

LA INCORREGIBILIDAD DEL DELINCUENTE SEXUAL: EL CASO DE COLOMBIA

Incorrigibility of offender sexual: the case of Colombia

*Rafael Velandia Montes

rafaelvelandiamontes@hotmail.com

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Zaragoza, España

Resumen

Los planteamientos que sostienen la existencia de sujetos incorregibles que no pueden evitar la comisión de conductas delictivas no son novedosos. Así, dichas posturas legitiman la imposición de las medidas penales más fuertes, tales como la cadena perpetua o la pena de muerte. En este sentido, hoy se afirma nuevamente la existencia de individuos incorregibles, específicamente en el ámbito de la delincuencia sexual, incorregibilidad que se sustenta en la creación social nominada como “depredador sexual” y que en el caso colombiano se ha visto reflejada en la Ley 1327 de 2009. Entonces, se lleva a cabo un estudio de los fundamentos científicos de dicha afirmación de incorregibilidad para verificar si puede o no justificarse su uso en la política penal.

Palabras clave: incorregibilidad, delincuencia sexual, depredador sexual, política penal.

Abstract

Approaches underpinning the existence of incorrigible subjects that can help the Commission of criminal offences are not new. These positions legitimize the imposition of strong criminal measures, such as life sentence or the death penalty. In this sense, today stated again the existence of incorrigible individuals, specifically in the field of sexual delinquency, incorrigibility is supported in the social creation nominated as a “sexual predator” and that in the case of Colombia has been reflected in the 1327 law 2009. Then, a study of the scientific foundations of such a claim of incorrigibility is conducted to check if you can or not justified its use in criminal policy.

Keywords: Incorrigible Individuals, Sexual Delinquency, Sexual Predator, Criminal Policies.

Introducción

La incorregibilidad de las personas se invoca con frecuencia como factor para las diferentes propuestas de reforma normativa que incorporan el aumento de las penas en distintos ámbitos de criminalidad y se argumenta que el fin de la pena es el de prevención especial negativa, es decir, la inoportunidad del delincuente debido a que es imposible su resocialización. Empero, la incorregibilidad de un individuo no es un argumento novedoso: ya en el artículo 5º de la Ley de Vagancia de 1824 de Inglaterra (Vagrancy Act, 1824.) por ejemplo, se hablaba de pícaros incorregibles¹. A finales del siglo XIX, en el año de 1882, Von Liszt (1998) hablaba de categorías de delincuentes, entre los que estaban los

¹ *IncorrigibleRogue*. Así, dice el artículo 5º: *La persona que se “fugue o escape de cualquier lugar de confinamiento legal antes de la expiración del término por el cual él o ella haya sido enviada u ordenada a estar confinada en virtud de esta ley; toda persona que cometa cualquier delito en contra de esta ley que haga que él o a ella sea tratado como un pícaro y vagabundo, habiendo sido en algún tiempo anterior tal persona juzgada ser así y debidamente condenada de eso; y toda persona aprehendida como un pícaro y vagabundo, y que violentamente se oponga a cualquier guardia u otro Oficial de Paz que lo aprehenda a él o a ella y que sea condenada posteriormente por el delito por el cual él o ella haya sido aprehendida, deberá ser considerada como un pícaro incorregible”. Dentro de los delitos que hacían que una persona fuera considerada como pícaro estaban, entre otros: el pretender o profesar leer la fortuna o utilizar cualquier arte, medio o dispositivo, por quiromancia o cualquier otro para engañar; jugar o apostar en cualquier calle, camino, autopista u otro lugar abierto y público, en o con cualquier tabla o instrumento de juego, de cualquier juego o supuesto juego de azar; estar en una casa, almacén, casa de coches, establo o barraca con cualquier fin ilegal; exponerse voluntaria, abierta, lasciva y obscenamente en cualquier calle, camino, autopista u otro lugar abierto y público con el fin de insultar a cualquier mujer.*

* Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas en el área de Filosofía del Derecho, Zaragoza, España.

incorregibles, de los que “debe defenderse la sociedad y como no se quiere, el hacha y la horca, ni se puede deportarlos, solo queda el encarcelamiento (perpetuo o por tiempo indefinido)” (p. 68 y 69).

La incorregibilidad del delincuente

A pesar de lo anterior, siguen surgiendo conductas que se pueden catalogar como incorregibles, como ciertos comportamientos cometidos en contra de menores, lo cuales pueden ser de interés de “la estadística criminal (...) para demostrar cuáles son los crímenes que suelen cometerse de modo habitual (...) ya está en condiciones de trazar con alguna precisión el ámbito de estos delitos” entre los que están los “abusos deshonestos perpetrados en menores” (Liszt, 1998, p. 69). A finales del siglo XIX, Garofalo (1912) expresa que uno de los representantes de la Escuela Positivista, hablaba de la eliminación de ciertos delincuentes:

A estos delincuentes incapaces de toda adaptación, se les debe imponer, pues, la forma más absoluta de eliminación. Ya que la enormidad del mal que son capaces de producir, no debe permitir al poder tutelar de la sociedad que deje que exista la mínima probabilidad de reincidencia; la muerte es por consiguiente el único medio de control apropiado á (sic) los asesinos no locos (p. 498).

Como se ve, la idea de incorregibilidad no es innovadora y a ella se ha recurrido en múltiples ocasiones y en distintos campos de criminalidad para justificar la incorporación al sistema jurídico de medidas de eliminación, inocuización, destrucción, aislamiento, etc., de sujetos que se estiman indeseables por presentar determinados tipos de conductas que en ciertos ámbitos temporales y espaciales son más fuertemente rechazadas que en otros, por cambios sociales en su percepción, variaciones que pueden obedecer a diversos factores como, verbigracia, concepciones morales o religiosas, planteamientos pseudocientíficos, un aumento en la cobertura informativa sobre su ocurrencia o la presentación noticiosa detallada de un delito que genera indignación por la crueldad extrema con la que fue ejecutado y/o por el grado de indefensión de la víctima por su edad, condición física, etc. Sin embargo, un aspecto es evidente en las diversas posturas sobre la incorregibilidad de ciertos individuos: todas ellas carecen de evidencia científica que respalde la existencia de una categoría de individuos cuya conducta es inmodificable.

Así, la identificación del sujeto incorregible se fundamenta en características físicas o sociales de un individuo que ha

cometido un delito o delitos en determinadas circunstancias. Es decir, se toman aspectos individuales de casos de personas que han cometido delitos que gozan de notoriedad social para construir con base en ellos categorías tan genéricas como sea posible con el objetivo de agrupar a todos los individuos que cometan ese tipo de criminalidad, para clasificarlos como incorregibles y justificar así el establecimiento de las penas más drásticas en su contra. Entonces, las posiciones que se han esgrimido a lo largo de la historia sobre la existencia de una clase de personas cuya conducta es incorregible y que, por ende, siempre cometerán delitos; se caracterizan por no tener ningún fundamento científico válido y deben ser rechazadas como sustento de políticas públicas, entre ellas la política penal.

Ley 1327 de 2009: prevención general negativa y el delincuente como depredador sexual

Expuestos en el aparte precedente, los antecedentes y fundamentos del supuesto carácter de incorregibilidad de ciertos individuos, se pasa a presentar el uso de aquellos argumentos jurídicos para los casos de incorregibilidad en Colombia. Por tanto, tales argumentos han sido invocados en el caso colombiano, de manera específica en el ámbito de la delincuencia sexual en la Ley 1327 de 2009 de Colombia mediante la cual se convocaba a un referendo constitucional poniendo a consideración de la sociedad colombiana una reforma al artículo 34 de la Constitución Política de Colombia² para permitir que en los casos de delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestros cometidos en contra de menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental se pudiera imponer la pena de prisión perpetua³.

El interés en este caso está, en primer lugar, porque si bien estaba dirigido a crímenes de naturaleza sexual y

² El texto del artículo 34 de la Constitución Política de Colombia es: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.”

³ El texto original del referendo era el siguiente: “Artículo 1°. El artículo 34 de la Constitución Nacional quedará así: Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. Con relación a los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física o mental, procederá la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley.”

violenta cometidos en contra de menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental, el discurso de la Ley 1327 de 2009 es igualmente aplicable a estos delitos, sin consideración a la edad o condición de la víctima.

En segundo lugar, porque la delincuencia sexual es una realidad en todas las sociedades del mundo que no va a desaparecer y además, es un ámbito de criminalidad que a nivel global y en tiempos recientes recibe una atención mediática y colectiva muy alta.

En tercer lugar, porque en el discurso de la Ley 1327 de 2009 se empleó un argumento que se puede sustentar que está presente en cualquier proyecto de reforma normativa a nivel global sobre esta clase de delincuencia: el supuesto carácter de incorregibilidad de quienes cometen este tipo de delitos, discurso que si bien no es novedoso ha tenido un impulso considerable con la construcción de la supuesta categoría científica del *depredador sexual* propuesta en EE.UU. y que se ha transmitido al mundo. Entonces, la relevancia de este análisis y la posibilidad de aplicar sus inferencias a todas las sociedades es clara.

Si bien la Ley 1327 de 2009 fue declarada inconstitucional en la sentencia C-397 de 2010 de la Corte Constitucional, lo cual haría en principio considerar como inútil su análisis, lo cierto es que existen varios motivos para concluir lo contrario, porque la declaratoria de inconstitucionalidad fue solo por vicios durante el trámite del proyecto de ley ante el Congreso de la República⁴. Seguidamente porque la vocera del Comité

⁴ El primero fue que no se adjuntó “la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil, prevista en los artículos 24 y 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana –Ley 134 de 1994–. Específicamente la certificación de manera completa sobre cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. La ausencia de esta certificación inhibe la iniciación del trámite legislativo y vicia la constitucionalidad de todo el procedimiento adelantado ante el Congreso de la República. Este es un vicio que afecta la validez del trámite legislativo al resultar un elemento fundamental en la legitimación del proyecto de iniciativa ciudadana que salvaguarda la democracia y los mecanismos de participación ciudadana”. El segundo vicio consistió en “la modificación sustancial del texto original del proyecto de ley respaldado por la iniciativa ciudadana (principio de identidad flexible). En primer término, se modificó la expresión “procederá la pena de prisión perpetua de acuerdo con la ley” por la frase “se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley”; para la Corte, la sustancialidad del cambio consiste en que mientras la primera expresión preveía en forma imperativa la imposición de n, la prisión perpetua, la segunda lo hacía facultativamente. Adicionalmente, se cambiaron las expresiones “maltrato severo” por “lesiones personales agravadas” y se agregó un nuevo párrafo a nivel de política de prevención y constitucionalización de una institución como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. Así mismo, la Corte Constitucional señaló que no entró a revisar los vicios de competencia. Corte Constitucional, sentencia C-397 de 2010.

Promotor del Referendo, Gilma Jiménez Gómez⁵, luego de hecha pública la decisión de la Corte Constitucional, dio a conocer que presentaría de nuevo el proyecto de referendo constitucional⁶ y finalmente, porque incluso; así no se presentara un nuevo proyecto de referendo⁷, o no fuera aprobado⁸, lo ocurrido con la Ley 1327 de 2009 y sus diversos aspectos son de especial interés en relación con el discurso de incorregibilidad, según se explicará. Explicitada entonces la relevancia del estudio de citada ley es pertinente analizar sus argumentos en relación con la prevención general negativa y la incorregibilidad del delincuente sexual.

La prevención general negativa

Un argumento de especial importancia como sustento de la Ley 1327 de 2009 fue el de la prevención general negativa, es decir, el supuesto poder disuasorio frente a potenciales delincuentes que tendría el establecimiento de la cadena perpetua, razón que va de la mano con otra de igual importancia cual es la supuesta incorregibilidad de los delincuentes sexuales. De tal suerte, en la exposición

⁵ Si bien Gilma Jiménez Gómez falleció el 29 de junio de 2013 lo anterior no es obstáculo para que otro político se apropie del discurso expuesto por ella y, por ende, es necesario ocuparse del mismo.

⁶ Así, dice su comunicado dado a conocer a la opinión pública: “Bogotá, D. C, Mayo 26 de 2010. Tras conocer la decisión de la Corte Constitucional de declarar inexecutable la ley del Referendo de Prisión Perpetua, por vicios de forma en su trámite en el Congreso, la autora y vocera Gilma Jiménez expresó: ‘Sin conocer los detalles del fallo, pero escuchando que las razones están relacionadas con la radicación extemporánea del certificado de la Registraduría de los recursos utilizados y el cambio en el Congreso de palabras del texto de la pregunta, hoy mismo se elevará una consulta a la Corte Constitucional para establecer si es pertinente radicar el 20 de julio nuevamente la ley de Referendo, subsanando los dos errores definidos por esa Corporación. La misma Constitución señala que los errores de forma son subsanables en los trámites de las leyes’. Recuperado de <http://www.gilmajimenez.com> 15 de junio de 2010.

⁷ Mediante el Proyecto de Ley 206/10 Senado, por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional (prisión perpetua a violadores de niños), se puso en marcha de nuevo la misma propuesta de la Ley 1327 de 2009 y con idéntica exposición de motivos, por lo cual las conclusiones del análisis acá emprendido son igualmente aplicables al Proyecto de Ley 206/10 Senado. El Proyecto de Ley 206/10 Senado y su exposición de motivos fueron publicados en las Gacetas del Congreso 1001 y 1099, ambas del año 2010.

⁸ El proyecto de Ley 206/10 Senado fue aprobado por el Senado de la República, pero no contó con igual suerte en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en donde fue rechazado. Gaceta del Congreso, Núm. 55, 8 de marzo de 2012. De todas maneras, insistimos en que lo ocurrido con la Ley 1327 de 2009 es de especial interés en relación con el discurso de incorregibilidad de los delincuentes sexuales. En efecto, como ya se mencionó y al margen del fallecimiento de Gilma Jiménez, no existe ningún obstáculo para otro político se apropie de este discurso. De hecho, ya se ha planteado la existencia de la Fundación GILMA JIMÉNEZ ¿PRIMER@ NUESTRO NIÑO@OS! Aunque todavía no se conocen sus propósitos y planteamientos de dicha fundación no es irrazonable inferir que tomaran el mismo sendero de quien inspiró su creación. Recuperado de <http://www.gilmajimenez.com> 16 de septiembre de 2013.

de motivos, se señalaba el efecto preventivo de la cadena perpetua sobre las personas que pretendieran cometer alguno de los delitos objeto de la Ley 1327 de 2009, que se explicaba así: para el Estado y la Sociedad Colombiana debe ser una prioridad hacer la reflexión social, política jurídica y económica de la proporcionalidad de las penas actualmente existentes en Colombia y de la gravedad de los delitos que se cometen contra nuestros niños, por cuanto las penas como están concebidas actualmente en nuestra legislación no son ejemplarizantes, ni producen un desestímulo efectivo en el individuo que pretende la comisión del delito (Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 243, 27, 2009, pg. 37.).

El argumento es que la intervención del Estado por intermedio de la ley penal, mediante la amenaza de pena, bajo el modelo de disuasión, logrará modificar la conducta de los potenciales trasgresores. Entonces, se plantea un discurso que asume a la prevención general negativa como fin de la pena, en el que la amenaza de la pena se dirige a disuadir de cometer la conducta tipificada a aquellos que “puedan sentirse tentados a hacerlo” (Zaffaroni *et al.*, 2000, p. 54), bajo el entendido de que se trata de un esquema económico en el que la persona evalúa los beneficios y las consecuencias que se derivan de la comisión de cierta conducta y con sustento en tal juicio o cálculo racional decide la realización o no de la conducta, y bajo tal comprensión se sostiene que el incremento de las penas evitaría la comisión de delitos (Spohn, 2007, p. 31).

Sin embargo, “siguen siendo desconocidas las precisas circunstancias bajo las cuales es probable que las sanciones influyen o cambien la conducta de una persona” (Freeman *et al.* 2006, p. 54) y se ha reprobado a esta teoría el supuesto poder de determinación de la amenaza penal sobre la conducta de personas en general (Smith, 2002); o en el caso de personas invulnerables, como en el caso de la delincuencia de cuello blanco; o de fanáticos, que “no tienen en cuenta la amenaza de la pena o la consideran un estímulo”, como en el caso del terrorismo (Zaffaroni, 2000 *et al.*, p. 55); o cuando hay “estímulos patrimoniales muy altos” como en el caso de sicarios (Zaffaroni, 2000 *et al.*, p. 55; Jakobs, 1997, p. 27); o en aquellas situaciones en las que la gente actúa en “circunstancias poco propicias para especular reflexivamente sobre la amenaza penal”, como en el caso de “la mayoría de homicidios dolosos” (Zaffaroni, 2000 *et al.*, p. 55) o en situaciones de ira, rabia o de deseo de venganza (Husak, 2008, p. 145).

También se ha censurado la falta de investigación en delincuentes condenados, pues la “vasta mayoría de investigación de la disuasión se ha enfocado en estudiantes

universitarios y el público general” (Freeman *et al.* 2006, p. 54 y 55). Igualmente se ha puesto de presente que esta teoría constituye “por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena” (Roxin, 1997, p. 90), pues la simple prohibición en la ley penal disuadirá a algunos, mas no a todos, de tal suerte se requiere la condena, pero incluso esta sola no es suficiente, por lo que su ejecución es la que cumpliría el fin de prevención (Smith, 2002, p. 4).

Entonces, el cálculo racional “no se atiene a la secuencia jurídicamente necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad efectiva de resultar castigado o de sustraerse a la pena” (Jakobs, 1997, p. 27). El efecto de disuasión, si existe, deriva de la certeza y prontitud del castigo y no tanto del hecho de la prohibición en sí. Entonces, y de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley 1327 de 2009, solo el 20% de los delitos cometidos en contra de los menores de edad es denunciado y de este 20%, menos del 10% de los casos termina con sentencias condenatorias (Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 80, 25, 2009). Así, debe concluirse que la cadena perpetua no tendría ningún efecto disuasorio en lo que a la comisión de delitos sexuales y violentos en contra de menores de edad se refiere, pues no es el monto de la pena sino la probabilidad de ser enjuiciado y de manera pronta lo que puede tener incidencia en tal aspecto y en esta delincuencia ¡las probabilidades de ser condenado son del 2%! , un porcentaje evidentemente muy bajo y con un poder de disuasión muy limitado.

Al margen de la idoneidad de la prevención general negativa para disuadir a potenciales delincuentes, también se empleaba como pretexto de justificación de la reforma objeto de estudio un argumento completamente contrario consistente en la pretendida imposibilidad de resocialización de las personas que cometían delitos en contra de menores de edad.

Científicamente está demostrado que los individuos que cometen de manera compulsiva el delito de violación o acceso carnal violento con menores, son sujetos que presentan serios trastornos psicológicos, emocionales y de personalidad. En la totalidad de los casos las lesiones son originadas en la infancia por dramáticas vivencias familiares, estas lesiones psicológicas desembocan en conductas incontrolables y en la gran mayoría de los casos, inconscientes. (Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 467, 9, 2009)

De esta manera, la supuesta incorregibilidad de los delincuentes sexuales es contradictoria con la prevención negativa, como quiera que en esta se parte de la base de que

las personas (los potenciales delincuentes) son susceptibles de intimidación mediante la posibilidad de ser sujetos de penas si cometen la conducta sancionada, mientras que si se afirma que hay sujetos incorregibles es forzoso concluir que la pena no tiene ninguna posibilidad de influir en su comportamiento.

De otro lado, por la gravedad del delito mismo, por las consecuencias irreversibles para las víctimas, la identidad y el parentesco del delincuente con la víctima, la situación de superioridad física y mental del agresor sobre la víctima, entre otros, hacen que la función resocializadora de la pena no sea un factor a tener en cuenta en el nuevo ordenamiento jurídico que se propone y por los jueces en el momento de determinar una condena⁹.

En esta línea discursiva la persona responsable de ciertas conductas delictivas en contra de menores de 14 años de edad o menores de edad con discapacidad física y/o mental es considerada como una persona imposible de resocializar, que, por lo tanto, debe ser aislada de la sociedad con el objetivo de evitar que reincida con el fin último de proteger a la sociedad y a sus miembros individualmente considerados¹⁰. Por lo tanto, se debe ocupar del carácter de incorregibles que afirma poseen las personas que cometen cierto tipo de delitos en contra de menores de 14 años o de menores de edad con discapacidad física y/o mental.

⁹ *Gaceta del Congreso, Año xviii, Núm. 80, 25 de febrero de 2009, p. 26. Aunque se hace mención a “función resocializadora de la pena” lo cierto es que debe entenderse que se hace mención al “fin” resocializador de la pena. En efecto, no es lo mismo el plano del ser, función, que el del deber ser, fin. Sobre la confusión terminológica ver Merton (1964: 30 y ss.).*

¹⁰ *Debe mencionarse que el 23 de abril de 2009 fue aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes un texto modificado de la pregunta que habría de someterse a referendo. En concreto, el cambio consistía en el cambio de la expresión “procederá la pena de prisión perpetua” por “procederá hasta la pena de prisión perpetua” Gaceta del Congreso, Año xviii, Núm. 243, 27 de abril de 2009, p. 9. Así, el cambio consistía en que con la redacción original al legislador, al momento de realizar los cambios requeridos para adaptar la legislación a la modificación constitucional, no tenía opción distinta a establecer como única pena imponible la de prisión perpetua y se eliminaba, además, cualquier discrecionalidad al juez al momento de condenar. Entonces, el juez solo debería ocuparse de decidir si en el caso en concreto existían o no elementos probatorios suficientes para declarar al procesado responsable y si los había la pena a imponer sería la de prisión perpetua. Por el contrario, con el cambio aprobado se abría la posibilidad de que el legislador estableciera penas de hasta prisión perpetua, es decir, que al juez le habría sido otorgada la facultad de decidir en el caso en concreto el monto de la pena a imponer, que podía ir hasta prisión perpetua, pero que no era de aplicación obligatoria. De todas maneras, en el informe de ponencia previo a la aprobación se seguía repitiendo que la pena no tenía ninguna “función” (fin) de resocialización. Gaceta del Congreso, Año xviii, Núm. 243, 27 de abril de 2009, p. 3. Finalmente, en la Ley 1327 de 2009 quedó la expresión “se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo a la ley”, cambio que, como mencionamos, fue una de las razones por las cuales la Corte Constitucional declaró inconstitucional a esta ley.*

La cuestión que surge es por qué solo son consideradas como irresocializables las personas que cometen ciertos delitos en contra de menores de 14 años de edad o de menores de edad con discapacidad física y/o mental, mientras que quienes cometen iguales delitos en contra de personas con edades entre 14 y menos de 18 años sin discapacidad física y/o mental o de mayores de 18 años con o sin discapacidad física y/o mental no son estimados como incorregibles. Si bien esta afirmación no se hizo de manera expresa, lo cierto es que no puede entenderse de otra manera a la Ley 1327 de 2009 porque hace depender la incorregibilidad de un delincuente de la edad o condición física y/o mental de la víctima.

En efecto, sin estar de acuerdo con la cadena perpetua, ¿no debería haberse planteado la prisión de por vida para todos los casos de delitos sexuales y violentos sin valoraciones sobre la edad o condición física o mental de la víctima? ¿No es acaso misión del Estado proteger a todas las personas? En igual sentido ¿cuál es el fundamento para hacer depender la incorregibilidad del agresor de la edad o condición física y/o mental de la víctima?

Por ende, de acuerdo al razonamiento expuesto tácitamente en la Ley 1327 de 2009, si una persona agrede a un menor de 14 años o a un menor de edad con discapacidad física y/o mental es incorregible, pero si ataca a una persona de 14 años y 1 día de edad sin discapacidad física y/o mental sí es resocializable, lo cual, evidentemente, carece de sentido. Ciertamente es que las leyes fijan marcos temporales con consecuencias jurídicas radicales. Así, por ejemplo, a un individuo que tenga 17 años, 11 meses y 29 días de edad cuando comete un delito, le corresponde un sistema de responsabilidad distinto al régimen penal ordinario que deberá enfrentar una persona que con 18 años recién cumplidos cometa el mismo delito.

En este caso la ficción de la ley consiste en pretender que al menor de 17 años, 11 meses y 29 días de edad que comete un crimen no se le debe aplicar el mismo régimen sancionatorio que al individuo de 18 años recién cumplidos que ha cometido igual conducta delictiva, por no tener aquel, según la ley¹¹, la misma capacidad mental, madurez mental, etc., que este. Empero, no convence bajo ninguna circunstancia que una diferencia de edad de unos pocos días refleje una capacidad mental distinta que sirva como razón de un tratamiento jurídico diverso. De todas maneras, es de reconocer que este tipo de regulaciones son una

¹¹ *En Colombia, el artículo 33 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece: “Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.”*

necesidad operativa del derecho, so pena de hacer imposible la regulación de diferentes aspectos de la vida social, pero en desacuerdo con la supuesta existencia de agresores incorregibles, irresocializables, etc.,

Independientemente de la denominación que se emplee o de los criterios que se usen para tal propósito, que en este caso estaban determinados en la edad o en la capacidad física y/o mental de la víctima, debido a que carecen de sustento científico y lo que se percibe es que se llevó a cabo una instrumentalización de la consideración social actual sobre la naturaleza virtuosa e inocente de los menores de edad para tratar de darle sustento a dicha noción de incorregibilidad.

En consecuencia, el uso de la teoría de prevención especial negativa como sustento de la Ley 1327 de 2009 no es convincente y debe ser descartado.

El depredador sexual

En el apartado anterior se explicó porque la prevención especial negativa no es un argumento satisfactorio como justificación de la Ley 1327 de 2009 y así mismo se puso de presente su evidente contradicción con otra de las razones invocadas como motivo de dicha ley, la incorregibilidad del delincuente sexual, ahora nominado como *depredador sexual*. Este sobrenombre tiene su origen en EE.UU. y sus antecedentes están en el confinamiento civil (Civil commitment), que es el internamiento hospitalario en contra de la voluntad del paciente que ha existido desde el siglo XVIII y que desde sus orígenes ha tenido como fines tanto el amparo de las personas objeto del mismo como la protección de la sociedad y sus miembros frente a ciudadanos valorados como peligrosos y que, por ende, deben estar separados del colectivo, aunque es el último propósito el que ha venido tomando un lugar predominante en la práctica.

Interesa el confinamiento civil en la medida que su uso, a partir de la década del 90 del siglo XX, ha estado fuertemente ligado a los individuos que han sido denominados como *depredadores sexuales*, lo cual tiene una relación evidente con el discurso sobre la incorregibilidad de las personas que cometen delitos sexuales en contra de menores de edad, pretexto que fue empleado como sustento de la Ley 1327 de 2009. Si bien en esta ley no se proponía la implementación del confinamiento civil, se insiste, en sí; se usaban elementos justificativos del mismo relacionados con la supuesta incorregibilidad y peligrosidad de cierto

tipo de delinquentes, motivo por el cual se considera que es relevante conocer de manera general sus antecedentes.

En lo que concierne a los delinquentes sexuales, si bien ellos habían venido siendo objeto de confinamiento civil desde los años 30, durante las décadas del 60 y 70, en muchos de los estados de EE.UU. se dejaron de aplicar las leyes que los sustentaban o fueron derogadas como consecuencia de críticas que demostraban que el “etiquetamiento de estos delinquentes como sicópatas sexuales carecía de mérito científico, el tratamiento era inefectivo y la predicción era sospechosa” (Rudolph, 2004, p. 363) y porque “ofendían sensibilidades culturales y judiciales”, pues en “la era postguerra especialmente, se pensaba que las medidas que involucraran detención ilimitada tenían más resonancia con sociedades totalitarias que con sociedades democráticas” (Pratt, 2007, p. 98).

Pese a ello, el tema de los delinquentes sexuales tuvo un reauge en su valoración como conflicto social grave en la década del 80 como consecuencia de la acción de diversos movimientos sociales en los 70, que estaban orientados hacia la “promoción y la protección de los derechos de las minorías raciales, mujeres, homosexuales y víctimas de delitos” (Petrunik & Deutschmann, 2008, p. 503), que tuvieron aliados en las profesiones relacionadas con el cuidado de menores (Pratt, 2009, p. 69).

De esta manera, mientras dichos movimientos “jugaron un papel en el incremento del conocimiento del derecho a la integridad corporal y la responsabilidad de la sociedad para asegurar la seguridad de sus miembros más débiles, la descripción hecha por el ala radical de este movimiento de las relaciones sexuales involucrando diferencias en poder y estatus como una trasgresión promovió legislación en asalto sexual, pornografía y explotación sexual de menores” (Petrunik y Deutschmann, 2008b, p. 503).

Además, durante los años 80 hubo en EE.UU. un movimiento dirigido específicamente a la protección de los niños que se enfocaba “en los casos de incesto y atribuía el abuso sexual principalmente a padres, padrastros o abuelos de las víctimas,” aunque “estos delinquentes eran percibidos como tratables” (Roberts *et al.*, 2003, p. 131). De tal suerte, la sociedad prestaba de nuevo atención a las agresiones sexuales en contra de los menores de edad, pero con algunos cambios en la perspectiva.

Ahora, en lo que respecta a la imagen del agresor, pasó de ser considerado como una persona perteneciente al círculo cercano del menor, de su familia inmediata, a ser visto como

un extraño al acecho y la conducta pasó de ser estimada como “inmoral (pero tratable)” a ser juzgada como una “incurable y peligrosa perversión” que era “frecuentemente promovida por grupos organizados (anillos) de pedófilos” (Roberts *et al.*, 2003, p. 132), por “grupos grandes de hombres prominentes en posiciones de confianza y poder” (Pratt, 2009, p. 70). Así mismo, el abuso sexual pasó de ser concebido como un problema que “era más propiedad de individuos disfuncionales o familias incestuosas” a ser uno “que podía ocurrir en familias aparentemente normales” (Pratt, 2009, p. 70).

En este cambio influyeron decididamente los reportajes desmedidos en número y en detalles sobre la comisión de conductas de agresión sexual en contra de menores en donde además la víctima no solo era abusada sexualmente sino también asesinada. Empero, este patrón no es novedoso, pues ya se había presentado en relación con las leyes de psicópatas sexuales expedidas en la década del 30 del siglo XX en EE. UU., que fueron promulgadas como consecuencia del estado de miedo que surgió como consecuencia de unos “pocos crímenes sexuales serios cometidos en una rápida sucesión” (Sutherland, 1969, p. 75) y de la información de los medios sobre la cacería de los agresores.

El efecto descrito se puede ver más recientemente en la que es conocida como la primera de las leyes modernas de delincentes sexuales: la Ley de protección de la comunidad del Estado de Washington de 1990. Esta norma fue expedida como consecuencia de la brutal agresión sexual y física, y posterior homicidio del que fue víctima un menor de siete años (Pratt, 2007, p. 98; Ra, 2007, p. 336), del conocimiento detallado sobre la forma de su comisión y del pasado criminal del agresor. Dentro de la ley citada se incluyeron medidas ya conocidas como el registro de delincentes y otras completamente novedosas, como la notificación a la comunidad de la liberación de un delincente sexual (Matson & Lieb, 1996, p. 1).

Del mismo modo, en lo que respecta al confinamiento civil, la Ley de protección de la comunidad del Estado de Washington de 1990 indicaba que existía un “grupo pequeño pero extremadamente peligroso de depredadores sexuales violentos —sexually violent predators—” que no tenían una “enfermedad mental o defecto que los hiciera apropiados para la ley existente de tratamiento involuntario,” que estaba pensada para ser un sistema de confinamiento civil “para proveer tratamiento de corto término a individuos con desórdenes mentales serios y entonces retornarlos a la comunidad”. En contraste con las personas apropiadas para el confinamiento civil, los depredadores sexuales violentos

generalmente tenían “desórdenes de personalidad y/o anormalidades mentales” que no eran “susceptibles a las modalidades de tratamiento de enfermedades mentales existentes” y estas condiciones hacían probable que se involucraran en la comisión de conducta sexual violenta.

Los confinamientos en contra de depredadores sexuales violentos fueron objeto de control por parte de la Corte Suprema de los EE.UU., que en varias decisiones los respaldó. Así, en la *Supreme Court of the United States, Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997) se juzgó el confinamiento de una persona bajo la Ley del depredador sexual violento de 1994 del Estado de Kansas (Sexually Violent Predator Act 1994), que era muy parecida a la Ley de protección de la comunidad del Estado de Washington de 1990.

La Ley del depredador sexual violento de 1994 del Estado de Kansas establece el confinamiento de “cualquier persona que ha sido convicta o acusada de un crimen de violencia sexual y que sufre de una anormalidad mental o de un desorden de personalidad que hace que la persona probablemente se involucre en actos predatorios de violencia sexual” (The Kansas Statutes, Chapter 59.--PROBATE CODE, Article 29a02(a)).

La ley de Kansas señala que la anormalidad mental es una “condición congénita o adquirida que afecta la capacidad emocional o volitiva que predispone a la persona para cometer delitos sexuales violentos en un grado tal que esa persona constituye una amenaza para la salud y seguridad de otros” (The Kansas Statutes, Chapter 59.--PROBATE CODE, Article 29a02(b)).

En virtud de la ley, LeRoy Hendricks, un interno que tenía una larga historia de delincuencia sexual en contra de niños y que iba a ser liberado poco tiempo después de que entrara en vigencia la ley de Kansas, fue confinado. LeRoy Hendricks se opuso a este confinamiento y la Corte Suprema de Kansas consideró que la ley violaba el debido proceso federal constitucional (Due process), la prohibición de no ser dos veces juzgado por el mismo hecho (Double jeopardy) (*Non bis in idem*) y el principio de irretroactividad de la ley penal (Ex post facto clauses) (Alexander Jr., 2004, p. 365 y 366). Sin embargo, la Corte Suprema de EE.UU. Juzgó que si bien existía la libertad como derecho constitucionalmente protegido, la misma podía ser desconocida incluso en un contexto civil cuando una persona era incapaz de controlar su conducta y por ende representaba un peligro para la salud y seguridad públicas (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997), p. 357.).

La Corte Suprema de EE.UU. también indicó que en ocasiones anteriores ya se habían respaldado leyes de confinamiento civil, siempre y cuando proveyeran adecuados estándares de procedimiento y evidencia, por lo que no podía afirmarse que el “confinamiento civil involuntario de una subclase limitada de personas peligrosas” fuera contrario a “su entendimiento de la libertad ordenada.” En igual sentido, la Corte Suprema de EE.UU. sostuvo que la ley exigía prueba de algo más que una simple disposición a la violencia debido a que se requería “evidencia de conducta sexual violenta pasada y una condición mental presente” que creaba “una probabilidad de tal conducta en el futuro” si tal persona no era incapacitada (Ibídem, pp. 357 y 358).

Otro aspecto de importancia lo constituía la denominación de la discapacidad mental: Hendricks había manifestado que la expresión *anormalidad mental* (*Mental abnormality*), acuñada por el legislador de Kansas, no era equivalente a la locución *enfermedad mental* (*Mental illness*), expresión propia de la comunidad psiquiátrica, es decir, que el vocablo usado en la ley de Kansas no tenía ningún respaldo científico. Empero, la Corte Suprema de EE.UU. indicó que no solo “los psiquiatras amplia y frecuentemente” discordaban sobre lo que constituía una enfermedad mental (*Supreme Court of the United States, Kansas v. Hendricks, 521 U. S. 346 (1997), pp. 359.*), sino que la misma Corte había usado diversas expresiones para describir la condición mental de aquellos que debían ser objeto de confinamiento civil (Ibídem) y que nunca habían exigido a los legisladores estatales adoptar una “nomenclatura en la redacción de las leyes de confinamiento civil” (Ibídem), por lo que los Estados habían desarrollado “numerosos términos especializados para definir conceptos de salud mental” y que “frecuentemente aquellas definiciones no encuadraban con las definiciones empleadas por la comunidad médica” (Ibídem) e, incluso, variaban “sustancialmente de sus contrapartes psiquiátricas” (Ibídem).

Entonces, las leyes de confinamiento civil establecían criterios relacionados con la inhabilidad de una persona para controlar su peligrosidad y eso pasaba en la ley de Kansas, a lo que había que agregar que Hendricks, según la Corte Suprema de EE.UU., satisfacía tales criterios, pues había sido diagnosticado como enfermo de pedofilia y él mismo había aceptado que no podía controlar su necesidad de abusar de niños, lo que lo distinguía “de otras personas peligrosas que quizá eran mejor manejadas exclusivamente a través de procedimientos penales” (Ibídem, p. 360).

Sobre este aspecto debe señalarse que se ha puesto de presente con razón que no tiene sentido sostener que “una persona es responsable por sus actos durante su término de prisión y luego determinar que ella es incapaz de controlarse después de que dicho término ha sido completado” (Morgan, 2006, p. 1017). Lo anterior también lleva a concluir que una persona que se estime que debe ser objeto de confinamiento, debería haber sido recluida en una institución mental desde el principio y no puesta en prisión, porque no se entiende cómo una condición mental que permite al Estado la posibilidad de mantener a una persona confinada por el resto de su vida¹² no tenga ninguna incidencia en la adjudicación de responsabilidad penal, es decir, como una condición mental que le impida a tal persona ser considerada completamente responsable de sus actos.

En lo que respectaba a la prohibición de no ser dos veces juzgado por el mismo hecho y el principio de irretroactividad de la ley penal, la Corte Suprema de EE.UU. manifestó que, bajo el argumento de Hendricks, aquellos tendrían que ser aplicados por ser, según este, el confinamiento civil un procedimiento penal. Sin embargo, la Corte Suprema de EE.UU. aseveró que la naturaleza civil o penal de un procedimiento particular era un asunto de “construcción reglamentaria” en el que debía determinarse si el legislador había querido “establecer procedimientos civiles”, lo cual se podía apreciar en la intención del legislador (*Supreme Court of the United States, Kansas v. Hendricks, 521 U. S. 346 (1997), p. 361.*), tal como ocurría en el caso de la ley de Kansas, que no había sido ubicada dentro del Código Penal y que no tenía nada que sugiriera que el legislador había buscado “crear algo distinto que un esquema de confinamiento civil diseñado para proteger al público del daño” (Ibídem).

La Corte Suprema de EE.UU. reconoció que la denominación como civil de un procedimiento no era siempre suficiente, por lo que se podía rechazar la intención manifestada por el legislador solo cuando quien desafiaba la ley aportara pruebas claras de que la misma era tan punitiva, bien en propósito o efecto, como para negar la intención del Estado de considerarla civil (Ibídem), cosa que Hendricks no hizo, según la Corte.

En esta línea, la Corte Suprema de EE.UU. señaló que la ley de Kansas no podía ser considerada de naturaleza

¹² Si bien se mencionó que existe una revisión anual y otras opciones para que el confinado sea liberado también es cierto que este puede pasar en confinamiento el resto de su vida si anualmente el Estado demuestra que se siguen dando las condiciones que justificaron el confinamiento original.

penal porque no implicaba ninguno de los objetivos primarios del castigo criminal: retribución (Retributive view o just deserts) y disuasión (Prevención general negativa (deterrence)). No era retributiva porque no fijaba la culpabilidad por una conducta criminal previa, que solo era usada “con propósitos probatorios, bien para demostrar que una ‘anormalidad mental’ existía o “para apoyar un hallazgo de peligrosidad futura”. Tampoco se requería en el confinamiento civil ningún elemento de conocimiento y voluntad (*scienter*) de la realización de cierta conducta sino que el confinamiento se basaba en la “anormalidad mental” o en el “desorden de personalidad” en lugar de la intención criminal de alguien (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997), p. 362).

La Corte Suprema de EE.UU. sostuvo que el confinamiento tampoco podía ser estimado como disuasorio, debido a que las personas que eran confinadas de acuerdo a esta ley sufrían una “anormalidad mental o desorden de personalidad” que evitaba que ellos ejercieran un control adecuado sobre su conducta. Tales personas eran, por lo tanto, “improbables de ser disuadidas por la amenaza del confinamiento” y las condiciones que rodeaban al confinamiento no sugerían “un propósito punitivo por parte del Estado” (Ibidem, pp. 362 y 363.), como quiera que las situaciones a las que se veía expuesto el sujeto confinado no eran las propias de los prisioneros, sino las de cualquier paciente confinado involuntariamente en una institución mental estatal (Ibidem, p. 363).

La Corte Suprema de EE.UU. consideró que tampoco el carácter potencial de indefinición en el tiempo que poseía el confinamiento civil lo hacía de naturaleza penal, toda vez que anualmente el Estado, si deseaba prolongarlo, debía probar más allá de toda duda que la persona satisfacía los mismos estándares requeridos para el confinamiento inicial (Ibidem). Además, el hecho de que existieran algunas salvaguardas procesales propiamente penales en el confinamiento civil no transformaba su naturaleza sino que demostraba que se había tomado gran cuidado “para confinar solo a una estrecha clase de individuos particularmente peligrosos” y solo después de que se satisficieran “los estándares procesales más estrictos” (Ibidem).

Finalmente, la Corte Suprema de EE.UU. afirmó que incluso aceptando que no existiera tratamiento para los depredadores sexuales violentos, “bajo las circunstancias apropiadas y acompañada de procedimientos adecuados”, la incapacitación podía “ser un fin legítimo de la ley civil”,

pues sería “de poco valor requerir el tratamiento como precondition para confinamiento civil del peligrosamente demente” cuando no existía ningún tratamiento aceptable. Entonces, “concluir de otra manera obligaría al Estado a liberar ciertos individuos confinados que fueran mentalmente enfermos y peligrosos” simplemente porque no podían ser tratados de sus aflicciones (Ibidem, pp. 365 y 366.). Todo lo expuesto llevó a la Corte Suprema de EE.UU. a concluir que los reclamos de Hendricks en relación con la prohibición de no ser dos veces juzgado por el mismo hecho y el principio de irretroactividad de la ley penal carecían de un prerrequisito esencial, pues él no había demostrado que se estaba en presencia de una medida penal, por lo que no podía hacerse ninguna valoración sobre tales reclamos.

Luego, la Corte Suprema de EE. UU., en *Kansas v. Crane* (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002).), agregó un tercer elemento a los dos ya expuestos en *Kansas v. Hendricks*¹³ y que consistía en que debía sufrirse de una inhabilidad que hiciera “difícil, si no imposible, a la persona [peligrosa] controlar su conducta peligrosa”. La palabra “dificultad” indicaba que la falta de control a la que la Corte se refería “no era absoluta” (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002), p. 411.). Así, la Corte mencionó que en el caso de *Kansas v. Hendricks* uno de sus aspectos distintivos consistía en “una especial y seria falta de habilidad para controlar la conductas,” pero al reconocer este hecho no se le daba a la frase “falta de control” un “significado particularmente estrecho o técnico” (Ibidem, p. 413.).

Por lo tanto, en aquellos casos en los que tal falta de control fuera uno de los asuntos en disputa, la “inhabilidad para controlar la conducta” no sería demostrable con precisión matemática, pero debía “haber prueba de una seria dificultad en controlar la conducta”. Esta seria dificultad de controlar la conducta mirada en relación con “aspectos del caso como la naturaleza del diagnóstico psiquiátrico y la severidad de la anormalidad mental misma”, debía ser suficiente para distinguir al delincuente sexual peligroso, cuya enfermedad, anormalidad o desorden mental de naturaleza seria lo hacía sujeto de confinamiento civil, “del –delincuente– peligroso pero típico reincidente condenado en un proceso penal ordinario” (Ibidem).

¹³ Los dos elementos son: en primer lugar que la persona que ha sido convicto o acusado de un crimen de violencia sexual sufra de una anormalidad mental o de un desorden de personalidad, y en segundo lugar, que esta condición haga que la persona probablemente cometa en el futuro actos de violencia sexual.

Sin embargo, en su salvamento de voto en *Kansas v. Crane*, el juez Antonin Scalia¹⁴ señaló que el requerimiento de la dificultad en el control de la conducta del sujeto objeto del confinamiento no podía ser considerado como un elemento adicional, en el entendido de que precisamente la anormalidad mental o el desorden de personalidad que causaban la probabilidad de que existiera reincidencia en el delito sexual violento “establecían por sí mismos el requisito de la ‘dificultad o imposibilidad’ del control de la conducta” (Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002), pp. 419 y 420.), valoración con la que se está de acuerdo, a pesar de considerarla innecesaria.

Pero la inclusión de este tercer elemento, estima la fórmula de quién debe ser considerado como depredador sexual violento, de acuerdo a las sentencias *Kansas v. Hendricks* y *Kansas v. Crane*, puede ser planteada así: cualquier persona que ha sido convicta o acusada de un crimen de violencia sexual y que sufra de una anormalidad mental o de un desorden de personalidad que dificulte su capacidad para controlar su conducta predatoria sexual violenta, lo que hace probable que se involucre en la comisión de tal tipo de comportamiento.

En el mencionado salvamento de voto en *Kansas v. Crane*, el juez Antonin Scalia sostuvo que de la posición esgrimida por la Corte en esta sentencia, en relación con la inhabilidad para controlar la conducta, es decir, del tercer requisito para imponer una medida de confinamiento, surgía la siguiente pregunta: *¿cuál era el grado de inhabilidad para controlar la conducta que la naturaleza del diagnóstico psiquiátrico y la severidad de la anormalidad mental requerían en un caso en concreto?* De manera más específica, el interrogante consistía en cómo se instruiría a un jurado al respecto: “¿Sería un porcentaje (“Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a... bajo la Ley del depredador sexual violento solo si encuentran, más allá de toda duda razonable, que él es 42% incapaz de controlar su inclinación por la violencia sexual”)? ¿O una proporción de frecuencia (“Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a... bajo la Ley del depredador sexual violento solo si encuentran, más allá de toda duda razonable, que él es incapaz de controlar su inclinación por la violencia sexual 3 de 10 veces”)? ¿O simplemente un adverbio (“Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a... bajo la Ley del depredador sexual violento solo si encuentran, más allá de toda duda razonable, que él es perceptiblemente o

moderadamente o substancialmente, o casi totalmente incapaz de controlar su inclinación por la violencia sexual”)?” (Ibídem, pp. 423 y 424.). De tal suerte, el juez Scalia se declaraba insatisfecho con tal exigencia por la imposibilidad de precisar cuál era el grado, nivel, etc., requerido de inhabilidad para controlar la conducta que permitiría servir como sustento para la imposición del confinamiento, es decir, con el grado de probabilidad exigible para determinar que una persona se involucraría en la comisión de una conducta predatoria sexual violenta que justificara la imposición del confinamiento.

Por esta parte, se está de acuerdo con esta censura, aunque se reflexiona que los problemas del confinamiento van más allá de este problema. Entonces, solo existe un criterio claro para su imposición: la condena o acusación por un delito sexual violento previa a la solicitud de confinamiento. Los demás criterios no son precisos y permiten una discrecionalidad que estimamos muy cercana a la arbitrariedad. En efecto, el fundamento científico del confinamiento civil de depredadores sexuales para determinar la probabilidad de que en el futuro el confinado va a cometer delitos sexuales violentos es bastante discutible.

En la misma línea, se había señalado que la fórmula de quién es considerado como depredador sexual violento puede ser planteada así: cualquier persona que ha sido convicta o acusada de un crimen de violencia sexual y que sufra de una anormalidad mental o de un desorden de personalidad que dificulte su capacidad para controlar su conducta predatoria sexual violenta, lo que hace probable que se involucre en la comisión de tal tipo de comportamiento. De tal suerte, la anormalidad mental o desorden de la personalidad está determinada por la comisión del delito sexual y no constituye por sí misma un elemento que aporte verdaderamente algo a la definición.

Lo mismo ocurre con el elemento “probabilidad”, pues, al margen de los problemas anotados sobre cómo determinar el grado requerido de ella, su presencia se verifica simplemente con el hecho de que se hayan cometido previamente delitos sexuales. En tal sentido son ejemplares las palabras de la juez Shirley Abrahamson de la Corte Suprema de Justicia de Wisconsin, que en su salvamento de voto a la sentencia *Wisconsin v. Post* (citada por Zander, 2005), fallo en el que se apoyó la constitucionalidad de la Ley de depredadores sexuales violentos de Wisconsin, referida como capítulo 980, declaró:

¹⁴ A este salvamento de voto se adhirió el juez Clarence Thomas.

Pero un reconocimiento de que la enfermedad mental o el neologismo 'componente de condición mental' puedan ser definidos en más de una manera apenas sugiera que la enfermedad mental puede ser definida como el estado deseado. Si el umbral constitucionalmente prescrito no tiene un núcleo de significado y puede decir cualquier cosa, entonces significa nada (...) Finalmente, 'desorden mental' es definido (...) no en términos de enfermedad mental, trastorno mental o defecto mental, sino en términos de predisposición a delitos sexuales. De acuerdo al capítulo 980 'desorden mental' es 'una condición congénita o adquirida que afecta la capacidad emocional o volitiva que predispone a la persona a involucrarse en actos de violencia sexual'. Como quiera que cada una de esas condiciones es necesariamente congénita o adquirida y como quiera que 'la capacidad emocional o volitiva' simplemente describe el proceso de toma de decisión que afecta cómo la gente actúa, el desorden mental (...) no significa nada más que una predisposición para involucrarse en actos de violencia sexual. Así, el capítulo 980 intenta crear un desorden mental que autoriza el confinamiento perpetuo basado no en una enfermedad mental sino en crímenes pasados sobre los cuales el futuro confinado ya ha cumplido la sentencia proferida. Esta definición es completamente circular: el 'desorden mental' de un futuro confinado se deriva de los delitos sexuales pasados, que, así mismo, son usados para establecer una predisposición para cometer en el futuro delitos sexuales (p. 25).

De esta manera, es forzoso concluir, según se ha explicado, que el confinamiento civil de depredadores sexuales violentos está diseñado como una sanción adicional por la comisión de un delito sexual¹⁵ y constituye una violación al *non bis in idem*, porque se castiga dos veces por la misma conducta: en primer lugar se impone una pena legítima (sanción penal) como consecuencia de la comisión de un delito, pero una vez cumplida se aplica un segundo castigo (ilegítimo), independientemente del nombre que se le dé (medida, confinamiento, etc.), que está fundamentado realmente en la comisión de la conducta que causó la imposición de la primera pena

¹⁵ Debemos insistir en que no deja de causar extrañeza cómo la anormalidad mental o el desorden de personalidad que causa una dificultad en el control de la conducta propia, lo que a su vez se transforma en la probabilidad de la comisión de una conducta predatoria sexual violenta, no tiene ninguna incidencia a la hora de juzgar la responsabilidad penal del autor de tal delito (que sería, de manera general, favorable al procesado en el entendido de que no era competente cuando cometió el delito), pero sí cuando aquel está a punto de ser liberado por cumplir la pena que le ha sido impuesta (en este caso desfavorable, como quiera que se usa para la imposición del confinamiento civil).

y se refuerza discursivamente con la protección de los niños, ciudadanos, comunidad, etc., frente a ciudadanos supuestamente incorregibles.

La incorregibilidad del delincuente sexual¹⁶ planteada actualmente en el "depredador sexual" y la posibilidad de vaticinio sobre la comisión de delitos sexuales carecen de respaldo científico y se trata solo de opiniones basadas en la intuición, en percepciones personales¹⁷. Es decir, lo que se propone en el discurso censurado es que existe la posibilidad científica de pronosticar la conducta criminal de una persona, cuando lo cierto es que ningún área de la ciencia¹⁸ está en capacidad de proporcionar un pronóstico en tal sentido y tal predicción está fundada en elementos indefendibles científicamente, en la verbigracia y la intuición.

Precisamente, debido a que tales predicciones son indefendibles es que se ha propuesto un discurso pseudocientífico¹⁹ con el fin de darles validez y legitimidad

¹⁶ Aunque mencionamos al delincuente sexual lo cierto es que la crítica es extensiva a todos los tipos de delincuencia. De todas maneras, es sobre el delincuente sexual en donde más planteamientos se han hecho para justificar su incorregibilidad, por lo que constituye un "modelo de referencia" negativo al respecto.

¹⁷ Aunque Nash (2006, p. 88) defiende las técnicas de predicción reconoce que la "predicción no debería ser sobre conjeturas, aunque en gran parte se mantiene más como un arte que como ciencia".

¹⁸ Por la extensión de la materia y por exceder nuestro objetivo de investigación, no podemos ocuparnos del análisis de las diversas técnicas de predicción como son, por ejemplo, el enfoque clínico (basado en la información que el evaluador considera importante) (Slobogin 2007, p. 101), actuarial (se basa en un número finito de variables preidentificadas que estadísticamente se correlacionan al riesgo y que produce una probabilidad definitiva o un rango de riesgo probable) (ibídem), evaluación actuarial ajustada (que comienza con una evaluación actuarial que el profesional luego ajusta basado en factores individualizados no considerados en la fórmula actuarial) (ibídem) o el juicio profesional estructurado (que se basa en una evaluación de un número finito de factores predefinidos que han sido asociados con el riesgo, pero ni los factores ni las conclusiones finales sobre el riesgo son matemáticamente obtenidas) (ibídem). Así mismo, ver Janus y Prentky (2003, p. 11) y Nash (2006, p. 91). Empero, al respecto podemos decir que la crítica sobre la intuición hecha en relación con la incorregibilidad del delincuente es igualmente aplicable al enfoque clínico de predicción. Así mismo, las censuras hechas respecto al elemento "probabilidad" del confinamiento civil son aplicables a los enfoques actuariales. Sobre el predominio que los enfoques actuariales están tomando sobre los enfoques clínicos es importante mencionar que, como apunta Nash (2006, p. 92), se puede explicar en el hecho de que ante un error de predicción si se están empleando métodos actuariales se puede culpar al método, mientras que si se está usando un método clínico la responsabilidad recae en la capacidad profesional (personal) de quien hace el pronóstico. Sobre los métodos actuariales son bastante relevantes las palabras del juez Coyne en su salvamento de voto en la decisión *In re Linehan* ("Linehan I"), 518 N.W.2d 609, 616 (Minn. 1994): "No solo son irrelevantes las estadísticas relacionadas con la conducta violenta de otros, sino que me parece injusto confinar a cualquier persona con sustento no en la conducta previa de la persona sino con sustento en evidencia estadística relacionada con la conducta de otra gente" (citado por Janus y Prentky, 2003, p. 36).

¹⁹ Que ha variado, según se ha visto, con las diferentes versiones de incorregibilidad que se han presentado a lo largo de la historia.

ante la sociedad. Por supuesto, sería más que deseable²⁰ poder anticipar la comisión de cualquier tipo de conducta delictiva²¹, pero la realidad es que tal herramienta no existe. Actualmente es irrazonable adoptar medidas jurídicas basándose en técnicas o métodos de predicción de conducta, según se ha explicado, mucho menos cuando se trata de medidas que determinan la privación de la libertad de los ciudadanos. En definitiva, no existe ningún argumento, razón, teoría, método, etc., que pueda demostrar científicamente la existencia de sujetos incorregibles y los planteamientos que se han hecho al respecto no son más que argumentos circulares cuyo único sustento para la predicción está basado en la comisión previa de delitos de la misma naturaleza de aquellos que se pronostica que supuestamente se cometerán en el futuro. En consecuencia, la categoría social nominada como “depredador sexual” carece de fundamento científico y su uso en el ámbito jurídico debe ser rechazado.

Ya se señaló que en la exposición de motivos de la pretendida reforma constitucional buscada a través de la Ley 1327 de 2009 se señalaba el efecto preventivo de la cadena perpetua sobre las personas que pretendieran cometer delitos en contra de los menores de edad, y cómo en ese discurso luego se sostenía que era imposible la resocialización de las personas condenadas por tales delitos. Justamente fue esta línea argumentativa la que llevó al análisis del confinamiento civil de depredadores sexuales, porque si bien en el caso objeto de análisis no se trataba del establecimiento de tal medida²², lo cierto es que el discurso que rodea al confinamiento civil representa un cuerpo argumentativo de análisis de especial valía, debido a que proporciona una visión amplia sobre el fenómeno de la criminalidad sexual, de los delincuentes sexuales y de los mecanismos que se plantean para enfrentarlos.

En este sentido, se evidenció cómo el discurso sobre la incorregibilidad de las personas que cometen delitos sexuales y las medidas draconianas para enfrentarlas no es novedoso y responde a ciclos de preocupación social que son generados por el cubrimiento informativo abundante

²⁰ Como señala Nash (2006, p. 93) quienes se dedican al campo de la predicción “operan en un clima de alta expectativa pública y hasta cierto punto se sugiere que ellos pueden ‘manejar’, si no solucionar, el problema”.

²¹ Tal y como ocurre, por ejemplo, en la película *Minority report*, cuyo sistema de predicción, sin embargo, terminó siendo un fiasco.

²² Debemos advertir que en Colombia la Ley 1306 de 2009, artículo 20, establece el internamiento de personas con discapacidad mental absoluta cuando sea imprescindible para la salud y terapia del paciente o por tranquilidad y seguridad ciudadana, internamiento que es una medida temporal que no excederá de un (1) año, pero podrá ser prorrogada indefinidamente por lapsos iguales, de acuerdo al artículo 23 de esta ley.

por parte de los medios de comunicación sobre la ejecución de conductas delictivas sexuales violentas (Velandia, 201, pg. 19).). En este ciclo de preocupación es característico que un delito sexual especialmente dramático por su modo de ejecución o por la naturaleza, estado o condición de la víctima se convierta en el modelo de referencia en cuanto a informaciones sobre casos posteriores, ciclo de preocupación social que es adicionalmente impulsado por políticos que plantean la adopción de medidas más drásticas para enfrentar tal tipo de comportamientos criminales. En el ciclo actual, la prédica se enfoca nuevamente en los delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, tal y como se ha expuesto en relación con la Ley 1327 de 2009.

En definitiva, el discurso expuesto en relación con la Ley 1327 de 2009 sobre el poder disuasorio de la cadena perpetua en potenciales delincuentes sexuales en contra de menores de edad es indefendible por varias razones: en primer lugar porque existen muchas evidencias sobre el escaso poder disuasorio de la pena que desvirtúan los planteamientos de la teoría de la prevención general negativa. Incluso si se acepta que sí existe un poder disuasivo, lo cierto es que este depende no del monto de la pena sino de la efectiva persecución, procesamiento y condena penales de los responsables de la comisión de delitos.

Sin embargo, en el caso colombiano, según las cifras presentadas en la exposición de motivos, solo el 20% de los delitos sexuales y violentos en contra de menores de edad son denunciados y de este 20% solo el 10% terminan con sentencia condenatoria, es decir, del total de estos crímenes solo el 2% de sus autores son condenados. Por ende, inclusive si se acepta que el establecimiento de la pena perpetua sí tiene un poder disuasorio este se vería muy disminuido por la baja tasa de denuncia, juzgamiento y condena de los responsable de la delincuencia violenta y sexual cometida en contra de menores de edad.

En segundo lugar, si se acepta que la cadena perpetua tiene un poder disuasorio, es contradictorio afirmar que quienes son autores de delitos violentos y sexuales no pueden ser resocializados, porque si son incorregibles no tendría ningún sentido hablar del poder disuasivo de la cadena perpetua, ya que una persona incorregible no puede ser influenciada de ninguna manera ni por ningún estímulo, sanción, amenaza, etc.

En tercer y último lugar, no existe ningún argumento, razón, teoría, método, etc., que pueda demostrar científicamente la existencia de sujetos incorregibles y

los planteamientos que se han hecho al respecto no son más que argumentos circulares cuyo único sustento para la predicción está basado en la comisión previa de delitos de la misma naturaleza de aquellos que se pronostica que supuestamente se cometerán en el futuro. En conclusión, dichas posturas no pueden ser empleadas en el campo jurídico en general y mucho menos en el ámbito jurídico penal, debido a que esta área tiene las sanciones más drásticas por parte del derecho y, en consecuencia, sus medidas deben estar fundamentadas en el conocimiento científico.

Referencias

- Freeman, J. et al. «The self-reported impact of legal and non-legal sanctions on a group of recidivist drink drivers» [en línea]. *Transportation Research Part F*, 2006, 9, pp. 53-64. Recuperado de www.elsevier.com
- Garofalo, R. (1912) *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*. Traducción de Pedro Borrajo. Madrid, Daniel Jorro.
- Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 243, 27 de abril de 2009, p. 37.
- Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 80, 25 de febrero de 2009, p. 15.
- Gaceta del Congreso, Año XVIII, Núm. 467, 9 de junio de 2009, p. 7.
- Husak, D. N. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. New York, Oxford, 2008.
- Jakobs, G. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Janus, E. & Prentky, R. «Forensic use of actuarial risk assessment with sex offenders: accuracy, admissibility and accountability». *American Criminal Law Review*, 2003, 1443, pp. 1-59.
- Ley 1327 De 2009. Recuperado de <http://colombia.justitia.com/nacionales/leyes/ley-1327-de-2009/gdoc/>
- Matson, S. & Libeb, R. (1996) «Sex Offender Community Notification: A Review of Laws in 32 States» Recuperado de <http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/96-04-1101.pdf>
- Morgan, A. (2006) «Civil confinement of sex offenders: New York's attempt to push the envelope in the name of public safety». *Boston University Law Review* 2006, Vol. 86, pp. 1001-1035. Recuperado de <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/>
- Nash, M. (2006) *Public Protection and the Criminal Justice Process*. Oxford, Oxford Publishing Press.
- Petrunik, M & Deutschmann, L. (2008) «The Exclusion Inclusion Spectrum in State and Community Response to Sex Offenders in Anglo-American and European Jurisdictions» *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, October, Volume 52, Number 5, pp. 499-519. Recuperado de <http://ijo.sagepub.com>
- Pratt, J. (2007). *Penal populism*. Londres, Routledge.
- Pratt, J. (2009). «From Abusive Families to Internet Predators? The Rise, Retraction and Reconfiguration of Sexual Abuse as a Social Problem in Canada». *Current Sociology*, Vol. 57 (1), pp. 69-88. Recuperado de <http://csi.sagepub.com>
- R, E. P. (2007) «The civil confinement of sexual predators: a delicate balance» *St. John's Journal of Legal Commentary*, Volume 22, Issue 1, pp. 335-372. Recuperado de <http://www.stjohns.edu/media/3/c4971a6a01d0421f9af1a3e87258870f.pdf>
- Roberts, J. et al. (2003) *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*. Oxford University Press.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, p. 90.
- Rudolph, A. (2004). «The United States Supreme Court and the Civil Commitment of Sex Offenders» [en línea]. *The Prison Journal*, Vol. 84, Núm. 3, pp. 361-378. Recuperado de <http://tpj.sagepub.com>
- Slobogin, C. (2007) *Proving the unprovable*. New York, Oxford University Press.
- Sexually Violent Predator Act 1994.
- Smith, J. (2002) *Criminal law*. Tenth edition. Londres, Lexis Nexis.
- Spohn, C. (2007). «The Deterrent Effect of Imprisonment and Offenders' Stakes in Conformity» *Criminal Justice Policy Review*, Volumen 18, Núm. 1, pp. 31-50. Recuperado de <http://online.sagepub.com>

Sutherland, E. (1969) «The Difussion of Sexual Psychopath Laws». *En Crime and the Legal Process*.

Chambliss, W. J. (ed.). New York, McGraw-Hill.

Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997).

The Kansas Statutes, Chapter 59.--Probate code, Article 29a02(a).

Velandia, R. (2012). «Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia». URVIO, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, No. 11, pp. 19 a 32. ISSN: 1390-3691. Recuperado de <http://www.flacsoandes.org/urvio/img/RFLACSO-02-U11-Velandia.pdf>

Vagrancy Act, 1824.

Von Liszt, F. (1998). *La idea del fin en el Derecho Penal*. Bogotá, Temis.

Zaffaroni, E. et al. (2000). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Ediar.

Zander, T. (2005) «Civil Commitment Without Psychosis: The Law's Reliance on the Weakest Links in Psychodiagnosis» [en línea]. *Journal of Sexual Offender Civil Commitment: Science and the Law*, 1, pp. 17-82. Recuperado de http://www.soccjournal.org/2005-06/zander_2005