



CADENA PERPETUA Y PREDICCIÓN DEL COMPORTAMIENTO. UN ANÁLISIS SOBRE LA DELINCUENCIA EN CONTRA DE MENORES DE EDAD Y LA POLÍTICA PENAL EN COLOMBIA*

*Life imprisonment and predicting behavior. An analysis on crime
against minors and penal policy in Colombia*

Rafael Velandia Montes**

Alejandro Gómez Jaramillo***

Recepción: 23 de mayo de 2018. Aceptación: 09 de junio de 2018.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2018.v25.a57>

RESUMEN

Cada cierto tiempo se da cubrimiento noticioso excesivo a un delito sexual y violento en contra de un menor de edad que produce un fuerte rechazo social y que genera propuestas de reforma normativa de ampliación del campo de acción del Derecho penal por parte de diversos agentes sociales. Estos planteamientos generalmente incluyen el establecimiento de la cadena perpetua para tal clase de delitos bajo la idea de que quienes los cometen son sujetos

* El presente artículo es producto del proyecto de investigación «Debates contemporáneos en la administración de justicia penal en los albores del posconflicto colombiano III» del grupo de investigación Derecho Público «Francisco de Vitoria», aprobado por la Unidad de Investigación y Centro de Investigación Francisco de Vitoria de la Universidad Santo Tomás con código 1818001.

** Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad de Zaragoza, España; abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma casa de estudios y diploma en Estudios Avanzados de la Universidad de Zaragoza, en el área de Filosofía del Derecho. Docente de la Maestría en Derecho penal e investigador del grupo de investigación en Derecho Público «Francisco de Vitoria» de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: rafaelvelandia@usantotomas.edu.co

*** Doctor en Sociología de la Universidad Autónoma Metropolitana de México; magíster en sistemas penales comparados de la Universidad de Barcelona; maestro en filosofía de la UNAM-México, y abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Director de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás e investigador del grupo de investigación en Derecho Público «Francisco de Vitoria» de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: alejandrogomez@santotomas.edu.co

incorregibles, que no pueden ser resocializados, por lo que se impone el fin de la pena de prevención especial negativa. Entonces, en este trabajo, a través de los métodos empírico-analítico y dialéctico, se examina la cientificidad de tales planteamientos y, en consecuencia, sobre la aceptabilidad de su uso en el desarrollo de la política penal, con especial énfasis en la última de las construcciones que se ha hecho sobre el tema: el depredador sexualmente violento. Al respecto, se concluye que no se puede predecir el comportamiento futuro y que no hay personas incorregibles.

Palabras claves: delitos sexuales y violentos, menores de edad, incorregibilidad, depredador sexualmente violento, política penal.

ABSTRACT

From time to time, a crime involving sexual violence against a minor is given excessive news coverage producing a strong social rejection and generating proposals for reforms to enlarge the scope of the criminal law. These proposals usually include the establishment of life imprisonment for such a crimes under the idea that those who commit them are dangerous offenders, incapable of being rehabilitated, and, therefore, subject to incapacitation as the only possible aim of punishment. Then, this work, through the dialectic method and empirical research, analyses the scientific foundations of such proposals and, consequently, its acceptance and use in penal policy, with special emphasis on the last of the constructions regarding that subject: the sexually violent predator. In this regard, it is concluded that future behaviour cannot be predicted and there is no such thing as incorrigible people.

Key words: crime of sexual violence, minors, incorrigibility, sexually violent predator, criminal policy.

1. INTRODUCCIÓN

El día 4 de diciembre de 2016, la menor Yuliana Samboní, de 7 años de edad, fue víctima de los delitos de feminicidio agravado, acceso carnal violento agravado y secuestro simple agravado¹. Este caso recibió una amplia cobertura mediática²

1. Calificación dada en la acusación presentada por la Fiscalía General de la Nación. («Fiscalía pide 60 años», 2016).
2. No todos los casos generan reacciones sociales similares, lo que se explica en «la motivación emocional de tales actitudes», lo que «impide fijar parámetros objetivos sobre el particular y se requiere, en consecuencia, investigación sociológica sobre los casos en particular para encontrar respuestas al respecto» (Velandia, 2018: 132). Sobre la influencia

y se evidenció un fuerte rechazo social (Cortés, 2016)³. Además, produjo una serie de manifestaciones por parte de diversos actores sociales sobre la necesidad de un cambio normativo en el ordenamiento jurídico colombiano con el propósito de permitir la imposición de la cadena perpetua para quienes cometan delitos de homicidio y violencia física o sexual en contra de menores de edad, bajo la idea de que quienes ejecutan tales comportamientos son personas incorregibles frente a las cuales no queda otro camino que la inocuización, es decir, se defiende el planteamiento de la teoría de fin de la pena de prevención especial negativa. Precisamente, en tal sentido, la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) afirmó:

«Para que Colombia sea un país verdaderamente en paz, como todos los colombianos quieren, necesitamos que se garanticen los derechos de los niños y que no haya ninguna forma de violencia con niños. Por eso, insistimos en la cadena perpetua para los asesinos y violadores de niños», agregó la funcionaria y advirtió que la violencia sexual es una problemática presente en todos los estratos de la sociedad. «No sólo en los estratos bajos, como se suele decir. También en los estratos altos, donde se suele ocultar» («ICBF pide cadena perpetua» 2016). «Colombia entera pide a gritos al cadena perpetua para estos violadores de niños, no creo que hay un colombiano y vecino que quiera a un violador de niños en la casa de al lado porque pone en riesgo la vida de otros niños (...) le hacemos un llamado a la sociedad y al Congreso para que se abra este debate nuevamente’ («Rafael Uribe podría recibir rebaja de pena», 2016).

Así mismo, el presidente del Senado, Mauricio Lizcano, «se mostró partidario de imponer la prisión perpetua como castigo, y aseguró que el Congreso estaba “listo” para imponerles esa máxima pena a violadores y asesinos de niños.

de los medios en la percepción de la delincuencia y los delincuentes sexuales ver Perlin y Cucolo (2017: 65): «La percepción pública de lo que constituye un “delincuente sexual” está, sin duda, vinculada a la representación de los medios de comunicación de estos tipos de crímenes atroces. La atención de los medios de comunicación a delitos sexuales violentos de alto perfil ha demostrado que provoca un pánico y miedo de una rampante violencia sexual dentro de nuestras comunidades. Esto, a su vez, pone una presión pública extrema sobre los legisladores para aprobar leyes más represivas y en los jueces para interpretar esas leyes de maneras que garanticen períodos de encarcelamiento más largos para los delincuentes».

3. «Desde el caso de Rosa Elvira Cely, nunca la ciudad y el país en general habían estado tan conmocionados. Era el tema de conversación en la esquina de la carrera 8.^a con calle 12 de la fría mañana del pasado miércoles. Era la primera página de todos los periódicos colgados en los quioscos. Era la línea abierta de las estaciones de radio y el maná de las redes sociales, que, como ya es costumbre, dejaron ver sus desmanes y apocamientos» (Cortés, 2016).

“Colombia no quiere más niños muertos, es una tragedia enorme. La única solución es la prisión perpetua, estamos en mora de hacerlo”, reconoció («Prisión perpetua a violadores de niños» 2016)⁴. En sentido similar, el representante a la Cámara por el departamento del Cauca, Oscar Ospina Quintero, manifestó:

«es un tema muy doloroso, no solamente porque es una niña, sino por las condiciones en las que este bárbaro la violó y asesinó». Además, señaló una propuesta que le hizo al Gobernador del Cauca: «Liderar una cruzada entre todos los dirigentes para exigir a la Fiscalía y al Bienestar Familiar que sea realmente ejemplar la condena. Hoy voy a dejar constancia en la plenaria de la Cámara en ese sentido, para que movamos rápidamente (sic) un proyecto para pedir la cadena perpetua para estos criminales y la castigación química si es necesario» («Dolor e indignación», 2016).

Por su parte, el representante a la Cámara Efraín Torres Monsalvo aseveró:

que la única solución es que se apruebe la cadena perpetua para violadores de niños y niñas en Colombia. «Estas personas depravadas, sádicos y violadores, deben terminar el resto de sus días en la cárcel, necesitan estar apartados de la sociedad (...) Si en junio del próximo año no aprobamos este proyecto, nos tocará salir a las calles a recoger firmas para que a través de referendo, podamos decirle al Congreso de la República que necesitamos tener una ley para poder implementar esta medida» («Rafael Uribe podría recibir rebaja de pena», 2016).

En todo caso, tales reivindicaciones se tradujeron en la presentación de varias propuestas de reformas normativas al respecto que apuntaban a hacer más drásticas las consecuencias penales de dichos comportamientos:

Congresistas de «la U» radicaron 4 proyectos, dos de ellos de acto legislativo, para endurecer los castigos a los abusadores de menores. Dos

4. En sentido similar, el alcalde de Bogotá, Enrique Peñalosa, señaló: «Estas atrocidades deben ser castigadas con cadena perpetua. Si esto fuera así, no habría criminales sueltos. No hay ninguna justificación para estos actos demenciales; y si se atribuye a estas atrocidades algún desequilibrio mental, con mayor razón nuestros niños deben estar protegidos» («La guardia ciudadana no se rinde», 2016). En la misma línea, la excandidata presidencial Marta Lucía Ramírez sostuvo: «Colombia está en este momento en un estado de emergencia moral. Yo estoy acá como mamá para expresarle solidaridad a esta familia, pero también para pedirles a los colombianos que impulsemos el proyecto de Gilma Jiménez: los violadores en Colombia no merecen nada más ni nada menos que prisión perpetua» («La guardia ciudadana no se rinde», 2016).

iniciativas proponen la cadena perpetua; otra, la castración química, y la última busca reducir los tiempos en los procesos penales que involucren delitos sexuales contra niños («La guardia ciudadana no se rinde», 2016).

Sobre el particular, y en relación con experiencias recientes, debe señalarse que ya mediante la Ley 1327 de 2009 se había buscado reformar el artículo 34 de la Constitución política para permitir que en los casos de delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro cometidos en contra de menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental se pudiera imponer la pena de cadena perpetua. Empero, esa ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la Sentencia C-397 de 2010, aunque solo por vicios durante el trámite del proyecto de ley ante el Congreso de la República, lo que significa que aún no se conoce qué decisión tomaría dicho tribunal en relación con una reforma en tal sentido⁵. Así mismo, debe tenerse en cuenta que recientemente otro caso ha generado una indignación similar: la violación y homicidio de la menor de 9 años, Génesis Rúa, cuyo cadáver luego fue incinerado por el victimario («Asesino de Génesis Rúa», 2018). En relación con este caso, el presidente de la República sostuvo: «Estoy a favor de que Colombia tenga cadena perpetua para asesinos y violadores de menores, y creo que hay que empezar a abrir esa discusión»...De igual manera, el Presidente señaló (sic) que es necesario tener “sanciones realmente ejemplarizantes para ese tipo de delincuentes, para esos crímenes abominables”. Por su parte, la vicepresidenta Marta Lucía Ramírez ya había dicho que durante el último consejo de ministros, el Presidente “dio la instrucción de que se le de (sic) celeridad a todo este referendo de prisión perpetua para violadores, porque aquí en Colombia les vamos a declarar la guerra, sin cuartel, a los violadores»» («Estoy a favor de la cadena perpetua», 2018).

Por lo tanto, según se ha expuesto, ante el frecuente uso del discurso de prevención especial negativa como sustento fundamental de reformas normativas

5. Aunque se trata de un proyecto de acto legislativo de 2015 y debido a que no fue posible acceder al proyecto de acto legislativo presentado en el 2016, como consecuencia del citado caso de Yuliana Samboní, debe indicarse que el representante a la Cámara, Efraín Torres Monsalvo, había señalado: «Por último, de acuerdo a lo establecido por la honorable Corte Constitucional en sentencias C-1200 de 2003, C-1040 de 2005, C-970 y 971 de 2004, no se está en presencia de una modificación que tenga tal magnitud o trascendencia, que pueda inferir o degenerar en una posible sustitución de la Constitución, ya que evidentemente, el cambio propuesto frente a la disposición actual, no evidencia una incompatibilidad con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución, ni se está remplazando un elemento definitorio de la misma» (Torres, 2015: 6). De tal suerte, es razonable colegir que en el proyecto del año 2016 se mantuvo la misma línea de argumentación.

de carácter maximizador del Derecho penal es que se justifica el análisis de propuestas en tal sentido. Así, en este trabajo se pretende hacer un examen del argumento que subyace en las propuestas del establecimiento de la cadena perpetua para la comisión de ciertas clases de criminalidad en contra de menores de edad: la incorregibilidad del delincuente sexual. Es decir, el problema de investigación que guía este trabajo es si existe o no un fundamento científico para afirmar el carácter de incorregible de una persona que legitime la imposición de castigos como la cadena perpetua. En este trabajo se parte de la hipótesis de que no existe ningún sustento científico para afirmar el carácter de incorregible de una persona y que propuestas de penas como la de muerte o la cadena perpetua solo tienen como fundamento un propósito de venganza⁶ y sirven, además, como instrumentos de legislación simbólica (Silva, 2011: 91) para hacer creer que se está haciendo algo por parte del Estado frente a ese tipo de criminalidad, porque la realidad es que esta clase de medidas no tienen incidencia en ella.

Esta es una investigación sociojurídica penal⁷, debido a que se ocupa del control social penal que busca ejercerse sobre una forma de divergencia social de interés penal (Silva, 2011: 12), cual es la clasificación como incorregibles de las personas que cometen conductas sexuales violentas, lo que abre el camino para la imposición de las penas más drásticas. En este trabajo, a través de los métodos empírico-analítico y dialéctico, se examinarán los fundamentos que se han expuesto para defender el supuesto carácter de incorregibilidad de las personas que cometen delitos sexuales violentos en contra de los menores de edad, de manera especial la supuesta categoría de depredadores sexualmente violentos debido a que es este planteamiento usado hoy en día de manera predominante como supuesto fundamento científico de las medidas que se proponen en contra de quienes cometen tales delitos y que ha llevado a que ellos sean vistos socialmente como incorregibles (Scurich et al., 2016: 109). De tal suerte, se establecerán los planteamientos centrales de tal categoría que se han elaborado por la ley y la jurisprudencia para luego ser contrastados con la literatura científica y evidencia disponibles, con el objetivo de verificar su científicidad y, en consecuencia, la razonabilidad de su inclusión en la política penal. Para tal empresa, a continuación, iniciaremos examinando los orígenes del discurso sobre la incorregibilidad del delincuente.

6. En los casos de delincuentes clasificados como depredadores sexualmente violentos se ha evidenciado un mayor carácter vindicativo por parte de los jurados en EE. UU. (Scurich et al., 2016: 113).

7. Criminología y sociología jurídico-penal son dos nominaciones para una misma ciencia. Sobre el particular, véase Silva (2011: 20).

2. RESULTADOS

2.1. La incorregibilidad del delincuente

Desde el siglo XIX ya se afirmaba la supuesta existencia de una clase de delinquentes incorregibles, discurso que se empleaba con el propósito de implementar leyes que permitieran castigos más fuertes frente a tal clase de criminales: en el artículo 5.º de la Ley de Vagancia de 1824 de Inglaterra⁸, por ejemplo, se hablaba de pícaros incorregibles⁹. A finales del siglo XIX, en el año de 1882, Von Liszt (1998: 68 y 69) hablaba de categorías de delinquentes, entre los que estaban los incorregibles, de los que «debe defenderse la sociedad; Y como no queremos el hacha y la horca, ni podemos deportarlos, solo nos queda el encarcelamiento (perpetuo o por tiempo indefinido)». Incluso ya se hablaba de ciertos comportamientos cometidos en contra de menores como el tipo de conductas de las que se podía esperar que fueran cometidas habitualmente y, por ende, de las que cabía esperarse que su autor fuera incorregible: «a la estadística criminal le incumbirá demostrar cuáles son los crímenes que suelen cometerse de modo habitual... Pero con base en los datos que han venido registrándose hasta la fecha, ya estamos en condiciones de trazar con alguna precisión el ámbito de estos delitos» entre los que están, entre otros, los «abusos deshonestos perpetrados en menores» (ibídem).

Entonces, 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 dirigidas a la inocuización de

8. Vagrancy Act, 1824.

9. Incorregible Rogue. Así, dice el artículo 5.º: 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.

sujetos que se estiman indeseables por realizar 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.¹⁰ Sin embargo, un aspecto es evidente en las diversas posturas sobre la incorregibilidad: todas carecen de evidencia científica que las respalde y aparecen fundadas en la intuición. Así, la identificación del sujeto incorregible se fundamenta en la comisión previa de delitos o en características físicas o sociales de un individuo que ha cometido un delito o delitos en determinadas circunstancias. Entonces, en este trabajo nos ocuparemos de una de dicha clase de argumentaciones y que se ve reflejada en la creación social de depredador sexualmente violento, que permite que un individuo considerado como tal sea privado de la libertad no en virtud de la comisión de un delito, derecho penal de acto, sino por una supuesta probabilidad de que cometerá delitos, derecho penal de autor, lo que pone de presente la importancia de este trabajo.

22 El depredador sexualmente violento

La nominación se originó en EE. UU. con el confinamiento civil¹¹, internamiento hospitalario en contra de la voluntad del paciente existente, desde el siglo XIX, y con el que se buscaba el amparo de las personas objeto del mismo y de la sociedad y sus miembros frente a ciudadanos valorados como peligrosos. Si bien los delincuentes sexuales 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. o se dejaron de aplicar las leyes que los sustentaban o fueron derogadas como consecuencia de críticas que demostaban que el «etiquetamiento de estos delincuentes como sicópatas sexuales carecía de mérito científico, el tratamiento era inefectivo y la predicción era sospechosa» (Alexander Jr., 2004: 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: 98). Empero, el tema resurgió en la década del 80 debido a la acción de movimientos sociales en los 70 orientados hacia la «promoción y la protección de los derechos de las minorías raciales, mujeres, homosexuales y víctimas

10. Tal y como ha ocurrido en el caso de Yuliana Samboní.

11. Civil commitment.

de delitos» (Petrunik y Deutschmann, 2008: 503), que tuvieron aliados en las profesiones relacionadas con el cuidado de menores (Pratt, 2009: 69). Además, en los años 80 hubo cambios en la perspectiva, pues el agresor pasó de ser considerado como una persona perteneciente al círculo cercano del menor 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: 132), por «grupos grandes de hombres prominentes en posiciones de confianza y poder» (Pratt, 2009: 70). En este cambio influyeron los reportajes excesivos sobre delitos sexuales en contra de menores en donde la víctima era 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: 75) y de la información de los medios sobre la cacería de los agresores (ibídem).

El efecto noticioso se puede ver ahora en la primera de las leyes modernas de delincuentes sexuales: la Ley de protección de la comunidad del Estado de Washington de 1990¹². 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: 98; Ra, 2007: 336), del conocimiento detallado sobre la forma de su comisión y del pasado criminal del agresor. En la ley se incluyeron medidas conocidas como el registro de delincuentes y otras novedosas como la notificación a la comunidad de la liberación de un delincuente sexual (Matson y Lieb, 1996: 1). 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 sexualmente violentos»¹³ 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 a las personas apropiadas para el confinamiento civil, los depredadores sexualmente violentos generalmente tenían «desórdenes de personalidad y/o anormalidades mentales» que no eran «susceptibles a las modalidades de tratamiento de enfermedad mental existentes» y estas condiciones hacían probable que se involucraran en la comisión de conducta sexual violenta.

12. Washington State Community Protection Act of 1990.

13. Sexually violent predators.

Por lo tanto, la ley de confinamiento involuntario existente era inadecuada para hacer frente al riesgo de reincidencia porque durante el confinamiento estos delincuentes no tenían acceso a potenciales víctimas y por ende ellos no podían involucrarse en la comisión de este tipo de conductas como era requerido por la ley de tratamiento involuntario para un confinamiento continuado. Además, el pronóstico para curar delincuentes sexuales violentos era pobre y las necesidades y modalidades de tratamiento de esta población eran a muy largo plazo y muy diferentes a las modalidades tradicionales de tratamiento para la gente apropiada para el confinamiento de acuerdo a la ley de tratamiento involuntario¹⁴. Así mismo, se definía al depredador sexualmente violento como «cualquier persona que ha sido convicta o acusada de un crimen de violencia sexual y que sufre de una anomalía mental o de un desorden de personalidad que hace que la persona probablemente se involucre en actos predatorios de violencia sexual si no es confinado en un *secure facility*»¹⁵. De tal suerte, se podía solicitar el confinamiento de un individuo tres meses antes de 1) la liberación de reclusión de una persona que hubiera sido condenada por la comisión de un delito sexual violento; 2) la liberación de reclusión de una persona que hubiera sido condenada por un delito sexual violento cometido como menor de edad; 3) la liberación de una persona que hubiera sido acusada de un delito sexual violento y sobre la que se hubiera determinado que era incompetente para ser juzgada y 4) la liberación de una persona que hubiera sido declarada no culpable de un delito sexual violento como consecuencia de demencia¹⁶. La persona confinada de acuerdo a lo anterior debía ser objeto, al menos, de una revisión anual para verificar si se seguían manteniendo o no los presupuestos que justificaban el confinamiento¹⁷. Así, la Ley de protección de la comunidad del Estado de Washington de 1990 marcó el camino para los futuros desarrollos legislativos en otros estados y países y estableció un paradigma claro de un nuevo ser incorregible, el *depredador sexualmente violento*, el cual debe ser objeto de confinamiento por el tiempo que sea necesario, pues aunque existe la obligación legal de revisar si se siguen satisfaciendo los requerimientos para su confinamiento, este puede durar por el resto de su vida.

14. Revised Code of Washington, Chapter 71.09.010.

15. Revised Code of Washington, Chapter 71.09.020, subsection (18). *Secure facility* es definido dentro de la misma ley como «una edificación residencial para personas confinadas civilmente de acuerdo a los términos de este capítulo que incluye medidas de seguridad suficientes para proteger a la comunidad». Revised Code of Washington, Chapter 71.09.020, subsection (15).

16. Revised Code of Washington, Chapter 71.09.025.

17. Revised Code of Washington, Chapter 71.09.070.

Los confinamientos en contra de depredadores sexualmente violentos fueron objeto de control por parte de la Corte Suprema de los EE. UU., que los respaldó. En *Kansas v. Hendricks*¹⁸ se juzgó el confinamiento de una persona bajo la Ley del depredador sexualmente violento de 1994 del Estado de Kansas¹⁹, que era muy parecida a la Ley del Estado de Washington. La Ley del depredador sexualmente 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»²⁰. 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»²¹. En virtud de esta ley, LeRoy Hendricks, un interno con 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. Él se opuso a este confinamiento y la Corte Suprema de Kansas consideró que la ley violaba el debido proceso federal constitucional²², la prohibición de no ser dos veces juzgado por el mismo hecho²³ (*Ne bis in idem*) y el principio de irretroactividad de la ley penal²⁴ (Alexander Jr., 2004: 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 públicas²⁵. 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»²⁶. En igual sentido, la Corte 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 incapacitada²⁷. (Torregrosa, Rodolfo y Otros, 2018)

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

19. Sexually Violent Predator Act 1994.

20. The Kansas Statutes, Chapter 59.—PROBATE CODE, Article 29a02(a).

21. The Kansas Statutes, Chapter 59.—PROBATE CODE, Article 29a02(b).

22. Due process.

23. Double jeopardy.

24. Ex post facto clauses.

25. Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997), p. 357.

26. *Ibidem*.

27. *Ibidem*: 357 y 358.

Otro aspecto de importancia lo constituía la denominación de la discapacidad mental: Hendricks había manifestado que la expresión *anormalidad mental*²⁸, acuñada por el legislador de Kansas, no era equivalente a la locución *enfermedad mental*²⁹, 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*³⁰, sino que la misma Corte había usado diversas expresiones para describir la condición mental de aquellos que debían ser objeto de confinamiento civil³¹ y que nunca habían exigido a los legisladores estatales adoptar una “nomenclatura en la redacción de las leyes de confinamiento civil»³², 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»³³ e, incluso, variaban “sustancialmente de sus contrapartes psiquiátricas»³⁴.

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»³⁵. 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: 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 vida 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 (Zapata, Daniel y Otros, 2018) .

28. Mental abnormality.

29. Mental illness.

30. Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997), pp. 359.

31. *Ibidem*.

32. *Ibidem*.

33. *Ibidem*.

34. *Ibidem*.

35. *Ibidem*, p. 360.

En relación con 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»³⁶, tal y 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»³⁷. La Corte 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 civil³⁸, cosa que Hendricks no hizo, según la Corte. En esta línea, la Corte señaló que la ley de Kansas no podía ser considerada de naturaleza penal porque no implicaba ninguno de los objetivos primarios del castigo criminal: retribución³⁹ y disuasión⁴⁰. 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 alguien⁴¹.

La Corte 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 «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»⁴², como quiera que las situaciones a las que se veía expuesto el sujeto confinado no eran las propias de los prisioneros, sino las de

36. *Ibidem*, p. 361.

37. *Ibidem*.

38. *Ibidem*.

39. Retributive view o just deserts.

40. Prevención general negativa (deterrence).

41. Supreme Court of the United States, *Kansas v. Hendricks*, 521 U. S. 346 (1997), p. 362.

42. *Ibidem*, pp. 362 y 363.

cualquier paciente confinado involuntariamente en una institución mental estatal⁴³. La Corte 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 inicial⁴⁴. 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»⁴⁵.

Finalmente, la Corte afirmó que incluso aceptando que no existiera tratamiento para los depredadores sexualmente 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 aflicciones⁴⁶. Todo lo expuesto llevó a la Corte 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 (Pineda, Cesar 2018).

Luego, la Corte Suprema de EE. UU., en *Kansas v. Crane*⁴⁷, agregó un tercer elemento a los dos ya expuestos en *Kansas v. Hendricks*⁴⁸ 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»⁴⁹. Así, la Corte mencionó que en el caso de *Kansas v. Hendricks*

43. *Ibíd.*, p. 363.

44. *Ibíd.*

45. *Ibíd.*

46. *Ibíd.*, pp. 365 y 366.

47. Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002).

48. Los dos elementos son estos: en primer lugar que la persona que ha sido convicto o acusado de un crimen de violencia sexual sufra de una anomalía 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.

49. Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002), p. 411.

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»⁵⁰. 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 en 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 sería lo hacía sujeto de confinamiento civil, «del –delincuente– peligroso pero típico reincidente condenado en un proceso penal ordinario»⁵¹.

Sin embargo, en su salvamento de voto en *Kansas v. Crane*, el juez Antonin Scalia⁵² 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»⁵³, valoración con la que estamos de acuerdo (Matyas, Eduardo, 2018).

En el mencionado salvamento de voto, 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? El interrogante consistía en cómo se instruiría a un jurado al respecto: «¿Sería un porcentaje⁵⁴, o una proporción de frecuencia⁵⁵ o un

50. *Ibidem*, p. 413.

51. *Idem*.

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

53. Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002), pp. 419 y 420.

54. «Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a...bajo la Ley del depredador sexualmente violento solo si encuentran, más allá de toda duda razonable, que él es 42% incapaz de controlar su inclinación por la violencia sexual».

55. «Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a...bajo la Ley del depredador sexualmente 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».

adverbio?»⁵⁶. De tal suerte, el juez Scalia se declaraba insatisfecho con tal exigencia por la imposibilidad de precisar cuál era el grado requerido de inhabilidad para controlar la conducta que permitiría servir como sustento para la imposición del confinamiento⁵⁷. Por nuestra parte, debemos decir que estamos de acuerdo con esta censura, aunque consideramos que solo existe un criterio 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 la misma línea, habíamos señalado que la fórmula de quién es considerado como depredador sexualmente 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 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: 25), fallo en el que se apoyó la constitucionalidad de la Ley de depredadores sexualmente violentos de Wisconsin, referida como capí- tulo 980, declaró:

Pero un reconocimiento de que la enfermedad mental o el neologismo «componente de condición mental» pueda ser definido 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

56. «Señoras y señores del jurado, ustedes pueden confinar a... bajo la Ley del depredador sexualmente 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». Supreme Court of the United States, *Kansas v. Crane* - 534 U.S. 407 (2002), pp. 423 y 424.

57. En tal sentido, incluso entre quienes defienden este tipo de evaluaciones, se advierte la existencia de instrumentos actuariales que no son adecuados en tal labor (Abbott, 2017: 71). Es decir, no existe entre ellos un consenso sobre cuál es el instrumento idóneo en tal propósito.

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.

De esta manera, se concluye que el confinamiento civil de depredadores sexualmente violentos es una sanción adicional por la comisión de un delito sexual⁵⁸ y viola el *ne bis in ídem* al castigar dos veces por la misma conducta: primero 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), confinamiento, fundado en la comisión de la conducta que causó la imposición de la primera pena y se refuerza discursivamente con la protección de los niños, ciudadanos, etc., frente a ciudadanos supestamente incorregibles.

La incorregibilidad del delincuente sexual⁵⁹ planteada en el *depredador sexualmente violento* y la posibilidad de vaticinio sobre la comisión de delitos

58. Extraña que la anormalidad mental o el desorden de personalidad que causa una dificultad en el control de la conducta, que a su vez se transforma en la probabilidad de la comisión de una conducta predatoria sexual violenta, no tenga incidencia al juzgar la responsabilidad penal del autor de tal delito (que sería 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).

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

sexuales carecen de respaldo científico y son solo opiniones intuitivas⁶⁰, motivadas por un «sentido visceral de repugnancia que el promedio los ciudadanos —y muchos de los profesionales de la salud mental y la justicia penal—, tienen hacia aquellos que cometen delitos sexuales, especialmente crímenes en contra de los niños» (Miller 2013: 515)⁶¹. 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 ciencia⁶² está en capacidad de proporcionar un pronóstico en tal sentido y tal

60. Aunque Nash (2006: 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».
61. Ello ocurre también dentro de quienes han sido determinados como criminales por el sistema penal «porque es un hecho notorio que dentro de los mismos delincuentes se rechaza, incluso de manera extrema con el homicidio o golpizas, a ciertos tipos de delincuentes, tales como los delincuentes sexuales» que han cometido crímenes en contra de menores, lo que «contrasta con la admiración que otros despiertan» (} et al., 2018b: 84 y 85). Es decir, «incluso los mismos delincuentes creen que otros delincuentes son distintos a ellos, o sea, los delincuentes creen que hay dos clases de criminales: unos que serían iguales a los no delincuentes y otros que no, es decir que sí serían sí delincuentes, lo que depende, se puede colegir razonablemente, de ciertas clases de delitos (crímenes sexuales) y de la condición de la víctima (niños y mujeres)» (ibídem: 86).
62. 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: 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: 11) y Nash (2006: 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: 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: 36).

predicción está fundada en elementos indefendibles científicamente, verbigracia, la intuición. Precisamente, debido a que tales predicciones son indefendibles es que se ha propuesto un discurso pseudocientífico⁶³ con el fin de darles validez y legitimidad ante la sociedad. Por supuesto, sería más que deseable⁶⁴ poder anticipar la comisión de cualquier tipo de conducta delictiva⁶⁵, 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.

Además, este discurso del *depredador sexualmente violento* apareja un conjunto de medidas, tales como el registro de delincuentes sexuales, con limitaciones en vivienda y empleo, que, más que prevenirlo, contribuyen a la reincidencia al cercenar al máximo las opciones de los condenados para reintegrarse en la sociedad (Grossi, 2017: 60), pues los pocos delitos que son prevenidos por este tipo de medidas contrastan con el hecho de que quienes desean reincidir son más difíciles de controlar si están «sin hogar o son forzados a mudarse frecuentemente» (Savage y Windsor, 2018: 24). Entonces, sin que exista fundamento para ello, frente a los delincuentes sexuales se asume un fin de la pena de prevención especial negativa. En esta línea, 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 sexualmente violento* carece de fundamento científico y su uso en el ámbito de la política penal debe ser rechazado, al igual que cualquier otro discurso de incorregibilidad justo por las mismas razones.

3. CONCLUSIONES

1. No hay ninguna teoría científica que respalde las afirmaciones de la existencia de una clase de personas que sean incorregibles y que no

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

64. Como señala Nash (2006: 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».

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

pueden evitar la comisión de delitos de violencia sexual en contra de menores de edad. Las manifestaciones en tal sentido solo son un reflejo sobre el rechazo social que tal tipo de criminalidad produce, incluso dentro de aquellos que también han cometido delitos de otra clase.

2. El planteamiento de incorregibilidad encuentra su defensa en el mundo de la probabilidad, del cálculo actuarial, pero este no es satisfactorio para su aplicación al campo jurídico penal porque no puede ofrecer certeza sobre la realización del comportamiento humano de relevancia para aquel, sino grados de probabilidad, que dependen de la valoración subjetiva que se le dé a las variables que integran el juicio de probabilidad.
3. Al carecer de respaldo científico, el carácter de incorregibilidad no debe ser tenido en cuenta en la definición de la política penal. Empero, su actual empleo en materia de delincuencia sexual constituye un peligro por el riesgo de su expansión a otros ámbitos de criminalidad y la violación de principios del Derecho penal como el del acto.
4. No existe un sustento razonable para el establecimiento en el ordenamiento jurídico penal colombiano de la cadena perpetua y las propuestas en tal sentido obedecen a un deseo de mostrar una respuesta estatal frente a cierta forma de criminalidad sobre la que existe un mayor rechazo social en comparación con otras.
5. Si lo que se quiere es disminuir su comisión, es necesaria la realización de investigaciones criminológicas que permitan comprender cómo se cometen las conductas de violencia sexual en contra de menores de edad en el ámbito colombiano, lo que permitirá plantear propuestas que sí sean idóneas en tal propósito. En ello, es razonable considerar que tales herramientas están fuera del ámbito jurídico penal e, incluso, del normativo.

REFERENCIAS

- Abbott, Brian R. (2017). Sexually violent predator risk assessments with the violence risk appraisal guide-revised: A shaky practice. *International Journal of Law and Psychiatry*, 52, pp. 62–73. Recuperado de www.sciencedirect.com
- Alexander Jr., Rudolph. (2004). The United States Supreme Court and the Civil Commitment of Sex Offenders. *The Prison Journal*, 84(3), pp. 361–378. Recuperado de <http://tpj.sagepub.com>

- Asesino de Génesis Rúa fue atacado en la cárcel de Santa Marta. (2018, octubre 6). *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/asesino-de-genesis-rua-fue-atacado-en-la-carcel-de-santa-marta-articulo-816514>
- Cortés Fierro, Ernesto. (2016, diciembre 11). Hay más Yulianas / Voy y vuelvo. Desde el caso de Rosa Elvira Cely, la ciudad y el país no habían estado tan conmocionados. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/bogota/voy-y-vuelvo-sobre-yuliana-samboni/16770234>
- Dolor e indignación por crimen de niña caucana en Bogotá (2016, diciembre 5). *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/colombia/cali/asesinato-de-nina-en-bogota/16766191>
- ‘Estoy a favor de la cadena perpetua para asesinos de menores’: Duque. El presidente rechazó el homicidio de una niña de 9 años en Fundación, Magdalena. (2018, octubre 3). *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/presidente-duque-esta-a-favor-de-la-cadena-perpetua-para-violadores-de-ninos-276398>
- Fiscalía pide 60 años de cárcel para Rafael Uribe (2016, diciembre 15). *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/rafael-uribe-noguera-acepto-cargos-por-asesinato-de-yuliana-samboni/509500>
- Grossi, Laura M. (2017). Sexual offenders, violent offenders, and community reentry: Challenges and treatment considerations. *Aggression and Violent Behavior*, 34, pp. 59-67. Recuperado de www.sciencedirect.com
- ICBF pide cadena perpetua para asesinos y violadores de niños (2016, diciembre 5). *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/gente/icbf-rechaza-asesinato-de-nina-de-7-anos-en-chapinero/16766114>
- Janus, Eric S. y Prentky, Robert A. (2003). Forensic use of actuarial risk assessment with sex offenders: accuracy, admissibility and accountability. *American Criminal Law Review*, 1443, pp. 1-59.
- La guardia ciudadana no se rinde por Yuliana Samboní (2016, diciembre 16). *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/ciudadanos-que-rechazaron-asesinato-de-yuliana-samboni/16767558>
- Matyas, Eduardo (2018). Extradición Vs Derechos Fundamentales: Una vision restropectiva. ISBN: 948-958-48-5616-6. Fondo de Publicaciones Corporación Universitaria Republicana.

- Matson, Scott y Lieb, Roxanne. (1996). Sex Offender Community Notification: A Review of Laws in 32 States. Recuperado de <http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/96-04->
- Miller, Laurence. (2013). Sexual offenses against children: Patterns and motives. *Aggression and Violent Behavior*, 18, pp. 506-519. Recuperado de www.science-direct.com
- Morgan, Allison. (2006). Civil confinement of sex offenders: New York's attempt to push the envelope in the name of public safety. *Boston University Law Review*, 86, pp. 1001-1035. Recuperado de <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/MORGAN.pdf>
- Nash, Mike. (2006). *Public Protection and the Criminal Justice Process*. Oxford, Oxford Publishing Press.
- Perlin, Michael L. y Heather Ellis Cucolo. (2017). *Shaming the Constitution: the detrimental results of sexual violent predator legislation*. Philadelphia, Temple University Press.
- Petrunik, Michael y Deutschmann, Linda. (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, 52(5), pp. 499-519. Recuperado de <http://ijo.sagepub.com>
- Pineda, Cesar y Otros (2018). Nuevos desarrollos para la gestión de las organizaciones. ISBN: 978-958-48-5620-3. Fondo de publicaciones Corporación Universitaria Republicana
- Pratt, John. (2007). *Penal populism*. Londres, Routledge.
- Pratt, John. (2009). From Abusive Families to Internet Predators?: The Rise, Retraction and Reconfiguration of Sexual Abuse as a Social Problem in Canada. *Current Sociology*, 57(1), pp. 69-88. Recuperado de <http://csi.sagepub.com>
- Prisión perpetua a violadores de niños: ocho años de promesas (2016, diciembre 6). *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/cadena-perpetua-a-violadores-de-ninos-ocho-anos-de-promesas/508348>
- «Rafael Uribe podría recibir rebaja de pena». Representante Efraín Torres (2016, diciembre 6). *Kienyke*. Recuperado de <http://www.kienyke.com/politica/rebaja-de-pena-rafael-uribe/>
- Roberts, Julian et al. (2003). *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*. Oxford, Oxford University Press.
- Savage, Joanne y Casey Windsor. (2018). Sex offender residence restrictions and sex crimes against children: A comprehensive review. *Aggression and Violent Behavior*,
Revista Republicana
Núm. 25, julio-diciembre de 2018

43, pp. 13-25. Recuperado de www.sciencedirect.com

- Scurich, Nicholas *et al.* (2016). The biasing effect of the “sexually violent predator” label on legal decisions. *International Journal of Law and Psychiatry*, 47, pp. 109–114. Recuperado de www.sciencedirect.com
- Silva García, Germán. (2011). *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios – ilae–.
- Slobogin, Christopher. (2007). *Proving the unprovable*. New York, Oxford University Press.
- Sutherland, Edwin H. (1969). The Difussion of Sexual Psychopath Laws. En *Crime and the Legal Process*. Chambliss, William J. (ed.). New York, McGraw-Hill.
- Torregrosa, Rodolfo y Otros (2018). *Derecho Penal, Paz y Posconflicto*. ISBN: 978-958-48-5617-3. Fondo de Publicaciones Corporación Universitaria Republicana.
- Torres Monsalvo, Efraín. (2015). *Proyecto de acto legislativo número de 2015*. Recuperado de <http://efraintorres.com.co/images/proyectos-de-ley/cadenaperpetua.pdf>
- Velandia Montes, Rafael. (2018). Populismo penal en el siglo XXI: un análisis de las noticias y su influencia sobre la punitividad en la política penal colombiana, en Estanislao Escalante Barreto (Ed.). *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal* (119-146). Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.
- Velandia Montes, Rafael *et al.* (2018). *Los sí delincuentes: visiones sociales sobre la pena, la criminalidad y el sistema penal*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios – ilae–.
- Von Liszt, Franz. (1998). *La idea del fin en el Derecho Penal*. Bogotá, Temis.
- Zapata, Daniel y Otros (2018). *Responsabilidad derivada del vinculo de la prestación de servicio medico*. ISBN: 978-958-48-5618-0. Fondo de Publicaciones Corporación Universitaria Republicana.
- Zander, Thomas K. (2005). Civil Commitment Without Psychosis: The Law’s Reliance on the Weakest Links in Psychodiagnosis. *Journal of Sexual Offender Civil Commitment: Science and the Law*, 1, pp. 17-82. Recuperado de http://www.socjournal.org/2005-06/zander_2005.pdf

