

La construcción social de la realidad. Las ficciones del discurso sobre la impunidad y sus funciones sociales*

The Social Construction of Reality. The Fictions of the Discourse on Impunity and Its Social Functions

[Artículos]

Germán Silva García**

Fecha de recepción: 3 de septiembre del 2021

Fecha de aprobación: 15 de diciembre del 2021

Citar como:

Silva García, G. (2022). La construcción social de la realidad. Las ficciones del discurso sobre la impunidad y sus funciones sociales. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 17(1), 105-123. <https://doi.org/10.15332/19090528.7743>



Resumen

La impunidad puede ser leída como una categoría formal (objetiva) o informal (subjetiva); en Colombia, predomina su concepción en la dimensión subjetiva. A partir de esta premisa, se analiza la construcción social de la realidad del delito, destacando el papel del escándalo y la indignación en ese proceso. Luego, se argumenta que las políticas penales en uso son populistas y se basan en un derecho penal máximo. En dirección opuesta, se avanza una doctrina alternativa basada en la deconstrucción social de los imaginarios fabricados acerca de la criminalidad y el control. Dicha alternativa da lugar a un derecho garantista, coherente con el Estado social de derecho, que controle con eficacia las acciones socialmente divergentes de interés para el sistema de control penal.

* Producto de investigación del Grupo Conflicto y Criminalidad de la Universidad Católica de Colombia, al cual pertenece el autor. El manuscrito es producto del proyecto de investigación: *Fundamentos y transformaciones del poder punitivo*.

** Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona. Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la misma casa de estudios y abogado de la Universidad Externado de Colombia. Es decano de la Facultad de Derecho e investigador del Grupo Conflicto y Criminalidad de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: gsilva@ucatolica.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3972-823X>

Palabras clave: criminología, impunidad, sociología jurídica, construcción social de la realidad, política penal, populismo penal.

Abstract

Impunity may be interpreted as a formal (objective) or informal (subjective) category. In Colombia, it is predominantly understood in its subjective dimension. Based on this premise, this article analyses the social construction of the reality of criminal offenses, highlighting the role of scandal and indignation in the process. It then argues that criminal policies currently in use are populist and are based on a maximum punishment criminal law doctrine. In an opposite sense, an alternative doctrine is envisioned based on the social deconstruction of the fabricated imaginaries of crime and control. This alternative gives rise to a guarantee-based criminal law doctrine, consistent with a social rule of law that effectively restrains socially divergent actions of interest for the criminal control system.

Keywords: criminology, impunity, law and society, social construction of reality, criminal policy, criminal populism.

Introducción

En la vida social pueden ser reconocidas dos dimensiones. La primera objetiva, representada por hechos sociales, fenómenos o, todavía más preciso, acciones sociales. Estas pueden ser verificadas de manera empírica y, en verdad, constituyen lo que debemos llamar la realidad social. Su naturaleza es descriptiva. La segunda dimensión es subjetiva, traducida en juicios de valor, definiciones, interpretaciones sin evidencias de soporte y calificaciones. No tienen un fundamento empírico, ya que son percepciones u opiniones. Su índole es prescriptiva. Al referirnos a la realidad social, como se dijo, los análisis e interpretaciones deberían basarse en los datos provenientes de la dimensión objetiva. Sin embargo, muchas veces, eso no ocurre así. Se edifican “realidades”, de una manera social, esto es, de modo subjetivo, en el transcurso de la interacción social. Esas construcciones de la realidad se presentan como si fueran objetivas.

En lo que concierne a la problemática planteada en este artículo, la construcción social de la realidad es un proceso que acaece, de manera primordial, aunque no única, mediante el uso de recetas o tipificaciones sociales (Schütz, 1962). La tipificación es una fórmula manida o trillada de hacer algo o de interpretar un fenómeno, que se considera útil o apropiada, porque pudo haber funcionado con éxito alguna vez. Las tipificaciones, establecidas con antelación al estudio de la

realidad, se usan para describir e interpretar el mundo real. Pero como han sido seleccionadas antes de examinar u obtener información de la realidad, para que puedan funcionar de manera exitosa, terminan por forzar la realidad para que se adapte a ellas. Lo que contradiga la tipificación, aquello que no coincida con sus elementos y supuestos, en fin, lo que genere incoherencia, sencillamente, es eliminado de la descripción e interpretación de la realidad social. Cuando la realidad es alterada para que encaje en la receta o tipificación, esa nueva realidad es una construcción social.

También las imágenes y el lenguaje son mecanismos apropiados para construir realidades. El lenguaje crea realidades, puesto que las palabras tienen poder (Cohen, 1988). Esto puede ser muy eficaz cuando se hace sin exageraciones que puedan ser con facilidad cuestionadas. En esa línea, se demostró el valor de las palabras para, según la expresión lingüística usada, hacer verdaderos ejercicios de alquimia, donde un mismo acto tenía significaciones sociales y políticas distintas según la palabra elegida para representarlo (Merton, 1992). A su vez, muchas de las imágenes tienen una carga conceptual adyacente, que constituye la llave para crear realidades. Esto suele ser más eficaz, pues, como dice el dicho popular: una imagen vale más que mil palabras. Pero además por las palabras hay que responder, por las concepciones que subyacen a las imágenes por lo general, no. Desde la perspectiva expuesta de la fenomenología, el énfasis se sitúa “en la interpretación de los significados del mundo” (Rizo García, 2015, p. 23). Puesto que la vida social no es más que un mundo ordenado mediante significados compartidos por las personas en la interacción social (Berger y Luckmann, 1991). Y, en esa dirección, juicios de valor, definiciones, interpretaciones sin evidencias y calificaciones, sirven para proveer sentidos que, al no estar fundados en datos empíricos, construyen socialmente la realidad. Aunque ello sucede en todos los escenarios de la vida social, aquí lo relevante será examinar esos procesos respecto de la criminalidad y el control penal.

En los ámbitos antes descritos, el discurso juega un papel clave. Michel Foucault, de modo particular, expuso con propiedad el papel extraordinario que cumplió el discurso en la esfera del derecho a efectos de generar modelos de conocimiento. Entendiendo que el conocimiento, más que saber es, ante todo, poder. Esos modelos de conocimiento en el campo jurídico que emergieron de las prácticas discursivas han gestado construcciones sociales sobre la verdad, con aplicación en las decisiones jurídicas, en particular judiciales (Foucault, 1995).

El derecho, así mismo, es poco ingenioso, pero altamente eficiente, como artefacto para crear realidades. En este caso, simplemente, la realidad es

decretada, y no aceptarlo puede, dentro de ciertas hipótesis, ser sancionado como una falta administrativa o como un delito. Todo lo cual descansa sobre el carácter coercitivo que tiene el derecho, es decir, su capacidad para coaccionar (Lumia, 1989). Pero, además, el derecho “normaliza” o naturaliza situaciones. El formalismo jurídico, pese a todos sus cuestionamientos (Pérez Perdomo, 1978), inclina a las personas a pensar que todo lo que aparece en el derecho no es solo legítimo, sino también verdadero. Una ley de vagos y maleantes, como las que se expidieron en muchos países latinoamericanos en el siglo XX, solo con la fuerza de su capacidad coercitiva, convertía a muchas personas en vagos y maleantes, por ejemplo, por no tener empleo. Y la certeza de ese hecho quedaba comprobada con las sentencias en las que se condenaban a los calificados vagos y maleantes.

Con todo, una de las funciones sociales más importantes de los procesos de construcción social de la realidad radica en que generan la sensación de que en las sociedades reina la impunidad frente al delito. Una función social es una consecuencia social que se abstrae teóricamente de la ejecución o aplicación de una política, institución, norma o práctica social (Silva García, 2013). Las funciones sociales son manifiestas, cuando existe una coincidencia entre el fin que se persigue con una política, institución, norma o práctica social y la consecuencia social acaecida al ser ejecutada o aplicada; latentes, cuando el fin pretendido por una política, institución, norma o práctica social es diferente a la consecuencia social que sobreviene de su ejecución u operación (Merton, 1992). La función es simbólica cuando la política, institución, norma o práctica social no producen, realmente, una consecuencia objetiva, pero sí la sensación de que ella se ha verificado (Gusfield, 1996). En este caso, los procesos de construcción social de la realidad, al estar erigidos en hechos que no son reales, sino productos de juicios de valor e interpretaciones sin evidencias, acarrearán como efecto una función social simbólica, la sensación de imperio de la impunidad.

La impunidad ha sido definida como “ausencia de punición o sanción” e “insatisfacción ante la respuesta represiva exhibida” (Silva García, 2013, p. 172) o, simplemente, como ausencia de castigo (Velandia Montes, 2015b). Empero, de acuerdo con los preceptos penales, es decir, conforme al principio de legalidad, hay *impunidad formal* cuando quiera que ha sido declarada mediante una sentencia ejecutoriada la responsabilidad penal y no ha podido aplicarse la sanción. Y, a la vez, en los usos sociales, la *impunidad informal* aparece referida, de manera subjetiva, a todos aquellos eventos que convocan descontento o insatisfacción con la reacción punitiva (Silva García, 2013). Los procesos de construcción social de la realidad que son analizados han sido orquestados para

producir una sensación de impunidad, de naturaleza informal. La formal, sujeta al rigor jurídico de la garantía del debido proceso, no resulta útil a ese efecto. En cambio, la informal, dada su matriz subjetiva, configurada en el imaginario social, resulta del todo apropiada para tales ejercicios.

El discurso sobre la impunidad en Colombia, como se ha indicado, es producto de un intenso proceso de construcción social de la realidad. Se ha recurrido a toda clase de estrategias con el propósito de comunicar esa idea de supremacía de la impunidad. En los próximos acápites este trabajo abordará esos procesos, indicando sus consecuencias. Ya se señaló cuál era el tipo de función que de manera principal se verificaba y su naturaleza. Con posterioridad, serán propuestas alternativas y opciones con una orientación diferente. Esas alternativas deben ser acordes con un derecho penal garantista, propio de un Estado social de derecho, cuyo objetivo primordial sea tratar y, tal vez, resolver, los conflictos sociales (Pérez Salazar, 2018).

Este trabajo pertenece al ámbito de la criminología (Silva García, Vizcaíno Solano y Ruiz-Rico Ruiz, 2018) o sociología jurídica penal en el contexto de sus orientaciones y producción histórica (Silva García, 2002; Silva García, Llano Franco, Velasco Cano y Vizcaíno Solano, 2019). Ha sido realizado desde la perspectiva teórica que promueve la construcción de un pensamiento de la criminología del Sur Global, acorde con las problemáticas singulares y específicas que enfrentamos (Carrington, Hogg y Sozzo, 2016; Carrington, Dixon, Fonseca, Rodríguez Goyes, Liu y Zysman, 2019; Navas Camargo, 2020; Silva García, Irala y Pérez Salazar, 2020; Irala, 2021; Silva García, Irala y Pérez Salazar, 2022). Esto supone el desarrollo de una visión crítica orientada al cuestionamiento y la transformación de las realidades de la divergencia social de relevancia penal y del control social penal, de lo cual existen varios ejemplos significativos (Dávila, 2008; Gómez Jaramillo, 2018; Carvajal, 2018; Velandia-Montes y Gómez Jaramillo, 2018; Navas-Camargo y Montoya Ruiz, 2018; Silva García, 2019a; González Monguí, 2019; Vizcaíno Solano, 2019; Velandia-Montes y Gómez Jaramillo, 2019; Dávila, Moreno Quirós, Arias Acevedo y Vallejo, 2020; González Monguí, 2020; Flórez, 2020; Dávila y Doyle, 2020). En efecto, pese a no pocas adversidades (Silva García y Pérez-Salazar, 2021) se ha desarrollado una criminología nacional que da cuenta de los problemas, pero también de las alternativas que son posibles (Silva García, González Monguí, Vizcaíno Solano y Pérez-Salazar, 2021). El trabajo se ha ejecutado con aplicación de los métodos analítico, dialéctico e histórico.

La construcción social de la realidad criminal y del control penal

Históricamente, tanto en Colombia como en América Latina, se desarrolló un muy importante proceso de construcción del imaginario social acerca de los criminales que, no sin adscribirles determinados atributos, terminó señalando como tales a los indígenas, los negros, los mestizos y, en el sur del continente, además a los inmigrantes, especialmente, italianos. No en vano hoy, aún, los inmigrantes en Europa y Estados Unidos son objeto de procesos complejos de construcción social de lo criminal, que recogen prejuicios y estereotipos sociales (Velandia Montes, 2015). Siempre resulta práctico culpabilizar al extranjero, pues es fácil odiar al extraño, y además es especialmente vulnerable, dada su carencia de derechos de ciudadanía (Mancera Ardila, 2021). Mientras en Colombia, de manera agresiva, la construcción de la criminalidad se enfoca en los venezolanos refugiados, basada en algunos casos delictivos con amplio cubrimiento mediático, aunque las cifras de criminalidad registrada indican que la participación de venezolanos en la comisión de delitos en Colombia es mínima, nada significativa si se considera el volumen de personas que han tenido que huir de la dictadura de Chávez y Maduro.

En las percepciones sobre los conflictos sociales de interés penal y las estructuras penales colombianas, su organización, estatutos normativos, sistema de penas, rol de la Policía Nacional y operación del control, han campeado imaginarios que no responden a la realidad del delito y el control penal en Colombia, sino a elaboradas distorsiones basadas en definiciones, interpretaciones subjetivas, imágenes manipuladas y tipificaciones sociales. Ellas son dispuestas para crear la imagen de un dominio de la impunidad. Como en el libro *Crimen e impunidad* de Mauricio Rubio, según se acreditó de modo contundente (Silva García, 2000a). Trabajo en el que la impunidad proclamada era explicada como resultado de fabulosas teorías conspirativas, imputaciones a los abogados de favorecer una supuesta magnanimidad de las instituciones penales, de trastocar directamente los datos para poder demostrar una falsa benignidad, además de inventar descabelladas teorías sobre la benevolencia de las normas penales colombianas.

Esto se repite luego, por ejemplo, con el uso de las estadísticas de criminalidad registrada. En la maniquea interpretación de la cifra de impunidad, determinada según el porcentaje de casos que no concluyen en sentencia condenatoria respecto del total de asuntos que son conocidos por las autoridades penales, los casos en los cuales se profiere sentencia absolutoria indican impunidad, y así se supone que tampoco la gente nunca pretende denunciar como crímenes las actuaciones de sus

rivales y competidores con el fin de perjudicarlos (Silva García, 2013). Incluso, respecto de los Estados Unidos se ha subrayado que las estadísticas de criminalidad deben ser evaluadas con “precaución” y “escepticismo”, pues muchas veces no miden lo que afirman, no es claro el origen de los datos, ni se advierte del posible beneficio de los datos a quien los suministra, como tampoco la denuncia supone que en verdad se cometió un delito (Kapeller, Blumberg y Potter, 1996, p. 31).

Los conceptos de criminalidad aparente, oculta y real, propios de la criminología tradicional, son muy poco útiles para efectos de los análisis criminológicos. En cambio, con bastante frecuencia son empleados para edificar sobre ellos especulaciones a partir de las cuales se adelantan tareas de construcción social de la realidad. Sin contar con que un evento criminal solo puede serlo, de acuerdo con los principios de legalidad y debido proceso, cuando se ha presentado una sentencia condenatoria que ha hecho tránsito a cosa juzgada. Por lo que no se puede hablar de criminalidad aparente, entendida como aquella que solo ha sido denunciada, como tampoco se puede hablar de criminalidad oculta, comprendida como aquella que no ha sido conocida por las autoridades, pues en ninguno de los dos eventos ha habido sentencia condenatoria. Haciendo también caso omiso a que la criminalidad no es un hecho o fenómeno social, es decir, no hay acciones sociales criminales, sino una etiqueta o definición que se impone a ciertos comportamientos en razón al proceso de criminalización (Becker, 1971). La cuestión es que la mayoría de las veces esos datos se fundan en encuestas de percepción, que reflejan la opinión de los encuestados, más, sin embargo, no retratan datos objetivos. No en vano, el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE) en la Encuesta Nacional de Hogares (ENH) prefería interrogar a las personas sobre la ocurrencia de conflictos sociales. Los conflictos, en cambio, sí son fenómenos sociales que, por ende, son empíricamente verificables.

Esas encuestas tienen varios problemas adicionales: muchos de los delitos informados, en términos técnicos, no representan transgresiones a la ley penal; los hechos punibles informados no han ocurrido en muchos casos; en ciertas infracciones, sobre todo estafa y delitos sexuales, los encuestados temen reconocerlos o sienten vergüenza de declararlos; son más recurrentes los errores de los encuestados sobre la calificación jurídica de los delitos; las personas no suelen percibirse como víctimas de delitos con intereses difusos, como los que se cometen contra la sociedad o el Estado. Además, el cálculo de la criminalidad aparente con frecuencia, al menos en Colombia, padece de varios problemas en la recolección de los datos que los hacen relativos y no muy confiables.

Empero, pese a los múltiples defectos planteados, las categorías mencionadas son ampliamente utilizadas para hacer disquisiciones sobre la impunidad en Colombia, inclusive, anunciando cifras porcentuales específicas. Los datos sobre conflictos sociales de la ENH del DANE son una muestra, además de ciertos conflictos sociales, que tiene un valor indicativo, pero no concluyente sobre las situaciones sociales que considera.

En los procesos de construcción social de la realidad las redes sociales han jugado un papel clave (Silva García y Pérez-Salazar, 2019). Este es uno de los nuevos fenómenos que han irrumpido de forma muy vigorosa. Ellas permiten la manipulación de los hechos, la invención de mentiras y la introducción de conjeturas carentes de evidencia, sin ninguna responsabilidad, a veces, desde el anonimato. De modo frecuente, además, se compran los servicios de “bodegas”, que van a replicar en redes los elementos claves del discurso constructivista. Son eficaces para explotar las emociones de la gran audiencia, a la que convierten en reproductores de los discursos utilizados para edificar los imaginarios deseados acerca del crimen y el castigo. De este modo, las *fake news* se levantan como el novedoso poder para confeccionar nuevas “verdades” (Ramírez Corzo, 2019). Un caso paradigmático en este campo fue el relativo al proceso de negociaciones del conflicto armado en el segundo gobierno del presidente Juan Manuel Santos (2014-2018). Dicho proceso afrontaba dificultades derivadas del escepticismo que la voluntad de paz de las FARC generaba en la opinión, dada la frustración de las experiencias anteriores (Silva García, 2012). Esto sucedió puesto que desde que la guerrilla planteó por primera vez una oferta de paz, durante el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982), lo hizo sin ninguna voluntad de paz, solo para lograr espacios para hacer proselitismo político (Silva García, 1985). Entonces, aprovechando la frustración de antiguos procesos, la opinión es manipulada generando indignación, luego canalizada para oponerse a los acuerdos.

La criminalización de comportamientos, o la manera como es regulada la criminalización, es otro ejemplo de procesos de construcción. Por ejemplo, el delito de inasistencia alimentaria, respecto del cual una política penal racional aconsejaría su descriminalización, porque se trata de un caso de prisión por deudas, debido a que muchas veces es un mecanismo de venganza afectiva y, sobre todo, porque la ficción de suponer que toda persona debe tener empleo y percibir ingresos, en un país donde el desempleo motivado en las condiciones socioeconómicas es crónico, es una auténtica ficción fantasiosa (Silva García, 2003). Donde la racionalidad a la que se ha aludido podría ser comprendida como coherencia y verdad (López Zamora, 2020), aunque propiamente sería idoneidad

de los medios seleccionados para alcanzar los propósitos pretendidos (Weber, 1992). Problemática comentada del delito de inasistencia que tiene una traducción directa en las decisiones judiciales (Moya Vargas, 2007). De otra parte, la imagen sobre la corrupción se edifica de modo subjetivo con fundamento en encuestas de percepción, realizadas por Transparencia Internacional, pero que se presentan como si fuera la realidad objetiva (Silva García, 2000b). A su vez, la idea de “crimen organizado” elabora una visión de estructuras jerárquicas y centralizadas, al mando de un gran capo que domina negocios ilícitos como el micro/tráfico de drogas y los hurtos, aun cuando la evidencia señala que, en realidad, se trata de redes sociales en las que participan numerosos actores (Ávila Martínez y Pérez-Salazar, 2011).

Se ha acreditado, así mismo, un papel capital de los medios de comunicación convencionales en la construcción de la realidad. Las situaciones de alarma que sirven de fundamento al populismo penal se originan en los medios de comunicación (Velandia-Montes, 2018). Y, sin embargo, como si eso no estuviera sucediendo de tiempo atrás, no falta quien invoque la intervención de los medios de comunicación para intentar adoctrinar a la población en la finalidad intimidatoria de la sanción penal (Velasco Córdoba, 2018), lo que ha fracasado de manera rotunda. En un caso, la animadversión que suscitaba el blanco del proceso, sumado a simples definiciones y opiniones de la Fiscalía reproducidas de manera intensa y continua por los medios de comunicación fueron suficientes, aun cuando nunca se aportaban pruebas o evidencias de cualquier orden, para definir a los señalados como criminales (Silva García, 2019b). También puede citarse como ejemplo de procesos de construcción social las prácticas discursivas relativas a los asesinos seriales, como en otros casos con la eficaz intervención de los medios de comunicación amarillistas, que han sido desnudadas y criticadas (Gómez Jaramillo, 2020). Igualmente, cabe mencionar la reciente reforma a la legislación penal de menores en Uruguay que, obrando de modo contraevidente, desarrolla un populismo penal que hace eco al derecho penal máximo, sobre una base de exageraciones y embustes que distorsionan la realidad (Morás, 2021). En Argentina, por su parte, la idea de inseguridad ciudadana tiene un soporte emocional como instrumento del proceso de construcción social (Pegoraro, 2000).

En el terreno de la accidentalidad de tránsito en España, los medios de comunicación a través de titulares de prensa sonoros, que anticipaban una situación calamitosa, con datos estadísticos que, sin embargo, no reflejaban correctamente la realidad, hacían una construcción de la criminalidad vial que invitaba a tomar duras represalias y medidas de control preventivas, en medio de

recriminaciones sobre la impunidad carentes de fundamento (Velandia Montes, 2015b).

En Colombia, ha podido observarse que el campo de la accidentalidad de tránsito, con una muy activa participación de los medios de comunicación fue, en tiempos recientes, la plataforma predilecta de los procesos de construcción social de la realidad. Por una parte, los medios de comunicación escrita por conducto de extensas crónicas, en las que seleccionaban homicidios en casos de tránsito en los que había mediado la ingesta de alcohol, presentaban trágicas historias, en las que aclimataban la búsqueda de respuestas penales más severas (Quiroz, 2014). Esto, en medio de cuestionamientos sobre la impunidad estructural de los homicidios culposos. La campaña de medios, del todo generalizada, aun cuando parecía ser espontánea, también se desarrollaba en los medios audiovisuales, en concreto, en las emisiones de noticias. Incluso, de manera que no deja de sorprender, los noticieros de mediodía llegaban al extremo de presentar notas sobre accidentes de tránsito sin ingesta de alcohol y sin víctimas de homicidio, pero que sumaban en la avalancha diaria de noticias sobre accidentalidad. En realidad, algo bastante singular habida cuenta de lo costoso del tiempo en televisión y, claro, de la existencia en el país de multitud de conflictos de envergadura que podían ser objeto de cubrimiento periodístico. Poco después, la Fiscalía General de la Nación, comenzó a procesar a los autores de muertes en accidentes de tránsito con ingesta de alcohol como responsables de homicidio doloso, bajo la figura del dolo eventual, y los jueces a condenarlos. A la par, fueron aprobadas leyes de policía que sancionaban con severidad mayor la conducción bajo efectos del alcohol, aún en pequeñas cantidades. Por su parte, la campaña en medios cesó hacia el 2014 cuando el autor de un doble homicidio, con una tercera víctima cuadripléjica, una persona con una posición de estatus elevada, fue procesado por la Fiscalía y condenado por homicidio culposo con una pena menor.

Desde luego en esta materia, como en otras aquí tratadas, la accidentalidad de tránsito es un problema serio en Colombia, que ocasionaba más víctimas mortales que el conflicto armado antes de los recientes acuerdos con las FARC. Sin embargo, el *quid* del asunto es la forma como se caracterizaba el problema y, en especial, la manera como se trata de resolverlo. Un contraste positivo, en todo caso, concurre con las nuevas políticas de seguridad vial que plantean planes educativos y la creación de un observatorio de seguimiento de la accidentalidad y las políticas de control (Ríos Gaitán, 2019).

En el escenario de la administración de justicia resulta muy útil arrancar desde los prejuicios ideológicos de los operadores judiciales. Una historia discursiva tiene

mayores posibilidades de éxito si está montada sobre el tipo de ideas que son lugares comunes en el pensamiento de quienes administran justicia. Si a la gente se le dice lo que ya piensa, lo demás lo creerán fácilmente. Es decir, si a ese discurso se le agregan otros elementos nuevos que encajan dentro de los prejuicios existentes, el éxito en la generación de convicciones está asegurado. A su vez, los operadores judiciales, en una proporción altamente significativa, adoptan las decisiones judiciales orientados por sus prejuicios ideológicos (Silva García, 2001; Silva García, 2019c). Por tanto, la labor de arar y sembrar sobre el sedimento de tendencias ideológicas de los operadores judiciales tendrá repercusiones en la práctica del derecho. Esto será aún más fácil cuando muchos piensan que la “verdad” es algo “connatural” y “consustancial” a “todo proceso judicial” (Acosta Páez, 2021). La cuestión no es discernir entre verdad procesal o verdad real (Ortega Ruiz y García Miranda, 2019), conforme a la literatura jurídica del siglo XIX, un falso dilema y un predicamento inútil; es entender que la verdad judicial es una construcción, menos o más afortunada, fundada en interpretaciones, versiones probables y argumentos convincentes.

Un caso especial, uno de los más provechosos en términos políticos para el populismo penal, corresponde a los delitos sexuales, en atentados contra mujeres y niños, o que atañen a las relaciones de género. En este campo, la solución, a lo que ciertamente constituye una problemática relevante y con un alto número de víctimas, era el aumento y agravamiento del tipo de penas, lo que encontraba sobre todo argumentos emotivos como fundamento (Velandia, 2015b). Un ejemplo fueron las vallas instaladas por la Alcaldía de Bogotá en las que se colocaban los rostros de condenados por delitos sexuales, creando la pena de infamia, lo que se zanjó con un pronunciamiento de la Corte Constitucional que hizo que fueran retiradas.

En este terreno, un caso interesante es el del feminicidio. Aun cuando existía ya, tanto en Colombia como en los demás países latinoamericanos, un derecho penal que sancionaba los asesinatos de mujeres, la mayoría de las veces como homicidio agravado, de manera bastante populista, distrayendo la atención sobre otras problemáticas de discriminación de la mujer, se creó el nuevo delito en casi todo el continente, sin que cambiara en nada la dinámica de violencia mortal contra la mujer. Los autores de estos delitos dicen que los cometen porque aman a sus mujeres. Quienes legislaban o apoyaban la ley sobre el feminicidio decían que se cometían porque los autores odian a las mujeres. Dos posiciones extremas que son como las antípodas, ambas por completo erradas. En los delitos de odio se mata a una persona por algún elemento de su posición de estatus que hace que se le

aborrezca, esto es, porque simplemente es negro, homosexual, judío, hincha de cierto equipo, etc., sin que la mayoría de las veces se conozca a la persona, pues además de ella a su victimario solo le importa el rasgo que lo lleva a odiarla. A las mujeres no se les mata por odio. Ni se odia su condición de mujer, salvo casos excepcionales de misoginia que, como trastorno mental, rayan en la inimputabilidad. Desde luego, tampoco es una cuestión de amor, pues únicamente hay egoísmo en ese acto homicida. No es un problema de amor ni de odio. Es una cuestión de poder sobre la mujer. Poder para poseerla, violarla, castigarla, abusarla y disponer de su cuerpo y persona. El poder es la capacidad para que otros obren de acuerdo con las propias pretensiones (Silva García, 2013). Y aquí se trata de un poder absoluto, tiránico, profundamente dañino o lesivo.

Un caso de construcción social de la realidad completamente desorbitado es el referido a la finalidad de la pena de la resocialización y el tratamiento penitenciario. Todo un sistema penal está estructurado, desde lo judicial hasta lo penitenciario, sobre la base de una absoluta ficción. Ni la resocialización ni el tratamiento penitenciario existen, pero, no obstante, se toman toda clase de decisiones a partir de sus elucubraciones, pese a que se ha acreditado su fracaso (Mendieta Pineda, Molina Carrión y Huertas Díaz, 2020). Puede que las instituciones mencionadas sean ficciones, pero las prácticas que se ponen en ejecución y las decisiones que se toman con base en ellas son muy reales.

De manera general, prima el escándalo, como medio o conducto para llamar la atención y convertir una causa en problema, además grave. No basta que el escándalo ocasione asombro, aunque ello sirve. Es necesario que genere indignación. La indignación supone una molestia aguda, enojo o ira, que le agrega una motivación emocional muy efectiva de apoyo para reaccionar contra lo que ha sido sentenciado como injusto, ofensivo o dañino. El escándalo y la indignación que produce la impunidad servirá para legitimar el derecho penal máximo. El efecto será la deformación del derecho penal y la negación del Estado social de derecho, despojados de su garantismo (Saidiza Peñuela, 2016).

La deconstrucción de realidades y formulación de alternativas

Es una paradoja, en especial cuando supuestamente impera un Estado social de derecho, que la preocupación central sea la de cuestionar por qué no existe un derecho que controle y reprima con más eficacia las infracciones. Al contrario, se requiere una reflexión sociojurídica sobre las posibilidades de un derecho

empeñado en la protección de los grupos sociales más vulnerables (Silva García, 2006). La anterior representa una postura de la academia, la cual tiene un sentido político, pero no es activismo político. Aun cuando, todavía en la actualidad se reclama que la criminología torne en un movimiento político (Marulanda Cardona, 2020), ello no deja de ser un exabrupto. La criminología es una disciplina científica, el papel del criminólogo es estudiar y analizar la realidad social, a fin de criticarla e interpretarla y, cuando ello es posible, proponer alternativas o respuestas. Con el cumplimiento de esas tareas contribuye a la transformación de la sociedad. Pero la criminología no es, ni siquiera la corriente de la criminología crítica, un movimiento político. Hay una distancia gigantesca en la naturaleza, medios y objetivos de, por una parte, una especialidad científica, y por otra, un movimiento político. Ese error puede conducir a un trabajo académico distorsionado, sin calidad, convertido en pancarta política.

Los procesos de construcción social de la criminalidad deben ser diseccionados con el propósito de deconstruirlos. Si ellos están basados en prejuicios, juicios de valor, interpretaciones carentes de fundamento e, inclusive, embustes, hay que señalarlo. Así mismo, como sus planteamientos suelen ser contraevidentes, para probar de modo contundente la falacia en la que descansan, es indispensable presentar las evidencias existentes sobre la problemática de la que se trata. Igualmente, es necesario contextualizar los fenómenos examinados en términos sociales e históricos.

El populismo penal, que es el medio para materializar en un derecho penal máximo los procesos de construcción social de lo criminal y los relativos al control penal, debe ser igualmente cuestionado (Romero Rodríguez, 2017). ¿Qué es el populismo penal? El populismo penal es la explotación, a veces con fines electorales, en general políticos, de las necesidades emocionales de la población, representadas como indignación, enfado, ira, frustración, incertidumbre y miedo respecto del delito, por medio de la adopción o promoción de medidas penales severas, que son populares, aunque usualmente ineficientes, dada su carencia de soporte sociojurídico, constitucional o dogmático penal.

En la crítica es importante debelar los intereses de quienes hacen populismo penal. La mayoría de las veces esos intereses son ocultos. Desnudar esos intereses pone al descubierto las auténticas motivaciones del populismo, que la mayoría de las veces no tienen que ver con la resolución de los problemas de la población.

También es importante ver los resultados finales. En ocasiones, se aprueban medidas punitivas exageradas a sabiendas de que son contrarias a la Constitución Política y que, por ende, van a ser declaradas inexequibles. A quien las promueve no le interesa contribuir, de modo realista, a la solución de los problemas que angustian a la población. Solo le importa los réditos políticos que puede obtener al agitar la problemática. Incluso, puede tratarse de una estrategia deliberada para, de paso, encontrar a quien responsabilizar por el fracaso de la política populista, en este caso, a la Corte Constitucional. De manera adicional, la ineficiencia de las medidas populistas debe ser objeto de seguimiento cuando, a la postre, esa política se impone. Casi siempre el populismo penal lleva a la aprobación e imposición de leyes o medidas carentes de eficacia o cuya aplicación resulta demasiado costosa.

En el escenario que analizamos, no debe olvidarse la alta carga emotiva que tiene el éxito del populismo penal. Este deriva del miedo, la frustración, el enfado, incertidumbre, en fin, que genera el delito. Atender el miedo, fundado o infundado que siente la gente, es una obligación. Por tanto, las políticas penales alternativas deben ocuparse de dicho problema. Su objetivo es proveer seguridad a las personas, entendida como libertad frente al miedo, amenaza subjetiva, y la escasez, amenaza objetiva.

Las políticas penales alternativas deben tratar la divergencia social de interés penal. Cuando ella no pueda ser tratada de un modo más eficaz ni distinto al de su criminalización y persecución penal, con criterios realistas, el control social penal debe ser usado de un modo que sea eficiente. Esto supone el uso de la violencia por el Estado, legítima sobre la base del criterio de necesidad en el que se funda. Esto se hace, además, para mantener o preservar un determinado orden social, cual es el representado en la figura del Estado social de derecho. Por ende, las instituciones penales deben ser fieles o leales a los valores que son propios de ese tipo particular de organización estatal. Considerar la institución del Estado social de derecho implica mantener un enfoque garantista que, en modo alguno, supone ningún acto de condescendencia con el delito.

Conclusiones

En una parte sustancial el imaginario sobre la criminalidad y el control penal se han edificado usando una categoría subjetiva de impunidad, apropiada para el escándalo y la indignación. Así, la construcción social de la criminalidad y del control penal dan lugar a una política penal populista que, en realidad, no está

enfocada en solucionar los anhelos o problemas de la población, sino en explotar políticamente esas necesidades. En contravía, por ejemplo, se han combatido las estigmatizaciones sociales que se han empleado como guía para impulsar infracciones a los derechos humanos en América Latina, con incidencia directa sobre las políticas públicas (González Monguí, Silva García, Pérez Salazar y Vizcaíno Solano, 2022; Montoya-Ruíz, 2021). Otro ejemplo, este en el ámbito social, aparece referido a la construcción alternativa de la categoría de justicia por niñas de una localidad de Bogotá que significan apartarse de modo crítico de los enfoques aquí cuestionados (Alarcón Sánchez, Díaz Ossa y Hernández Méndez, 2019).

Ahora, volviendo sobre el problema, esos procesos de construcción social de la criminalidad y del control penal promueven, como primer paso, un populismo penal que exagera el escándalo y la indignación, como plataforma para el objetivo final, consistente en desarrollar un derecho penal máximo. En este, el control penal, incluido el derecho penal, no es el último recurso, sino el primero y único que se utiliza para intervenir represivamente sobre los conflictos sociales. No obstante, su fracaso para gestionar los conflictos es patente. Fracaso que, con todo, no deja de ocasionar daños sociales y políticos.

En contraste, debe desarrollarse una política penal alternativa al populismo penal, acorde y coherente con el Estado social de derecho. Por tanto, ella debe respetar las garantías y derechos fundamentales. Los dos ejemplos citados al comienzo del apartado marchan por ese sendero.

Referencias

- Acosta Páez, E. (2021). El derecho a la verdad: eje fundamental de la justicia transicional en Colombia. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 16(1), <https://doi.org/10.15332/19090528.xxx>
- Alarcón Sánchez, G. A., Díaz Ossa, S. Y. y Hernández Méndez, L. F. (2019). Las nociones de justicia que construyen las niñas en pleno siglo XXI. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 14(1), 67-89. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2019.0001.03>
- Ávila Martínez, A. F. y Pérez-Salazar, B. (2011). *Mercados de criminalidad en Bogotá*. Taller de Edición Rocca y Corporación Nuevo Arco Iris.
- Becker, H. S. (1971). *Los extraños. Sociología de la desviación*. Tiempo Contemporáneo.
- Berger, P. L. y Luckmann, T. (1991). *La construcción social de la realidad*. Amorrortu.
- Carrington, K., Hogg, R. y Sozzo, M. (2016). Southern Criminology. *British Journal of Criminology*, 56(1), 1-20.
- Carrington, K., Dixon, B., Fonseca, D., Rodríguez Goyes, D., Liu, J. y Zysman, G. (2019). Criminologies of the Global South: Critical Reflections. *Critical Criminology*, (27), 163-189. <https://doi.org/10.1007/s10612-019-09450-y>

- Carvajal, J. (2018). El paradigma de la seguridad y las tensiones con los derechos humanos. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23, (Extra 1), 97-110.
- Cohen, S. (1988). *Visiones del control social*. PPU.
- Dávila, L. F. (2008). *Reglas, crimen y orden*. La Carreta.
- Dávila, L. F., Moreno Quirós, C., Arias Acevedo, C. y Vallejo, J. D. (2020). Violencia simbólica: revisión de los estudios que acuñan el concepto en América Latina (2009-2019). *Novum Jus. Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 14(2), 45-82.
- Dávila, L. F. y Doyle, C. (2020). Insider and Outsider Fieldwork Challenges in Medellin. *Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 9(3), 87-99.
- Flórez, J. F. (2020). The Effect of Mass Incarceration On Criminality in Colombia. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 9(4), <https://doi.org/10.5204/ijcjsd.1644>
- Foucault, M. (1995). *La verdad y las formas jurídicas* (4.ª ed.). Gedisa.
- Gómez Jaramillo, A. (2018). Populismo, obediencia y divergencia. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23 (Extra 1), 33-48.
- Gómez Jaramillo, A. (2020). *El discurso del asesino serial en la sociedad contemporánea*. Tirant Lo Blanch.
- González Monguí, P. E. (2019). La negación de la calidad de ciudadano o de persona en el derecho penal de enemigo. *Opción*, 35 (Esp. 25), 1070-1103.
- González Monguí, P. E. (2020). La selectividad penal negativa de las muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por la fuerza pública del Estado colombiano. *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 1(1), 305-345.
- González Monguí, P. E., Silva García, G., Pérez-Salazar, B., Vizcaíno Solano, L. A. (2022). Estigmatización y criminalidad contra defensores de derechos humanos y líderes sociales en Colombia, *Revista Científica General José María Córdova*, 20(37), 143-161.
- Gusfield, J. R. (1996). *Contested Meanings: The Construction of Alcohol Problems*. University of Wisconsin.
- Irala, F. (2021). A Construção Dialéctica de uma Criminologia Crítica para as Fronteiras Latino-Americanas. *Novum Jus. Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 15(1), 117-132.
- Kapeller, V. E., Blumberg, M. y Potter, G.W. (1996). *The Mythology of Crime and Criminal Justice* (2.ª ed.). Waveland.
- López Zamora, S. A. (2020). La deslegitimación del sistema punitivo colombiano desde una perspectiva socio-jurídica. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, XI(22), 51-58.
- Lumia, G. (1989). *Principios de teoría e ideología*. Debate.
- Mancera Ardila, E. A. (2021). La migración venezolana y sus consecuencias desde la óptica coaccionada de los medios de comunicación. *Revista IUSTA*, (55). <https://doi.org/10.15332/25005286.6858>
- Mendieta Pineda, L. M., Molina Carrión, B. M. y Huertas Díaz, O. (2020). Sistema progresivo penitenciario en Colombia: tratamiento y resocialización. *Revista IUSTA*, (53), 15-44. <https://doi.org/10.15332/25005286.6270>

- Marulanda Cardona, J. V. (2020). Emiro Sandoval Huertas: metáfora de la criminología crítica. *Novum Jus. Revista especializada en Sociología Jurídica y Política*, 14(2), 105-119.
- Merton, R. K. (1992). *Teoría y estructura sociales* (3.^a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Montoya Ruíz, S. (2021). Estigmatización internacional y diplomacia cultural en América Latina. *Estudios Internacionales*, 53(108), 89-118.
- Morás, L. E. (2021). Legislación de excepción, punitivismo y las recurrentes falacias sobre los adolescentes infractores en Uruguay. *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 2(2), 145-175.
- Moya Vargas, M. F. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria*. Universidad Santo Tomás.
- Navas-Camargo, F. y Montoya Ruiz, S. (2018). The Need of Having an Intercultural Approach, in the Welcome Mechanism of Migrants and Refugees in Bogotá. Policy Review, Learning from Others, Making Proposals. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(Extra 2), 114-126.
- Navas Camargo, F. (2020). El Sur Global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas. *Novum Jus. Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 14(2), 11-21.
- Ortega Ruiz, L. G. y García Miranda, J. P. (2019). La verdad en la justicia transicional. *Revista IUSTA*, (50), 39-63. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2019.0050.02>
- Pegoraro, J. (2000). Violencia delictiva, inseguridad urbana. La construcción social de la inseguridad ciudadana. *Nueva Sociedad*, 167, 114-167.
- Pérez Perdomo, R. (1978). *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*. Monte Ávila.
- Pérez-Salazar, B. (2018). Construcción de paz en el orden del derecho transnacional penal; El caso colombiano. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23 (Extra 1), 65-78.
- Quiroz, M. (2014). Un acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. *Revista IUSTA*, (41), 77-97. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2014.0041.03>
- Ramírez Corzo, C. (2019). Noticias falsas: el nuevo poder en la era de la posverdad. *Opción*, 35, (Esp. 25), 364-413.
- Ríos Gaitán, O. L. (2019). Nuevas políticas públicas en seguridad vial. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, X(20), 7-20.
- Rizo García, M. (2015). Construcción de la realidad, comunicación y vida cotidiana. Una aproximación a la obra de Thomas Luckmann. *Intercom*, 38(2), 19-38.
- Romero Rodríguez, G. I. (2017). Libertad vs. Populismo punitivo: ¿deben respetarse los derechos humanos en el proceso penal? A propósito de la nueva declaratoria de estado de cosas inconstitucionales para el sistema penitenciario y carcelario colombiano. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 12(1), 89-117.
- Saidiza Peñuela, H. F. (2016). Crisis del Estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal. *Revista IUSTA*, (44). <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0044.01>
- Schütz, A. (1962). *El problema de la realidad social*. Amorrortu.
- Silva García, G. (1985). *El proceso de paz. Un paso adelante dos pasos atrás*, FESIP y CSPP.

- Silva García, G. (2000a). Una revisión del análisis económico del derecho: una lectura crítica a propósito de la obra Crimen e Impunidad. *Economía Institucional*, (2), 173-196.
- Silva García, G. (2000b). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva sociojurídica. *Derecho Penal y Criminología*, 21(68), 129-143.
- Silva García, G. y Pacheco, I. (2001). El crimen y la justicia en Colombia según la misión Alesina. *Economía Institucional*, 5, 185-208.
- Silva García, G. (2001). *Las ideologías profesionales*. En *El mundo real de los abogados y de la justicia* (tomo IV). Universidad Externado de Colombia e ILSA.
- Silva García, G. (2002). Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la sociología jurídica desde una perspectiva interdisciplinaria. *Diálogo de Saberes*, (17), 117-139.
- Silva García, G. (2003). Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria. *Teoría e investigación en sociología jurídica*. Universidad Externado de Colombia.
- Silva García, G. (2006). La administración de justicia: ¿escenario para la protección de grupos sociales vulnerables? *Revista Colombiana de Sociología*, (26), 105-123.
- Silva García, G. (2012). ¿La décima es la vencida? El nuevo proceso de paz con las FARC. *Nueva Época*, (39), 69-82.
- Silva García, G. (2013). Criminología. *Teoría sociológica del delito* (2.^a ed.). Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Silva García, G., Vizcaíno Solano, A. y Ruiz-Rico Ruiz, G. (2018). El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(Extra 1), 11-18.
- Silva García, G. (2019a). Corrupción y derechos humanos. El Estado hacendal y la cleptocracia. *Opción*, 35(Esp. 25), 12-49.
- Silva García, G. (2019b). Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho. *Acta Sociológica*, (79), 85-108.
- Silva García, G. (2019c). *Las ideologías y el derecho penal* (2.^a ed.). Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Silva García, G. y Pérez Salazar, B. (2019). Nuevas estrategias de construcción del delito en el orden de las sociedades en red. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 24(Extra 2), 124-133.
- Silva García, G., Llano Franco, J. V., Velasco Cano, N. y Vizcaíno Solano, A. (2019). El desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana. *Opción*, 35(Esp. 25), 1136-1196.
- Silva García, G., Irala, F. y Pérez-Salazar, B. (2020). Criminalidad, desviación y divergencia. Una nueva cosmovisión en la criminología del Sur. *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 1(1), 8-32.
- Silva García, G. y Pérez-Salazar, B. (2021). El papel de la investigación en la educación jurídica: un problema de poder y colonialidad. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 8(2), 61-80.
- Silva García, G., González Monguí, P. E., Vizcaíno Solano, A. y Pérez-Salazar, B. (2021). Abrir la caja de Pandora. Retos y dilemas de la criminología colombiana. *Novum Jus. Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 15, esp.
- Silva García, G., Irala, F. y Pérez-Salazar, B. (2022). Das distorções da criminologia do Norte global a uma nova cosmovisão na criminologia do Sul. *Dilemas. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, 15(1), 179-199.

- Velandia Montes, R. (2015a). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. I, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Velandia Montes, R. (2015b). *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*. T. II, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.
- Velandia-Montes, R. y Gómez-Jaramillo, A. (2018). Cadena perpetua y predicción del comportamiento. Un análisis sobre la delincuencia en contra de menores de edad y la política penal en Colombia. *Revista Republicana*, (25), 241-263.
- Velandia-Montes, R. (2018). Medios de comunicación y su influencia en la punitividad de la política penal colombiana. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(Extra 1), 146-168.
- Velandia-Montes, R. y Gómez Jaramillo, A. (2019). El uso recreativo de las drogas: derechos humanos y política penal. *Opción*, 35(Extra 25), 1246-1294.
- Velasco Córdoba, E. A. (2018). La pena. ¿Una utopía? La prevención general y los medios de comunicación. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, IX(18), 75-88.
- Vizcaíno Solano, A. (2019). Una dosis de dignidad para acabar con el círculo vicioso en las políticas públicas antidrogas. *Opción*, 35(Extra 25), 1355-1387.
- Weber, M. (1992). *Economía y sociedad* (2.^a ed.). Fondo de Cultura Económica.