

EL POPULISMO PENAL EN COSTA RICA¹

CARLOS ELBERT

Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina

Recibido el 7 de marzo de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. La bondad intrínseca de las leyes y las instituciones no es independiente de la evolución económica, social y cultural del país en el que deben aplicarse. No es la ley la que está mal. Está mal Costa Rica. Los promotores de la mano dura no deben engañarse: lo que está fallando no son las leyes y los jueces, sino la sociedad atomizada y contradictoria en la que se tienen que desenvolver. El aumento de la delincuencia no es culpa de que no se tengan buenas leyes penales, ya que las mismas no pueden solucionar una problemática social que las supera ampliamente. Endurecer la ley lleva a males mayores. No es cierto que al garantismo penal no le preocupen las víctimas, ni que sea condescendiente con los delincuentes. Más bien aquéllos a quienes se etiqueta como “garantistas” (casi con connotación de “degenerados”), y los *aborrecidos* abolicionistas, son quienes más han luchado por el reconocimiento de los derechos de las víctimas, su debido resarcimiento y contención.

PALABRAS CLAVE: populismo penal, garantismo penal, temor al delito, seguridad, víctimas, exclusión social

¹ Conferencia para las jornadas de celebración del 40 aniversario de la defensa pública de Costa Rica, marzo de 2010.

ABSTRACT. The benefits of law and of institutions are not independent from the economic, social and cultural evolution of the country on which they ought to be applied. It is not the law what is wrong. Costa Rica is wrong. The promoters of the “strong hand” doctrine should not deceive themselves: neither the laws nor the judges are failing; it is the fragmented and contradictory society on which they operate what is. Delinquency increase is not the result of not having good criminal laws, as these cannot resolve a social problematic that widely exceeds them. Strengthening the law leads to bigger and greater harm. It is not true that penal garantism does not care about the victims, or that it is condescending with the delinquents. Rather than that, those who are labeled as “garantistas” or supporters of civil rights (almost with a “degenerate” connotation) and the despicable “abolitionists” are the ones who have fought more for the recognition of the rights of the victims, their proper compensation and contention.

KEY WORDS: Penal populism, penal garantism, fear of crime, safety, victims, social exclusion

A) INTRODUCCIÓN

El año pasado tuve el placer de dictar conferencias y cursos en San José, sobre distintos temas de actualidad criminológica y político- criminal². Por cierto, la conferencia y los intercambios que pude sostener en la Asamblea Legislativa constituyeron para mí un gran honor y creí haber contribuido a caracterizar a las corrientes del populismo penal que se expanden en Costa Rica, en mi país y en todo el mundo.

Con el paso del tiempo, tuve noticias de que mis puntos de vista fueron

² El populismo penal: ¿Realidad transitoria o definitiva?, marzo de 2009. Esta conferencia se puede oír en: <http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr/index.php/programas-radiales>.

tergiversados, haciéndolos aparecer como una capitulación, o un “reconocimiento a la justeza” del populismo penal. Nada más alejado de la realidad, y por ello agradezco este oportuno convite del Ministerio Público de la Defensa, para defenderme en el lugar más apropiado, y renovar el debate sobre el problema de la inseguridad. Mucho más, cuando importantes juristas costarricenses - por dicha mis amigos - son agraviados desde los medios de comunicación, con el claro propósito de descalificarlos, ridiculizando su pensamiento o sus trayectorias, una técnica que, justamente, había denunciado en mi conferencia.

La ocasión es, entonces, ideal para repasar acontecimientos, concluido el proceso electoral y aflojada la presión que el tema de la inseguridad desata en cualquier temporada de cacería de votos.

B) LAS LEYES DE MERCADO Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL

El mundo está mal. Nuestras sociedades sufren dificultades y crisis de distinta naturaleza, que hacen imprescindible reconocer sus causas. Sin embargo, en lugar de ello, se nos quiere hacer creer que en este mundo hay dos tipos de seres humanos: los buenos y los malos. Que todo anda mal es culpa de los malos, y que únicamente delinquen los malos. Si los matamos, los encerramos o los “garrotiamos”, el mundo volverá a la normalidad, y todos los ticos serán felices y vivirán en paz.

¿Es cierta esta fábula de la prensa monopólica trasnacional? Por cierto, se trata de una simplificación maniquea, con envoltura de verdad obvia. Pero no es cierto que delincuencia aumente porque aumenta la cantidad de hombres agresivos. No es cierto que quienes no estamos etiquetados como delincuentes seamos todos honestos y buena gente. No es cierto que dentro de la cárcel estén sólo los malos, los culpables y los que cometen delitos. No es cierto que la agresión del delito pueda ser neutralizada con mucha violencia irracional. Sin embargo, es indiscutible que el reclutamiento para el delito que tanto preocupa, tiene profundas causas sociales. Veamos, en un breve repaso, algunas de ellas.

Recordemos que, tras el triunfo del capitalismo en la Guerra Fría, su modelo económico estableció la competencia económica sin límites, dominada por violentos flujos financieros de origen lícito e ilícito, que arrollaron a las legislaciones previas. Las concentraciones financieras privadas resultantes de ese proceso son superiores a las economías de cientos de Estados nacionales. Un puñado de personas posee más de la mitad de la riqueza del planeta. Y esto, además de injusto, es obsceno.

El efecto social del modelo capitalista global y sus cambios tecnológicos resultó pavoroso, pues reemplazó una era de estabilidad laboral por la desocupación masiva, los empleos precarios y el fin de los derechos laborales. Millones de personas quedaron libradas a su suerte, conformando una masa de “superfluos”, que en el futuro sólo obtendrán trabajo precario o informal, con ingresos ocasionales de subsistencia, sin retorno al sistema, sin poder programar un futuro. Esto es, por cierto, una inseguridad existencial, que afecta todos los aspectos de la vida privada y colectiva³. Como resultado, el porcentaje de personas que participan, realmente, de la vida económica, social y cultural del planeta, en condiciones cualitativas propias de este siglo, es cada vez más exigua⁴.

El grupo de poder que comanda estos sistemas de exclusión es un segmento social mínimo, pero que impone al resto de la sociedad sus pautas morales, culturales, políticas y económicas, estableciendo su lógica de la realidad, que se reproduce constantemente en las noticias, las leyes y los usos culturales. Lamentablemente, esta hegemonía de los sectores dominantes se expresa con gran éxito en materia político - criminal. Allí se constata un retorno sin complejos a los postulados de Spencer, en propuestas como “A los delincuentes hay que encerrarlos y tirar la llave” o “Persíganlos, vigílenlos,

³ Ver: *“El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era”*, de Jeremy Rifkin, Paidós, Buenos Aires, 1997.

⁴ Ver: Elbert, Carlos: *“Criminología Latinoamericana”*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, parte segunda, capítulo III: Nuestra realidad material.

deténganlos, enciérrenlos”, y otros semejantes, de moda en Estados Unidos⁵, o sus sucedáneos de la Argentina, como “meter bala a los delincuentes” o “encerrarlos de por vida”, “palo al delincuente” en España, o “garrotiemos al delincuente” aquí, que expresan la misma filosofía.

Los análisis sociológicos sobre el temor al delito lo sitúan en un cruce complejo de estados de ánimo, relacionados con la declinación del modelo de desarrollo económico, social y humano previo, y la ausencia de un proyecto alternativo. Pero los políticos se interesan sólo en la búsqueda de programas para reducir el fenómeno delictivo en poco tiempo, desentendiéndose de la necesidad de enfrentar a la inseguridad en el plano político-cultural, diagramando políticas de más largo alcance⁶. En el medio quedamos nosotros, juristas, criminólogos, defensores, trabajadores sociales, penalistas liberales, en la tierra de nadie, cruzados por fuego amigo y enemigo.

Según los neoliberales, invertir en asistencia social, o sea, en hospitales, escuelas o políticas públicas para los desprotegidos, es un despilfarro, “una inversión no productiva”. Total, los excluidos no tienen, para ellos, utilidad económica, ni son aptos para el consumo. Esta lógica neoliberal instaló una visión insensible, cruel e injusta de la existencia y, en definitiva, **suicida** para la preservación de la especie y de la democracia. Pero eso sí, pretende asegurar su tranquilidad a garrotazos, para defender los nichos de privilegio en medio de un mar de miseria, degradación y violencia.

La utopía de la seguridad es una utopía negativa, indiferente por la suerte del planeta y sus habitantes. Los privilegiados por la concentración de la riqueza pretenden gozar de sus beneficios de manera idílica y hedonista en sus yates, campos de golf y barrios privados, desentendiéndose del deterioro social que se multiplica a su alrededor; están convencidos de que sus privilegios son algo así como un derecho divino, y eso explica el tipo de políticas de contención que

⁵ Sack, Fritz, “Economización del ámbito de la criminalidad y su control”, en *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, Pág.311

⁶ Ver: Cornelli, Roberto, “*Paura e ordine nella modernità*”, Giuffré editore, Milán, 2008.

propician.

Estos pocos datos nos demuestran que todo intento de interpretar la inseguridad o las políticas criminales sin un análisis socioeconómico de referencia, resultará incompleto o errado⁷.

C) EL OCASO DE LA AUTORIDAD

A partir de 1990, nuestros gobiernos se ocuparon de desmontar las estructuras estatales, concediendo garantías jurídicas nunca vistas a los inversores internacionales, presuntos salvadores de la sociedad⁸. Sin partidos ni representantes confiables, sin Estados capaces de trazar políticas autónomas, manchados por la corrupción y la impunidad más escandalosas, la credibilidad de “los representantes del pueblo” provocó apatía y escepticismo. Así, se instaló una desconfianza permanente hacia los funcionarios de los tres Poderes del Estado, con la convicción generalizada que allí cohabitan mafias, interesadas en sus beneficios, privilegios y sobornos. El blanco más fácil de todos es la justicia penal, porque “no condena a nadie” y deja en libertad a los sospechosos de delitos. Se pretende que una buena justicia debería condenar siempre, y considerar culpables a todos los sospechosos, adelantándoles la pena, al menos, con prisiones preventivas prolongadas.

D) LA LEGITIMACIÓN DEL CLAMOR POPULAR

⁷ Ver, al respecto, de mi autoría: *“El Control sin Estado y sin políticas criminales en la América Latina Globalizada”* en Revista Documentos Penales y Criminológicos, volumen I, año 2001, Pág. 555, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua. - *“Globalización y des – integración Institucional”*, en libro de homenaje al Profesor Hinestrosa, Universidad Externado, Bogotá, Colombia, 2004. - *“La inseguridad, el derecho y la política criminal del siglo XXI”* en el libro Estudios sobre justicia Penal, en homenaje a Julio Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

⁸ Ver: Calcagno Eric y Alfredo: *“El universo neoliberal, recuento de sus lugares comunes”*, Alianza, Buenos Aires, 1995.

La inoperancia de los Poderes públicos en nuestra periferia fue siendo cuestionada por protestas populares espontáneas, para interpelar a las autoridades. Así, se formaron asociaciones de víctimas del delito y de otras contingencias, para cuestionar, desde el dolor, a los burócratas insensibles, compeliéndolos a tomar ciertas decisiones, mediante exigencias perentorias. Estos reclamos, en esencia justos, tomaron rumbos imprevistos, que cuestionan el pacto social y la representación política, poniendo en crisis al principio republicano de gobierno.

Por su parte, los administradores de los Estados débiles y cuestionados que nos dejó la *langosta neoliberal*, impotentes para satisfacer las urgencias de los reclamos populares, desarrollaron la táctica de adherir lisa y llanamente los reclamos, para cooptarlos, desviando la atención hacia chivos expiatorios, como la justicia penal, exhibiendo una fácil “solidaridad con el sentir ciudadano”. Esto es, nítidamente, lo que ocurrió en el caso de los familiares de víctimas del incendio de la discoteca “Cromañón”, en Buenos Aires⁹.

La mayoría de esas operaciones de *auto-legitimación de los gobiernos, mediante solidaridades y medidas improvisadas*, acontecen en plena decadencia de los valores solidarios de hace unas décadas, abriendo camino al “sentido común” de reclamos estrafalarios, irracionales y cruentos para derrotar al mal, que se concentraría en los delitos contra las personas y los bienes. Este proceso de acción y reacción ha sido denominado “populismo penal”¹⁰ y se expande por países periféricos y centrales. Veamos, con algún detenimiento, los mecanismos que lo alimentan.

E) LA INSEGURIDAD COMO TEMOR AL DELITO

⁹ Elbert Carlos y otros: “*Inseguridad, víctimas y victimarios, Argentina 2001/2007*”, Editorial B. de F., Montevideo- Buenos Aires, 2007, capítulo V.

¹⁰ Pratt, John, “*Penal Populism*”, Londres y Nueva York; Routledge 2007, citado por Sack en la conferencia antes referida.

Suponer que los profundos cambios señalados pasarían de largo sin dejar secuelas es, más que una ceguera, una negación política¹¹. En realidad, a nuestras sociedades se les quitaron las pocas seguridades con las que contaban, sumiéndolas en la confusión y la inestabilidad. Ahora somos “sociedades de riesgo”¹² en todos los aspectos de la vida social. Cada día, al levantarnos, tememos por la estabilidad del trabajo, el alcance del salario, la permanencia de los hijos en sus colegios, la agresividad en las relaciones personales, nuestros conflictos psicológicos propios, la mala calidad de la enseñanza, el caos del tránsito, los ahorros depositados en bancos que pueden quebrar, la polución ambiental, el cambio climático, etcétera. Y hablo de quienes todavía tienen algo que perder, sin ponerme en el lugar terrible de los que, al levantarse, no tienen un gallo pinto, ni un pan para el desayuno, y saldrán a las calles - si es que no han dormido allí - a ver qué encuentran para seguir tirando. Aunque no seamos esos desdichados, podemos conocerlos a través del escritor costarricense Fernando Contreras Castro, quien en su novela “Los Peor” describe la miseria y la marginación que hoy ensombrece a San José, y al resto del país¹³. También soy testigo de que aquella ciudad que conocí hace 25 años, amistosa y apacible, no existe más. Creo que todo ha cambiado, y que padecemos, justamente, por la mala calidad de estos cambios, que provocan aquellas inseguridades.

Ahora bien, ¿de cuáles inseguridades hablamos? ¿De la de quienes aún conservan su posición confortable, o de la de los que vegetan por las calles sin pan para el desayuno? Me parece que hay inseguridades distintas. Una minoría integrada sólo sufre algunas, mientras que la gran mayoría del pueblo las sufre casi todas. Parece poco realista, entonces, que los menos, los que llevan la buena vida, vendan sus temores a la sociedad, como si fuesen comunes a todos. Ese

¹¹ Ver: Castel, Robert: “*La inseguridad social*”, Manantial, Buenos Aires, 2004.

¹² Ulrich Beck estableció el concepto, en su libro “*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*”. (Sociedad de riesgo, hacia una nueva modernidad). Frankfurt a. M., Editorial Suhrkamp Verlag, 1986 y Paidós, Barcelona 1998. Ver también: Aller, Germán: “*Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*”, Carlos Álvarez Editor, Montevideo 2006.

¹³ Editorial Norma, Bogotá, 2006.

clamor contra la inseguridad parcializa el concepto, ocultando una buena parte de los fenómenos que implica. El uso sesgado de “la inseguridad” consagra la convicción de que el único factor que impide vivir normalmente son los delincuentes, olvidando la destrucción de las redes sociales, la decadencia de las clases medias, el relajamiento de los vínculos solidarios, familiares, sociales, políticos y sindicales, el caos cultural, etc. Casualmente, esas circunstancias son las que contribuyen en medida sustancial al aumento real y psicológico de la vulnerabilidad, soledad e indefensión de millones de personas.

Debe reconocerse, por cierto, que la victimización de miembros de clases medias y altas ha aumentado, y que algunos casos - como el de los secuestros extorsivos - generan una alarma comprensible entre los sectores con los mejores niveles de protección privada. La posibilidad potencial de ser víctima de un asalto (por poseer bienes caros, como el automóvil, los electrodomésticos, las tarjetas de crédito, etc.) consagró el temor al delito como el miedo específico de las clases integradas, propagado, por reflejo paradójico, hasta a los propios sectores excluidos. Por su parte, los medios de comunicación exacerbaban esos sentimientos, propalando constantemente que la seguridad de las posesiones y de la vida están en peligro y que “nadie” puede sentirse seguro en “ninguna parte”. Se canalizan así, a través del miedo a los otros, numerosas insatisfacciones colectivas, resumidas en una sola, obsesiva, que desborda en proyecciones emocionales, prestas a aplaudir cualquier exceso, justificándolo por la (presunta e insoportable) condición de corderos indefensos, a los que el Estado no brinda protección ni presta interés¹⁴.

Veremos, a continuación, el modo en que ese discurso incide en la conciencia de la sociedad, utilizando algunas notas recientes de la prensa de Costa Rica.

¹⁴ El análisis más completo y claro de estos fenómenos en las sociedades del primer mundo, puede ser ampliado en: Garland, David, *“La cultura del control”*, Gedisa, Barcelona, 2005.

F) LOS MEDIOS CONTRA LOS “GARANTISTAS”

En “La Nación” del 21 de enero de 2010, una columna de opinión dice, sintéticamente, lo siguiente: Que este país se ha olvidado de las víctimas y que el derecho penal no garantiza la seguridad de los ciudadanos; que es hora de escuchar a quienes llevan la peor parte en la cuestión del delito.

Se denuncia a Javier Llobet, como un “falso garantista”, por opinar que la represión no salvará a las familias de homicidios y asaltos. Se afirma que el derecho penal clásico se ha divorciado de la realidad y no tiene efectividad en sus respuestas. Que las “teorías garantistas criollas”, aplicadas por largos años, fracasaron y que no abarrotar las cárceles equivale a abarrotar a los cementerios. Se dice que la delincuencia aumenta y el proceso penal la premia, con libertades generosas, y se augura a Costa Rica el futuro inevitable de Colombia o Guatemala, si no se “hace algo”. Como corolario, se le reprocha a Llobet que me presentara y disertara junto a mí, en la Asamblea Legislativa, donde yo afirmé que el discurso penal liberal ya ha fracasado, agregando que “Lo cierto es que, en teoría y práctica, el populismo penal está ganando ampliamente la batalla....”.

Y concluye, el artículo, con esta sentencia:

“El populismo penal no parte de la prensa amarillista, o del caudal electoral, parte de la realidad de un país y testimonio de nosotros, las víctimas, que claman justicia y seguridad. Es cierto lo que señala el profesor Elbert, respecto de los seguidores del derecho penal clásico; “Debería partirse de una autocrítica, ya que no es posible que todos (refiriéndose al ciudadano en general) estén equivocados, menos nosotros (refiriéndose a los garantistas)”.

Debo decir también que he analizado muchas noticias de Costa Rica, de los últimos meses, como por ejemplo los artículos “Garrotiemos al delincuente” en el Diario Extra, de San José, del 24 de junio de 2008, donde el subdirector del periódico trata a los juristas y jueces garantistas de “idiotas y mentes enfermas y

cobardes que se colocan del lado de los criminales” o los firmados por el señor Castro en “La prensa libre” del 18 de diciembre de 2009, donde habla de un “grupillo abolicionista”, o del 14 de enero de 2010, burlándose de un imaginario “partido abolicionista judicial”. De todos modos, la nota de “La Nación” de que me ocupó, firmada por la Presidenta de la Asociación de Víctimas de Homicidio, revela buena información y aguda capacidad para sintetizar los argumentos en juego, que me permitirán defender mis expresiones, y las de colegas amigos, ante sus objeciones.

Creo que el artículo no parece interesado en algunos interrogantes, a saber: ¿En qué tipo de sociedad ocurren estas cosas? Y ¿Por qué la sociedad costarricense está tan desquiciada y agresiva, si hace un cuarto de siglo era la Suiza de Centroamérica? O preguntarse: ¿Es la delincuencia el problema más importante que afronta este país? Considero que, si se omiten estas referencias, las interpretaciones sobre la inseguridad adolecerán de una parcialidad que, con frecuencia, desembocará en lo subjetivo y lo tendencioso.

Cuando las asociaciones de víctimas hablan desde su dolor no atendido, ejercen un muy legítimo derecho, pero se confunden en el análisis de su problemática. La primera distorsión, es la de suponer que su dolor no nos preocupa, o que somos condescendientes con la delincuencia. Ambas tesis son falsas. Nos interesa primordialmente la vida humana, y por ende, nos afectan con igual intensidad, tanto el atentado contra la vida de un inocente, como contra la de un culpable. Pero esto no significa solidaridad con lo que ese culpable haya hecho, sino, darle el mismo valor a la vida de todos. Tanto nos interesa la vida, que en los códigos penales de occidente, ella es el bien jurídico supremo, y quien lo ataque sufrirá las penas más severas, con una importante cantidad de circunstancias que, además, las agravan.

Lo que los familiares víctimas a veces no logran comprender, es que el orden jurídico no puede devolverles la vida, la salud o los bienes que perdieron injustamente, ni tampoco colocar el sistema jurídico al servicio de cualquier tipo de represalias por tan comprensible dolor. Sólo los políticos irresponsables

pueden prometer medidas que aparenten compensar el dolor con “revanchas contra el mal”.

En un pueblo de profunda raíz católica como Costa Rica, es una mala señal que el justo castigo de los que se equivocan quiera ser sustituido por su “garroteada”, que significa tormentos y muerte. Y también apena que esto sea aplaudido, y que los medios lo difundan del modo “promocional” en que lo hacen.

El castigo al mal existe, es duro y aflictivo. Es un castigo justo, pero que no puede, ni podrá jamás, restaurar plenamente las pérdidas, ni garantizar que los errores humanos no vuelvan a producirse.

Es cierto que muchos sistemas jurídicos no satisfacen plenamente a las víctimas, pero justamente, aquellos a quienes se etiqueta como “garantistas” (casi con connotación de “degenerados”), y los *aborrecidos* abolicionistas, son quienes más han luchado por el reconocimiento de los derechos de las víctimas, su debido resarcimiento y contención. Eso es todo lo que un Estado democrático puede ofrecer a los damnificados; no así milagros, ni garantías para el futuro. Y no es justo que quienes reclamen justicia nos tilden, entonces, de encubridores de los delincuentes. Su dolor no les concede ese derecho, porque quien sufre una injusticia está obligado a defender lo que es justo en toda circunstancia; de lo contrario, se pretendería castigar una injusticia con otras injusticias.

En cuanto a las “teorías garantistas criollas” responderé en dos planos: el legal y el personal. Les cuento, entonces, que cuando iniciaba mi carrera como juez de cámara en Buenos Aires, se me concedió una beca, a través del ILANUD, para jueces de Costa Rica y países latinoamericanos, que tuvo lugar en 1985. La beca incluía visitas a tribunales del interior, donde se desempeñaban colegas costarricenses, y a unas cárceles con deficiencias, pero en franca mejoría. Costa Rica se iniciaba en el proceso oral, y nos sorprendió gratamente la profundidad con la que ese cambio era llevado a cabo, actualizando el proceso y perfeccionando las estructuras judiciales. Fuimos huéspedes de una Corte Suprema orgullosa de la modernidad que podía exhibir Costa Rica, en un

momento en que pueblos vecinos, como El Salvador u Honduras, no tenían justicia por la guerra o la corrupción más escandalosa. También recorrimos este país y vimos una sociedad equilibrada, pacífica, humilde, sin lujos, privaciones ni miserias extremos. Regresamos a casa convencidos de que Costa Rica era el país del que hubiéramos querido ser ciudadanos. Por eso, estoy seguro de que buena parte de aquella sociedad justa la construyeron los ahora abominados “garantistas”, con su esfuerzo teórico y profesional. Resulta evidente que muchos de quienes hoy los acusan - poco menos que de haber arruinado al país - incurren en una falacia malintencionada. La bondad intrínseca de las leyes y las instituciones no es independiente de la evolución económica, social y cultural del país en el que deben aplicarse. No es la ley la que está mal. Está mal Costa Rica. No se engañen los promotores de la mano dura: lo que está fallando no son las leyes y los jueces, sino la sociedad atomizada y contradictoria en la que se tienen que desenvolver. Aquella época de 1980, fue una etapa de expansión de las garantías y de la defensa de los derechos humanos, que el pueblo costarricense compartía como un proceso positivo, de engrandecimiento y ampliación de sus libertades. Hoy parece que algunos sectores cambiaron de opinión, y creen que mediante la intolerancia, la dureza, el recorte de garantías y la presión sobre los jueces recuperarán aquél país de ensueño, donde todos podían andar tranquilos por la calle. Se trata, está claro, de una ilusión. Aquél país, aquél mundo, ya no existen. Ahora estamos en otro contexto, enfrentando problemas diferentes. No coloquemos el buey detrás de la carreta cafetalera, buscando soluciones en lo que es parte del problema. Es preciso defender a todo trance la institucionalidad costarricense, que tan buen nombre les diera en todo el mundo y por la cual, siendo tan pequeñitos en lo geográfico, se ubicaron como gigantes entre las democracias de América latina.

Si el delito aumenta y la policía no da abasto para contenerlo, si la violencia aumenta y afecta a todos los sectores, la culpa no la tienen las buenas leyes penales; no se puede pretender que ellas se hagan cargo o solucionen una problemática que las supera ampliamente. Y quienes hemos estudiado estos temas toda la vida, sabemos que endurecer la ley y salirse de su sistemática sólo

provoca males mayores.

No nos cansaremos de repetir que el derecho penal no resuelve adecuadamente los conflictos que procesa, y que jamás debe aplicárselo para resolver problemas sociales o morales. También sabemos, y podemos probar, que, a mayor rigor el delito no disminuye, que existió en toda época y lugar, y que seguirá existiendo mientras las sociedades se organicen jurídicamente, para superar a la barbarie. El delito es tan viejo como la prostitución y nadie, nunca, los pudo eliminar de la faz de la tierra.

Lamentablemente, la ilusión del fin de la delincuencia ha ganado terreno aquí, generando un odio creciente, que incuba el huevo de la serpiente totalitaria y el retroceso cultural. Recordemos en qué terminaron las sociedades del orden perfecto en Alemania, Italia, España, Rusia o Argentina. Bajo sus dictaduras atroces se ofrecía “seguridad” a la ciudadanía, mientras se asesinaba gente a escalas industriales. Por último, en lo que a mi concierne, aclaro que no me referí a la actual ventaja del populismo penal por sobre un orden jurídico de garantías como una circunstancia feliz, sino como una gran preocupación. Y la exhortación de que “no es posible que todos estén equivocados menos nosotros” iba dirigida autocríticamente a nosotros, juristas, para que no nos encerremos en la pura defensa de los principios, y sepamos abrirnos a las preocupaciones sociales, para interpretarlas y transmitir mejor nuestros puntos de vista. Reproché a cierto enclaustramiento académico, pero no quise decir que estemos totalmente errados y debemos dejar el derecho para blandir el garrote. Se extrapoló una frase fuera del contexto de toda una conferencia que decía otra cosa.

Por cierto, la batalla contra el populismo penal es muy desfavorable, porque quienes tienen poder no buscan conocimientos, sino argumentos para reforzar su poder. Y tienen, además, a su disposición a las cadenas monopólicas de medios de comunicación, que repiten cualquier tontería hasta transformarla en convicción generalizada, aprovechando el deterioro cultural de nuestros pueblos, intoxicados

de televisión, entretenimientos y mensajes superficiales¹⁵.

Los cambios globales generalizaron la convicción impaciente de que los problemas sociales se resuelven rápida y pragmáticamente, para que “dejen de molestar”. Se pretende que las soluciones lleguen como por medio de un control remoto, sustituyendo la realidad desagradable con “programas más entretenidos”.

El populismo penal es, entonces, una actitud radicalmente pragmática ante los problemas político - criminales, a los que concibe como “fáciles de resolver”, mediante una rígida voluntad represiva. Según esta visión, la ética humanista no cuenta contra los enemigos que amenazan la tranquilidad. Se identifica al delito con un estado de guerra, en el cual los valores de supervivencia justifican excesos como los que se infligen al enemigo en cualquier situación bélica.

Sigo sosteniendo que en teoría y práctica, el populismo penal está ganando la batalla a los defensores del Estado de Derecho. Sus logros son el constante endurecimiento de las leyes procesales, la introducción de agravantes en los tipos penales, la creación de nuevos delitos y calificaciones, el abarrotamiento de las cárceles, los esfuerzos por copiar recursos del arsenal estadounidense (tolerancia cero, “tres golpes y afuera”, estigmatización pública de delincuentes sexuales), la complacencia con la tortura, la cesión de mayor discrecionalidad a la policía, la reducción de la edad de los menores imputables, la estigmatización de los jueces “garantistas”, etc. Invierto la carga de la prueba: ¿Por qué no rinden cuenta de lo que lograron con estas medidas? ¿Pudieron los populistas bajar el delito? ¿Alcanzaron su ansiada seguridad? Me temo que, con su reciedumbre legal apenas deterioraron más al derecho penal liberal, haciéndolo funcionar peor de lo que podía hacerlo.

G) LAS TRANSFORMACIONES CULTURALES Y EL POPULISMO PENAL DE

¹⁵ Ver Sartori, Giovanni: *“Homo videns. La sociedad teledirigida”*, Taurus, Buenos Aires, 1998.

LA SOCIEDAD

El cambio global dismanteló en poco tiempo los valores y pautas precedentes de comportamiento social e interpretación de la realidad. Puede advertirse el deterioro cultural que afecta a la mayoría de la sociedad, y la gestación de un imaginario atravesado por factores irracionales, que trastocan la memoria histórica, mezclando datos diversos, combinándolos en un discurso errático, contradictorio y antidemocrático. Sucede que estamos frente al hombre global, que dejó de ser ciudadano, y hoy sólo tiene relevancia mediante su poder adquisitivo, su capacidad de consumo y eventualmente, su protagonismo público. El contexto del hombre global tiene, necesariamente, un devenir caótico, sin valores generales, referencias culturales fijas, ni recursos afectivos que lo orienten¹⁶.

El Estado se agotó como institución "dadora de sentido" a los hechos sociales, y los individuos ya no se sienten parte de las operaciones institucionales que antes los contenían y relacionaban.

Lo grave es que esta crisis no consiste en el *pasaje de un modelo agotado a otro superador*. Por el contrario, la crisis global ofrece un devenir errático, sin reglas fijas ni modelos sustitutos; hay un proceso desintegración social, sin que se avizoren formas de recomposición.

En consecuencia, los investigadores debemos interpretar a un hombre escéptico, frustrado y perplejo, con escasa o nula tolerancia hacia los demás, que no entiende los parámetros que regulan el devenir de su existencia, a la que, sin embargo, se resigna como una fatalidad. Hay un abismo entre protagonistas sociales recíprocamente alienados, que viven en universos culturales tan contiguos como incompatibles. La distancia social es rígida y no escucha argumentos: funciona por imágenes, que identifican al otro como un marciano.

El primer problema que tenemos por delante consiste, entonces - nada menos - que en inventar una lógica capaz de asignar sentido a estas

¹⁶ Autores varios (Grupo Doce): *"Del fragmento a la situación"* (Notas sobre la subjetividad contemporánea), Gráfica México, Buenos Aires, 2001.

manifestaciones sociales. Todo parece indicar, por de pronto, que la idea de contrato social deberá ser reemplazada por algo más flexible y amorfo, o si se quiere "líquido", capaz de contenernos en la diversidad fracturada y hostil de hoy¹⁷.

1) ¿ES POSIBLE NEUTRALIZAR AL POPULISMO PENAL?

Lamentablemente, la respuesta no existe, y para colmo, depende de un universo de factores que deben ser investigados y analizados en profundidad. Los indicadores de la criminalidad revelan datos alarmantes, no sólo por el aumento de los delitos convencionales, sino por el de las modalidades de gran magnitud, como el tráfico de drogas, armas, personas y lavado de dinero, para citar a los más notables, que la prensa suele dejar en segundo plano. Todo ello indica que estamos ante *un empeoramiento global del panorama delictivo*, que evidencia la ligazón entre el deterioro social y sus efectos degradantes.

El clamor popular es, en sentido amplio, una prueba del descreimiento en las autoridades e instituciones de la República, y un indicador de la necesidad de discutir un nuevo Pacto Social, que incluya a todos sus adherentes, respetando diferencias, pero asegurando posibilidades reales para que todos accedan a una vida básicamente satisfecha. Es el momento de dejar de lado (o cumplir) las utopías nunca realizadas de la Ilustración, y partir de una aceptación realista de sociedades en las que los beneficios y el progreso son un privilegio.

El populismo penal ha puesto al derecho penal como furgón de cola de los intereses dominantes, más preocupados por su propia seguridad que por la equidad de los repartos. No obstante, es preciso estudiar con detenimiento la esencia de los reclamos de Ley y Orden, para procurarles respuestas eficaces, que no signifiquen retroceder teóricamente hasta el medioevo o al nacionalsocialismo.

La tarea cultural abarca, en suma, no sólo la búsqueda de medios idóneos

¹⁷ Bauman, Zygmunt, *"Tiempos líquidos (vivir en una época de incertidumbre)"*, Tusquets, Buenos Aires, 2008.

para transmitir a la sociedad la importancia de muchos valores notables de la Modernidad, sino también la reformulación del sistema penal, desde el plano de la realidad a la que será destinado.

Es preciso, en síntesis, producir ideas eficientes y novedosas que rescaten las conquistas de la Ilustración, pero acompañadas de lo que hoy carecen, y que tuvieron al ser consagradas: la confianza de la sociedad, no en abstracto, como un mecanismo funcional, sino como parte de una distribución más justa de los bienes y males que debemos compartir en comunidad.