Por ejemplo, hace tres décadas resultaba impensable un sistema económico en el que se pudieran realizar transacciones a través de internet, lo cual ha exigido la creación de tipos penales específicos para proteger bienes jurídicos que pueden ser vulnerados o puestos en peligro mediante el uso de dichas herramientas (Carrasco, 2016).

El populismo punitivo no se limita entonces a la tipificación de nuevos delitos, sino que implica una configuración penal carente de una política criminal coherente, en la que la imposición de penas responde a estrategias de legitimación del poder estatal o a presiones sociales. En ocasiones, estas provienen de sectores populares u organizaciones sociales que, en el marco de sus luchas reivindicativas, paradójicamente exigen penas privativas de la libertad para sus contradictores (Silva, 2001). Se trata, por tanto, de un fenómeno cultural y político que ha permeado múltiples esferas de la vida social (Bonner, 2021).

En este contexto, el populismo punitivo puede considerarse una manifestación particular de la eficacia del derecho, en tanto busca generar una sensación de seguridad, incluso si sus resultados no se evidencian en el plano fáctico. Esto ocurre en detrimento de la concepción liberal del derecho penal como última herramienta de control social, concebida como un instrumento normativo de intervención mínima.

Kelsen (2023) señalaba que las normas jurídicas requieren un mínimo de eficacia material, pues de lo contrario pueden caer en desuso y perder fuerza vinculante. No obstante, en su afán de depurar su teoría de cualquier consideración moral o política, desestimó el poder simbólico de algunas normas, como aquellas expedidas con la clara intención de no producir efectos jurídicos reales, pero que cumplen una función política de exhibición de buena gestión. Tal es el caso de las normas propias del populismo punitivo, que se promulgan para generar impacto en la opinión pública más que para aplicarse efectivamente.

Pensar, por ejemplo, en la incorporación de una norma que establece la cadena perpetua dentro del ordenamiento jurídico colombiano, conduce inicialmente

a considerar su exclusión por ser contraria a la Constitución. En este sentido, podría afirmarse que dicha norma careció de eficacia jurídica, al no lograr integrarse válidamente al sistema normativo. Sin embargo, no puede desconocerse que produjo un impacto significativo en el plano social, al satisfacer expectativas de legitimidad política por parte de quienes detentan el poder, lo cual evidencia una eficacia simbólica, más allá de su inconstitucionalidad.

Aunado a lo anterior, ocurre con frecuencia que una norma que ha perdido su eficacia simbólica es nuevamente expedida con el propósito de renovar su aura simbólica y alcanzar los mismos efectos esperados inicialmente. Estos eventos no son extraños en el ordenamiento jurídico: aunque en teoría las decisiones de inconstitucionalidad deberían expulsar tales disposiciones del sistema normativo, lo cierto es que estas ya han operado dentro del mismo, al menos hasta el momento de su declaratoria, produciendo efectos conforme a la intención que las motivó.

Tal como lo advierte Ramírez (2007), todas las normas requieren interpretación. En ese sentido, dada la ductilidad del lenguaje jurídico y la notable capacidad del ser humano para construir posiciones racionales que se ajusten al sistema normativo (Hernández, 2014), es posible afirmar que el populismo punitivo, desde la teoría del derecho, no busca únicamente garantizar una eficacia mínima para evitar el desuso (como lo exige el positivismo jurídico), sino que más bien se aprovecha de este principio.

Desde una perspectiva iusnaturalista, el populismo punitivo se vale de un discurso con alto contenido moral o sustentado en principios universales inherentes a la dignidad humana, con el fin de ganar adeptos o de cuestionar garantías fundamentales y normas del derecho positivo.

Así las cosas, se ve que existen posturas críticas frente a la posibilidad de aplicar en Colombia el concepto de populismo punitivo en los términos planteados por sus principales pioneros, Anthony Bottoms y David Garland. En su lugar, se ha propuesto una noción más ajustada al contexto nacional: el populismo hobbesiano (Uribe, 2012).

Uribe Barrera (2012) sostiene que, en la teoría del populismo punitivo, el Estado actúa en respuesta a las demandas ciudadanas que, impulsadas por el miedo

o la ansiedad, exigen respuestas penales más severas. Esta idea, desarrollada por Bottoms y articulada en el marco de la cultura del control formulada por Garland, se origina en el estudio de la transición del Estado de bienestar al modelo neoliberal en países como Estados Unidos e Inglaterra. Según el autor, ambas teorías se complementan al señalar que el endurecimiento penal tiene como soporte las emociones colectivas, la visibilización de la víctima y la influencia de los medios de comunicación masiva.

No obstante, Uribe Barrera advierte que resulta problemático trasplantar estas teorías al contexto colombiano sin una reflexión crítica, pues la realidad nacional difiere sustancialmente de la que dio origen a dichos planteamientos. En particular, cuestiona la falta de evidencia empírica que permita afirmar que la sociedad colombiana exige castigo penal de manera directa y autónoma; por el contrario, señala que cuando estas demandas parecen emerger, suelen ser inducidas por estrategias de manipulación política y no por una voluntad ciudadana genuina.

Desde esta perspectiva, el autor afirma que el caso colombiano está atravesado por un conflicto armado persistente, sin que se haya producido una transición efectiva hacia un contexto de paz. Esta condición perpetúa un estado de miedo civil que no conduce a la exigencia de castigo, sino a la demanda de un Estado fuerte que garantice la protección de la vida y los bienes, en consonancia con la teoría hobbessiana del Leviatán.

En síntesis, mientras el populismo punitivo parte de la idea de que es el pueblo quien exige mayor punición, el populismo hobbessiano plantea que lo que se reclama es un Estado con suficiente capacidad coercitiva para enfrentar a los enemigos del orden. En este último caso, el miedo no moviliza directamente a la ciudadanía, sino que es instrumentalizado por quienes detentan el poder estatal para justificar políticas penales autoritarias.

A partir del análisis anterior, resulta válido señalar que la crítica formulada por Uribe Barrera al trasplante acrítico de teorías extranjeras podría también aplicarse a su propia propuesta. En su afán por construir una tesis autónoma ajustada a la realidad colombiana, el autor afirma que no existen pruebas que sustenten la idea de que el pueblo demanda castigo penal. Sin embargo, sostiene —

igualmente sin evidencia empírica concluyente— que la ciudadanía no exige prisión, sino un Estado fuerte de carácter leviatánico, motivada por el miedo derivado de una situación de violencia estructural y prolongada.

Desde la perspectiva de esta tesis de grado, demandar un Estado con suficiente poder coercitivo para aplicar un derecho penal expansivo y severo, como lo plantea el autor, no difiere sustancialmente del núcleo del populismo punitivo. Si bien los orígenes discursivos y contextuales pueden ser distintos, el resultado práctico sigue siendo la legitimación social del uso intensificado del poder punitivo del Estado sin una base científica o de política criminal que la respalde.

Por su parte, Garland (2001) sostiene que la cultura del control emerge como una respuesta estructural a la creciente percepción de inseguridad en las sociedades contemporáneas. En este nuevo paradigma, se produce un giro en las políticas penales: se abandona el énfasis en la rehabilitación del infractor para centrarse en una supuesta protección de la sociedad, mediante la implementación de normas más severas y estrategias orientadas a la gestión del riesgo.

Desde esta perspectiva, el delito deja de entenderse como una consecuencia de la exclusión social o la falta de oportunidades —como ocurre con frecuencia en el contexto colombiano— para ser concebido como una amenaza latente que debe ser contenida a toda costa. El sistema penal, entonces, ya no se orienta a la resocialización, sino que se transforma en un dispositivo de defensa frente a grupos considerados peligrosos. Este cambio implica la adopción de un enfoque tecnocrático y pragmático, en el que la eficiencia y el control prevalecen sobre la justicia social y la reintegración del condenado.

A pesar de los esfuerzos académicos por establecer distinciones entre el populismo punitivo y otras categorías alternativas como el populismo hobbesiano o los enfoques genealógicos propuestos para América Latina, dichas diferenciaciones terminan siendo, en muchos casos, puramente teóricas. En la práctica, las consecuencias políticas, jurídicas y sociales de estos enfoques suelen coincidir: un endurecimiento de la política criminal, la expansión del derecho penal y la legitimación del uso punitivo del poder estatal como respuesta a la inseguridad.

Resulta evidente que toda teoría jurídica, especialmente en el campo penal, debe ser leída e interpretada a la luz del contexto histórico y fáctico en el que se pretende aplicar. Sin embargo, esta necesidad de contextualización no implica que sea inviable el uso de teorías desarrolladas en otras latitudes. De hecho, buena parte del pensamiento penal colombiano —como ocurre en muchos países del sur global— se ha nutrido de tradiciones dogmáticas como la alemana o la italiana, en donde han nacido categorías centrales para la teoría del delito, la culpabilidad o la imputación objetiva. Pretender un desligue total de esas construcciones teóricas resultaría no solo innecesario, sino artificial.

En este sentido, la crítica a la aplicación del concepto de populismo punitivo en América Latina por no haber surgido en este contexto, como la que plantea Sozzo, puede perder fuerza si se lleva al extremo. Como bien sostiene Diego Eduardo López Medina en su *Teoría impura del derecho* (2004), el derecho en América Latina se construye en un constante vaivén entre la recepción de discursos jurídicos extranjeros y su reconfiguración local, lo cual da lugar a una producción normativa y dogmática híbrida, situada pero nunca completamente autónoma.

Desde esta perspectiva, es posible —y deseable hasta cierto punto— tomar conceptos foráneos como el populismo punitivo, comprender sus limitaciones contextuales, y adaptarlos críticamente, sin caer en la trampa de desecharlos por completo bajo el argumento de su origen geográfico. El verdadero problema no radica en la procedencia de la teoría, sino en su aplicación mecánica y descontextualizada. Así, lejos de ser categorías excluyentes o contrapuestas, conceptos como populismo punitivo, cultura del control o populismo hobbesiano pueden coexistir y dialogar en la medida en que se reconozca su valor explicativo relativo y se sometan a un proceso de resignificación situado.

1.13 LA FUNCIÓN DE LA PENA Y LA EFICACIA DEL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL Y SU DESARROLLO A TRAVÉS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

La función de la pena y la legitimidad del derecho penal para castigar han sido temas de especial atención entre los estudiosos de la materia. Córdoba y Ruiz (2001) clasifican las teorías sobre la pena en tres grandes categorías: absolutas

(retributivas), relativas (preventivas) y mixtas; además, abordan las concepciones modernas que han emergido en torno a estas.

En relación con las teorías absolutas o retributivas, Córdoba y Ruiz (2001) señalan que estas conciben la pena como un mal que el Estado impone como respuesta a otro mal causado por el infractor. Su finalidad es la realización de la justicia. En Hegel, por ejemplo, la pena se entiende como la negación del delito, lo cual reafirma la validez de la norma jurídica.

Respecto a las teorías relativas, Córdoba y Ruiz (2001) afirman que la pena debe cumplir fines preventivos. Puede tratarse de prevención general, que busca disuadir mediante la amenaza de la sanción, o de prevención especial, en la cual la sanción se impone para apartar al infractor de la sociedad y evitar que cause nuevos agravios, persiguiendo así su resocialización.

Por su parte, las teorías mixtas, según Córdoba y Ruiz (2001), buscan conciliar los fines retributivos y preventivos, legitimando la pena tanto por su función de restauración de la justicia como por su propósito resocializador.

En opinión de Córdoba y Ruiz (2001), dentro de las teorías contemporáneas, la prevención general de la pena es la tesis más aceptada, ya que permite enviar un mensaje de respeto al ordenamiento jurídico. Además, se hace énfasis en la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado a través de los principios de legalidad y proporcionalidad, privilegiando la función resocializadora.

Botero (2001) también aborda la función de la pena a partir de las teorías retributivas, las preventivas (general y especial) y la teoría unificadora dialéctica. Sobre la primera, destaca su vinculación con el pensamiento de Beccaria, quien concibe la pena como la imposición de un mal en respuesta al mal causado por un comportamiento desviado. Sin embargo, Botero (2001) concluye que en la obra de Beccaria es posible identificar, además, finalidades preventivas generales y especiales, e incluso un componente resocializador.

Desde la perspectiva retributiva, la pena se entiende como un mecanismo para restablecer la vigencia de la norma vulnerada. La prisión, en este

contexto, se reduce a un castigo físico que implica el encierro del sujeto sin mayores finalidades, pues lo relevante es la reafirmación del derecho.

En cuanto a la teoría de la prevención, en sus variantes general y especial, Botero (2001) expone que la prevención general actúa mediante la sola existencia de la norma penal y la descripción de la sanción correspondiente. Así, el ciudadano, al conocer las consecuencias de encuadrar su conducta en el tipo penal, opta por ajustarse al ordenamiento jurídico para evitar la pena.

La prevención especial, por su parte, apunta a evitar la reincidencia, “corrigiendo al corregible; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable; y haciendo inofensivo mediante la pena de privación de la libertad a los que no son corregibles ni intimidable” (Roxin, 1976, como se citó en Botero, 2001, p. 203).

En lo que respecta a la teoría unificadora dialéctica, Botero (2001) indica que, si bien suele atribuirse a Roxin, esta ya había sido prefigurada, aunque en otro sentido, por Beccaria. Roxin propone un modelo integrador que articula las tres funciones de la pena: la prevención general, la retribución y la prevención especial. Así, el Estado amenaza con sanciones (prevención general), las impone al infractor (retribución) y las ejecuta (prevención especial), siendo necesario justificar cada una de estas etapas de manera independiente.

De este modo, cuando una norma es promulgada, su efecto simbólico —la amenaza de una sanción frente a su incumplimiento— se vincula con la función preventiva general del derecho penal. Si el sujeto, pese a este mensaje disuasorio, incurre en una conducta contraria a la ley, se le impone una sanción, lo que corresponde a la función retributiva. Finalmente, la ejecución de la pena, mediante el encarcelamiento, cumple una función preventiva especial al apartar al individuo de la sociedad e impedir que continúe delinquir.

La aplicación de estas teorías se confirma en el caso colombiano, cuyo artículo 4.º de la Ley 599 de 2000 —Código Penal— establece que la pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado. En relación con la prevención general, Amado y Peña (2014, p. 56) señalan lo siguiente:

Jurisprudencialmente se ha dicho que en un Estado social y democrático de derecho, debe atenderse la prevención del delito para asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, orientándose el derecho penal a desempeñar una función de prevención general y otra de carácter especial. La primera no sólo debe entenderse desde el punto de vista intimidatorio, la amenaza de la pena para los delincuentes (prevención general negativa), sino que debe mirar también un aspecto estabilizador en cuanto la pena se presente como socialmente necesaria para mantener las estructuras fundamentales de una sociedad (prevención general positiva).

De lo anterior se advierte cómo las nociones de prevención general negativa y positiva se articulan con el efecto simbólico previamente descrito. Por un lado, la amenaza de sanción pretende disuadir al individuo mediante un efecto intimidatorio; por otro, la prevención general positiva se presenta como un “mal necesario” que contribuye a la sana convivencia.

Sin embargo, puede afirmarse que en múltiples ocasiones el efecto simbólico de la prevención general negativa produce resultados contrarios a los esperados, dado que la prohibición crea mercados ilegales, transformando el actuar delictivo en un negocio lucrativo, lo que incentiva su reproducción (Dewey, 2017). A ello se suma la escasez de oportunidades laborales en la sociedad. En ese sentido, Becker et al. (2006, p. 40), refiriéndose a la ilegalidad de las drogas, sostienen:

La represión reduce el consumo elevando los costos de los proveedores debido principalmente a que se arriesgan al encarcelamiento y a otros castigos. El incremento de los costos lleva a precios más altos, los que a su vez inducen un consumo menor. Pero si la demanda es inelástica —como parece serlo la demanda de drogas— unos precios más altos llevan a un aumento del gasto total en estos bienes ilegales.

Umbría (2016) agrega que “en esencia toda economía sumergida o subterránea antes de hacerse ilícita debió ser una economía emergente y, luego de haber quedado proscrita, el referido tropismo se multiplica casi sin control” (p. 14). En múltiples escenarios se ha mencionado la necesidad de legalizar las drogas, con el fin de desarticular su rentable mercado ilegal. Así, lo que pretende evitar la prevención general negativa puede, en determinadas circunstancias, incentivar la configuración del delito. En última instancia, el delincuente actúa bajo la lógica de evitar ser capturado (Roxin, 1976, como se citó en Botero, 2001, p. 205).

Por otro lado, Jakobs (2003, pp. 36-37) sostiene que las normas deben prever consecuencias que sean esencialmente esperables, permitiendo actuar bajo el principio de confianza, entendido como la expectativa de que los demás cumplirán con las prescripciones normativas, lo que habilita la verificación cognitiva del comportamiento.

Aceptar que las normas penales existen para garantizar la convivencia pacífica, y que la protección de los bienes jurídicos debe guiarse por el principio de necesidad, conduce a una reflexión crítica sobre el rechazo que generan las garantías procesales. Los movimientos sociales que se alzan contra los derechos de los procesados lo hacen porque no logran verificar cognoscitivamente que a dichos sujetos se les apliquen las consecuencias esperadas. Se argumenta que el proceso penal es excesivamente garantista y favorece al delincuente, percepción reforzada por los altos niveles de impunidad existentes en el país.

En consecuencia, la prevención general positiva, asociada a la identificación de la ciudadanía con los ideales normativos para la construcción de la convivencia, se ve debilitada por la ineficacia del sistema penal para resolver de forma oportuna la situación jurídica de las personas procesadas. Así, la eficacia simbólica de la norma en relación con la prevención general positiva pierde su fuerza ante la evidencia de una realidad social disfuncional.

Otro de los fines de la pena es la prevención especial, entendida como el aislamiento del infractor con el propósito de evitar que continúe lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos. Al respecto, Gómez (2016, p. 160) afirma:

Esta segunda tesis se perfeccionó durante la época de la Ilustración y fue denominada como “teoría independiente de la prevención especial”. Su promotor fue el más importante político criminal alemán, Franz von Liszt, que según lo comenta Roxin en su obra de 1997. Dicho autor sostenía que la prevención penal actuaba de tres formas: a) asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante la privación de la libertad de éstos; b) intimidando al autor, mediante la pena para promover el que éste no siga delinquiriendo en el futuro, y c) cuidándolo de recaer en la reincidencia mediante su corrección. La teoría de la prevención especial como fin de la pena persigue el principio de la resocialización. Para los precursores y promotores de esta teoría, como los anteriormente referenciados, son meritorios los resultados teóricos y prácticos al darse cumplimiento a los postulados del Derecho Penal en cuanto obliga a la protección tanto del individuo como también de la sociedad, ayudando al autor, no marginándolo

socialmente, sino integrándolo a través de mecanismos y procedimientos pedagógicos e inclusive terapéuticos, profilácticos y, por supuesto, resocializadores.

De lo anterior se desprende que la prevención especial se halla estrechamente vinculada con el principio de dignidad humana, al concebir al individuo como un ser valioso para la sociedad, centro del modelo estatal y del ordenamiento jurídico y, por tanto, susceptible de resocialización.

No obstante, este planteamiento se diluye en la práctica ante la imposibilidad de materializar la resocialización. Aunque su proclamación en el ordenamiento jurídico proyecta una imagen de Estado civilizado, lo cierto es que dicha finalidad carece de eficacia material, debido a la inexistencia de una verdadera política de resocialización (Hernández Jiménez, 2018), y al impacto negativo del hacinamiento penitenciario (Rincones, 2020).

Asimismo, el ideal resocializador ha sido objeto de críticas, al considerar que más que proteger la dignidad humana, busca mantener bajo vigilancia a sectores marginales de la población (Foucault, 1975). Esta situación se agrava cuando, a través del populismo punitivo, se pretende dismantelar el principio de dignidad humana mediante el endurecimiento de penas, la imposición de sanciones vitalicias y otras medidas, quedando el principio resocializador como un obstáculo frente a tales propósitos.

Así, puede afirmarse que la finalidad resocializadora de la pena resulta ineficaz en términos materiales, pero conserva una eficacia simbólica, en tanto su sola existencia impide la promulgación de normas que atenten abiertamente contra la dignidad humana y la posibilidad de cambio. De hecho, el principio de resocialización puede entenderse como una protección simbólica de la dignidad humana que, como advierte Foucault (1975), más que rehabilitar al condenado, busca mantenerlo bajo una forma persistente de supervisión estatal.

Por lo expuesto anteriormente, se requiere una inversión estatal en una política criminal que identifique las causas estructurales de la criminalidad y garantice que el aparato punitivo del Estado funcione como última instancia de control social (Pozo, 1997), y no como un mecanismo de legitimación política. Alcanzado ese nivel, debe privilegiarse la imposición de sanciones no privativas de la libertad, de carácter

restaurativo, en lugar del endurecimiento de penas. Así lo afirman Arenas y Cerezo (2016, pp. 193–194):

La política criminal de la seguridad ciudadana –identificada con postulados clásicos– actuaría como un muro de contención que ejerce su peso sobre los colectivos más pobres que se mueven en las capas socioeconómicas más bajas en busca de cauces no legales para conseguir bienes.

Dado que aplacar las desigualdades sociales y la pobreza que genera la mayor parte de la delincuencia reprimida es una medida utópica y de gran magnitud, los poderes públicos deberían optar por no tipificar ni aumentar las penas relacionadas con estados de necesidad de colectivos desfavorecidos. Sirvan de ejemplo el delito de robo del suministro eléctrico o la creación de agravantes basadas en ciertos modus operandi de sujetos peligrosos que duplican en cuantía la pena a imponer, como sería el uso de medios monitorizados o máscaras que oculten la identidad en los delitos contra la seguridad pública, la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Tal y como se llevó a cabo en los años treinta, se debe apostar por medidas desjudicializadoras con el fin de no seguir fabricando delincuentes difíciles de albergar y mantener.

Una política criminal de esta naturaleza implicaría la pérdida de la eficacia simbólica originaria del discurso punitivo, al representar una renuncia al poder de convencimiento social que tradicionalmente ha acompañado la retórica de mano dura contra la delincuencia. Asimismo, dejaría de utilizar el lenguaje violento de la lucha contra el crimen, frecuentemente empleado para movilizar emociones punitivas y obtener respaldo electoral. En su lugar, las normas penales pasarían a corresponder con una política criminal científica y técnicamente sustentada, en donde lo expresado por el legislador en la promulgación normativa reflejaría un verdadero compromiso con la racionalidad jurídica y la proporcionalidad sancionadora.

Capítulo 2

LA LEY 40 DE 1993 DENOMINADA “ESTATUTO ANTISECUESTRO”

En este capítulo se abordará el estudio de la Ley 40 de 1993, partiendo de un análisis del contexto histórico-social que rodeó su expedición, para luego examinar su estructura normativa y los objetivos expresos formulados por el legislador. Posteriormente, se contrastará dicha información con las nociones de eficacia instrumental y simbólica, a fin de determinar la posible configuración de los fenómenos del síndrome normativo y el populismo punitivo en el proceso de expedición y aplicación de la mencionada ley.

Lo anterior se fundamenta en el hecho de que la Ley 40 de 1993 —denominada Estatuto Antisecuestro— introdujo reformas de corte punitivo que incluyeron el incremento de penas privativas de la libertad, la implementación de medidas destinadas a impedir el pago de rescates, la prohibición de gravámenes sobre bienes de la persona secuestrada y sus familiares cercanos, así como la imposición de sanciones severas a entidades financieras que facilitaran transacciones con dicho propósito.

2.1 CONTEXTO DE CREACIÓN DE LA LEY 40 DE 1993

Uno de los argumentos más frecuentemente invocados para justificar la expedición de normas de contenido punitivo es el aumento en los índices de criminalidad (Kliksberg, 2006). En efecto, la Ley 40 de 1993 estuvo precedida de intensos debates relacionados con la presunta masificación del delito de secuestro en Colombia.

La libertad, concebida como uno de los bienes más valiosos del ser humano y de la civilización (Hayek, 2020), se convierte en terreno fértil para el despliegue de políticas basadas en el miedo y la represión, especialmente cuando se percibe amenazada. Esta lógica se traduce en un aumento de penas y en la restricción

de garantías fundamentales, sin que exista necesariamente una política criminal que respalde dichas medidas (Useche Aldana, 2008; Arrieta, 2018).

El Proyecto de Ley 125 de 1992 del Senado de la República, que dio origen a la Ley 40 de 1993, destacaba en su exposición de motivos el respaldo ciudadano a la iniciativa, señalando la existencia de un clamor social que exigía la intervención del Estado ante el flagelo del secuestro. Así lo recogía la Gaceta del Congreso n.º 49 (1992, p. 12):

El proyecto de ley que hoy presentamos a la consideración del Congreso Nacional no representa una iniciativa aislada de un grupo de senadores. Por el contrario, el articulado del proyecto y sus lineamientos generales corresponden en buena parte a los esfuerzos y planteamientos que en forma reiterada viene haciendo la Fundación País Libre, los miembros de su Junta Directiva y sus afiliados. En efecto, esta Fundación viene librando una valerosa batalla sin cuartel contra el secuestro en todas sus formas y prestando una atención integral a las víctimas de este terrible flagelo. Sus directivos han conseguido el respaldo de un millón y medio de firmas para apoyar esta iniciativa legal en el marco de la democracia participativa. Ante tan importante empeño, los senadores firmantes estimamos que es nuestro deber y nuestra responsabilidad contribuir a este esfuerzo colectivo como en efecto lo estamos haciendo al presentar el presente proyecto de ley. Al responder al llamado de la Fundación País Libre, los senadores estamos otorgando un voto de confianza a la Fundación y exaltando la extraordinaria y valerosa labor que viene realizando

Se desprende de lo anterior que grupos sociales organizados, como la Fundación País Libre, impulsaron activamente la formulación del proyecto, logrando su inclusión en la agenda legislativa mediante mecanismos de democracia participativa, como la recolección de firmas. El respaldo popular se erigió así, como un factor determinante en la expedición de la Ley 40 de 1993.

La exposición de motivos del proyecto de ley subrayaba, además, que resultaba innecesario justificar una iniciativa de tal naturaleza, dado que el secuestro era considerado un delito de extrema gravedad para la sociedad. En ese sentido, se afirmaba que cualquier esfuerzo por combatirlo resultaba razonable y comprensible.

Adicionalmente, se hacía referencia a cifras alarmantes: entre 1964 y 1991 se habrían reportado ante las autoridades 7.453 secuestros —sin contar los numerosos casos no denunciados—, de los cuales 1.408 ocurrieron tan solo en 1991. También se indicaba que entre 1987 y 1991 se habían pagado cerca de 175.000

millones de pesos en rescates, pese a que solo el 20 % de los secuestros eran reportados oficialmente, lo que para los promotores del proyecto evidenciaba una subestimación del fenómeno por parte del Estado.

Evocando situaciones de victimización por parte de algunos miembros del Senado y de la Cámara de Representantes —como el caso de la muerte de Diana Turbay Ayala en cautiverio—, se alegó que muchos congresistas habían experimentado en carne propia, o a través de familiares cercanos, el fenómeno del secuestro. Ello fue interpretado como uno de los factores que motivaron el proyecto de ley, al considerar que dicho comportamiento delictivo se había convertido en un negocio lucrativo para la delincuencia común, los grupos guerrilleros y el narcotráfico.

En la exposición de motivos se emplea el miedo como mecanismo de justificación del proyecto, afirmándose que el secuestro se había “democratizado”, pues el interés económico de los responsables ya no se concentraba exclusivamente en las clases altas. Se sugería que cualquier ganancia era considerada rentable: en algunos casos, el secuestro respondía a fines políticos, en otros, a venganzas entre organizaciones criminales. La exposición de motivos afirmaba:

La situación que vive Colombia hace necesaria una profunda modificación a la legislación que regula el delito del secuestro. Por ello consideramos de particular importancia la incorporación a la legislación colombiana del articulado que aquí se presenta, por cuanto las disposiciones vigentes son insuficientes tanto por su contenido como por sus alcances para erradicar en forma definitiva uno de los crímenes más abominables de la humanidad, a saber, el secuestro, que viene afectando en forma directa a miles de familias colombianas.

Así, otro de los antecedentes que fundamentaron la expedición del Estatuto Antisecuestro, según los autores del proyecto, fue la insuficiencia de las normas penales existentes para conjurar este delito. Se planteaba como objetivo erradicar de manera definitiva su comisión.

En lo relativo al contenido del proyecto, se proponía la ampliación de las penas privativas de la libertad como mecanismo de disuasión ante el incremento de casos de secuestro en el país, lo cual evidencia una aplicación del derecho penal como instrumento de prevención general negativa (Mir, 1986).

Se hacía hincapié en la preocupante ausencia de denuncias sobre este tipo de delitos, advirtiendo que el 80 % de los casos no eran puestos en conocimiento de las autoridades. Se relataban situaciones dramáticas, como la de secuestradores que permanecían meses sin comunicarse con los familiares de la víctima, sumiéndolos en una angustiosa incertidumbre respecto del paradero de su ser querido, lo que era presentado como una conducta inhumana y execrable.

Entre las razones para no denunciar, se aludía a la indiferencia de las autoridades frente a casos que no captaban la atención mediática, al miedo a represalias y a la desprotección posterior a una eventual liberación. Se afirmaba que las víctimas optaban por pagar los rescates debido a la escasa confianza en la capacidad del Estado para garantizar su libertad, dadas sus limitaciones en investigación y reacción operativa.

Todo lo anterior permitía inferir, según los proponentes del proyecto, que el Estado era incapaz de garantizar la libertad de sus ciudadanos. En consecuencia, el aumento de penas aparecía como una medida eficaz para combatir el secuestro, lo que deja en evidencia la contradicción política implícita en el proyecto: el reconocimiento de un Estado ineficaz, que sin embargo recurre a su propio poder punitivo como solución.

Entre las medidas propuestas, se contemplaba no solo el aumento de penas, sino también la restricción de la disposición de bienes de las familias de los secuestrados, con el objetivo de desincentivar el delito. En ese contexto, se traía a colación el caso italiano de los años 70, considerado exitoso en la reducción de este tipo de delitos, como antecedente internacional inspirador.

Asimismo, se proponía la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito con sujeto activo indeterminado, lo cual contradecía principios dogmáticos del derecho penal, como el de taxatividad y el de determinación del autor (Velásquez, 2009). Se consideraba necesario implementar mecanismos estatales de vigilancia sobre las transacciones comerciales realizadas por personas sin capacidad económica aparente para justificar determinados negocios, bajo la sospecha de que tales recursos provenían del negocio del secuestro.

En cuanto a las prohibiciones, se incluía la necesidad de vigilar y sancionar actividades financieras dirigidas a obtener créditos o seguros para cubrir pagos de rescate o donde el secuestro fuera considerado un riesgo asegurado. Se argumentaba que la manera más efectiva de atacar este delito era eliminar su rentabilidad económica, como también se había intentado en Italia.

Desde el punto de vista procesal, el endurecimiento del castigo se reflejaba en la exclusión de beneficios penales durante el trámite del proceso y en la supresión de su consideración como delito conexo al delito político. Así, quedaba excluido de cualquier amnistía o indulto en futuras negociaciones con grupos al margen de la ley.

A manera de conclusión, el proyecto reiteraba el supuesto aumento del delito de secuestro entre 1990 y 1992, destacando su impacto en sectores como el ganadero y el agrario, lo que impedía el desarrollo económico, la generación de empleo y el fortalecimiento del turismo. Se planteaba la necesidad de que el Estado adoptara medidas drásticas, similares a las implementadas contra el narcotráfico.

Cabe destacar que el proyecto fue presentado por una organización sin ánimo de lucro respaldada por un millón y medio de firmas ciudadanas. Ello refleja cómo amplios sectores sociales —que se perciben excluidos o desprotegidos por el Estado— son los que terminan demandando medidas punitivas más severas (Antón-Mellón et al., 2017). Del texto de la exposición de motivos puede inferirse que tales sectores consideran que el Estado favorece a los delincuentes mediante beneficios procesales o por medio de amnistías e indultos, configurando la idea de que el Estado protege más al infractor que a la víctima (Díaz et al., 2019).

Se sostenía que el secuestro se había transformado en una fuente de ingresos para los grupos guerrilleros, frente a lo cual las herramientas jurídicas y policiales ordinarias resultaban insuficientes. Los proponentes del proyecto argumentaban que el éxito financiero del delito era una razón suficiente para justificar una reforma legislativa de esta naturaleza.

Resulta llamativo que tanto en la exposición de motivos como en el primer debate del proyecto se utilizaran estadísticas sin citar fuentes confiables. La Gaceta 81 (1992, p. 1) señala que las cifras “se trabajan siempre con datos

extraoficiales”, lo que cuestiona la calidad de la información empleada para respaldar la propuesta legislativa. No obstante, estos datos sirvieron como base para sostener, por ejemplo, que en 1991 las FARC habrían secuestrado a 380 personas, exigiendo un promedio de \$40.000.000 por rescate.

Este dato se convierte en un antecedente relevante dentro del proyecto, pues establece a las guerrillas como autoras principales del delito, interpretación que también recoge el Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). Allí se afirma que los fines del secuestro no eran exclusivamente económicos, sino también políticos, dirigidos a desestabilizar el país, desincentivar el trabajo, evidenciar la falta de protección estatal y, en consecuencia, contribuir a su deslegitimación como garante de los derechos fundamentales.

Así, se observa que el discurso que acompaña el primer debate del proyecto de ley tiene un marcado carácter emotivo. Se apela a la gravedad del delito del secuestro, señalando cómo este afecta de forma directa no solo los derechos fundamentales de la víctima, al colocarla en un estado de indefensión, sino también los de sus familiares, quienes sufren una angustiosa zozobra, tanto psicológica como material y económica. Esto es especialmente evidente cuando el secuestro tiene fines extorsivos, y se llega a afirmar —según el ponente del proyecto— que dicho delito “debe ser penalizado con prisión que supere, en mucho, los treinta años” (Gaceta 81, 1992, p. 2).

De este modo, a partir de un acto execrable como es la privación de la libertad, se justificaba la imposición de una pena más severa incluso que la prevista en ese momento para el homicidio, sancionado con una pena de 10 a 15 años conforme al artículo 323 del Decreto 100 de 1980, “Por el cual se expide el nuevo Código Penal”. Esta decisión legislativa resultaba ilógica desde una perspectiva de proporcionalidad, dado que el homicidio afecta el bien jurídico más protegido —la vida humana—, y, por tanto, constituye un delito de mayor gravedad fáctica y jurídica que el secuestro (Medicina Legal, 2008).

Lo anterior cobra relevancia a la luz del artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, que establece como fin esencial del Estado la garantía de un orden justo. En consecuencia, el sistema penal debe asegurar que la imposición de

sanciones se ajuste a la gravedad de la conducta sancionada. Como advierte Rojas (2008), la pena no debe ser desproporcionada, ya que su severidad debe guardar correspondencia con la relevancia social del hecho punible. Así, no puede ser más lesiva la privación injusta de la libertad que la pérdida de la vida, pues, en el primer caso, aún subsisten oportunidades y esperanzas, mientras que en el segundo no queda nada.

A manera de ejemplo práctico, podría considerarse el siguiente escenario: una persona planea ejecutar un secuestro con fines extorsivos. En el desarrollo de su plan es sorprendido por las autoridades, y entonces concluye que es preferible asesinar a su víctima antes que ser judicializado por secuestro, dado que este último podría acarrear una condena mayor. Le bastaría alegar que su intención desde el inicio fue cometer homicidio, lo cual tendría consecuencias penales menos gravosas. Tal razonamiento pone de manifiesto una disfuncionalidad grave en el principio de proporcionalidad de las penas.

De lo anterior puede concluirse que el proyecto de ley utilizó situaciones traumáticas para sustentar la propuesta normativa, instrumentalizando dichas circunstancias con el fin de deslegitimar corrientes políticas contrarias. Así se desprende de la Gaceta 81 del 28 de septiembre (1992, p.2), que expresaba lo siguiente:

A los diferentes ejércitos de liberación habría que dirigirles estas preguntas. Y el gobierno debería hacerlo en los diferentes foros internacionales, ante los diferentes gobiernos y ante los variados partidos de izquierda o de centro izquierda que aún ven, claro que desde lejos, con alguna simpatía los movimientos delincuenciales que aquí se llaman guerrilla o se autoproclaman como combatientes por la liberación de este país.

Este tipo de afirmaciones tenía como objetivo deslegitimar a los partidos de izquierda, al sugerir que compartían ideológicamente las prácticas violentas de los grupos guerrilleros, considerados enemigos del orden institucional.

También se apeló al miedo como justificación para la expedición de la ley, aludiendo a estudios realizados en Estados Unidos, bajo el argumento de que si en países desarrollados el panorama era crítico, en Colombia la situación sería aún peor. Se citaba, por ejemplo, a Dennis Gabor (Gaceta 81, 1992, p. 2):

En el evento de que el crimen continúe en aumento, las gentes ricas tendrán que concentrarse en áreas bien protegidas por su propia guardia: dichas áreas estarán interconectadas por carreteras, muy vigiladas por sus propios policías; así y todo, las personas de recursos solo podrán viajar por ellas en autos blindados, pues los tugurios se convertirán en viveros del crimen.

De este modo, puede apreciarse que el contexto que precedió la creación de la Ley 40 de 1993 estuvo marcado por una atmósfera de temor generalizado, que abarcaba no solo a las élites económicas, sino también a cualquier individuo. Este clima de inseguridad refuerza la idea de que el miedo al delito se configura como una respuesta emocional, determinada por símbolos sociales y percepciones subjetivas (Ferraro, 1995; Vozmediano et al., 2008).

Asimismo, se afirmaba que la justicia podía restaurarse cuando era vulnerada, argumento que puede contrastarse con la teoría del derecho penal del enemigo propuesta por Jakobs (2003, p. 55). Este autor distingue entre un derecho penal del ciudadano, orientado a preservar la vigencia de la norma, y un derecho penal del enemigo, dirigido a conjurar peligros.

En el primer caso, el infractor es tratado como ciudadano, pues, aunque contravenga la norma, no pone en peligro los fundamentos de la convivencia. En el segundo, la conducta delictiva afecta principios esenciales de la sociedad, por lo que el sujeto es reducido a la condición de enemigo y se le trata mediante pura coacción.

Este segundo enfoque es el que subyace en la Ley 40 de 1993, cuya argumentación moralizante busca presentar el secuestro como un delito que atenta contra los cimientos de la sociedad. Desde esta lógica, se justifica la inocularización del infractor mediante penas privativas de la libertad extraordinariamente elevadas (Armaza, 2011), incluso superiores a las del homicidio, eliminando la posibilidad de rebajas de pena o de aplicación de mecanismos como la amnistía o el indulto.

En ese sentido, otro de los contextos que explican la creación de la Ley 40 de 1993 fue la necesidad de presentarla como una respuesta contundente a un problema estructural del país. El secuestro era percibido como una amenaza a la convivencia social, y la ley buscaba “erradicar” su existencia, como se tituló el proyecto de ley: “Proyecto de ley por la cual se dictan medidas tendientes a erradicar el secuestro”.

Llama la atención que en la ponencia para primer debate se afirmara que el legislador colombiano había demostrado históricamente una preocupación constante por este delito. Prueba de ello es la evolución de las penas por secuestro a lo largo del tiempo:

- 1 a 3 años en los Códigos Penales de 1837 y de 1873 a 1890.
- 1 a 7 años en el Código Penal de 1936.
- 5 a 10 años mediante la Ley 16 de 1969.
- 6 a 12 años con la Ley 21 de 1973.
- 6 a 15 años en el Código de 1980.
- 15 a 20 años mediante el Decreto 180 de 1988 y el Decreto 2266 de 1991, este último expedido en virtud del estado de sitio y adoptado como legislación permanente.

Estas cifras evidencian que el aumento progresivo de penas no ha tenido un efecto disuasivo real. Si así fuera, el aumento histórico habría bastado para prevenir el delito, sin necesidad de promulgar la Ley 40 de 1993, que retoma el argumento del incremento punitivo como eje central.

Adicionalmente, se invocó la justificación de la prevención general. En la Gaceta del 28 de septiembre de 1992 se afirmaba que, si bien el aumento de las penas no disuadía a quienes ya estaban inmersos en el delito, podía tener un efecto de disuasión frente a potenciales nuevos infractores (Gaceta 81, 1992, p. 5):

Se podría decir, en términos generales, que pocos son los delincuentes ya instalados en su actividad que se abstienen de incurrir en los ilícitos por temor al castigo [...] Pero valen dos consideraciones. La primera es la de que una de las funciones de la sanción penal, y ello desde Beccaria hasta Roxin, es la de generar una prevención general. La segunda es la de que la pena aumentada o agravada puede generar la abstención en posibles futuros delincuentes [...].

Esta diferenciación entre el infractor persistente y el delincuente potencial resulta contradictoria, si se considera que ningún autor de delitos actúa con la intención de ser capturado (Botero, 2010). Por otro lado, el aumento de las penas también reflejaba un desprecio por la función resocializadora de la sanción. La

desproporcionalidad de la pena sugería un objetivo de exclusión social del infractor. En efecto, la exposición de motivos del proyecto, al referirse al artículo 20, indicaba lo siguiente:

Artículo 20. Exclusión de rebaja de penas. En ningún caso los condenados por el delito de secuestro, en su calidad de autores, coautores, cómplices o copartícipes serán acreedores a los beneficios que establece la ley en materia de rebaja de penas, condena de ejecución condicional y libertad condicional, ni a subrogados administrativos de ninguna clase.

Estas disposiciones reflejan una voluntad legislativa de suprimir toda expectativa de rehabilitación. Como advierte Magallanes et al. (2024), los sistemas penitenciarios iberoamericanos enfrentan graves limitaciones estructurales que impiden una verdadera resocialización, lo cual conduce en la práctica a la exclusión social del condenado. A ello se suma que, de acuerdo con el Observatorio de Política Criminal (2018), el rango de edad más frecuente para ser condenado se ubicaba entre los 31 y 40 años. Por tanto, la imposición de penas agravadas en esas condiciones equivaldría, fácticamente, a una pena perpetua.

En consecuencia, resulta paradójico que el Estado, al catalogar el secuestro como un delito execrable, justifique penas elevadas que implican, en los hechos, una privación de libertad indefinida, sin considerar la dignidad humana del infractor. Así lo advierten Sotomayor y Tamayo (2017), quienes afirman que el respeto por la dignidad debe mantenerse incluso frente a quienes han cometido los delitos más atroces.

Para el segundo debate de la ponencia del Proyecto de Ley 125 de 1992, por medio del cual se adopta el Estatuto Nacional contra el Secuestro, se reiteró como antecedente que los grupos guerrilleros eran los principales responsables de este delito en el país (Rubio, 2003). Sin embargo, se destacó que el proyecto carecía de datos verificables que permitieran un análisis riguroso de la situación.

El ponente, Luis Guillermo Giraldo Hurtado —abogado y político manizaleño, militante del Partido Liberal y presidente del Senado de la República entre 1989 y 1990— afirmó que, aunque no se contaba con cifras exactas, su percepción era que el 80 % de los secuestros eran cometidos por la guerrilla. Justificó esta afirmación señalando que tales actos ya no se dirigían exclusivamente contra

personas de altos recursos, sino que cualquier ciudadano podía convertirse en víctima, pues los grupos insurgentes habrían abandonado sus ideales políticos para enfocarse en fines meramente lucrativos.

Resulta llamativo, entonces, que una norma penal que conlleva restricciones intensas y violentas a derechos fundamentales se haya sustentado en datos inexactos y en percepciones subjetivas de los ponentes, cuando lo adecuado habría sido partir de una política criminal técnicamente fundamentada y basada en evidencia empírica.

En la primera ponencia del proyecto se reconocía expresamente que, antes de su presentación, ya se habían incrementado las penas para este delito, sin que dicha estrategia hubiera reducido su ocurrencia. Por el contrario, se admitía que la comisión del secuestro había aumentado.

Paradójicamente, pese a reconocer el fracaso de las normas anteriores para reducir el delito, se proponía nuevamente una solución basada en el incremento de penas. Esta reiteración normativa injustificada puede entenderse como una manifestación del síndrome normativo, concepto que será desarrollado más adelante.

Nuevamente, en el segundo debate, se retomó la idea de congelar los bienes de las personas secuestradas y de sus familiares, señalando como antecedente el supuesto éxito de esa medida en el ordenamiento jurídico italiano. Esta comparación resulta problemática, pues si bien se resaltaba el éxito del modelo italiano, se advertía al mismo tiempo que las condiciones sociales de ese país diferían sustancialmente de las colombianas. Se afirmaba, por ejemplo, que en Italia la mafia no practicaba el secuestro, aunque es sabido que esta afirmación no es del todo exacta. El delito fue también practicado por grupos armados con motivaciones políticas y de financiación, como la Brigada Roja (Re, 2022), en una dinámica similar a la de las guerrillas colombianas.

De ello se colige que, tanto en Italia como en Colombia, grupos insurgentes utilizaron el secuestro como medio para financiar sus actividades ilícitas. No obstante, el hecho de que una medida haya tenido presuntos resultados positivos en otro país no implica necesariamente que su implementación en Colombia garantice

el mismo efecto, ni que la disminución del delito en Italia se deba exclusivamente a dicha normativa.

También se evidenció, como contexto del proyecto, que el secuestro no era el único delito de gran impacto para la sociedad colombiana. Así lo manifestó el senador José Blackburn Cortés, del Partido Liberal, quien presidió el Senado en el periodo 1992–1993, al afirmar en la Gaceta 129 del 28 de octubre de 1992: “Yo creo que en Colombia, así como estamos invadidos por el cáncer del secuestro, estamos invadidos por otros cánceres, como uno de ellos el de la corrupción”.

Esta afirmación pone de relieve que otros delitos también afectaban estructuralmente al país, en coherencia con la idea de que ciertos comportamientos delictivos son inherentes a las sociedades modernas (Funes, 1955). Desde una perspectiva hobbesiana, el ser humano cede su libertad al Leviatán para garantizar seguridad y estabilidad, lo que implica que la existencia del delito y su castigo refuerzan la necesidad de un Estado fuerte. En este sentido, como sostiene Soler (2007), la norma útil es aquella que puede ser transgredida ocasionalmente, pues su sanción reafirma su vigencia.

Así, uno de los fundamentos del Estado, desde la teoría política, se relaciona con la existencia misma del delito. En el marco de la discusión del proyecto que dio lugar a la Ley 40 de 1993, se reconocía que el secuestro no era el único fenómeno delictivo que aquejaba al país. Por ejemplo, Ayala et al. (2022) advierten que la corrupción impacta todas las dinámicas sociales: impide el crecimiento económico, genera pobreza, incrementa la inflación, y erosiona la legitimidad institucional al normalizar conductas indebidas y socavar la moral pública.

En esa línea, se contrastó el secuestro con la corrupción. Se reconocía que el secuestro lesionaba la libertad, la dignidad humana, la economía y la inversión; sin embargo, se planteaba que la corrupción generaba daños aún más profundos. Según Miranzo (2018), esta produce evasión fiscal, incremento de precios y fuga de capitales, lo que a su vez afecta la inversión en sectores como educación, salud, saneamiento y empleo. Además, contribuye a la aparición de otros delitos, como el hurto o el propio secuestro extorsivo, al generar contextos de exclusión y falta de oportunidades (Pastrana, 2019).

Como se mencionó previamente, uno de los factores que motivaron el proyecto de ley fue la estigmatización de los grupos guerrilleros como principales responsables del secuestro. En esa época, se señalaba que compañías extranjeras, especialmente aquellas ubicadas cerca del oleoducto Caño Limón-Coveñas, habrían pagado altas sumas de dinero al ELN para lograr la liberación de sus empleados. Así lo expresó el senador Álvaro Pava Camelo, del Partido Conservador, en la Gaceta del Congreso del 28 de octubre de 1992: “ha habido mucha queja y vamos a ser muy claros: compañías de servicios petroleros, y hablemos en voz clara, una compañía como Manesman fue la que hizo crecer de nuevo el fenómeno guerrillero del Ejército de Liberación Nacional”.

Lo anterior pone en evidencia que, para esa época, el secuestro se percibía como una actividad rentable que financiaba el conflicto armado interno, siendo practicado principalmente por organizaciones al margen de la ley con fines económicos y políticos.

Llama la atención que en el contexto de creación de la Ley 40 de 1993 se llegara incluso a revictimizar a quienes sufrían la conducta punible, al sugerir que el pago de rescates alimentaba la actividad delictiva. Esto desconoce el hecho de que una de las principales causas del secuestro era precisamente la inoperancia del Estado para prevenir su ocurrencia o para garantizar, mediante investigaciones eficaces, la liberación de las víctimas (Rubio, 2003).

2.2 PLANTEAMIENTO NORMATIVO Y OBJETIVOS EXPRESOS DEL LEGISLADOR

La Ley 40 de 1993, aprobada en sesión plenaria del Senado el 14 de octubre de 1992, constaba de 43 artículos organizados en siete capítulos, intitulados así: i) De los delitos en particular; ii) Asuntos procesales; iii) Facultades de la Fiscalía General de la Nación; iv) Prohibiciones; v) Labores de inteligencia y grupos UNASE; vi) Aumento de penas; y vii) Disposiciones varias.

En el primer capítulo se tipifica una serie de conductas relacionadas con el secuestro, cuyo bien jurídico protegido es la libertad personal. Se definen típicamente los presupuestos del delito en sus modalidades simple, extorsiva y de

rapto, incluyendo además tipos penales autónomos relacionados, entre ellos el concierto para secuestrar, el enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, el favorecimiento y la receptación.

Estos tipos penales conexos encajan en lo que Bidasolo (2012) identifica como una causal de expansión del derecho penal, consistente en la falta de técnica legislativa, la cual produce antinomias y duplicidades. Algunos de estos tipos ya estaban previstos en el ordenamiento penal vigente de la época —como el concierto para delinquir contemplado en el artículo 186 del Decreto 100 de 1980—, mientras que otros podrían subsumirse dentro de los supuestos de autoría o participación del tipo principal, como en los casos del favorecimiento y la receptación.

La Ley 40 de 1993 también penalizaba la omisión de informes, referida a la abstención de comunicar planes o actividades dirigidas a cometer un secuestro (esto es, *ex ante*), así como la omisión de aviso, relacionada con el conocimiento posterior a la ocurrencia del hecho (*ex post*) y su no denuncia a las autoridades.

Desde la perspectiva del legislador, ciertas actuaciones de las víctimas o de sus familiares —como el pago de rescates— contribuían a la perpetración del delito. Por esta razón, se creó el tipo penal de celebración de contratos de seguro para el pago de rescates, cuyo propósito era impedir el aseguramiento del riesgo derivado del secuestro y la realización de dichos pagos.

En este mismo capítulo se introdujeron causales de agravación y atenuación punitiva (artículos 4 y 5, respectivamente), así como una disposición dirigida a las autoridades judiciales que las obligaba a iniciar de oficio la investigación de estos delitos, habilitándolas además para activar los mecanismos de congelamiento de bienes de las víctimas y sus familiares.

El segundo capítulo, denominado "Asuntos procesales", estableció medidas para el decomiso de bienes utilizados en la comisión de los delitos de secuestro o rapto. Asimismo, se proscribió la posibilidad de otorgar amnistías o indultos en este tipo de punibles y se prohibieron las rebajas de pena, salvo cuando mediara colaboración con el esclarecimiento de los hechos.

El capítulo tercero, relativo a las facultades de la Fiscalía General de la Nación, introdujo la figura de vigilancia administrativa de bienes. Esta facultad permitía que, una vez conocida la ocurrencia de un secuestro, la Fiscalía inventariara los bienes del secuestrado y de sus familiares cercanos para impedir su disposición o gravamen sin autorización expresa del fiscal.

Por su parte, el capítulo quinto estableció un comité de coordinación de inteligencia contra el secuestro y la extorsión, integrado por el ministro de Defensa y los organismos de seguridad del Estado. Igualmente, se creó el grupo especial UNASE (Unidad Antisecuestro y Extorsión).

En materia de incremento punitivo, la ley elevó el rango de la pena para el secuestro extorsivo a un mínimo de 25 y un máximo de 40 años de prisión, superando el tope máximo de 30 años previsto en el Decreto 100 de 1980. Para el secuestro simple, se aumentó de un mínimo de 3 y máximo de 6 años, a un mínimo de 6 y un máximo de 25 años.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-565 de 1993, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, sostuvo que el legislador goza de un amplio margen de configuración para fijar los mínimos y máximos de las conductas punibles, especialmente cuando se trata de delitos que afectan de manera grave el tejido social, como es el caso del secuestro.

La Corte destacó que el eje central de la Ley 40 de 1993 era el efecto persuasivo derivado del aumento de las penas en su quantum máximo. Consideró que esta previsión era compatible con la Constitución, a pesar de admitir que el Estado no investiga efectivamente los casos de secuestro. De hecho, la misma providencia indicó que solo el 57,30 % de los hechos conocidos son investigados y únicamente el 10,62 % de ellos llega a sentencia condenatoria, lo cual evidencia un alarmante índice de impunidad.

Pese a lo anterior, y después de advertir que el aparato estatal no investiga adecuadamente los delitos que son puestos en su conocimiento, se consideró que el aumento de las penas era viable constitucionalmente por su supuesto efecto disuasivo. Esta postura resulta profundamente contradictoria, pues de nada

sirve imponer altas penas privativas de la libertad si el Estado es incapaz de lograr condenas efectivas.

En la providencia aludida se argumenta, además, que las normas penales, en virtud del principio de legalidad y su necesaria generalidad y abstracción, no pueden atender las particularidades de cada sujeto. Por tanto, el planteamiento que cuestiona la proporcionalidad de la pena con base en el promedio de vida del delincuente —pues esta podría equivaler materialmente a una cadena perpetua— carece de justificación válida. De admitirse dicho argumento, sería igualmente aplicable a personas con enfermedades terminales o adultos mayores, lo cual implicaría una interpretación contraria al principio de legalidad, especialmente si se considera que la pena impuesta admite redención.

En este sentido, la inflación de la pena se desarrolló no solo a través del establecimiento de mínimos y máximos más elevados en los tipos penales, sino también mediante la modificación de las circunstancias de agravación. Así, se reformó lo dispuesto en el Decreto 100 de 1980, particularmente en relación con el artículo 270, que permitía aumentar la pena hasta en la mitad por la concurrencia de agravantes. Bajo dicho decreto, el juez podía aumentar tan solo un día de prisión para dar cumplimiento formal a la norma. Esta situación motivó la reforma introducida por la Ley 40 de 1993, que fijó un aumento punitivo concreto, con un mínimo de ocho y un máximo de quince años de prisión, buscando evitar la laxitud del régimen anterior.

Adicionalmente, se incorporaron nuevas causales de agravación punitiva, tales como el aprovechamiento del delito para obtener beneficios, como servicios médicos o similares; la afectación grave a los bienes de la víctima; y, finalmente, la producción de la muerte o lesiones personales al secuestrado.

En cuanto a las circunstancias de atenuación, se redujo el término de desistimiento voluntario de quince a cinco días. Si el secuestrador liberaba a la víctima dentro de ese lapso, podía obtener una rebaja de la pena de hasta la mitad.

La inflación penal no solo se consolidó mediante el aumento de penas y la ampliación del catálogo de agravantes, sino también con la creación de nuevos tipos penales. Entre ellos se encuentran: el rapto con fines de matrimonio; el concierto para secuestrar, en caso de participación organizada con división de funciones; el

enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, aludiendo al incremento patrimonial producto de dicho delito; el favorecimiento, referido a la ayuda para evadir la acción de las autoridades o entorpecer las investigaciones; la receptación, relativa al ocultamiento o uso de los productos del delito; la omisión de informes, que establece la obligación de denunciar planes o actividades de secuestro como parte del deber de colaboración con la justicia; la omisión de aviso, que impone el deber de informar sobre el conocimiento de hechos relacionados con el secuestro, sin que pueda oponerse el secreto profesional; y la celebración indebida de contratos de seguros para cubrir el riesgo del pago de rescates.

Especial atención merece el hecho de que se impuso punitivamente el deber de denuncia y aviso sobre actos de secuestro incluso a los familiares de las víctimas. Se justificó esta imposición con base en la prevalencia del interés general sobre el particular, bajo el argumento de que el pago de rescates favorecía la rentabilidad del secuestro como práctica criminal. Así, los familiares, además de soportar el secuestro de sus allegados, debían asumir el deber jurídico de abstenerse de pagar rescates y denunciar tales hechos, bajo pena de incurrir en responsabilidad penal.

Cabe precisar que, mediante la sentencia C-542 de 1993, la Corte Constitucional declaró inexecutable esta disposición. Tras confrontar los principios del interés general con los derechos fundamentales a la vida y la libertad, concluyó que quien paga por la liberación de un secuestrado actúa en un contexto de necesidad exculpante. Según dicho fallo, el ser humano es un fin en sí mismo, dotado de dignidad, por lo que no puede exigírsele heroísmo en aras del interés general, máxime cuando es el Estado —y no los particulares— el llamado a garantizar los derechos y libertades fundamentales. Señaló la Corte que el acto mediante el cual la familia procura la liberación de la víctima constituye una expresión de altruismo que no puede ser penalizada (Corte Constitucional de Colombia, 1993)

El capítulo II de la Ley 40 de 1993, titulado “Asuntos procesales”, introdujo medidas como el decomiso de bienes empleados en la comisión del secuestro. Esta disposición estableció la pérdida del derecho real de dominio sobre dichos bienes si se probaba que su propietario participó en calidad de autor, partícipe o cómplice. Dichos bienes serían destinados a la prevención y represión del secuestro.

Sin embargo, esta medida afectaba incluso a terceros de buena fe, ya que los bienes utilizados podrían haber sido hurtados o alquilados. Por ello, se estableció un procedimiento para que estos terceros demostraran su desconocimiento de la conducta ilícita.

Asimismo, el artículo 15 de la ley prohibió expresamente la concesión de amnistías o indultos a los responsables del delito de secuestro, negando además su conexidad con los delitos políticos por considerarlo un crimen atroz. Esta disposición tuvo repercusiones importantes en los procesos de negociación con grupos armados, pues al excluirse el secuestro del catálogo de delitos conexos al delito político, se dificultaba la posibilidad de obtener beneficios jurídicos, como amnistías o rebajas punitivas, lo que disuadía a los insurgentes de someterse a los procesos de paz ante la posibilidad de enfrentar penas de hasta cuarenta años de prisión.

También se estableció la prohibición de rebajas de penas, la aplicación de subrogados penales y la concesión de libertad provisional para los condenados por delitos de secuestro, siendo esta únicamente viable por pena cumplida. Adicionalmente, se determinó como causal de mala conducta para el trabajador oficial el hecho de facilitar, promover o colaborar con el pago de rescates, conducta que podía acarrear la destitución del cargo.

El capítulo tercero de la ley, titulado “Prohibiciones”, adoptó medidas orientadas a evitar el pago de rescates. Entre ellas, se estableció la vigilancia administrativa sobre los bienes de las víctimas del secuestro por parte de la Fiscalía General de la Nación, a fin de congelar su libre disposición. Esta medida se extendía también a los bienes de los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, quienes no podían enajenar ni gravar sus bienes sin autorización expresa de la Fiscalía. Asimismo, se impusieron sanciones a las entidades financieras que incumplieran su deber de inventariar las cuentas de las víctimas y sus familiares, o que omitieran informar a las autoridades sobre movimientos financieros atípicos, ajenos al giro ordinario de sus actividades.

Por su parte, el capítulo quinto —también denominado “Prohibiciones”— impuso sanciones a entidades financieras y empresas nacionales o extranjeras. A las primeras, por otorgar productos financieros destinados al pago de rescates; a las

segundas, por efectuar dichos pagos o encubrir tales conductas. En este contexto, se estableció que las empresas nacionales o extranjeras que tuvieran contratos con el Estado podrían enfrentar la declaratoria de caducidad de dichos contratos, mientras que los subcontratistas extranjeros podrían ser expulsados del país.

En cuanto al capítulo sexto, relativo a las labores de inteligencia y a los grupos UNASE, se reguló la conformación de un comité integrado por cuerpos de seguridad del Estado, con la participación del sector productivo y bajo la coordinación de las Unidades Antiextorsión y Antisecuestro —UNASE—. Posteriormente, estas unidades fueron reestructuradas mediante la Ley 282 de 1996, que dio lugar a la creación de los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA), tal como lo establece el parágrafo del artículo 4 de dicha ley: “en adelante, las funciones que vienen cumpliendo las Unidades Antisecuestro, Unase, estarán a cargo de los 'Gaula' y en consecuencia su personal, bienes y recursos, podrán ser incorporados a éstos, previa evaluación que para el efecto realice el Conase”.

El capítulo sexto también contempla el aumento de la pena máxima permitida en la legislación penal colombiana, estableciendo que el arresto no podía superar los 40 años de prisión. De igual forma, se incrementó la pena del delito de homicidio de 25 a 40 años, bajo el supuesto de que, siendo el homicidio un delito más grave que el secuestro, no debía recibir una sanción menor. Así, se optó por igualar las penas, decisión que resulta paradójica si se tiene en cuenta que el derecho a la vida es el presupuesto fundamental para el goce de todos los demás derechos (Rengifo, 2019).

Finalmente, el capítulo séptimo, denominado “Disposiciones varias”, dispuso la creación de una comisión encargada de hacer seguimiento a la implementación de la ley, la formulación de programas de asistencia, campañas públicas, y la autorización al Ejecutivo para realizar traslados presupuestales destinados a su ejecución. También se previó la entrega de beneficios a quienes colaboraran con la justicia.

En conclusión, la Ley 40 de 1993 estableció de manera expresa un régimen punitivo agravado con el fin de persuadir a los autores del secuestro de desistir de esta práctica, mediante un conjunto de mecanismos dirigidos a evitar el

lucro derivado de la actividad, entre ellos la penalización del pago de rescates, incluso cuando estos fueran realizados por familiares de la víctima hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

Así, los motivos expresos del legislador se orientaron a erradicar el delito del secuestro o, al menos, reducirlo a niveles tolerables, mediante el establecimiento de medidas que disminuyeran su rentabilidad, en el marco de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, especialmente cuando estos entraban en conflicto, como ocurre en el caso de los familiares de las víctimas que accedían al pago del rescate.

2.3 EFICACIA MATERIAL O INSTRUMENTAL DE LA LEY 40 DE 1993

La eficacia instrumental de una norma está relacionada con “cierta representación de legitimidad o al menos de aceptación del ordenamiento jurídico en el cual está inscrita esa norma” (García, 2014, p. 93). Desde una perspectiva estrictamente jurídica, se esperaría que la norma produzca los efectos que expresamente se propone alcanzar. Para Bobbio (2000), como se cita en Ramírez et al. (2011, p. 30):

El problema de la aplicación de la norma es determinar si esta es cumplida o no por las personas a quienes se dirige (denominados por el autor destinatarios de la norma jurídica) y, en caso de ser violada, que se le haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto.

En ese orden de ideas, y conforme a lo expuesto en el capítulo anterior, los objetivos expresos del legislador con la expedición de la Ley 40 de 1993 consistieron en erradicar el secuestro o reducir su incidencia a niveles mínimos tolerables, mediante mecanismos sancionatorios que impidieran el pago de rescates y el consecuente lucro de esta práctica criminal.

Durante las discusiones legislativas del primer debate, se evidenció que el legislador colombiano había manifestado históricamente su preocupación por el delito de secuestro, hasta el punto de haber elevado en múltiples ocasiones las penas asociadas a esta conducta antes de la expedición de la Ley 40 de 1993.

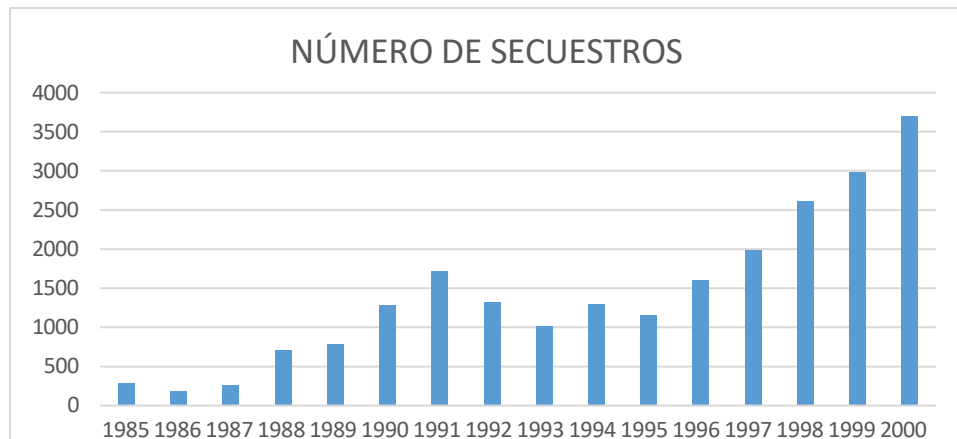
Esta situación permite concluir que el aumento de las penas de prisión no resulta ser el mecanismo más idóneo para la erradicación o contención del delito (Porrás et al., 2023). De serlo, los incrementos previos habrían bastado para persuadir a los infractores de incurrir en tales conductas, sin que hubiese sido necesario presentar el proyecto de ley que, finalmente, se consolidó como la Ley 40 de 1993, la cual reiteró el argumento de endurecimiento punitivo como estrategia para erradicar el secuestro.

Lo anterior puede considerarse como una evidencia directa de la falta de eficacia instrumental de la Ley 40 de 1993. Sin embargo, como lo advierte García (2014), no es posible separar de forma tajante la eficacia instrumental de la eficacia simbólica de una norma, dado que en la eficacia simbólica hay elementos de eficacia instrumental y viceversa, más aún cuando “la medición de la eficacia de una norma es un tema complejo y difícil” (p. 93).

En el caso examinado, la ineficacia instrumental del aumento de las penas como medio disuasorio para la comisión del delito de secuestro se evidencia no solo antes de la expedición de la ley, sino también con posterioridad a su entrada en vigor. Así lo demuestran las estadísticas presentadas por la Policía Nacional (Revista Criminalidad, 2008), como se evidenciará a continuación.

En primer lugar, debe recordarse que la Ley 40 de 1993 fue publicada en el Diario Oficial el 20 de enero de 1993, fecha a partir de la cual empezó a producir efectos jurídicos. A pesar de ello, los datos estadísticos indican que la norma no logró alcanzar sus objetivos expresos de erradicación o disminución del delito de secuestro. Por el contrario, se produjo un incremento significativo en la comisión de este delito, tal como se puede observar en la figura 1:

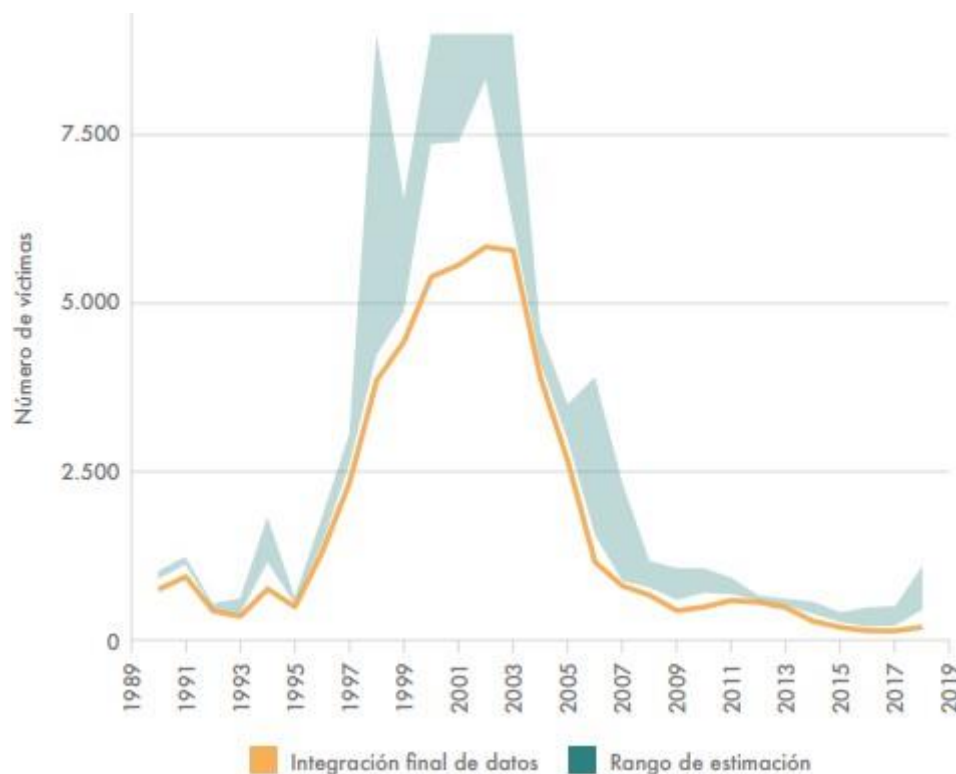
Figura 1. Número de secuestros por año.



De la gráfica se desprende que, tras la entrada en vigencia de la Ley 40 de 1993, el número de secuestros experimentó un ascenso vertiginoso, lo que permite concluir que la norma no fue eficaz respecto a los fines propuestos, esto es, la erradicación del secuestro o su reducción a niveles tolerables.

Una situación similar se evidencia en la figura 2, que presenta la evolución del número de víctimas de secuestro desde la década de 1990 hasta el año 2018:

Figura 2. Víctimas de secuestro por año (1990-2018).



Nota: Adaptado de Hay futuro si hay verdad. Informe final de la Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición. Tomo 4. Hasta la guerra tiene límites: Violaciones de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario y responsabilidades colectivas (Castillero et al, 2022, p. 248).

Dado que el objetivo primordial de la ley consistía en erradicar o reducir sustancialmente la comisión del secuestro mediante el aumento de penas privativas de la libertad y la implementación de mecanismos sancionatorios complementarios — como la penalización de la omisión de aviso o informe, y el congelamiento de bienes del secuestrado y sus familiares hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, entre otros—, puede afirmarse que dichas medidas fracasaron. Las cifras muestran que no lograron disminuir de forma efectiva la incidencia de este delito, lo cual evidencia la ineficacia material de la norma frente a sus fines expresamente declarados.

Así, el delito de favorecimiento, previsto en el artículo 7 de la Ley 40 de 1993, registró para el año de su expedición únicamente tres casos, mientras que para el año siguiente aumentó a siete. En cuanto a los delitos de omisión de informes y de avisos, ni siquiera se reportan estadísticas entre los años 1993 y 2007. Estos datos permiten evidenciar la falta de eficacia material de la norma, al punto que resulta aplicable el aforismo jurídico según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal: si el objetivo principal era erradicar el secuestro, y dicho fin no se cumplió, es razonable concluir que las medidas accesorias también fracasaron.

Lo anterior cobra mayor relevancia al observar que el proyecto inicial, visible en la Gaceta del Senado No. 49 del 2 de septiembre de 1992, llevaba por título: “Por la cual se dictan medidas tendientes a erradicar el secuestro”. En la exposición de motivos se afirmaba que: “el pueblo colombiano, sin distinciones de ninguna clase, recibirá con beneplácito que se tomen medidas drásticas para frenar, de una vez por todas, uno de los delitos que más lesiona a la sociedad” (p. 13). Sin embargo, como se ha argumentado anteriormente, estos objetivos expuestos no se lograron cumplir.

2.4 EFICACIA SIMBÓLICA Y SÍNDROME NORMATIVO DE LA LEY 40 DE 1993

La eficacia simbólica del derecho puede manifestarse de forma originaria o derivada. La primera ocurre cuando el legislador formula una norma sin intención

real de que esta produzca efectos materiales, sino que busca generar una apariencia de gestión eficaz frente a la opinión pública. Por su parte, la eficacia simbólica derivada se refiere a los efectos que una norma puede generar de forma no prevista expresamente por el legislador, cuando en su aplicación o interpretación se logran resultados distintos a los objetivos declarados (García, 2014).

En el proceso de formulación de la Ley 40 de 1993, se evidencian elementos claros de eficacia simbólica originaria. Aunque el objetivo expreso era eliminar o al menos reducir significativamente el delito de secuestro, durante los debates legislativos se expresó, de forma casi contradictoria, que la ley podría no ser eficaz, pese a lo cual fue respaldada. Así lo manifestó el senador Parmenio Cuéllar Bastidas en la Gaceta No. 137 (1994, p.510):

Yo creo que todo el Congreso, todo el Senado está de acuerdo con esta iniciativa; si hay algún delito que en este momento flagela al país es, indiscutiblemente, el secuestro. Es voluntad del Congreso buscar una solución a este grave problema. El Senador Giraldo Hurtado ha hecho una magnífica ponencia. La iniciativa, repito, es correcta. Sin embargo, yo quiero hacer, con todo el respeto por el proyecto y por los proponentes, unas consideraciones porque me parece que lo que nosotros le debemos al país es mucho respeto. No podemos de ninguna manera aprovechar este momento de angustia que vive la Nación para expedir precipitadamente una ley que de pronto no tenga la eficacia que todos esperamos.

Lo primero que yo le advierto a este proyecto es una falta de fundamentación científica. Para elaborar un proyecto de tanta trascendencia como éste, debió hacerse un estudio sociológico que nos permitiera determinar las causas que generan este tipo de delitos. Esta es una reacción efectista: vamos a combatir el efecto, que es el secuestro, pero no vamos a combatir las causas que están generando este delito. Y eso es lo grave: que nada se diga en este proyecto en relación con los factores de la delincuencia.

Aunado a lo anterior, el mismo congresista señaló que las estadísticas criminológicas disponibles evidenciaban una disminución del secuestro durante los últimos años, y sin embargo votó a favor del proyecto. Esta postura revela el carácter simbólico de la norma, pues una iniciativa con tanto respaldo social difícilmente podía ser rechazada sin que ello implicara, ante la opinión pública, aparecer como defensor del secuestro o del conflicto armado. En ese sentido, votar negativamente habría resultado impopular y políticamente riesgoso.

El senador también cuestionó el aumento de penas previsto en la ley, al advertir que el índice de aprehensión de secuestradores era inferior al 1 %, por lo que si no había capturas, tampoco habría a quién aplicar las sanciones. Así, reiteró que los aumentos históricos de penas no habían reducido el delito, sino que, por el contrario, lo habían incrementado. Afirmó ((Gaceta No. 137, 1994, p. 88):

Yo quiero a estas alturas decir que no estoy en contra del proyecto. Yo estoy preocupado por este problema. Pero no quiero que hagamos otra ley que no le sirva mañana al país. El país nos va a decir: hicieron lo mismo que hicieron los anteriores, aumentaron las penas y no consiguieron absolutamente nada

De lo anterior se infiere que, incluso con evidencia empírica en contra, el legislador persistió en una estrategia punitiva cuyo fracaso ya había sido advertido. Esta situación permite concluir que el delincuente no aprehende cognoscitivamente la función preventiva general del derecho penal, pues no considera probable su captura. En efecto, la falta de judicialización y la inoperancia del Estado para investigar debilitan el efecto persuasivo de la norma (Martorell, 2018). En esa línea, el senador Ricaurte Losada Valderrama expresó:

¿Qué le importa al delincuente, al que ya está dispuesto a perderlo todo, por cualesquiera que sean las causas, que le aumenten la pena de 30 a 60 años, si de todas maneras va a cometer el ilícito, porque en eso vive, porque además, por todos los factores que se digan, existe una sociedad que le ha cerrado los canales de participación? Porque una cosa es que la norma lo establezca desde el punto de vista formal y otra muy distinta es que haya oportunidades en Colombia.

Lo anterior coincide con la tesis de que el delincuente no teme a una pena más severa cuando ya está dispuesto incluso a perder la vida. Por tanto, un aumento de pena previsto en una norma abstracta, carente de efectividad real, le resulta indiferente. Así, el componente simbólico de la Ley 40 de 1993 se manifiesta en su utilización como instrumento de legitimación política, más que como mecanismo real de prevención del delito.

Pese a lo anterior, refiere el senador Losada Valderrama: “yo voy a votar este proyecto afirmativamente, pero no sin dejar de decir este tipo de cosas”, concluyendo posteriormente: “entonces yo ya dije, lo voto afirmativamente por de pronto sirva para algo”. Estas manifestaciones son dicentes respecto a la menguada eficacia material que se esperaba de la norma una vez promulgada, pero revelan con

claridad su eficacia simbólica originaria, en tanto que el objetivo expreso de erradicación del secuestro no se esperaba cumplir; sin embargo, se pretendía enviar un mensaje a la sociedad acerca de la preocupación del legislador frente a este tipo de punibles. Ello, a pesar de que en múltiples intervenciones se advirtió que el fenómeno delictivo exigía una respuesta estructural de carácter social, más allá de un simple endurecimiento de la legislación penal.

No resulta razonable, por ejemplo, plantear como finalidad de la pena la resocialización del condenado y, al mismo tiempo, defender su aumento hasta los 60 años para el delito de secuestro agravado —pena superior incluso a la prevista para el homicidio—, y aun así apoyar la iniciativa. Así lo expresó la senadora Vera Grabe:

Las penas deben ser lógicas. Si nosotros entendemos que el problema del secuestro es un problema social, también tiene que haber posibilidad de resocialización, pero con penas de 60 años eso es absolutamente imposible. Más castigado que el mismo homicidio. Es decir, esas son cosas que hay que miraras.

En efecto, una pena máxima de 60 años equivale, en términos prácticos, a una condena perpetua. Si se tiene en cuenta que la edad mínima para la imposición de sanciones penales en Colombia es de 18 años, una condena de dicha magnitud significaría que el individuo permanecería en prisión hasta los 78 años. Esto representa una negación de la posibilidad de resocialización y una afectación a la dignidad humana, más aún si se considera que la mayoría de los delitos en el país son cometidos por personas cuya edad supera los 18 años. Por ello, puede afirmarse que la pena prevista configura, de facto, una cadena perpetua (Cuerda, 2012).

A pesar de ello, el legislador colombiano continúa demostrando que, aunque cognoscitivamente entiende la ineficacia de las normas jurídicas para resolver problemas de raíz social (Fernández, 2019), aprueba su expedición, no con el propósito de lograr eficacia instrumental, sino con la intención de transmitir un mensaje tranquilizador de lucha contra el flagelo y de búsqueda de consenso social (Velásquez, 2024). En ese sentido, el senador Orlando Vásquez Velázquez manifestó:

De pronto, en Colombia, con la manía que tenemos de creer que con la expedición de normas se solucionan los problemas, hemos querido encontrar en ello la panacea. Y no son más que formas, porque este país goza de una frondosa legislación.

No obstante, minutos antes en su intervención, había afirmado:

Es indudable que nadie va a votar en contra de esta iniciativa, no sólo por ser de origen popular, sino muy particularmente por pretender combatir uno de los peores y mayores flagelos de la humanidad, y especialmente en Colombia. De allí que nosotros también vamos a sumarnos a las voces que van a favorecer esta iniciativa.

Este tipo de contradicciones se explican a partir del análisis de la eficacia simbólica: pese a que se formulan críticas sustanciales al contenido y al alcance real de la norma, los legisladores terminan apoyando su promulgación, pues el alto impacto social del tema los obliga a actuar conforme a las expectativas ciudadanas. En este contexto, el juego político obliga a los representantes a mantener su caudal electoral, respaldando propuestas populares que, si bien pueden carecer de eficacia práctica, resultan funcionales desde el plano simbólico (Nava, 2021).

Ahora bien, resulta igualmente erróneo suponer que la sola declaración legal o doctrinal acerca del carácter resocializador de la pena es suficiente para garantizar dicha función. La realidad es que en Colombia no se han generado las condiciones materiales para que los centros penitenciarios operen como verdaderos espacios de resocialización (Hernández Jiménez, 2018). En este sentido, estas manifestaciones normativas podrían encuadrarse dentro de lo que García (2014) denomina eficacia simbólica derivada, en la cual el texto normativo guarda coherencia con la intención del legislador, pero en el proceso de aplicación o interpretación produce efectos distintos a los esperados.

Uno de esos efectos es la utilización de la pena exclusivamente como mecanismo de exclusión social. Cuando el sujeto actúa contra las normas, es percibido como un enemigo del pacto social, y la sociedad responde aislándolo, sin otro propósito que evitar que continúe causando daño. En este escenario, prevalece el fin de prevención especial sobre la finalidad resocializadora (Hernández, 2018).

Si bien la prevención especial —esto es, apartar al infractor para evitar su reincidencia— es una finalidad reconocida de la pena (Urzúa, 1988), en Colombia se ha asumido como el único propósito de la sanción. Esto se evidencia en la persistencia del hacinamiento carcelario, la ausencia de políticas resocializadoras efectivas y la falta de inversión en infraestructura y programas de tratamiento penitenciario (Bello y Parra, 2015).

Todo lo anterior permite evidenciar que, en los casos analizados, también se manifiesta el fenómeno del síndrome normativo, una teoría emparentada con la eficacia simbólica del derecho, pero que presenta rasgos particulares. El síndrome normativo hace referencia a la pérdida de eficacia simbólica de ciertas normas y al proceso reiterativo de su reexpedición por parte del legislador, con el fin de renovar artificialmente su impacto simbólico, en una dinámica similar a un trastorno obsesivo compulsivo (Botero, 2019).

Este fenómeno puede compararse con lo que ocurre en la música popular: cuando una canción pierde vigencia, se lanza una nueva versión con ligeras modificaciones para intentar recuperar su aceptación. De forma análoga, el síndrome normativo busca explicar la reexpedición reiterada de normas que no buscan producir efectos materiales reales, sino mantener un mensaje simbólico de control o de respuesta institucional frente a problemáticas sociales persistentes.

En el caso concreto de la expedición de la Ley 40 de 1993, se evidencia un patrón normativo reiterativo, sustentado estadísticamente y con datos traídos al proceso deliberativo del Congreso, según los cuales históricamente se han propuesto proyectos de ley orientados al incremento de las penas para el delito de secuestro. Sin embargo, cuando estas normas pierden su eficacia simbólica —es decir, dejan de generar una opinión pública favorable— se reexpiden con modificaciones poco sustanciales, con el único fin de mantener vigente la percepción de inseguridad (Naucke, 2009) y reforzar la idea de que el legislador está cumpliendo con su función, a pesar de la notoria ineficacia material de dichas disposiciones.

Durante los debates, varios senadores advirtieron que el país ya contaba con una legislación penal robusta, pero que resultaba insuficiente para enfrentar problemas de raíz social. Sin embargo, frente a estos desafíos, pocas herramientas resultan tan eficaces simbólicamente como una norma penal que amenaza con sanción, ya que su contenido conecta directamente con el sentimiento de venganza del ser humano y moviliza sus pasiones. Este contexto se convierte en caldo de cultivo ideal para fortalecer el capital electoral de quienes promueven medidas de endurecimiento punitivo (Nava, 2021).

Desde esta perspectiva, el síndrome normativo también se manifiesta en la expedición reiterada de normas penales con fines simbólicos, orientadas a demostrar gestión política o generar una ilusión de seguridad. Esta intención simbólica difícilmente podría obtenerse con igual intensidad mediante normas sobre medio ambiente, derechos laborales u otras materias menos mediáticas.

Ya en la Edad Media era evidente que el pueblo abucheaba al delincuente y aplaudía al verdugo; por ello, las ejecuciones se realizaban en plazas públicas como forma de escenificación simbólica del poder punitivo. Aunque las formas han evolucionado, el fondo permanece: la sociedad continúa aplaudiendo al verdugo —hoy representado por el Estado mediante el *ius puniendi*—, incluso si ello implica una restricción de garantías fundamentales, siempre y cuando la pena se aplique a otros y no a la “carne propia”.

2.5 EL POPULISMO PUNITIVO EN LA LEY 40 DE 1993

En una democracia como la colombiana, se espera que el legislador encarne los intereses de sus representados y, en consecuencia, que toda norma responda a dichos intereses. Desde este primer acercamiento, toda legislación podría considerarse, en algún sentido, populista.

No obstante, el concepto de populismo que aquí se aborda no alude a la representación popular en términos materiales o positivos —esto es, la producción normativa orientada a generar efectos jurídicos reales dentro del marco del Estado de derecho—, sino a una representación formal o utilitaria, cuyo único propósito es proyectar ante la ciudadanía una imagen favorable de gestión política.

Por ello, es preciso diferenciar entre el sentimiento de representación y la representación efectiva del pueblo por parte del legislador. No siempre que el Estado responde a las demandas sociales se puede afirmar que existe representación democrática; de igual manera, que el legislador guarde silencio ante tales demandas no implica necesariamente una traición a los intereses colectivos.

En el marco del populismo punitivo, se parte de la premisa de que la ciudadanía percibe al Estado como un protector del delincuente, en virtud de las garantías propias del debido proceso, mientras que la víctima queda desamparada.

Frente a este reclamo, el legislador responde con propuestas de endurecimiento penal, como el aumento de penas o la restricción de garantías fundamentales. Estas medidas, aunque ineficaces en términos de reducción del delito, son valoradas positivamente por una ciudadanía agobiada por la inseguridad y alimentada por los discursos mediáticos que amplifican el miedo.

Sin embargo, en tales circunstancias, el legislador no representa realmente los intereses del pueblo, pues termina expidiendo normas que, si bien buscan satisfacer emocionalmente a la sociedad, restringen derechos fundamentales y pueden afectar indiscriminadamente a cualquier ciudadano. En una sociedad de riesgo, como la contemporánea, nadie está completamente a salvo de verse sometido a un proceso penal, incluso siendo inocente.

Esta lógica se asemeja a una falacia argumentativa, que en el campo de la lógica formal se define como un razonamiento incorrecto, pero psicológicamente persuasivo (Copi, 2007). El populismo punitivo incurre en una especie de falso dilema, en el cual se opone la figura del delincuente egoísta y perverso frente a la vigencia de la norma, ignorando los factores estructurales que condicionan la conducta desviada.

Así, por ejemplo, en el sistema penal para adolescentes se reconoce la responsabilidad del Estado en el fracaso de las condiciones necesarias para el desarrollo integral de los jóvenes, razón por la cual se flexibiliza el uso del poder punitivo. Esta consideración, en justicia, debería extenderse a los adultos, pues las condiciones sociales que determinan la conducta no cesan con la mayoría de edad. Como lo señalan Botero y Muñoz (2005), el sistema penal juvenil no contempla suficientemente los contextos culturales de las juventudes, cuyo rechazo a las normas puede ser una forma de dinamización y transformación social, en tanto no se sienten representados por dichas normas, o estas no se ajustan a su realidad.

Como se ha expuesto, el castigo penal tiene un alto valor simbólico y social, especialmente cuando se relaciona con la transgresión de valores fundantes de la convivencia, como los derechos de los niños o la libertad personal. En tales casos, el legislador utiliza el potencial emotivo de estos valores para legitimar su actuación, apelando a eslóganes como “mano dura contra los delincuentes” o “tolerancia cero frente al crimen”.

Al respecto, Forné et al. (2020) evidencian un fuerte respaldo popular a la aplicación de medidas punitivas extremas por parte del Estado, incluso si estas implican tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta tendencia se observa también en la popularidad alcanzada por el presidente de El Salvador, Nayib Bukele, quien ha promovido una política de cero tolerancia frente al delito, aun cuando ello suponga la vulneración de derechos humanos fundamentales.

Esta política de tolerancia cero frente al delito ha generado amplios márgenes de aceptación popular. No obstante, su aplicación ha conducido, en muchos casos, a una eficacia meramente simbólica, al promover el hacinamiento carcelario por delitos menores bajo un enfoque peligroso de instrumentalización del derecho penal como mecanismo para obtener respaldo electoral, sin atender las condiciones estructurales analizadas por la criminología y la política criminal.

Ahora bien, podría argumentarse que la política de “mano dura” contra la criminalidad ha permitido, en países como El Salvador, una reducción considerable de algunos indicadores delictivos (Estrada, 2023). Sin embargo, se prevé que estos efectos no serán duraderos, toda vez que, al no atenderse las causas sociales del delito, estas tienden a diversificarse o evolucionar (Fernández, 2009). En este sentido, tales políticas generan una percepción de seguridad, pero afectan negativamente los derechos humanos y el sistema jurídico en su conjunto.

En el caso colombiano, la Ley 40 de 1993 contó con un importante respaldo popular. La iniciativa legislativa fue impulsada por una fundación que recogió más de un millón y medio de firmas, mediante un mecanismo de participación ciudadana que solicitaba al Congreso la adopción de medidas para erradicar el flagelo del secuestro (Suárez y Welp, 2019). Esta manifestación popular obligó al legislador a atender la petición, pues ignorarla habría significado un alto costo político y una eventual pérdida de credibilidad.

Inicialmente, el “pueblo” era entendido como la fundación proponente y los firmantes de la iniciativa. Sin embargo, durante el proceso legislativo, este concepto se amplió discursivamente al conjunto de la población, bajo la argumentación de que el secuestro ya no era una amenaza exclusiva de las élites económicas y sociales, sino que podía afectar a cualquier ciudadano. Se generalizó

así la idea de que el secuestro se había convertido en un negocio tan lucrativo que cualquier persona, sin importar su posición socioeconómica, podía ser víctima.

En ese contexto, la generalización del concepto de “pueblo” y la ampliación del espectro de víctimas a todas las clases sociales constituyen elementos esenciales del populismo punitivo. Este se construye sobre la base de la omisión estatal frente a los derechos insatisfechos de los ciudadanos, quienes se sienten desprotegidos o excluidos de las decisiones públicas. La apelación al pueblo y a sus demandas insatisfechas se convirtió, así, en un motor del proceso legislativo de la Ley 40 de 1993.

Esta narrativa confrontó a los “buenos” —los ciudadanos honestos, víctimas de la criminalidad— frente a los “malos” —los delincuentes, presentados como individuos egoístas que buscan lucrarse sin trabajar, muchas veces con el fin de financiar grupos armados contrarios al Estado de derecho. Esta polarización ignora que los delincuentes también forman parte del cuerpo social y que, como tales, deben ser comprendidos dentro de los márgenes del mismo concepto de pueblo.

Reducir el fenómeno delictivo a un enfrentamiento entre “buenos” y “malos” implica desconocer los determinantes estructurales del crimen y refuerza una visión maniquea propia del populismo punitivo, que marcó profundamente el proceso de expedición de la Ley 40 de 1993.

Este contraste revela la tensión entre democracia y populismo. Si se entiende la democracia únicamente como el gobierno de las mayorías, sin mayores matices, las medidas populistas impulsadas por ese sector no tendrían mayor obstáculo. Sin embargo, si se asume una concepción pluralista de la democracia, en la que las mayorías deben respetar los derechos de las minorías, entonces las normas impulsadas exclusivamente por la presión popular —como el aumento de penas privativas de libertad— se consideran desproporcionadas y contrarias a la dignidad humana, pues omiten las causas estructurales de la criminalidad y afectan derechos fundamentales.

En ese sentido, el populismo punitivo presente en el trámite de la Ley 40 de 1993 se caracterizó por utilizar una concepción reducida de democracia, limitada al respaldo mayoritario, y tendiente a restringir las garantías fundamentales de las

minorías. Estas fueron presentadas como sujetos indignos, sin posibilidad de resocialización, olvidando las condiciones sociales que originaron sus comportamientos. En esta lógica, lo relevante era el resultado lesivo y no las causas del fenómeno.

Como se argumentó previamente, el populismo punitivo en la Ley 40 de 1993 se alimentó del sentimiento de venganza colectiva, utilizando el aumento de penas como medida directamente proporcional al nivel de daño social producido por el secuestro. Asimismo, se evocaron valores fundantes de la sociedad, como la libertad personal, que fueron instrumentalizados para justificar el castigo, todo ello con el acompañamiento del poder blando de los medios de comunicación, que amplificaron la percepción de inseguridad.

Dicha percepción no siempre correspondía con la realidad objetiva. La cobertura reiterada de casos de secuestro generó en la sociedad una sensación simbólica de inseguridad, sin que necesariamente existiera un incremento real de la incidencia delictiva. En las discusiones legislativas, este sentimiento se reforzó mediante la narrativa de que no solo los ricos, sino también los pobres eran víctimas potenciales, mensaje que ofrecía una supuesta tranquilidad a estos últimos, aunque las estadísticas no sustentaran tal alarma.

Giovanni Sartori (1998), en *Homo videns: la sociedad teledirigida*, advierte cómo los medios de comunicación han reducido la capacidad crítica del ser humano, al imponer una información visualmente procesada y acríticamente asumida como verdad incuestionable. Para el autor, los gobiernos han sabido instrumentalizar los medios para presentar gestiones basadas en hechos mediáticos o sensacionalistas, premiando políticamente al líder que propone medidas radicales — aun inviables— sobre aquel que diseña programas realistas y progresivos.

Sartori sostiene que la sobreexposición de imágenes e información procesada afecta el pensamiento crítico y facilita la manipulación social. En este contexto, la sensación de inseguridad puede ser inducida mediante transmisiones repetidas de ciertos delitos, generando una percepción exacerbada de criminalidad (Focás, 2013). Cabe resaltar que los medios, mediante procesos editoriales, deciden

qué delitos transmitir y cuáles omitir, con base en criterios de impacto mediático o potencial de primicia nacional.

Quiere decir lo anterior que los medios de comunicación pueden crear la sensación de inseguridad (Molina, 2014), toda vez que está en sus manos televisar, por ejemplo, la ocurrencia de un delito en una ciudad y, al mismo tiempo, abstenerse de informar sobre la comisión de múltiples delitos similares en las zonas rurales.

En este sentido, el populismo punitivo presenta dos vertientes: una positiva y otra negativa. La vertiente positiva se relaciona con el deber del legislador de escuchar a grupos sociales que se sienten excluidos o desprotegidos por el Estado, situación que suele ser amplificada por los medios de comunicación. Estas demandas se canalizan a través de mecanismos de democracia representativa y participativa, conforme al principio de representación del pueblo por parte del órgano legislativo.

Por su parte, la vertiente negativa se observa en el trámite de expedición de la Ley 40 de 1993, el cual exhibe características propias del populismo punitivo, ya que el legislador, a pesar de tener conciencia sobre la ineficacia de la norma para conjurar el delito del secuestro, optó por expedirla con el propósito de enviar un mensaje simbólico —maximizado mediáticamente— de preocupación institucional frente a esta problemática.

Capítulo 3

CONCLUSIÓN GENERAL

Como resultado de esta investigación, se estableció que la Ley 40 de 1993 constituye un caso paradigmático de populismo punitivo. Aunque la iniciativa que la originó fue producto de un mecanismo de participación ciudadana —la iniciativa normativa popular— mediante la cual más de un millón de ciudadanos firmaron su respaldo, oponerse a su aprobación en el Congreso habría representado un alto riesgo electoral para los legisladores.

Se demostró que el secuestro, por ser un acto denigrante y cruel, toca fibras sensibles de la sociedad, ya que impone una carga de sufrimiento no solo a la víctima, sino también a sus familiares. Por ello, delitos de alto impacto como este generan un terreno fértil para la adopción de medidas penales de corte populista.

Esto cobra mayor sentido si se considera que el derecho penal representa la violencia legítima del Estado ejercida contra quien transgrede la norma, lo cual activa el interés popular por su uso, dado el arraigado imaginario de un derecho penal vengativo, capaz de infligir un sufrimiento proporcional al causado por el hecho punible.

Apoyándose en la teoría de la eficacia simbólica del derecho, se identificó que la Ley 40 de 1993 fue aprobada con plena conciencia de que no sería eficaz materialmente, sino que tenía como propósito enviar un mensaje a la ciudadanía sobre una supuesta gestión legislativa eficaz. Esto, en un contexto donde el legislador sentía que “no podía ir en contra de la voluntad del pueblo”, pese a que en los debates se dejó claro que el aumento de penas ya había sido intentado sin lograr una reducción de los índices de secuestro. Por el contrario, los registros mostraban un incremento posterior a la expedición de la norma.

Así, se concluye que la pena, en este caso, no tuvo efecto persuasivo. En gran parte, esto se debió a que los responsables no eran capturados, revelando la inoperancia del Estado colombiano para judicializar estos delitos. Por lo tanto, la

amenaza punitiva carecía de eficacia frente a individuos que, por lo general, actúan bajo la premisa de no ser aprehendidos.

Si bien este problema podría atribuirse al sistema penal o a las deficiencias de los organismos de investigación, debe recordarse que el derecho penal en Colombia es concebido como la última ratio del control social. En consecuencia, durante las discusiones del proyecto se insistió en que los factores estructurales — como la falta de oportunidades para los jóvenes— debían ser atendidos prioritariamente para prevenir el flagelo del secuestro.

Aun cuando se planteaba que el secuestro era un instrumento comúnmente utilizado por los grupos armados insurgentes, su prohibición se justificó bajo el argumento de que ya no afectaba únicamente a las élites, sino a cualquier ciudadano. Esto refleja un uso estratégico del miedo para justificar una norma cuyo impacto real sería meramente simbólico.

Desde la teoría del síndrome normativo se evidenció una clara obsesión del legislador colombiano por expedir normas que aumentaran las penas para el delito de secuestro. Sin embargo, estas normas, carentes de eficacia material, eran reexpedidas una vez perdían su valor simbólico inicial, con el fin de renovar su capacidad de generar respaldo político y proyectar una imagen de gestión.

Este uso reiterativo del derecho penal se ha aprovechado especialmente en contextos de crisis o conmoción social, como los presuntos aumentos delictivos amplificados por los medios de comunicación, quienes tienen un rol determinante en la construcción de una percepción de inseguridad. Esto lleva a la ciudadanía a exigir acciones inmediatas, que muchas veces se satisfacen con la simple expedición de normas que ya habían sido implementadas en el pasado, únicamente con el fin de restaurar su efecto simbólico.

En consecuencia, se pretende explotar el potencial simbólico del derecho penal mediante la reexpedición de normas que, aunque ineficaces en la práctica, producen efectos materiales en el plano emocional y político, generando una sensación de tranquilidad social, aunque se trate de una ilusión jurídica sin efectos estructurales reales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, J. L. (2013). *Vínculos entre políticos y ciudadanos en América Latina: La persistencia del clientelismo político más allá del giro a la izquierda*. IBEROAMERICANA. América Latina - España - Portugal, 13(50), 163–167.

ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (J. M. Seña, trad., 2.^a ed.). Barcelona: Gedisa. (Obra original publicada en 1992).

AMADO DUEÑAS, M. A. y PEÑA BARACALDO, G. (2014). *¿Los fines de la pena, propios de un Estado social y democrático de derecho, se materializan en el proceso penal en Colombia?* [Tesis de maestría, Universidad Libre]. Repositorio Institucional Universidad Libre. Disponible en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7529/AmadoDuenasMarioAntonio2014.pdf?sequence=1>

ANTÓN-MELLÓN, J. A.; ÁLVAREZ, G. y ROTHSTEIN, P. A. (2017). *Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas*. Revista Española de Ciencia Política, (43), 13-36. Disponible en: <https://doi.org/10.21308/recp.43.01>

ARENAS GARCÍA, L. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. (2016). *Realidad penitenciaria en Colombia: La necesidad de una nueva política criminal*. Criminalidad, 58(2), 175–195. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5737192>

ARMAZA ARMAZA, E. J. D. (2011). *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso* (Tesis doctoral). Universidad del País Vasco. Disponible en: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/12180/ARMAZA.pdf>

ARRIETA RUIZ, Y. (2018). *Populismo punitivo y derecho penal simbólico*. Inciso. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas, 20(1), 37–45. Disponible en: <https://doi.org/10.18634/incj.20v.1i.857>

ATIENZA, M. (2005). *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

AYALA-GARCÍA, J.; BONET-MORÓN, J.; PÉREZ-VALBUENA, G. J. y HEILBRON-FERNÁNDEZ, E. J. (2022). *La corrupción en Colombia: un análisis integral* (Documento de trabajo N° 307). Banco de la República. Disponible en: <https://investiga.banrep.gov.co/es/content/la-corrupcion-en-colombia-un-analisis-integral-jhorland-ayala-garcia>

BECKER, G. S.; MURPHY, K. M. y GROSSMAN, M. (2006). *El mercado de bienes ilegales: El caso de la droga*. Revista de Economía Institucional, 8(15), 17-42. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/44>

BELLO, J. y PARRA, J. (2015). *Políticas de resocialización en el sistema carcelario en Colombia en el periodo 2015 al 2017* [Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia. Disponible en: <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/7361a69e-5dec-444c-878f-44b30f8c81cd/content>

BOBBIO, N. (2003). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.

BONNER, M. (2021). *¿Qué es el populismo punitivo? Una tipología basada en la comunicación mediática*. *Matrizes*, 15(1), 77-102. Disponible en: <https://doi.org/10.11606/issn.1982-8160.v15i1p77-102>

BOTERO, A. (2001). *La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria*. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (5), 201–212.

BOTERO, A. (2003). *Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia y otros ensayos*. Medellín: Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis.

BOTERO, A. (2004). *La corrupción: tensión entre lo político y lo jurídico*. *Opinión Jurídica*, 3(6), 37–58. Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1314>

BOTERO, A. (2010). *Ensayos Jurídicos sobre Teoría del Derecho*. Buenos Aires: La Ley, Universidad de Buenos Aires.

BOTERO, A. (2019). *El síndrome normativo: estudio de la eficacia de la normativa sobre caminos en el siglo XIX antioqueño*. Precedente. *Revista Jurídica*, 15, 149–208. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/prec.v15.3071>

BOTERO, A. (2022). *Algunas reflexiones filosóficas y jurídicas sobre el consumo de sustancias psicoactivas*. En: GÓMORA, S. y ÁLVAREZ, J. (coords.), *Reflexiones desde la ética social para la prevención del delito* (pp. 17–51). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BOTERO, A. y MUÑOZ GAVIRIA, D. A. (2005). *Análisis socio-jurídico del sistema de responsabilidad penal juvenil (énfasis en el caso colombiano)*. *Opinión Jurídica*, 4(7), 106–124. Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1308>

CALIFANO, B. (2015). *Los medios de comunicación, las noticias y su influencia sobre el sistema político*. *Revista Mexicana de Opinión Pública*, (19), 61-78. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.rmop.2015.02.001>

CANCIO, M. (2023). “Derecho penal” del enemigo. En: JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo* (pp. 57-102). Madrid: Thomson Civitas.

CARBONELL, M. (2019). *Sobre el debido proceso*. *Reforma Judicial*. *Revista Mexicana de Justicia*, 1(33), 3-22. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487929e.2019.33.13833>

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2008). *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*. Ius et Praxis, 14(1), 13-48.

CARRASCO-JIMÉNEZ, E. (2016). *La expansión del derecho penal y las críticas formuladas a ella por la doctrina penal*. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, (54), 147-194.

CASTILLERO, A. et al. (2022). *Hay futuro si hay verdad. Informe final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. Tomo 4: Hasta la guerra tiene límites: Violaciones de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario y responsabilidades colectivas*. Bogotá: Comisión de la Verdad. Disponible en: <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad>

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. (2013). *Una verdad secuestrada: cuarenta años de estadísticas de secuestro (1970–2010)*. Bogotá: CNMH.

CERDAS ALBERTAZZI, J. M. (2014). *El clientelismo político: una revisión del concepto y sus usos*. Anuario de Estudios Centroamericanos, 40, 311-338.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2019, 31 de octubre). *Gaceta del Congreso* No. 1089. Disponible en: <https://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/7>

COPI, I. M. (2007). *Introducción a la lógica* (11.^a ed.). Ciudad de México: Limusa Noriega Editores.

CORCOY BIDASOLO, M. (2012). *Expansión del derecho penal y garantías constitucionales*. Revista de Derechos Fundamentales, (8), 45–76. Universidad Viña del Mar. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4334611.pdf>

CÓRDOBA ANGULO, M. y RUIZ LÓPEZ, C. (2001). *Teoría de la pena, Constitución y Código Penal*. Derecho Penal y Criminología, 22(71), 55–68.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2010). *Sentencia C-397 de 2010*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-397-10.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2013). *Sentencia T-595 de 2013*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-595-13.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2013). *Sentencia C-826 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-826-13.htm>

CUERDA RIEZU, A. (2012). *Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión*. Revista Otrosí, (12), 1–24. Disponible en: <https://www.researchgate.net/profile/Antonio-Cuerda-Riezu/publication/257542365>

CURY URZÚA, E. (1988). *La prevención especial como límite de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 41(3), 685–702. Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1988-30068500702

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (2004). *El secuestro en Colombia: caracterización y costos económicos (1996–2004)*. Planeación & Desarrollo, 35(2), 651–718. Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/revistapd/2004/pd_vxxxv_n2_2004_art.7.pdf

DEWEY, M. (2017). *La demanda de productos ilegales: Elementos para explicar los intercambios ilegales desde la perspectiva de la sociología económica*. Papeles de Trabajo, 11(20), 35–58. Disponible en: <https://repositorio.unsam.edu.ar/handle/123456789/870>

DÍAZ SUÁREZ, R. A.; CABRERA GRAJALES, A. y CORTEZ OSPINA, J. F. (2019). *Evaluación de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, al debido proceso y al principio de favorabilidad en Colombia de los sujetos procesados por delitos contra menores de edad al dejarlos sin beneficios en el marco de la investigación y del proceso penal en Colombia* [Trabajo de grado]. Universidad Cooperativa de Colombia. Disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.12494/7342>

DWORKIN, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

EGUIGUREN PRAELI, F. J. (2002). *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional*. En: VEGA GÓMEZ, J. y CRZO SOSA, E. (coords.), *Tribunales y justicia constitucional: Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 165–192). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Disponible en: <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5008108>

ESTRADA MATUTE, J. N. (2023). *Política de mano dura, eficacia y reducción de la violencia en Honduras y El Salvador*. Tekné: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, 1(2), 1–20. Disponible en: <https://revistas.unitec.edu/tekne/article/download/310/403>

ETCHEVERRY, J. B. (2014). *Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites*. Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, (15), 148–171. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4763923>

FAJARDO CANALE, M. P. (2021). *Resocialización en Colombia: Factores que impiden el cumplimiento del fin resocializador* [Trabajo de grado]. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Disponible en: <https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/handle/20.500.12010/24302>

FERNÁNDEZ BLANCO, C. (2019). *Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (42), 259–283. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99649/1/DOXA_42_11.pdf

FERNÁNDEZ RIQUELME, S. (2017). *El delito como identidad social. Reflexiones sobre la comunidad y su proceso de integración*. La Razón Histórica, (35), 1–19.

Universidad de Murcia. Disponible en:
<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/55827/3/>

FERRAJOLI, L. (2011). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (18ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.

FOCÁS, B. (2013). *Inseguridad: En busca del rol de los medios de comunicación*. La Trama de la Comunicación, 17, 163–174. Universidad Nacional de Rosario. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/3239/323927375010.pdf>

FOUCAULT, M. (1975). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores.

FUNES, M. R. (1955). *Antropología o biología criminal*. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/escuela-nal-jurisprudencia/article/viewFile/21200/18936>

GÁNDARA PIZARRO, C. y GÁNDARA PIZARRO, J. (2022). *Estatuto de la oposición: su eficacia en las regiones* [Tesis de maestría]. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/af15f12f-8202-46ce-a12d-43acb9ad28fe>

GARCÍA JARAMILLO, L. (2016). *De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico: La contribución del ius constitutionale commune*. Revista Derecho del Estado, (36), 131–166. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n36.05>

GARCÍA, M. (1989). *El derecho como instrumento de cambio social*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, (86), 30–44.

GÓMEZ HORTA, R. (2016). *La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano*. Summa Iuris, 4(1), 154-169. Disponible en: <https://doi.org/10.21501/23394536.2087>

GONZÁLEZ IBARRA, J. DE D. (2016). *Derecho penal y problemas nacionales*. Revista de la Facultad de Derecho de México, Nueva Época, 66(262), 131–150. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28519>

GONZÁLEZ SANTOS, G. (2013). *Sobre los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de normas*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/053gabino-gonzalez-santos.pdf>

GROSSO GARCÍA, M. S. (2007). *Una aproximación crítica al concepto “Derecho Penal del Enemigo”*. Revista IUSTA, (27), 51–78. Universidad Santo Tomás. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/5603/560358685003.pdf>

GUTIÉRREZ SANTOS, O. (2019). *La delincuencia organizada a la luz del derecho penal del enemigo*. DIKE. Revista de Investigación Jurídica, (26), 47–89. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Disponible en: <https://orcid.org/0000-0001-6926-4221>

HART, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho* (G. R. Carrió, trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot. (Obra original publicada en 1961).

HAYEK, F. A. (1960/2020). *Los fundamentos de la libertad* (J. V. Torrente Secorún, trad.; archivo PDF). Jefferson Américas. Disponible en: <https://jeffersonamericas.org/wp-content/uploads/2020/07/Los-fundamentos-de-la-libertad.pdf>

HERNÁNDEZ FRANCO, C. E. (2014). *Populismo punitivo: manifestación política vs. Derecho penal. La cadena perpetua en Colombia*. Revista de Derecho, 58, 218–240. Disponible en: <https://www.scielo.org.co/pdf/dere/n58/2145-9355-dere-58-218.pdf>

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N. (2018). *El fracaso de la resocialización en Colombia*. Revista de Derecho, (49), 2-41. Disponible en: https://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972018000100002

HOBBS, T. (1651/2005). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (5.^a reimpresión). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. (2008). *Homicidios en Colombia*. Disponible en: <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49502/Homicidios.pdf>

ISLAS MONTES, R. I. (2009). *Sobre el principio de legalidad*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 15, 97–108. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>

ITURRALDE, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.

JAKOBS, G. (2023). *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. En: JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo* (pp. 19-56). Madrid: Thomson Civitas.

JEANMANAUD, A. (1984). *En torno al problema de la efectividad del derecho*. Crítica Jurídica Nueva Época, (1), 5-16. Disponible en: https://www.criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/53

KELSEN, H. (2023). *Teoría pura del derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Madrid: Trotta. (Obra original publicada en 1934).

KLIKSBERG, B. (2006). *Más ética, más desarrollo*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Disponible en:

https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2850/mitosyrealidades_EUR_OsociAL.pdf

KORSTANJE, M. E. (2014). *El miedo político bajo el prisma de Hannah Arendt*. Revista SAAP, 8(1), 99–126. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1853-19702014000100004&script=sci_abstract

LEIVA RAMÍREZ, E.; ARISTIZÁBAL PULGARÍN, J. C.; MARTÍNEZ ACOSTA, J. A. y MUÑOZ GONZÁLEZ, A. L. (2011). *Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia*. Nova et Vetera, 20(64), 29–42.

LÓPEZ MEDINA, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.

LORCA MARÍN, C. (2011). *La discrecionalidad judicial y el principio de legalidad penal*. Revista de Derecho Penal y Criminología, (6), 15–42. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3664061>

MACANA GUTIÉRREZ, N. (2021). *El castigo como institución social. Una aproximación de la literatura a partir del estudio del castigo en los delitos sexuales en Colombia*. Via Iuris, 31, 13–35.

MAGALLANES RAVINEZ, M. L.; MORENO FERNÁNDEZ, Y. S. y MAGALLANES BALODANO, G. E. (2024). *Eficacia de los programas de tratamiento penitenciario en adultos de Iberoamérica 2017–2022: una revisión sistemática*. Revista InveCom, 4(2). Disponible en: https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2739-00632024000200160

MAQUIAVELO, N. (1975). *El príncipe* (Á. Cardona, estudio preliminar, trad. y notas). Barcelona: Editorial Bruguera. Colección Obras Inmortales.

MARTORELL FELIS, D. (2018). *Eficiencia, disuasión y derecho penal. Algunos comentarios acerca del funcionamiento del sistema penal y sus consecuencias criminológicas*. Revista de Derecho Penal y Criminología, (20), 1–24. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6715940.pdf>

MATEOS MARTÍNEZ, J. (2021). *Moral y Derecho en el siglo XXI*. Revista Filosofía UIS, 20(1), 49–82. Disponible en: <https://doi.org/10.18273/revfil.v20n1-2021003>

MEINI, I. (2013). *La pena: función y presupuestos*. Derecho PUCP, 71, 141–167. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656138007.pdf>

MENDIETA PINEDA, L. M. y PARRA CALIXTO, C. A. (2011). *Eficacia, vigencia y positividad de la norma*. Derecho & Realidad, 18, 241–265.

MENDIOLA, I. (2024). *Castigo e (in)sensibilidad en la frontera securitaria*. Revista de Estudios Sociales, 88, 21–37. Disponible en: <https://doi.org/10.7440/res88.2024.02>

MESA MENDOZA, M. Á.; PORRAS, J. y otros. (2023). *Columna de actualidad 31: La Corte Constitucional declara primeras inexequibilidades a la Ley de Seguridad Ciudadana*. Diálogos Punitivos. Disponible en: <https://dialogospunitivos.com/wp-content/uploads/2023/04/Columna-de-actualidad-31.pdf>

MIR PUIG, S. (1986). *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 39(1), 49–58. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46280>

MIRANZO DÍAZ, J. (2018). *Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas*. Revista Escuela Jacobea de Posgrado, (14), 1–26. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/6933060>

MOLINA-JÁCOME, I. (2014). *Miedo al crimen y medios de comunicación: una revisión de la literatura*. Revista Criminalidad, 56(3), 9–23. Disponible en: https://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082014000300002

MOYA VARGAS, M. F. (2014). *El principio de congruencia en los procesos penales. Una reconsideración basada en la semiótica jurídica*. Revista Derecho Penal y Criminología, 40(109), 13–76. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/6827/9303>

NAUCKE, P. (2009). *La política de seguridad democrática en Colombia*. ResearchGate. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/268801561>

NAVA, J. (2021). *Sistema penal colombiano entre la presión mediática y el punitivismo*. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO (ed.), *Revista La Defensa* (Edición 20). Disponible en: <https://repositorio.defensoria.gov.co/items/4d1e127d-f101-48d8-88ee-06effbc40eee>

NAVARRO ROBLES, M. E. (2007). *Reflexiones filosóficas sobre el miedo como un elemento fundamental desde un punto de vista social*. XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Guadalajara, México: Asociación Latinoamericana de Sociología. Disponible en: <https://cdsa.aacademica.org/000-066/1839.pdf>

NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2005). *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*. Ius et Praxis, 11(1), 221–241. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>

OROZCO POVEDA, D. M. y HERNÁNDEZ TIRADO, K. (2022). *La eficacia como método de aprendizaje de la realidad normativa*. Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, 9(1), 113–132. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2022.64168>

ORTIZ CRUZ, F. A. (2011, mayo). *Formas anticipadas de terminación de los procesos penales* [Ponencia]. Diplomado sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la perspectiva constitucional. Instituto de la Judicatura Federal. Disponible en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/diplojusticiapenal/PONENCIA%20MAGDO>

[%20ORTIZ%20FORMAS%20ANTICIPADAS%20DE%20TERM.%20PROC.%20PEN
ALES%20MAYO%202011_docx.pdf](#)

PASTRANA VALLS, A. (2019). *Estudio sobre la corrupción en América Latina*. Revista Mexicana de Opinión Pública, (27), 13–40. Disponible en: <https://revistas.unam.mx/index.php/rmop/article/view/68726>

PEÑA BERNAL, J. F. (2019). *Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena*. Derecho Penal y Criminología, 40(108), 37–88. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n108.03>

POZO, J. H. (1997). *Derechos humanos y lucha contra la delincuencia*. THEMIS: Revista de Derecho, 35, 169-177.

PRATT, J. (2007). *Penal populism*. Londres: Routledge. Disponible en: https://infodocks.wordpress.com/wp-content/uploads/2015/01/john_pratt_penal_populism.pdf

QUINTERO ÁVILA, O. (2024). *El análisis y mapeo delictivo para el desarrollo de políticas públicas de seguridad en México*. Constructos Criminológicos, 4(7). Disponible en: <https://constructoscriminologicos.uanl.mx/index.php/cc/article/view/86>

RAMÍREZ, A. B. (2007). *El carácter científico de la dogmática jurídica*. Revista de Derecho (Valdivia), 20(1), 9–37. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502007000100001>

RAMÍREZ, É. L.; ARISTIZÁBAL, J. C.; MARTÍNEZ, J. A. y MUÑOZ, A. L. (2011). *Eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia*. Nova et Vetera, 20(64), 29–42. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3896299.pdf>

RATTI, G. B. y RODRÍGUEZ, J. L. (2022). *Estructura y coherencia de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

RE, M. (2022). *Cómo financiar el terrorismo: el caso de las Brigadas Rojas italianas (1970–1988)*. Ayer. Revista de Historia Contemporánea, 126(2), 301–327. Disponible en: <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaayer/article/view/982>

RENGIFO VARONA, W. A. (2019). *La disponibilidad del derecho a la vida* [Tesis de maestría]. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://1library.co/document/q5m6dowy-la-disponibilidad-del-derecho-a-la-vida.html>

REY, A. (2012). *El interés general: argumento para limitar derechos individuales*. Revista Derecho, (13), 1–20. Universidad de Montevideo. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Rey-El-interes-general.-Argumento-para-limitar-derechos-individuales.pdf>

RINCÓN RAMÓN, S. C. y FONSECA MALDONADO, D. A. (2015). *El panorama de los muros de la infamia: Una expresión de populismo penal en Colombia*. Nuevo Derecho, 11(17), 125-139.

RINCONES AVENDAÑO, D. A. (2020). *La resocialización en Colombia: un estudio desde la Cárcel Distrital Rodrigo de Bastidas*. Pensamiento Americano, 13(25), 101–120. Disponible en: <https://doi.org/10.21803/pensam.13.25.395>

RÍOS ÁLVAREZ, R. (2012). *El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores*. Ars Boni et Aequi, 8(2), 145–184. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3975800>

RIVEROS-BARRAGÁN, J. D. (2008). *Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004*. Vniversitas. Revista de Ciencias Jurídicas, 116, 173–200. Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/116/cnt/cnt8.pdf>

RODILLA, M. Á. (2009). *¿Unidad lógica o dinámica? Coherencia y sistema jurídico en Kelsen*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (32), 255–314. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4763923>

ROJAS, I. Y. (2008). *La proporcionalidad en las penas*. Pensamiento Penal. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42462.pdf>

ROUSSEAU, J.-J. (2023). *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (P. Cuartas, trad.). Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública – Colección Sinfonía. (Obra original publicada en 1755). Disponible en: <https://libros.esap.edu.co/index.php/omp/catalog/book/13>

RUBIO, M. (2003). *Del rapto a la pesca milagrosa: breve historia del secuestro en Colombia* (Documento CEDE 2003-36). Bogotá: Universidad de los Andes. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/ed747aad-a3f2-4681-9735-799355c51967/content>

RÜTHERS, B. (2018). *Teoría general del derecho: Concepto, validez y aplicación del derecho* (M. S. Salas, trad.). Bogotá: Editorial Temis. (Obra original publicada en alemán).

SANDOVAL LÓPEZ, R. (2000). *Principio de favorabilidad – prospectividad de la ley penal*. Derecho Penal y Criminología, 21(68), 59–62. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1123>

SARTORI, G. (1998). *Homo videns: La sociedad teledirigida*. Madrid: Taurus.

SERRATORE, C. (2022). *El miedo a la muerte: Una política que oscila entre la comunidad y la inmunidad*. Cuadernos de Pensamiento Biopolítico Latinoamericano, 1, 175–184. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9303339.pdf>

SILVA FORNÉ, C.; PADRÓN INNAMORATO, M. y PINTA SIERRA, P. (2021). *Tolerancia social a la mano dura: apoyo a la tortura y medidas de excepción en*

México. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, 66(243), 397–428. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2021.243.71526>

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2.^a ed.). Madrid: Civitas.

SILVA VEGA, R. (2015). *El Príncipe de Maquiavelo: desafíos, legados y significados*. Praxis Filosófica, (41), 215–231. Disponible en: <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i41.3189>

SILVA-GARCÍA, G. y ORTEGA-RUIZ, L. G. (2023). *¿Por qué se aprueban las normas jurídicas en el Congreso? Análisis socio-jurídico de la creación de las normas*. Revista República, 35 (julio-diciembre). Disponible en: <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2023.v35.a152>

SOLER, S. (2007). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial TEA.

SOTOMAYOR ACOSTA, J. O. y TAMAYO ARBOLEDA, F. L. (2017). *Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia*. Revista de Derecho, (48), 21–53. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85152301003.pdf>

SUÁREZ SÁNCHEZ, M. Á. y WELP, Y. (2019). *Hacia la consolidación de la democracia participativa en Colombia: análisis de su evolución y de sus desafíos* [Tesis de Maestría, Universidad Católica de Colombia]. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10983/24455>

TAMAYO ARBOLEDA, F. L. (2016). *La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano*. Criminalidad, 58(3), 21–35.

TRUJILLO CABRERA, J. (2018). *Populismo punitivo y colapso carcelario: hacia una abolición gradual de la prisión cerrada en Colombia*. Revista Republicana, (25), 135–158. Disponible en: <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2018.v25.a53>

UMBRÍA ACOSTA, L. A. (2016). *Cuatro tesis sobre las economías ilícitas*. URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, (18), 13–27. Disponible en: <https://doi.org/10.17141/urvio.18.2016.2227>

URIBE BARRERA, J. P. (2012). *¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?* Nuevo Foro Penal, (78), 70–106. Universidad EAFIT. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6505>

USECHE ALDANA, Ó. (2008). *Miedo, seguridad y resistencias: El miedo como articulación política de la negatividad*. Polis. Revista Latinoamericana, (19). Disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/3893>

VELÁSQUEZ C., F. E. (2024). *Del conflicto al estallido: Las movilizaciones sociales en Colombia 2019–2021*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <https://foro.org.co/wp-content/uploads/2024/07/Libro-Fabio-Velasquez-version-fisica.pdf>

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2009). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Bogotá: Editorial Jurídica.

VILLEGAS, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – IEPRI, Universidad Nacional de Colombia.

VILLEGAS, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI); Editorial Debate.

VOZMEDIANO SANZ, L.; SAN JUAN GUILLÉN, C. y VERGARA IRAETA, A. I. (2008). *Problemas de medición del miedo al delito: Algunas respuestas teóricas y técnicas*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (10), 1–17. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2747635>

ZAGREBELSKY, G. (1995). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (M. Ramírez, trad.). Madrid: Editorial Trotta.

ZULETA, E. (1982). *Sobre la lectura* [Conferencia]. En: *Elogio de la dificultad y otros ensayos* (pp. 101–111). Cali: Fundación Estanislao Zuleta. Disponible en: https://www.ram-wan.net/restrepo/metodologia/zuleta_sobre%20la%20lectura.pdf

RESUMO DA DISSERTAÇÃO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

O presente trabalho de graduação insere-se na Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo, na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito, vinculado ao Projeto de Pesquisa: Fundamentos Teóricos Contemporâneos dos Princípios e Garantias Constitucionais, e desenvolvido no âmbito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em regime de dupla titulação pelo Programa de Pesquisa Internacional Conjunto para Produção Científica e Técnica – PPCJ/UNIVALI e a Faculdade de Direito da Universidade de Caldas – Colômbia, associado ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 da ONU (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), e busca analisar criticamente a instrumentalização do direito penal em contextos de crise. O tema possui relevância acadêmica e social, pois a promulgação de normas jurídicas no sistema colombiano tem se convertido não apenas em uma forma de governo, mas também em uma estratégia de legitimação política perante a opinião pública.

A investigação foi motivada pela constatação de que, em sociedades marcadas por altos índices de criminalidade e pela sensação difusa de insegurança, o legislador tende a recorrer de maneira recorrente ao direito penal. Nesse cenário, normas como a Lei 40 de 1993, conhecida como Estatuto Antissequestro, foram aprovadas sob forte pressão social e midiática, apresentando-se como respostas imediatas à criminalidade, ainda que destituídas de eficácia material efetiva. Assim, a dissertação se justifica por oferecer uma análise crítica sobre o populismo punitivo e seus impactos no Estado de Direito, destacando os riscos de se instrumentalizar o direito penal para fins meramente simbólicos.

O objetivo geral da pesquisa consistiu em analisar o funcionamento do populismo punitivo no contexto colombiano, tomando como estudo de caso a Lei 40 de 1993. Como objetivos específicos, buscou-se: (a) examinar o contexto histórico, político e social da promulgação da lei; (b) avaliar seus fundamentos normativos e sua coerência interna; (c) investigar sua eficácia material e simbólica; (d) identificar a presença do chamado síndrome normativo, caracterizado pela reiteração legislativa sobre um mesmo tema; e (e) refletir criticamente sobre o papel do legislador e dos meios de comunicação na construção de percepções coletivas sobre insegurança e criminalidade.

O estudo se apoia em um marco teórico multidisciplinar, que reúne contribuições da sociologia, da criminologia e da teoria do direito. Entre os conceitos centrais explorados destacam-se: (i) a eficácia simbólica do direito, compreendida como a capacidade das normas jurídicas de gerar efeitos políticos e sociais mesmo quando não produzem resultados materiais; (ii) o síndrome normativo, que descreve a tendência a reexpedir normas já existentes com o intuito de revitalizar seus efeitos simbólicos; e (iii) o populismo punitivo, entendido como a adoção de medidas penais severas em resposta a pressões sociais, independentemente de sua efetividade real. Essas categorias permitiram interpretar criticamente a Lei 40 de 1993 como um instrumento mais retórico do que pragmático.

A pesquisa adotou um enfoque qualitativo, com base em análise documental e bibliográfica. Foram consultadas fontes jurídicas, incluindo o texto normativo, as Gacetas do Congresso, relatórios de ponência e atas de debate. A análise normativa buscou identificar a coerência e as intenções explícitas da lei, enquanto a análise hermenêutica examinou o contexto social e político que marcou sua aprovação. Essa estratégia metodológica possibilitou reconstruir o processo legislativo e compreender como fatores externos, como o medo coletivo e a pressão dos meios de comunicação, influenciaram a produção normativa.

Os resultados evidenciam que a Lei 40 de 1993 constitui um caso paradigmático de populismo punitivo. Embora tenha se originado de uma iniciativa popular respaldada por mais de um milhão de assinaturas, a lei foi aprovada em um contexto no qual se opor a ela representava alto custo eleitoral para os parlamentares. Os debates legislativos revelaram que medidas semelhantes, como o aumento de penas, já haviam sido implementadas anteriormente sem impacto positivo sobre a taxa de sequestros. Apesar disso, a norma foi aprovada para transmitir à sociedade a imagem de uma ação estatal firme e eficaz. Verificou-se também a reincidência de reformas penais relacionadas ao sequestro, caracterizando o síndrome normativo: leis semelhantes eram editadas repetidamente com a única finalidade de renovar seu efeito simbólico. Esse padrão revela uma lógica de instrumentalização do direito penal como ferramenta de gestão política, e não como meio efetivo de prevenção criminal.

A pesquisa conclui que a Lei 40 de 1993 foi marcada por uma eficácia predominantemente simbólica, incapaz de reduzir os índices de sequestro, mas

eficiente em projetar uma imagem de resposta estatal à opinião pública. O estudo reforça que o populismo punitivo é um fenômeno estrutural na política criminal colombiana, sustentado por três elementos: (i) a pressão dos meios de comunicação, que amplificam a sensação de insegurança; (ii) a atuação de líderes políticos carismáticos, que exploram o medo social para obter ganhos eleitorais; e (iii) a reiteração de normas penais ineficazes, cujo objetivo é revitalizar sua função simbólica. Conclui-se, ainda, que a instrumentalização do direito penal como resposta imediatista a crises sociais mina sua legitimidade como *ultima ratio* do controle social. Portanto, torna-se imperativa a construção de uma política criminal mais racional, baseada em diagnósticos técnicos, proporcionalidade punitiva e medidas preventivas de caráter estrutural. A dissertação, assim, contribui para o debate acadêmico ao oferecer uma análise crítica sobre a relação entre populismo punitivo, eficácia simbólica e síndrome normativo, destacando a necessidade de superar a dependência de soluções penais simbólicas no enfrentamento da criminalidade.

A Lei 40 de 1993, conhecida como Estatuto Antissequestro, constitui um caso paradigmático desse fenômeno. Foi promulgada em um momento de forte impacto social causado pelo sequestro e converteu-se em um cenário propício para analisar a tensão entre eficácia material e eficácia simbólica do direito penal. A análise concentrou-se em dois aspectos principais: o contexto político e social que motivou a lei e seus efeitos reais sobre as taxas de sequestro.

O referencial teórico centrou-se em três eixos: (i) a eficácia do direito em suas dimensões material primária e secundária, processual e simbólica, com base em Kelsen, Hart, Bobbio, García Villegas e Botero Bernal; (ii) a síndrome normativa, entendida como a promulgação reiterada de normas com o objetivo de reativar sua eficácia simbólica, o que reflete uma tendência compulsiva do legislador em matéria penal; e (iii) o populismo punitivo, conceito introduzido por Anthony Bottoms e desenvolvido por David Garland, que evidencia o uso político de medidas penais severas como mecanismo de legitimação diante da opinião pública.

A Lei 40 de 1993 estruturou-se sobre três eixos fundamentais: (i) um aumento significativo das penas, que no projeto inicial superavam inclusive as do homicídio; (ii) a criação de novos tipos penais relacionados ao sequestro, entre eles a criminalização do pagamento de resgates por parte de familiares das vítimas; e (iii) a

restrição de benefícios processuais e sub-rogados. Esses elementos refletem uma política criminal expansiva que se ajusta à lógica do populismo punitivo.

Ao revisar os dados disponíveis, observou-se que, entre 1964 e 1991, registraram-se 7.453 sequestros no país; que somente em 1991 ocorreram 1.408 casos; que apenas 12% das vítimas foram resgatadas, 10% terminaram assassinadas e cerca da metade foi liberada após o pagamento de somas milionárias. O pagamento médio alcançava cinquenta milhões de pesos e, entre 1987 e 1991, as vítimas entregaram aproximadamente 175.000 milhões de pesos aos sequestradores. Ademais, estimava-se que apenas um em cada cinco sequestros era denunciado.

A evolução legislativa mostrou um padrão de aumento progressivo das penas: de 1 a 3 anos no século XIX, depois 1 a 7, posteriormente 5 a 10, 6 a 12, 6 a 15, até chegar a 15 a 20 anos em 1991. Contudo, o ano com mais sequestros coincidiu com aquele de maior severidade punitiva, o que evidencia a ineficácia da política de endurecimento de sanções. Com efeito, os registros posteriores à promulgação da Lei 40 mostraram um incremento dos sequestros, confirmando que as medidas adotadas careciam de eficácia material.

Apesar disso, a lei teve um forte impacto simbólico e midiático. Sua aprovação contou com o respaldo do movimento cidadão País Libre, que reuniu milhares de assinaturas, e com a visibilidade de casos emblemáticos como o de Diana Turbay, que reforçaram a ideia de que o sequestro já não era um problema exclusivo das elites, mas que afetava toda a sociedade. No Congresso, embora se reconhecesse sua provável ineficácia, os legisladores consideravam politicamente inviável se opor à sua aprovação.

Os resultados da investigação demonstram que a Lei 40 de 1993 não cumpriu seu objetivo dissuasório. Sua ineficácia deveu-se, em grande medida, à inoperância do Estado em capturar e judicializar os responsáveis, o que tornou a ameaça punitiva desprovida de sentido. Evidenciou-se, ademais, o papel determinante dos meios de comunicação na construção de percepções de insegurança e na pressão por respostas imediatas. Nesse contexto, a lei converteu-se em um instrumento de populismo punitivo e em um exemplo da síndrome normativa: legislar reiteradamente para renovar efeitos simbólicos caducos.

A conclusão central é que a Lei 40 de 1993 foi eficaz no plano simbólico, ao transmitir uma mensagem de firmeza estatal, mas ineficaz no plano material, ao não reduzir os índices de sequestro nem resolver suas causas estruturais. O caso confirma que a instrumentalização do direito penal como ferramenta política gera soluções aparentes que, na realidade, deslocam o debate para a severidade normativa e o afastam da prevenção, da capacidade investigativa e da atenção integral às vítimas. O estudo reafirma que a legitimidade do direito penal, concebido como ultima ratio, não deve basear-se na multiplicação de normas simbólicas, mas em políticas criminais fundamentadas em evidência, racionalidade e proporcionalidade.

Nesse contexto, constatou-se que existem normas que, uma vez promulgadas, não se mostram eficazes em sua aplicação prática. Contudo, no caso analisado, o relevante é que a própria intenção do legislador não era garantir sua eficácia material, mas sim explorar sua dimensão simbólica. Durante os debates no Congresso ficou evidente que os parlamentares tinham pleno conhecimento de que a lei dificilmente alcançaria resultados concretos na redução do sequestro. Não obstante, votaram favoravelmente o projeto porque o que realmente importava era transmitir à cidadania a mensagem de que o legislador estava comprometido com o combate a esse delito, independentemente de seus efeitos reais.

Os legisladores, submetidos a um regime de representação popular e à constante avaliação do eleitorado, não podiam arriscar-se a aparecer diante da opinião pública como opositores de uma iniciativa que prometia erradicar o sequestro, um dos flagelos mais repudiados pela sociedade colombiana. Em um contexto de alta sensibilidade social e midiática, votar contra a Lei 40 de 1993 significava expor-se a um altíssimo custo político e eleitoral, pois facilmente poderiam ser estigmatizados como defensores da criminalidade ou indiferentes ao sofrimento das vítimas.

A dinâmica política impôs, assim, uma espécie de “coação eleitoral”: o Congresso viu-se obrigado a alinhar-se ao clamor social, mesmo quando muitos parlamentares estavam conscientes de que a norma dificilmente alcançaria eficácia material. Nesse cenário, a decisão de aprovar a lei não se baseou em uma análise técnica de sua viabilidade como instrumento de política criminal, mas na necessidade de projetar uma imagem de compromisso e firmeza diante do delito. Em outras

palavras, o voto favorável não foi apenas um ato legislativo, mas uma estratégia de sobrevivência política em um sistema no qual a opinião pública, fortemente influenciada pelos meios de comunicação e pelos movimentos cidadãos, converte-se em fator determinante para a legitimidade dos representantes.