

LA VIOLENCIA DEL DERECHO PENAL. REPRESIÓN PUNITIVA, DISCRIMINACIÓN Y LA POSTERGACIÓN DEL ESTADO SOCIAL⁶⁶⁵

FERNANDO CRUZ CASTRO

Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Se ha producido en los últimos tiempos una expansión del Derecho Penal. Entre los factores que han contribuido a ello está la sensación social de inseguridad y el papel de los medios de comunicación en su construcción, la pasividad del ciudadano y el derecho penal como protector, lo mismo que la identificación social con la víctima del delito y no con el autor. Se ha llegado a una respuesta fácil que ha sido asumida por los partidos políticos: poca política social, reducción de garantías y punitivismo. La política se concentra, en el tema de la seguridad, convirtiendo al sistema político en un Estado de la seguridad personal. En ello sólo interesa la violencia proveniente de las clases subalternas o marginadas. Se llega a violencia estatal sin límites en función de una represión “eficaz”. En nombre de la sacralización de la seguridad se autorizan los excesos que se acercan a la vigencia de un estado policial. Costa Rica no escapa de la sensación profunda de inseguridad individual, tanto la real como la percibida; en estas condiciones la ciudadanía no está dispuesta a correr el riesgo de sufrir daños de parte de infractores incorregibles y malvados, creándose así un clima favorable para entregarle a la autoridad estatal un poder sin control, sin preocuparse por el ejercicio arbitrario del poder y la reducción sensible de libertades fundamentales. Frente a ello la inseguridad ciudadana debe incardinarse dentro de un tema tan amplio como el desarrollo humano. La necesidad de abordar la seguridad de la población a partir de un enfoque multidisciplinario, tanto en sus causas, como en sus soluciones, es un enfoque que abandona la solución fácil y engañosamente obvia que ofrece la estrategia represiva y criminalizante.

⁶⁶⁵ Este artículo fue escrito para el libro en Homenaje a Elías Carranza Lucero, que saldrá publicado próximamente.

PALABRAS CLAVE. Derecho Penal, Derecho Penal mínimo, inseguridad ciudadana, punitivismo, desarrollo humano.

ABSTRACT: In recent times, an expansion of criminal law has occurred. Among the factors that have contributed to it is the social feeling of insecurity, the role of the media in its construction, the passivity of the citizen and the criminal law as a protector, as well as the social identification with the victims of crime and not with the author. Political parties have come to an easy answer: a poor social policy, reduction of guarantees and punitive. The policy focuses on the issue of security, making the political system in a State of personal security. In it, only violence from the lower and marginalized classes matters. An unlimited State violence is reached in terms of "effective" repression. On behalf of the sacredness of security excesses are allowed to approach the life of a Police State. Costa Rica does not escape the profound sense of personal insecurity, both real and perceived, in these circumstances the public is not willing to take the risk of harm from evil and incorrigible offenders, creating a favorable climate to deliver a power without control to the State's authority, without worrying about the arbitrary exercise of power and a significant reduction in freedoms. Against this, insecurity must be incardinated within a topic as broad as the human development. The need to address the safety of the population from a multidisciplinary approach, both in their causes, and solutions, is an approach that leaves the deceptively simple and obvious solution that offers the criminalizing repressive strategy.

KEY WORDS: Criminal Law, Minimum Criminal Law, insecurity, punitive, human development.

Tal vez es obvio, pero a pesar de tantos años de meditar sobre las abstracciones y ambiciones del derecho penal, a pesar de mi experiencia de treinta años en el derecho del dolor, pues he sido juzgador y acusador, compruebo la irracionalidad que gravita en el derecho penal. Irracionalidad que muchas veces se oculta, se ignora, pero que inevitablemente la percibimos en cada una de las facetas en la que se aprecia la represión estatal.

I- El derecho penal y el dolor. En general existe una relación entre derecho y dolor, pero esta vinculación es más evidente en el derecho penal; el derecho convierte el sufrimiento, directo o indirecto, en el objeto de su regulación, en la medida que regule relaciones sociales en las que se integra el sufrimiento. Los tratamientos jurídicos del dolor forman parte del contexto en los que se desarrolla el dolor de las personas y de esta forma condicionan su ser social.⁶⁶⁶ En el derecho penal se legitima la utilización del dolor como instrumento de actuación. El dolor, como bien poco apetecido, se le aplica con mayor rigor a los débiles y se crean muchas barreras, fácticas y jurídicas, para que no se aplique a los que se encuentran en posiciones de privilegio y poder.⁶⁶⁷ El derecho penal debe mantener un equilibrio y una contención para que se reduzcan los efectos del sufrimiento impuesto. El derecho es un instrumento de poder que puede emplearse para aumentar la vulnerabilidad de la población, pero de igual forma para atenuarla, para paliarla. En el desarrollo de esta función no hay neutralidad, aunque sí una ceguera de conveniencia.⁶⁶⁸

El derecho penal está muy cerca de la violencia, del sufrimiento, en su diseño y análisis, siempre se pretende atenuar esos efectos, aunque no puede desconocerse que el derecho en general y el penal, en particular, no deja de ser un instrumento aflictivo y como tal se aplica. Los conceptos de expiación, sufrimiento, penitencia, gravitan en el derecho penal; esa presencia no es casual o inocente. La idea de atribuirle capacidad expiatoria al sufrimiento penal y penitencial responde una arraigada tradición que no desapareció con la Modernidad.⁶⁶⁹ La represión penal se preocupó por abandonar la publicidad del castigo y del sufrimiento y en su lugar, en la era moderna el castigo se recluyó, se hizo invisible. El dolor legalizado se despersonaliza y de esta manera el sufrimiento que provoca la punición y la represión, no es evidente ni cercano. A pesar de la lejanía del sufrimiento, no puede desconocerse, como a menudo se hace, que sobre el control penal gravita, más que en ninguna otra área del derecho, el dolor y el sufrimiento.

⁶⁶⁶ Madrid, Antonio. "La política y la justicia del sufrimiento"- Ed- Trotta. 2010- p. 124

⁶⁶⁷ Madrid, Antonio. Ob. Cit. 2010- p. 127.

⁶⁶⁸ Madrid, Antonio. Ob. Cit. 2010- p. 128

⁶⁶⁹ Madrid, Antonio. Ob. Cit. 2010- p. 173.

II- Utilidad del derecho penal. En primer término podemos indagar sobre la utilidad que puede tener el derecho penal en la sociedad contemporánea. En primer término, asume el reto de solucionar los conflictos sociales, pero la gran disyuntiva, que tiene efectos prácticos dramáticos, es optar por la estrategia preventiva o la estrategia represiva. Lo ideal sería que la respuesta represiva se diera sólo frente a la ofensa grave a bienes jurídicos esenciales, con la pretensión que la represión, el poder punitivo propicie la convivencia social. Pero sabemos que la violencia, aunque parezca legítima, no alcanza soluciones profundas o permanentes, pues la respuesta punitiva reprime al autor y parece que logra, de alguna forma, la paz social. Empero subsiste el conflicto de fondo, que es la desigualdad social; el verdadero conflicto, el estructural, el individual, de vieja data, se mantiene inalterable. Es decir, debemos utilizar una respuesta violenta, inevitable en algunas ocasiones, pero nos cuesta percatarnos que el conflicto de fondo, de profunda raíz social o individual, subsiste. Lo irracional es que ignoramos los efectos negativos de la violencia, que ignoramos que la represión no alcanza, obviamente, la raíz de la injusticia. Los efectos tan limitados de la represión se expresan muy bien en los graves condicionamientos que tiene la víctima para lograr un resarcimiento significativo. La respuesta a esta deficiencia, es un reto que requiere la determinación de objetivos y funciones que a veces se identifican, pero que no tiene respuestas que pueden profundizar la irracionalidad de la represión, especialmente en el discurso maniqueísta de la seguridad ciudadana.

La apuesta por la represión penal se facilita por la crisis del saber criminológico que imperó hasta 1970, cuestionándose sus fundamentos, considerando que debe retomarse el castigo, reduciendo sustancialmente la criminología correccionalista, el afán rehabilitador que la preside y la vinculación que ha prevalecido entre la desigualdad social y económica y la delincuencia. El populismo en la política penal rechaza el criterio de los expertos y profesionales de la criminología y del derecho penal, imponiendo la autoridad de “la gente”, del “sentido común”, la “lógica de lo básico”. Se degrada la importancia de los derechos o de la investigación criminológica,

imponiéndose como criterios determinantes las voces de la “experiencia”, del “sentido común” y de lo que es obvio, sin necesidad de una investigación.⁶⁷⁰

III- La represión penal y las disfunciones de sus efectos. La desesperanza de la víctima, puede ser otro efecto de una teoría y una práctica penal que debe lidiar con una irracionalidad y una deshumanización contra la que se ha luchado desde el ideario de Beccaria.⁶⁷¹ Cuesta mucho convencerse, en el diseño legislativo y en la criminalización secundaria, que lo razonable es reducir el derecho penal, potenciando otras estrategias, especialmente las que se orientan conforme a criterios preventivos.⁶⁷² Muchos daños y víctimas podrían reducirse con la prevención. Las soluciones simplistas, la simple represión como respuesta, pervierte los límites del poder, pretendiendo resolver problemas políticos, de trascendencia estructural, con la huída hacia el derecho penal.⁶⁷³ Los mejores ejemplos del punitivismo que ignora la complejidad del fenómeno delictivo, se evidencia en un derecho penal mágico del que habla Delmas-Marty o del derecho penal simbólico de Hassemer y que en última instancia no es más que un derecho penal reactivo, con el que se crea la ilusión que se resolverán las demandas de seguridad y justicia.⁶⁷⁴

En medio de esta perversión de la racionalidad que exige la dosificación de la represión penal, se asume, erróneamente, que el derecho penal es el único instrumento que puede tener un efecto pedagógico social. Bajo esta perspectiva el derecho criminal ya no es la última ratio, imponiéndole funciones que no le

⁶⁷⁰ Garland, David. “La Cultura del Control”- Ed. Gedisa. España. 2005- p. 49.

⁶⁷¹ Beccaria proponía un prudente equilibrio de la respuesta punitiva. Expresamente proponía que “...Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible...” Ver capítulo XLI de Beccaria en “Los delitos y las penas”- ver edición de Aguilar, España. 1976- p.180.

⁶⁷² La política criminal en sentido amplio abarca otras estrategias extrapenales o extrapunitivas, entre ellas, programas de educación, programas de socialización solidaria y participativa, programas de seguridad social, etc. Tocora, Fernando. “Política Criminal Contemporánea”- Ed. Temis. Colombia. 1997- p. 13.

⁶⁷³ La represión penal nunca penetra en el núcleo que subyace en el conflicto delictivo. La pena tiene poca incidencia en las grandes contradicciones sociales que se ocultan detrás de la violencia delictiva. Tocora, Fernando. Ob. cit. 1997- p. 15

⁶⁷⁴ Tocora, Fernando. Ob. cit. 1997- p. 18.

corresponde asumir. La represión no puede aplicarse como una política pública de amplio alcance, porque su efecto tiene límites infranqueables.

La irracionalidad va de la mano con una inflación penal cuya manifestación más palpable se aprecia en la “guerra” internacional de las drogas; crecen las cifras de delincuencia, especialmente al calor de la cruzada contra la droga. Parece algo inevitable, la realidad nos demuestra las limitaciones y disfunciones de la respuesta represiva.

La modesta pretensión que debe tener el derecho penal, racionalizando la violencia estatal, no se logra. El discurso punitivo muestra su mayor irracionalidad, expandiendo el sufrimiento y el dolor, con un lenguaje violento. La verdadera vocación razonable del derecho penal, en medio de su irracionalidad ineludible, debería ser reducir y acotar los efectos de la violencia estatal.⁶⁷⁵

Por otra parte, el derecho penal presenta graves limitaciones en represión de la criminalidad dorada, de variada manifestación, pero que en esencia, los resultados del control penal son muy pobres en toda la delincuencia de poder, en sus diversas modalidades, incluida la violencia doméstica.⁶⁷⁶ El discurso penal contemporáneo se traduce en una política criminal especialmente retributiva, se asume un discurso penológico de vindicta y venganza, pero esta respuesta de represión contundente se evita, se posterga respecto de temas relacionados con la corrupción y el lavado de

⁶⁷⁵ El derecho penal debe intervenir subsidiariamente, como ultima ratio, limitándose a la represión de unos pocos actos delictivos especialmente relevantes. Los instrumentos coactivos resultan excesivos y desproporcionados frente a un número importante de conflictos sociales. Por las exigencias de certeza, el derecho penal resulta demasiado inflexible; en virtud del principio del derecho penal del hecho, la acción represiva no puede tener efecto preventivo. Hassemmer, Winfried. “Persona, mundo y responsabilidad”-“Bases para una teoría de la imputación en derecho penal”. Ed. Temis. Colombia. 1999- p.45.

⁶⁷⁶ Si bien existe una diferencia importante entre la criminalidad dorada o del poder, en sentido estricto y la violencia de género, en sentido amplio, se aprecian algunos rasgos comunes, tales como: a-cuando se habla de seguridad ciudadana, no se incluye la violencia de género, ni tampoco los crímenes de poder, como la corrupción; b- En ambos tipos de criminalidad, los resultados que pueden obtenerse en la actividad de control y de represión, no alcanzan niveles aceptables de eficacia; c- la corrupción y la violencia de género se enfrentan a patrones culturales con los que se justifica, implícitamente, dichas actividades delictivas.

dinero; para estas infracciones, el discurso carece de la contundencia represiva para el crimen común.⁶⁷⁷

IV- Los principios que limitan los efectos del derecho penal. En medio de un panorama de excesos, extravíos, simbolismos, menciono algunos principios que racionalizan y dosifican la violencia estatal, especialmente cuando se examinan los efectos de una política represiva que sigue, en términos muy amplios y en su sentido literal, la “represión contra el enemigo”. En esta atmósfera de paroxismo punitivo, se pueden tomar en consideración algunos principios que imponen una reducción o dosificación razonable de la violencia estatal.

1- Las penas excesivas no disminuyen la criminalidad. Este es un presupuesto que asumo plenamente, pues las evidencias que le dan sustento, son abrumadoras.⁶⁷⁸ Sin

⁶⁷⁷ En una información del periodista Sergio Arce, publicado en el diario La Nación de Junio del 2010, señala, entre otras cosas, que la Coalición Costarricense de Iniciativas de Desarrollo (Cinde) advirtió que potenciales inversionistas extranjeros están preocupados porque Costa Rica aún permanece en listados que la catalogan como un paraíso fiscal. Gabriela Llobet, directora ejecutiva de Cinde, aseguró que la quietud proviene de “varias multinacionales dedicadas a la alta tecnología”, que han evaluado al país como destino de su inversión. Alegó razones de confidencialidad para no revelar los nombres ni la cantidad de compañías, pero dijo que provienen de varios países. En abril del 2009 Costa Rica apareció en la “lista negra” de la OCDE, pero logró moverse hacia un “listado gris” tras asumir compromisos de intercambio de datos fiscales con 12 países, el mínimo requerido por la Organización. Hasta ahora, solo tiene uno con Estados Unidos y negoció otro con Argentina, pero aún espera la aprobación legislativa. Asimismo, se comprometió a plantear un cambio en la legislación que permita modificar el secreto bancario y levantarlo con fines tributarios. Casi un año después de ese compromiso, Francia incluyó al país en un listado de “paraísos fiscales” que divulgó en febrero pasado. Como consecuencia, desde el primero de marzo las empresas francesas instaladas en las naciones que aparecen en el listado reciben un trato fiscal más duro por parte del Gobierno galo. ¿Y el proyecto? La Comisión de Asuntos Hacendarios de la Asamblea Legislativa estudia el proyecto de ley que propone ampliar el acceso tributario a la información financiera de los contribuyentes. Este plan busca que el país cumpla los estándares internacionales de transparencia fiscal, lo cual ayudaría a que Costa Rica salga de la “lista gris” de la OCDE. La Comisión se reunió ayer y subió el proyecto en la agenda de temas, que anteriormente se encontraba en el puesto 24, indicaron en la oficina de Guillermo Zúñiga, ex ministro de Hacienda y presidente de ese foro legislativo. Ni por el hecho de estar en una lista negra internacional, no se aceleran las respuestas punitivas que demandan desde las instancias más importantes de la globalización.

⁶⁷⁸ Como bien lo señalaba Beccaria, para que “..una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; y en este exceso el mal debe calcularse la

embargo, en el inconsciente colectivo, en esta irracionalidad que nos asfixia, está muy arraigada la idea que las penas crueles y desmedidas, sí disminuyen la criminalidad. Este es un condicionamiento socio-político que nos puede llevar por rutas punitivas, con resultados tangibles poco significativos. La represión a toda costa, sin límites, como “política criminal exitosa”, es sólo un espejismo que pervierte los valores de equidad y justicia que debe presidir la represión estatal. La mejor evidencia que demuestra la vigencia de esta regla que contradice la embriaguez punitiva, es la represión del narcotráfico o las políticas de mano dura contra las “maras” en Centroamérica. La violencia, aunque sea la del Estado, no tiene efectos mágicos o automáticos.

2- Debe privar el principio de intervención mínima o lo que algunos llaman, el derecho penal mínimo. Pero con esta fórmula, no obstante su sabiduría, no se resuelven los complejos problemas de criminalización y la represión de las conductas lesivas o perturbadoras. ¿ Cuándo una conducta debe dejar de ser delictiva ? ¿ Por qué se criminaliza ? Estos interrogantes no son fáciles de resolver frente a cada una de las conductas que se pretende criminalizar o excluir del sistema penal. En estos casos, las demandas sociales, la percepción y la valoración que hace la ciudadanía sobre una

infabilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico.....A medida que los suplicios llegan a ser más crueles, los ánimos humanos, que como Los líquidos se ponen siempre a nivel con los objetos que Los circundan, se encallean...”. Beccaria, Cesare. Ob. cit. 1976- Capítulo XV- p.112. En Costa Rica se ha comprobado que las penas excesivamente severas no reducen el delito. Los homicidios habían venido ocurriendo, desde enero de 1980 (y posiblemente desde antes de ese año), hasta diciembre de 1993, con una tasa promedio de 4.2 por cada cien mil habitantes, oscilando siempre menos de un punto hacia arriba o hacia abajo, entre un mínimo de 3.5 y un máximo de 5.1. En mayo de 1994 se elevan las penas con las que popularmente se llamó “la ley de los cincuenta años”. A partir de esta reforma, la tasa de homicidios fue la más elevada en Los últimos quince años, alcanzando el 5.5 por cien mil, manteniéndoles en el mismo nivel en el año siguiente. Debe destacarse, además, que aún con dicho aumento, Costa Rica es el país con excepción de Canadá, que registra la tasa más baja de homicidios en toda América. (es importante mencionar que estos indicadores han variado en los últimos años y el nivel de homicidios ha aumentado en Costa Rica en los últimos cinco años; este aumento hace descender a Costa Rica de los niveles que tuvo antes del año 2000) En el Reino Unido se hizo un estudio con el fin de establecer el posible efecto disuasor sobre otros potenciales delincuentes. Luego de analizar, semanalmente, todas las condenas dictadas en las ciudades de Birmingham, Manchester y Liverpool, determinaron que en ninguno de los indicadores estudiados, la sentencia tuvo un efecto disuasor. Carranza, Elías. “El proyecto para introducir la prisión perpetua en Costa Rica”- Rev. de la Aso. Ciencias Penales de Costa Rica- n- 12-1996. p. 103.

acción lesiva o perturbadora, tiene mucha importancia. Este condicionamiento puede apreciarse, por ejemplo, si se planteara en Costa Rica una política criminal más selectiva en la represión de las drogas ilícitas.

No podemos “los iniciados”, los expertos del derecho penal y la criminología, los que interpretamos tales valoraciones, ignorar la percepción y las demandas de la ciudadanía. La realidad de estas contradicciones requiere una evaluación prudente y realista, admitiendo que el derecho penal es, al fin y al cabo, derecho del dolor, en la expresión de Christie. Es decir, que la represión siempre es violenta, siempre tiene, de alguna forma, los efectos negativos que provoca la violencia.

La respuesta punitiva sólo está justificada si constituye un mal menor o si es menos aflictiva y menos arbitraria respecto a otras reacciones no jurídicas que podrían producirse en su ausencia. La intervención punitiva estatal, sólo se legitima si los costes que provoca el derecho penal son inferiores a los que produciría la anarquía punitiva.⁶⁷⁹ La penalización y su exclusión es una tarea muy compleja, no depende, exclusivamente, de una valoración abstracta e individual sobre lo que se considera lesivo o intrascendente. Se debe aceptar que la represión estatal puede provocar mayores perjuicios que la acción que se pretende controlar. La autocontención y un escepticismo constructivo sobre los efectos de la represión punitiva, debe complementarse con los límites que impone la definición de los bienes jurídicos que merecen una protección penal.

3-La probabilidad de aprehensión, así como la certidumbre y prontitud del castigo, sí tiene efectos preventivos reales. Es una regla muy antigua que propuso Cesare Beccaria.⁶⁸⁰ Desgraciadamente la antigüedad del principio no asegura su aplicación.

⁶⁷⁹ Ferrajoli, Luigi. "Derecho y Razón"- Ed. Trotta. 1995. p.336

⁶⁸⁰ Sobre este punto, con una claridad que supera el punitivismo simplista, Beccaria afirma que "...Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su inhabilidad, y, por consecuencia, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable, que para ser virtud útil debe ir acompañada de una suave legislación. La certeza de un castigo, aunque este sea moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque mínimos, cuando son ciertos, atemorizan siempre los ánimos humanos..."- Ob. cit. Capítulo XX- p.131-132. Por esta razón un alto índice de casos resueltos por los agentes de persecución e investigación, según las reglas judiciales y constitucionales, tiene un efecto preventivo general, tanto en su versión positiva o negativa. Las penas excesivas, desproporcionadas, sin ninguna aplicación práctica,

Realmente es uno de los criterios determinantes al analizar los problemas que suscitan la seguridad ciudadana y la confianza en el sistema de control social formal.

La actividad policial, así como la del sistema judicial, deben preocuparse por la vigencia de este principio. La policía debe procurar alcanzar un alto porcentaje de éxito en sus investigaciones; los jueces y fiscales deben procurar la celeridad de los procesos y el respeto a las garantías constitucionales. Esta regla, tan sencilla, tan elemental, está ausente en todos los mensajes y consignas que se difunden en esta campaña que ha convertido la victimización de los ciudadanos, denominada inseguridad ciudadana, en el tema machacón que inunda de sangre los medios de comunicación colectiva. El enfoque irracional, no tanto del derecho penal, sino en la construcción de la realidad mediática, asume que los infractores están identificados, pero que no se enjuician y encarcelan, por desidia de los agentes policiales o judiciales, por alcahuetería, o porque las leyes son muy “blandas”. Se ignora, de nuevo, en esta embriaguez irracional, la necesidad de identificar las deficiencias de la actividad de la policía preventiva y de la policía represiva. Investigar e identificar a los infractores y lograr que sean enjuiciados en un proceso justo, es una tarea que requiere recursos humanos y materiales nada despreciables, en un Estado que tiene veinte años de reducirse, menospreciando la trascendencia de la actividad pública. No puede asumirse que toda persona detenida, según la crónica mediática, es culpable y que si obtiene la absolución, es por la “liberalidad” de un derecho penal que a pesar de las “pruebas abrumadoras”, inexplicablemente dejó en libertad al sospechoso o absolvió al acusado. Bajo esta lógica, muy antigua, por cierto, basta la sospecha para merecer un “castigo ejemplarizante”. No deja de ser paradójico, por otra parte, que este punitivismo a ultranza no se aplica de igual forma frente a la impunidad o invisibilidad de la delincuencia dorada o de abuso de poder, como la legalización de las ganancias ilícitas o la corrupción.

4-La represión, especialmente si se concentra en una política de encierro, tiene un costo económico importante. Este es un aspecto que no puede desconocerse y que impone límites infranqueables, salvo que las prisiones se conviertan en un depósito de personas sin dignidad ni derechos. Una política agresiva de "encierro" o de

se convierte en un espejismo que socava la trascendencia social que deben tener las normas jurídicas.

"neutralización", exige una importante asignación de recursos, que en la situación actual, no son abundantes.⁶⁸¹

Estados Unidos ha seguido la política citada, pues de 1980 a 1995 la población reclusa aumentó un trescientos por ciento. Un millón y medio de personas sufren prisión, con una proporción de 500 por cada cien mil personas, mientras que en Europa dicho índice es de 70-100 por cada cien mil personas.⁶⁸² El encierro como respuesta punitiva, luce, teóricamente, muy simple, pero su costo económico, por ejemplo,⁶⁸³ requiere una aplicación cuidadosa y racional. De nuevo, la irracionalidad o los excesos de una campaña sistemática que asume un objetivo tan impreciso como la seguridad ciudadana, propone, expresa o implícitamente, que el encierro, el encarcelamiento, es la única solución. Esta visión la asume, sin reflexión, una ciudadanía atemorizada y frustrada, admitiendo, como verdad incontrovertible, que el encierro, la cárcel, que es la culminación de un proceso de violencia selectiva, es la respuesta adecuada y acertada para erradicar la violencia delictiva. Se sabe muy bien que el encierro no es necesario, en todos los casos. Para un sector minoritario de infractores, quizás no supera el veinte por ciento, la pena privativa de libertad, es inevitable, lo que no supone la aplicación de una política

⁶⁸¹ Aunque parezca obvio, las cárceles requieren altos niveles de inversión. Se trata de inversiones millonarias. En el sistema federal de prisiones de los Estados Unidos, aunque es relativamente pequeño, se requería, para 1992, dos mil cien millones de dólares, lo que significaba un incremento del 24 % con relación al año anterior la explosión de la población carcelario ha convertido el castigo en un buen negocio. Si la población carcelaria continúa creciendo al mismo ritmo que en la década del ochenta, tendrá un costo de por lo menos cien millones de dólares por semana, solamente para la construcción de edificios nuevos. Se estima que en 1990 Los gastos totales operativos y de capital del sistema penitenciario de Los condados, estatal y federal superó los 25.000 millones de dólares. El costo promedio de cada cama en una cárcel de Los Estados Unidos en 1991-1992 era de \$53.100, mientras que en 1987-1988 era de \$ 42.000. Por esta razón, no sorprende que más de cien empresas se dediquen exclusivamente a la arquitectura de cárceles. El negocio de la construcción de cárceles les permite a estas empresas alcanzar cifras que oscilan entre cuatro y seis mil millones de dólares. Christie, Nils. "La Industria del Control del Delito"- Editores El Puerto. Argentina. 1993. p.106.

⁶⁸² Larrauri, Elena. "Control del delito y castigo en Estados Unidos"- Rev. Jueces para la Democracia. N-32- 1998- p. 86.

⁶⁸³ El costo anual de cada uno de Los internos en Costa Rica, incluyendo costos directos e indirectos, es de dos mil cuatrocientos dólares anuales. El costo de las construcciones carcelarias es muy alto y ya en el año 1996 el sistema penitenciario estaba funcionando al 148 % de su capacidad. Carranza, Elías. ob. cit. p. 105. (1996).

selectiva de neutralización mediante la pena privativa de libertad,⁶⁸⁴ porque siempre debe reconocerse al infractor, dependiendo de la gravedad del hecho criminal, opciones compatibles con los objetivos de la pena en un Estado social y democrático de Derecho.

5 -La mejor política penal, es una política social. En el eterno enfrentamiento entre represión y libertad, entre criminalización y descriminalización, siempre surge el principio que la mejor política penal, es una política social. La falta de solidaridad social, la gradual desaparición de una racionalidad compartida y su sustitución por una visión individualista, el debilitamiento de las políticas sociales, convierte la represión en una respuesta simplista, inhumana y engañosamente eficaz. La reducción notable de las políticas que caracterizan el estado del bienestar y solidaridad, tiene incidencia en el aumento de los comportamientos delictivos. La violencia de la inequidad, de la injusticia social, no se resuelve, obviamente, con la violencia represiva, cuyos efectos se concentran en sectores subalternos previamente seleccionados.

Frente a los que tienen mucho o los que no tienen nada, el control y la represión, pueden resultar superfluos. A los primeros, el poder les asegura un status especial de impunidad; a los otros, al no tener nada, no tienen nada que perder. Son los accionistas de la nada; no tienen propiedades ni un entorno social, quizás ni siquiera honor. Esto es lo que Jongman denomina la teoría de los vínculos.⁶⁸⁵ En períodos en los que existen altos

⁶⁸⁴ Como bien lo señala Rotman, la neutralización selectiva contiene elementos de prognosis y aplica una serie de parámetros que debilitan el principio de culpabilidad por el hecho, reactivando los vicios y desviaciones del derecho penal de autor y del peligrosismo positivista. Para seleccionar delincuentes para su neutralización, Greenwood propone seis índices para la prognosis, los que pueden sintetizarse en los siguientes parámetros: delitos previos, uso de drogas y falta de empleo. La expresión más criticable de la neutralización, que retoma, sin duda alguna, las bases ideológicas del peligrosismo, se aprecia en el sistema norteamericano con la famosa legislación a la que se denomina: Three strikes Laws-(ley de Los tres golpes o la tercera vencida). Con diferencias importantes, dependiendo del Estado, se agrava la pena, se impone la prisión perpetua o incluso se abre la posibilidad de imponer la pena de muerte, como ocurre, por ejemplo, en Pensilvania, al cometer el tercer delito grave o violento. La aplicación de esta respuesta punitiva tan radical, ha provocado una serie de distorsiones, por ejemplo, Los jueces transforman las imputaciones por delitos graves en delitos leves, los juries se resisten a condenar cuando la condena significa la prisión perpetua. Rotman, Edgardo. "La prevención del delito" - Ed.IJSA. Costa Rica. 1998. p.95 y ss.

⁶⁸⁵ Jongman analiza la situación de Groningen, un pueblo de Holanda. Señala que en Los años treinta la tasa de desempleo era muy alta y hoy esta situación se repite. En ambas épocas el volumen de trabajo de la policía aumentó. Y en los dos períodos, los investigadores

niveles de desempleo, aumenta el trabajo policial. Cuando el desempleo es masivo, se debilita la legitimidad de la desigualdad y desaparece la sensación de culpa.⁶⁸⁶ La distribución desigual de los recursos afecta, indudablemente, el desarrollo de la delincuencia, por esta razón, la oferta de buenos trabajos, con salarios justos, viviendas decentes, instalaciones recreativas para todos, así como una acción policial preventiva que no reprima selectivamente y que respete los derechos individuales, son las medidas que aseguran una política de control de la delincuencia y de seguridad ciudadana en la que la represión no sea disfuncional e hipertrófica.⁶⁸⁷

Dudo mucho que por el momento la represión penal, pueda desaparecer, sin embargo, las debilidades de las políticas sociales nos dejan un sabor amargo cuando vemos los resultados que provoca en el sistema penal. Las debilidades de una política social que responde a una orientación ideológica de reducción del Estado, de privatización, exaltación de los valores individuales, las manos invisibles que resuelven las necesidades sociales, es parte de una violencia social solapada, que en los discursos de seguridad ciudadana, se ignora. No es posible desconocer los problemas de seguridad que enfrentan los ciudadanos⁶⁸⁸, pero también es cierto, en estas exclusiones y omisiones, que la violencia tiene diversos orígenes y diversidad de rostros.

En el corto plazo, es inevitable que el sistema penal recoja, los yerros y ausencias de la política social. La sociedad requiere respuestas, pero el ambiente para la reflexión, no es el mejor, porque se exagera la visión punitiva, se posterga el enfoque integral, caricaturizando un problema que exige una definición más amplia. Esta miopía conceptual propicia la búsqueda de soluciones, que parecen simples y efectivas, pero que no dejan de ser una irrazonable represión. Una buena política social permite alcanzar resultados tangibles y permanentes.

demonstraron que el desempleo era un factor relevante que incidía en el aumento de Los hechos delictivos. Christie, Nils. ob.cit.(1993). p.68

⁶⁸⁶ Ibid.

⁶⁸⁷ Así lo recomienda Jock Young en su trabajo titulado: Left Realism and the Priorities of Crime Control. citado por Christie, Nils. ibid. p.69.

⁶⁸⁸ Según la encuesta Pnud-Unimer, el 50,9 % de los entrevistados consideran que el principal problema que enfrenta el país es la inseguridad ciudadana. En segundo lugar se ubica la drogadicción. La influencia de los medios de prensa, puede provocar una inflación artificial del problema de seguridad ciudadana, pero debe admitirse, por otra parte, que algunas inquietudes y demandas de la sociedad civil en esta materia, son legítimas.

Por desgracia, el compromiso que contiene el artículo cincuenta de la Constitución política de Costa Rica, se ha postergado o se ha diluido. Cuando el Estado procura el mayor bienestar a los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza, también hace política penal, reduciendo el conflicto social que provoca, en una sociedad de consumo, la inequidad y los contrastes sociales. Cada año el Informe de la Nación destaca que en la última década ha existido una creciente concentración de la riqueza, señalando que los estratos más adinerados, acrecientan más su riqueza y que los sectores más pobres, afirman más esa condición al recibir un porcentaje crecientemente menor del ingreso nacional. De nuevo el discurso es parcial y deformante, ignorando que la creciente inequidad sí tiene relación con el aumento de la delincuencia, aunque, por supuesto, no es el único factor.

La sensación de inseguridad, el crecimiento efectivo de la delincuencia, la campaña abrumadora y sistemática de los medios de comunicación en función de un segmento de la delincuencia, provoca una demanda ciudadana que busca en la reformas de las leyes, generalmente con una ampliación de los instrumentos de violencia estatal, la solución a un problema que trasciende la represión. La política social se encuentra dentro de una visión solidaria e integral del problema delictivo, que es una de las manifestaciones de la violencia social.

V- La expansión del derecho penal. En el derecho penal liberal, por lo menos en su expresión teórica, se asumía, como principio razonable, según lo expuse, que su intervención debía ser residual, fragmentaria y frente a los ataques a bienes jurídicos importantes. Pero la racionalidad del simplismo punitivo se ha disfrazado de fórmulas aparentemente efectivas, asumiendo que con la expansión del derecho penal se asegura una mejor convivencia social, aumentando las expresiones de la violencia estatal. En términos simples, el espíritu de esta expansión es un derecho penal del enemigo, convirtiendo al delincuente en un enemigo, situación que puede propiciar los extravíos del derecho penal de autor.⁶⁸⁹ Parece poco razonable la orientación expansiva del derecho

⁶⁸⁹ El derecho penal deja de ser un derecho que protege la libertad, como carta magna del ciudadano, instrumento que debe respetar límites en el control del delito y la represión de la violencia. El delincuente se convierte así en un enemigo que está fuera de la sociedad.

penal, introduciendo, con generosidad, nuevos tipos penales, agravando los existentes y aplicando la represión a los actos previos a la ejecución.

La ruptura de los límites y la desconfianza hacia la represión estatal, se evidencia, muy dramáticamente, en la abusiva creación de bienes jurídicos muy abstractos y despersonalizados, ignorando la proporcionalidad que debe existir entre la gravedad real de la conducta la respuesta penal. Este debilitamiento del bien jurídico dándole un contenido muy abstracto, socava la vigencia del principio de tipicidad y la presunción de inocencia. El debilitamiento de garantías fundamentales deshumaniza, notoriamente, el ejercicio del poder estatal. En el tema del terrorismo, que es parte de los excesos de un discurso punitivista, en las legislaciones europeas, entre ellas la italiana, francesa y británica, la definición y determinación de las acciones terroristas es imprecisa, concediendo, poderes policiales desorbitados.⁶⁹⁰

El núcleo del derecho penal liberal naufraga ante una actividad represiva, que si bien requiere reformas, no puede asumir una visión ingenua ante los efectos negativos de una indiscriminada criminalización. A esta expansión de la represión punitiva, debe agregarse una reinterpretación que reduce el alcance y contenido de las garantías fundamentales de un juicio justo.

Los factores más importantes de esta inflación penal y por ende, de reducción de las libertades fundamentales, según lo expresa Silva Sánchez, son los siguientes:

a- La sensación social de inseguridad y el papel de los medios de comunicación en su

Hassemer, Winfried. "Crítica del Derecho Penal de hoy"- Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1998- p. 48-49.

⁶⁹⁰ En el Reino Unido se expidió una ley de prevención del terrorismo en 1974, en el ejercicio de "poderes especiales" que permitían al Home Secretary proscribir organizaciones que a su juicio sean terroristas, con lo que podía arrestar a una persona sin mandato judicial y sin comunicarle las razones de su detención hasta por cuarenta y ocho horas, prorrogables por cinco días más; también se impulsaron prácticas de tortura, como se evidenció en el caso "Irlanda contra el Reino Unido" de 1978". En Italia la política de emergencia, que luego se hicieron permanentes, permitió la degradación a procedimientos policiales antiguos procedimientos judiciales, amplió el límite máximo de la prisión preventiva para los delitos cometidos con fines de terrorismo y subversión, se reintrodujo el concepto de "defensa social". En 1975 la legge reale introduce los delitos asociativos que tienen similitud con delitos de opinión, con delitos de autor y delitos de sospecha. En Francia se creó un derecho de excepción para los extranjeros que dieron lugar a las leyes de sécurité et liberté y otras leyes como la 10, VI, 1983, que se dirigía básicamente contra los inmigrantes. Para finales de la década del setenta, en Alemania también se introduce legislación de emergencia, extendiendo la prisión preventiva, autorizando la detención de "sujetos peligrosos" ("delitos de sospecha"), se limitan derechos de la defensa y se restringió la libertad de expresión y de pensamiento. Tocora, Fernando. Ob cit. 1997- p. 105 y ss.

construcción. La intervención de los medios de comunicación tiene un papel decisivo en el sentimiento de inseguridad. Uno de los rasgos de la sociedad postindustrial y globalizada, es la sensación general de inseguridad; se vive con intensidad una sociedad de riesgo. Aunque parezca paradójico, al ciudadano le cuesta obtener una información fidedigna en medio de una economía del conocimiento, en la que predomina un alud de informaciones.⁶⁹¹ La conversión de la violencia social delictiva en artículo de consumo mediático⁶⁹² permite su dramatización y politización.⁶⁹³

Por supuesto, en el decálogo de la irracionalidad, no es posible hablar de la diferencia entre la inseguridad efectiva y la expectativa de inseguridad. La diferencia entre estas dos variables, cuantificando su incidencia, es un dato fundamental si pretendemos abordar la violencia delictiva con una actitud razonable y proporcional. Sin embargo, cuando se han destacado las diferencias encontradas en este tema en un informe del PNUD del 2005 sobre seguridad ciudadana, los sectores más recalcitrantes del discurso del miedo,⁶⁹⁴ se rasgan las vestiduras, descalificando el enfoque científico

⁶⁹¹ Silva Sánchez, Jesús María. "La expansión del Derecho Penal"- Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Editorial Euros Editores. Argentina. 2006- p 20-21.

⁶⁹² La exhibición de las amenazas a la seguridad personal en los medios de comunicación colectiva ha pasado a ser un importante recurso en las guerras de los medios de comunicación masiva en función de los índices de audiencia, lo que ha redundado en un éxito creciente de la utilización del miedo con finalidades comerciales y políticas. Los miedos flotan libres y de ellos se pueden obtener muchos beneficios publicitarios y comerciales. Esto no significa que los hechos violentos de la criminalidad no sean importantes, pero su utilización trasciende sus consecuencias efectivas y su propia naturaleza. Bauman, Zygmunt. "Miedo Líquido"- La sociedad contemporánea y sus temores. Ed. Paidós. España. 2007- p. 186-187.

⁶⁹³ Los medios de comunicación le conceden gran importancia a la violencia, informando selectivamente sobre su origen y manifestaciones. El mensaje que difunden los "mass media" sobre una violencia real o supuesta se convierte en un referente inevitable que impulsa una política criminal predominantemente punitivista. El contenido de la comunicación tiene un inevitable efecto multiplicador respecto de la violencia efectiva y la que se espera. De esta forma, la violencia se dramatiza, excediendo su contenido real y al mismo tiempo, se politiza. Hassemer, Winfried. "Persona, mundo y responsabilidad"(Bases para una teoría de la imputación en derecho penal)-Ed. Temis. Colombia. 1999- p. 39-40.

⁶⁹⁴ Como dice Zygmunt Bauman, nuestra sociedad moderna líquida, incluida Costa Rica, es un artefacto que trata de hacernos llevadero el vivir con miedo. Es un artefacto que pretende reprimir el horror al peligro, silenciar los temores que no pueden ser eficazmente prevenidos. El miedo invencible e inminente es parte de la cultura de la sociedad globalizada. En una sociedad carente de certeza, garantías y seguridad, las ocasiones para tener miedo no son escasas. Los miedos son múltiples y variados. Bauman, Zygmunt. Ob. cit. 2007- p. 15 y siguientes.

de un dato sociológico tan importante.⁶⁹⁵ En realidad, en esta creación de la paranoia social, lo que importa es reaccionar, reprimir, identificar culpables, desconociendo los datos de una realidad que trata de reducir la esencia del temor. Es posible admitir que al convertirse el miedo al crimen en un artículo de consumo diario, se provoca la institucionalización de la inseguridad. Como lo expresé, la influencia de los medios de comunicación, sirven de multiplicador y amplificador de los verdaderos riesgos de inseguridad. Tampoco puede desconocerse, que por razones de fortalecimiento institucional, las mismas instituciones encargadas de la persecución delictiva, especialmente la policía, transmiten mensajes que le dan mayor dramatismo al riesgo de ser víctima de un delito. Se propicia una especie de guerra santa a favor de la seguridad ciudadana, que es un nuevo rostro de las clásicas campañas de ley y orden. La inseguridad de los habitantes se convierte en un bien jurídico de contornos imprecisos, beneficiando, de paso, a una creciente y pujante industria de seguridad privada; b- Pasividad del ciudadano y el derecho penal como protector. La identificación de una sociedad de clases pasivas, en el sentido amplio del término; el ciudadano adquiere una dimensión pasiva de consumidor o de un sujeto que recibe los efectos negativos del desarrollo, que deben resolverse con una ampliación del derecho penal, cuya escasa eficacia termina convirtiéndose en derecho penal simbólico;⁶⁹⁶ c- El rescate de la víctima. La identificación social con la víctima del delito y no con el autor, contribuye, notablemente, a la expansión del derecho penal.⁶⁹⁷ Progresivamente la represión estatal deja de ser el instrumento contra los infractores sin poder, para convertirse en la respuesta social contra la delincuencia de los poderosos, que no abarca, por supuesto, a los que ostentan poder político o económico efectivo. De esta

⁶⁹⁵ En el estudio de PNUD-2005, venciendo el temor, se hizo una evaluación sobre la percepción de inseguridad, comprobando, entre otros hallazgos, que “..La percepción de inseguridad en Costa Rica es muy superior a la detectada en los países desarrollados, sin que tal diferencia necesariamente corresponda a los diferentes niveles de victimización...”; también se comprobó que “...La probabilidad atribuida al acaecimiento de diversos hechos de violencia en Costa Rica tiende a ser muy superior a la probabilidad real de experimentación...”- ver “Venciendo el Temor- Inseguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica- PNUD-2005- p. 176.

⁶⁹⁶ Silva Sánchez, Jesús María. Ob . cit. 2006- p. 33 y ss.

⁶⁹⁷ “Las imágenes publicitadas de las víctimas reales sirven como la metonimia personalizada, propia de la vida real- podría ser usted- de un problema de seguridad que se ha convertido en un rasgo definitorio de la cultural contemporánea..” Garland, David. Ob.cit. 2005- p. 47.

forma se tiende a ver al derecho penal como un instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado.⁶⁹⁸

David Garland expone una interpretación socio-política sobre la expansión y variación del control en general y penal, en particular. El surgimiento de nuevos problemas de seguridad, nuevas percepciones del orden social y nuevas concepciones sobre la justicia, así como los cambios sociales y económicos en la modernidad de finales del siglo XX, se conjugan para variar la cultura del control, justificando una política penal conservadora, que apuesta, sin duda alguna, por una represión penal más extensa e intensa.⁶⁹⁹ Como trama de fondo de gran trascendencia, debe mencionarse que la transformación del control supone un debilitamiento del estado social o del bienestar (“welfare state”), porque la clase trabajadora y los grupos medios, cambiaron de actitud respecto de las políticas de orientación solidaria (artículo cincuenta de la Constitución Política), considerando que eran contrarias a sus intereses y que recaían sobre grupos que no las merecían y que eran cada vez más peligrosos, incluyéndose, por supuesto, a los incorregibles infractores. De esta forma las políticas de solidaridad, propias de un estado del bienestar, en beneficios de los sectores subalternos, se vieron como lujos que los contribuyentes, más activos y laboriosos, ya no podían solventar.⁷⁰⁰ Este cuestionamiento se produjo en Inglaterra y Estados Unidos, pero en Costa Rica, cuyo estado no puede enfrentar ningún problema, porque carece de recursos, también se aprecia en la política de los últimos veinte años, una postergación apreciable de las medidas que permitan reducir la inequidad social y económica, perspectiva, que incluye, por supuesto a un importante sector de la criminalidad. La globalización con su libre comercio, competitividad, con la visión de una sociedad de perdedores y ganadores,⁷⁰¹ es un ambiente ideológico fértil para convertir la represión punitiva en la mejor política para responderle a esos “perdedores” infractores, cuya peligrosidad irreductible y expansiva, debe ser controlada y

⁶⁹⁸ Silva Sánchez, Jesús María. Ob. cit. 2006- p. 46 ss.

⁶⁹⁹ Garland, David. Ob. cit. 2005- p. 135.

⁷⁰⁰ Garland, David. Ob. cit. 2005- p. 138.

⁷⁰¹ El neoliberalismo es una apuesta por “los fuertes”, una apuesta por los ricos que es , una apuesta por los que han tenido la buena fortuna de ser ricos, se destaca a los que tienen las habilidades, el coraje y la suerte necesaria para hacerse ricos. Zygmunt, Bauman. Ob. cit. 2007- p. 189.

erradicada. Esta es la orientación ideológica que inspira una política penal expansiva, que tiende a minimizar los factores de inequidad social como causa de la criminalidad común.⁷⁰²

Deben identificarse factores sociales, culturales, políticos y económicos que influyen en la sociedad globalizada y que modifican las políticas públicas relacionadas con el control y la represión del delito. Los más importantes son los siguientes: a- la dinámica de la producción capitalista y del intercambio de mercado y los avances en la tecnología, el transporte y la comunicación; b- la reestructuración de la familia y del hogar; c- los cambios en la ecología social de los centros urbanos y de los suburbios; d- el surgimiento de medios electrónicos de comunicación; e- la democratización de la vida social y cultural.⁷⁰³ Que duda cabe que en los últimos veinticinco años, estos cambios económicos, culturales y políticos inciden en una visión diferente sobre el control en general y la represión penal, en particular, propiciando soluciones más represivas, reduciendo libertades fundamentales y extendiendo los efectos del derecho del dolor. En países como Estados Unidos y Gran Bretaña, y lo mismo se puede decir para Costa Rica, pero por factores o condiciones un poco diferentes, se produce un aumento de las tasas delictivas; no puede admitirse, por supuesto, que los cambios socioculturales reseñados, provoquen un aumento inevitable de la criminalidad, pero en muchos países, ese fenómeno se produjo. El impacto de la modernidad tardía en las tasas delictivas de los países desarrollados es de orden multidimensional y se puede expresar de la siguiente forma: a- Más oportunidad para cometer delitos; b- menos

⁷⁰² Las victorias políticas de Reagan y de Thatcher en el inicio de la década del ochenta, recogió el descontento popular. Se desarrolló una profunda hostilidad contra el gobierno que “cobra impuestos y gasta”, se cuestiona que se brinden los beneficios inmerecidos de un estado solidario o del bienestar, incluyendo las “políticas blandas” contra el delito”, contra los sindicalistas, que nadie elige y que mandan en el país; también surge una inquietud poco creativa sobre el debilitamiento de la familia y un malestar por una imprecisa apreciación sobre la falta de orden y respeto. Estas percepciones inspiraban un descontento que propicia una política populista que propone mayor represión, más ley y orden. Aprovechando el descontento de las clases medias trabajadoras, el mensaje de la “nueva derecha”, se culpa a los pobres de victimizar a la “sociedad decente”, mediante la ejecución de delitos callejeros, los gastos estatales del estado solidario, los impuestos elevados, el activismo sindical, culpándose a las élites socialdemócratas o liberales, según los norteamericanos, por propiciar una cultura permisiva que es el caldo de cultivo de la conducta antisocial. En otras palabras, parte de este discurso en Costa Rica podría traducirse en un término tan huido como: ingobernabilidad. Ver Garland, David. Ob. cit. 2005- p. 170.

⁷⁰³ Garland, David. Ob. cit. 2005- p. 141

controles situacionales; c- incremento de la población en riesgo; d- reducción de la eficacia del control social y del autocontrol como expresión de los cambios en la ecología social y en las normas culturales.⁷⁰⁴ La difusión del comercio mediante “autoservicio”, liberaliza los controles situacionales y aumenta las oportunidades de realizar actos de apropiación ilícitos; de igual forma, el aumento del uso del automóvil, extiende los límites de la sociedad y brinda mayor movilidad a la población, situación que se convierte en una fuente criminógena evidente.

Todos estos factores crean una demanda política que asumen los partidos políticos y que puede desembocar en la respuesta más fácil: poca política social, reducción de garantías y punitivismo. La política se concentra, en el tema de la seguridad, convirtiendo al sistema político en un Estado de la seguridad personal.⁷⁰⁵

Es la respuesta posible en el corto plazo, pero irracional y deshumanizante en la construcción de una sociedad democrática. Lo más grave dentro del panorama político, es que la represión contra ciertos sectores de la criminalidad convencional, es políticamente rentable e ideológicamente inocua, hasta puede lucir como un objetivo progresista. La prioridad que adquiere la visión de control y de la represión, posterga las visiones solidarias que caracterizan el Estado del bienestar, provocando, además, una mayor división social, con un sector desregulado en nombre del “quimérico” mercado⁷⁰⁶ y al otro lado, una población disciplinada y asustada en función de valores tradicionales y de su propia supervivencia. De esta forma el comportamiento criminal se consideró como un problema que tenía raíces estrictamente individuales, por indisciplina, por falta de controles o incluso por una maldad esencial. Esta visión tan parcializada, propicia

⁷⁰⁴ Garland, David. Ob. cit. p. 160.

⁷⁰⁵ Bauman, Zygmunt. Ob. cit. 2007- p. 191.

⁷⁰⁶ Al quedar en manos del mercado, propiciando que sus límites se extiendan hacia el interior del Estado (sector público), el Gobierno tiene que pagar las facturas que provoca las fallas del mercado, las externalidades que el mercado se niega a reconocer, debiendo actuar como red de seguridad para los perdedores que inevitablemente producen las fuerzas de mercado. El mercado actúa en un sentido contrario a las intenciones del estado social: el mercado prospera cuando se dan condiciones de inseguridad, sacando muy buen provecho de los temores humanos y de la sensación de desamparo. Bauman, Zygmunt. Ob. cit. 2007- p. 174.

una respuesta contundente, como se aprecia cuando se plantea la “tolerancia cero”.⁷⁰⁷

El punitivismo,⁷⁰⁸ si es que así se le puede denominar, no parece tener objeciones ideológicas. Los excesos del peligrosismo y del derecho penal de autor de la Escuela Positiva, regresan con otro ropaje. Este punitivismo puede justificar represiones preventivas, admitiendo que la pena es un instrumento que se justifica aunque se trate de hechos futuros e hipotéticos. Fácilmente el ideario se sintetiza en el pragmatismo reductor de los valores: el fin justifica los medios.

La apuesta por la respuesta penal como prioridad de una política criminal, retoma una visión arcaica sobre el castigo y su desarrollo histórico. Así irrumpen soluciones concentradas en la respuesta punitiva, se extiende así la respuesta violenta que impone el derecho penal, planteándose sin mayores reparos, la privatización de las prisiones, es decir, la represión de los ciudadanos, se convierte en un negocio que asumen empresas que se registran en las bolsas del “casino financiero”.

VI- Sólo interesa la violencia proveniente de las clases subalternas o marginadas. No hay duda que en nuestra vivencia diaria, el tema de la seguridad ciudadana intensifica, obviamente, la reacción punitiva contra la delincuencia común y la criminalidad callejera (patrimonial y violenta), que protagoniza, predominantemente, los miembros de la clase baja y de la clase media que ha sufrido una evidente pauperización. Esta es la criminalidad que se visibiliza, pero se invisibiliza la impunidad de otros delitos de mayor gravedad, como la corrupción pública y privada, la delincuencia económica, los graves daños al ambiente, los abusos de poder en los partidos políticos, la violencia de género. Mientras se crea un estereotipo mediático de lo que es el delincuente, sin incluir, por supuesto, al que desde posiciones de poder económico o político, ejecuta acciones en las que se abusa de las posiciones de privilegio, ocasionando graves daños sociales y económicos. Tal como ha ocurrido en

⁷⁰⁷ Garland, David. Ob. cit. p. 176-177.

⁷⁰⁸ También se le denomina el “panpenalismo”, que consiste en la extensión y la expansión indiscriminada a todas las actividades de la vida social. Es la inflación penal de la que se habla desde hace mucho tiempo. Torres, Sergio Gabriel. “Derecho Penal de emergencia” (lenguaje, discurso y medios de comunicación-emergencia y política criminal, consecuencias en la actualización legislativa) Ed. Ad-Hoc. Argentina- 2008- p. 205.

Costa Rica, el sesgo en la campaña de seguridad ciudadana, ha hecho desaparecer la criminalidad de los poderosos. Esa violencia no se destaca como un problema grave que merezca una intervención eficaz. La tolerancia cero, con sus excesos y selectividad, no se dirige contra la delincuencia política y económica. No hay duda que esta política represiva focalizada, profundiza las desigualdades sociales, seleccionando a los que deben reprimirse, repartiendo etiquetas de delincuentes, propiciando, además, un efecto tan irracional y lesivo de los valores de la república, como la impunidad. Los actos reprochables que merecen represión ejemplarizante sólo se legitima respecto de un sector visible de la población, desapareciendo la gravedad y reprochabilidad social del abuso de los poderes públicos y de los poderes salvajes, como los denomina Ferrajoli.⁷⁰⁹ Dicen que la política se hace por acción o por omisión. En la política sesgada en la que sólo existe una delincuencia grave en la sociedad, también se hace política de impunidad. Mientras se destaca selectivamente un tipo de delincuencia y se invisibiliza otra, se legitima, por omisión, los abusos de un poder económico y político cuyos daños son más graves, aunque no sean obvios, que los que produce la delincuencia común.

⁷⁰⁹ La expresión “poderes salvajes” se refiere a la libertad desenfrenada de la que Kant habla en la metafísica de las costumbres. Es una situación en la que existe una ausencia de derecho, opuesta a un “estado jurídico”. A pesar del desarrollo del estado de Derecho, subsiste una tensión en la que se expresa una intolerancia del mundo de la política y de la economía frente al control jurisdiccional de legalidad respecto de los actos de poderes públicos y privados. Ferrajoli establece una tipología de “poderes salvajes” o “inciviles”. La primera clase son los poderes privados ilegales o criminales, los “poderes terribles” del terror y el crimen que se desarrollan en el ámbito nacional e internacional; la segunda clase son los poderes públicos ilegales o criminales que se desarrollan dentro de las instituciones, esto incluye organizaciones subversivas, así como las organizaciones de negocios turbios y de la corrupción que se descubrió en Tangentopoli. Estos poderes llegan a formar un infraestado o doble Estado clandestino y paralelo en el que rigen los principios contrarios a la democracia. La tercera clase de poderes salvajes se expresan como macropoderes económicos, que ante la ausencia de controles evaden las garantías de los trabajadores, los principios de transparencia y concurrencia, los intereses públicos y los derechos sociales, condicionando la actuación de los poderes públicos. Estos poderes encuentran un gran fortalecimiento en la corriente ideológica de la desregulación absoluta de mercados. La cuarta clase de poderes fácticos surgen en las relaciones interestatales, ante la ineficacia del derecho internacional que hace de la comunidad internacional una sociedad salvaje. Ferrajoli, Luigi. “El garantismo y la filosofía del Derecho” Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2001- p. 120 y siguientes.

VII- La violencia estatal sin límites en función de una represión “eficaz”. En esta paranoia frente a enemigos sin rostro, el crimen y el terrorismo, principios tan importantes como la prohibición de la tortura, la intervención de comunicaciones bajo control judicial y la presunción de inocencia, se justifican para “vencer en esta guerra contra el crimen”. La tortura, un acto tan violento e inhumano, se justifica, porque el infractor no es persona, carece de la dignidad reconocida a los “ciudadanos correctos”.⁷¹⁰ La eminente dignidad de la persona, a secas, así como la vigencia de un estado de garantías, se sustituye por la irracionalidad de una policía que actúa selectivamente y sin controles.⁷¹¹ En nombre de

⁷¹⁰ Los Estados Unidos de América (USA), que anualmente realiza clasificación sobre los diversos países en relación al respeto a los derechos humanos, aprobó en septiembre del 2006 una ley que justificaba la tortura como procedimiento que podía utilizar el gobierno norteamericano. Según esta ley el Presidente de los Estados Unidos podía establecer “comisiones militares” en diversos territorios si las circunstancias “así lo exigen”. De igual forma podía mantener detenidos, por una duración indefinida, a cualquier persona que se “suponga” que es un “combatiente ilegal del enemigo”. La definición es muy amplia extendiendo ilimitadamente los “poderes salvajes y violentos” de un Estado que reprocha a otros sus extravíos en materia de derechos fundamentales. Combatiente ilegal del enemigo es un concepto poroso e ilimitado. El aspecto más controversial de esta ley, denominada “torture law”, es que consideraba válidos los testimonios obtenidos a través de rumores y “confesiones forzadas”, si el juez militar estimaba que el conjunto de circunstancias tornan creíble la declaración, dándole así condición de evidencia legalmente admisible. Supuestamente sólo se excluyen los procedimientos de interrogación que sean crueles, inhumanos y degradantes, pero esta restricción sólo se aplica a las informaciones obtenidas después del veinte de diciembre del 2005, fecha en que se aprobó un acta que regulaba el tema de los detenidos. Antes de esa fecha, aunque los interrogatorios hubiesen sido degradantes o inhumanos, es decir, mediante tortura, serían considerados legítimos. La ley autoriza, además, por razones de seguridad, que el juez no divulgue a los abogados las circunstancias en que se obtuvieron las evidencias, entregando en su lugar un resumen censurado. Algunas disposiciones de la ley comentada, no le reconocen el derecho al hábeas corpus a los detenidos en el marco de la guerra contra el terrorismo. Es decir, que la persecución del terrorismo autorizan el terrorismo de estado. Conforme a la ley del 2006, los detenidos de Guantánamo y en otros centros de detención norteamericanos, se les puede negar el derecho a conocer las pruebas o los testigos que los incriminaban. Estas graves violaciones a normas fundamentales y elementales, fueron condenadas por la Corte Suprema de Justicia norteamericana en el 2008. El juego de palabras en este tema no podía convertir un interrogatorio inhumano en una entrevista inocente, pero así siempre es el poder, utiliza las palabras sin el menor recato a la realidad y a la dignidad de las personas. Teretschenko, Michel. “Sobre el bueno uso de la tortura”-Editorial Popular. España. 2009- p. 47 y siguientes.

⁷¹¹ Al derecho penal del enemigo debe oponerse un derecho penal para todos los seres humanos. Se debe asumir una concepción humanista del derecho penal, que parta de la persona y su indiscutible dignidad, que como bien lo señala Kant, asume la autofinalidad del ser humano. La dignidad del ser humano debe ser el punto de partida y de llegada del derecho penal. De esta forma no se reconocen enemigos a los que se les niega derechos o se les excluye radicalmente del derecho penal ciudadano. Ambos, Kai. “Derecho penal del enemigo”- Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2007- p.51 y siguientes.

la sacralización de la seguridad se autorizan los excesos que se acercan a la vigencia de un estado policial. El poder sin límites se convierte en la única forma de vencer un enemigo que parece invencible e incontrolable. De nuevo, el miedo real y potencial, visible e invisible, justifica la vigencia de poderes policiales que carecen de control. Esta es otra muestra de una violencia que se justifica en función del aniquilamiento del enemigo.⁷¹² Empero, no se incluye como enemigo a los autores de los delitos por abuso de poder político, como la corrupción, o los que aprovechan posiciones de privilegio en el sistema económico o financiero.

La racionalidad de la política criminal se ve amenazada por el temor a la delincuencia incontrolable. Principios tan importantes como la resocialización y la inamovilidad de las garantías, son disueltas ante objetivos tan imprecisos como los que asumen que nada funciona frente a la delincuencia y la necesidad de alcanzar un impreciso derecho “penal eficaz”. Se ha construido una política criminal “eficaz y pragmática” que se orienta hacia la inocuización y la intimidación negativa. Se cierne el peligro de una acción represiva presidida por el oportunismo y el populismo político. La represión extrema, que es el fantasma que asedia el derecho penal, debe mantenerse dentro de límites muy razonables, superando el miedo y la devaluación del ser humano. La política criminal no puede ignorar un valor tan importante como la dignidad humana, que en su esencia, no pierde ningún infractor, aunque suene disonante en medio de esta paranoia de seguridad y de enemigos ocultos. El diseño de una estrategia de control sobre la omnipresente violencia no debe dramatizar ni simplificar su objeto, sino que debe evaluarse en toda su complejidad, incluyendo las condiciones comunicacionales que favorecen su nacimiento y variación, asumiendo, plenamente, que este objeto, a largo plazo, no puede ser tratado, ni con violencia o con pura represión.⁷¹³

Mantener el respeto a valores fundamentales, desconfiando de los propios efectos de la represión estatal, reduciendo sus efectos negativos mediante el respeto de las

⁷¹² La idea de que el ser humano es un “..animal peligroso e incontrolable, tratarle como un enemigo presupone que ya no es un ser humano, sino sólo un animal- precisamente una “no persona”- y como tal, no se merece tratamiento jurídico alguno. (...) La medida en el derecho siempre resulta válida para el ser humano, cuya dignidad no es un constructo normativo, sino que se deriva de su existencia humana en sí...”- Ob. cit. Ambos, kai. 2007- p. 39.

⁷¹³ Hassemer, Winfried. “Persona, mundo y responsabilidad”- Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Editorial Temis. Colombia. 1999- p.43.

garantías, asumiendo, como lo señala Silva, la represión en dos dimensiones: en el primer ámbito debe mantenerse, inevitablemente, el derecho penal de “la cárcel”, aplicable a los “delitos nucleares”, como el homicidio, la violación, la privación de libertad, robo, estafas y defraudaciones, en el que deben mantenerse la vigencia de los principios político criminales clásicos, las reglas de imputación y las garantías procesales; en un segundo ámbito o segunda velocidad, como lo denomina Silva ⁷¹⁴, sería aplicable para los casos en que podrían imponerse otras modalidades de sanción o medidas, como la privación de derechos, el resarcimiento que menciona Roxin, las sanciones pecuniarias, etc. Respecto de estas infracciones se puede dosificar con menor intensidad la represión. Se aprecia en esta respuesta, la desconfianza y el escepticismo ante la irracionalidad represiva que construye un derecho penal que sin control, razonabilidad y proporcionalidad, convirtiéndose en un instrumento jurídico sin imaginación.

En los Estados Unidos y Gran Bretaña durante gran parte del siglo veinte, era un tabú que la política de control asumiera discursos de venganza, sin embargo, los variados cambios que han convertido el tema de la seguridad individual en un tema central, han provocado un cambio en el discurso oficial, considerándose el castigo expresivo, reflejo del malestar público, se convierte en un objetivo respetable y deseable, extendiendo la punición vindicativa no sólo a hechos graves, sino a las infracciones medianamente graves o a las infracciones ejecutadas por posibles infractores juveniles. ⁷¹⁵

Costa Rica no escapa de la sensación profunda de inseguridad individual, tanto la real como la percibida; en estas condiciones la ciudadanía no está dispuesta a correr el riesgo de sufrir daños de parte de infractores incorregibles y malvados, creándose así un clima favorable para entregarle a la autoridad estatal un poder sin control, sin preocuparse por el ejercicio arbitrario del poder y la reducción sensible de libertades fundamentales. ⁷¹⁶ A pesar de los peligros que suscita siempre la ampliación de las potestades represivas y punitivas, la violencia que puede desencadenar, el ambiente de inseguridad deja a los ciudadanos a merced de su temor y por esta razón están dispuestos a darle a la autoridad más instrumentos de represión, de reducción de garantías y en última instancia, mayores posibilidades de ejercer violencia legítima, pero violencia al fin.

⁷¹⁴ Silva Sánchez, Jesús María. Ob. cit. 2066- p. 183.

⁷¹⁵ Garland, David. Ob. cit. 2005- p. 43-44.

⁷¹⁶ Garland, David. Ob. cit. 2005- p. 48

VIII- La pena y la vigencia de la violencia. Sus fines. El ámbito en el que se expresa con mayor dramatismo la irracionalidad y la deshumanización que gravita en el derecho represivo, es en el de las sanciones. La pena capital, la peor expresión de esa violencia estatal que se convierte en un culto a la muerte. La pena de muerte es la muestra más grave de esa respuesta punitiva inhumana. ¿Por qué sobrevive la pena de muerte? Su vigencia persistente demuestra que en la represión estatal aflora una irracionalidad que no se justifica por la ley de mayorías. La necrofilia que inspira la pena capital se admite en muchos países del mundo.⁷¹⁷ El mejor ejemplo que demuestra que a pesar del contrato social, de la ley de mayorías, se mantiene inalterable un núcleo impenetrable de la dignidad humana que no puede abolirse por un pacto social que admita la muerte del infractor o por la voluntad de una mayoría. En el afán vindicativo que orienta la campaña sobre seguridad ciudadana, fácilmente se admite que el Estado pueda utilizar la misma violencia que el infractor. El pragmatismo de la venganza y la supuesta vigencia de una ley de la compensación, desborda la contención del derecho represivo, legitimando la violencia que se objeta a los criminales. Es la mejor expresión de la irracionalidad y deshumanización que puede orientar una violencia estatal que se convierte en un fraude a la Constitución. La necrofilia, el chivo expiatorio, la represión selectiva, el culto a la violencia, es el sustento de los antivalores que pretenden justificar la pena capital.⁷¹⁸ Esta es otra muestra de la inhumanidad que amenaza al derecho penal.

⁷¹⁷ El pensamiento patibulario a favor de la pena de muerte, tiene una larga historia; de igual forma, la pena capital sobrevive en muchas legislaciones, sin que logre convencer que es una pena con escaso efecto disuasorio, su carácter irreversible, la desvalorización oficial de la vida y la imposibilidad de justificar que la sociedad responda con la misma violencia que el infractor. Ferrajoli, Luigi. Editorial Trotta- España. 1995- p.387.

⁷¹⁸ Sobre la pena capital es oportuno citar las palabras de Albert Camus al recibir el premio Nobel de literatura en 1957; el galardonado dijo: "Indudablemente cada generación se cree destinada a rehacer el mundo. La mía sabe, sin embargo, que no podrá hacerlo. Por su tarea es quizás mayor. Consiste en impedir que el mundo se deshaga. Heredera de una historia corrompida- en la que se mezclan las historias fracasadas, las técnicas enloquecidas, los dioses muertos, y las ideologías extenuadas; en la que poderes mediocres, que pueden hoy destruirlo todo, no saben convencer; en la que la inteligencia se humilla hasta ponerse al servicio del odio y de la opresión- esa generación ha debido, en sí misma y a su alrededor, restaurar, partiendo de amargas inquietudes, un poco de lo que constituye la dignidad de vivir y de morir. Ante un mundo amenazado de desintegración, en que se corre el riesgo de que nuestros grandes inquisidores establezcan para siempre el imperio de la muerte, sabe que debería, en una especie de carrera loca contra el tiempo, restaurar entre las naciones una paz que no sea la de

Respecto de la pena privativa de la libertad, surgen muchos interrogantes en los que la imprecisión, la irracionalidad, la cultura, determinan su aplicación, vigencia y ejecución. La pena privativa de la libertad pretende cumplir variadas funciones, dicho en términos muy simples. Se menciona la prevención general negativa o intimidación general. Es cierto, que de alguna forma la intimidación se toma en consideración, pero surge la imprecisión que en el fondo coincide con la irracionalidad, ya que está demostrado que el efecto de intimidación tiene límites, sus efectos no son uniformes o predecibles. Se piensa que el infractor actúa bajo una racionalidad que en la práctica presenta muchas inconsistencias, pues no es cierto que a mayor penalidad, se provoque, como si fuera un juego de oferta y demanda, menor cantidad de infracciones o actos delictivos. El efecto de intimidación, es muy relativo.⁷¹⁹ Tampoco puede ser el sustento que legitime la pena, porque en realidad la intimidación no puede ser el objetivo que le brinde legitimidad a la sanción. Se puede examinar otro objetivo de la sanción y del derecho penal: la resocialización, tan criticada por el discurso punitivo. Empero, no hay duda que la rehabilitación permite atemperar y reducir la violencia de la acción represiva estatal. Este objetivo impone límites, si se elimina, quedaríamos con una visión estrictamente retributiva, vindicativa, asumiendo, sin mayores matices, que la delincuencia es un

la servidumbre, reconciliar de nuevo el trabajo y la cultura, y reconstruir con todos los hombres una nueva Arca de la Alianza. No es seguro que esta generación pueda al fin cumplir esa labor inmensa, pero lo cierto es que, por doquier en el mundo, tiene ya hecha, y la mantiene, su doble apuesta a favor de la verdad y de la libertad y que, llegado el momento, sabe morir sin odio por ella. Es esta generación la que debe ser saludada y alentada dondequiera que se halle y, sobre todo, donde se sacrifica. En ella, seguro de vuestra profunda aprobación, quisiera declinar hoy el honor que acabáis de hacerme..”- La pena de muerte sigue siendo una respuesta inhumana en una sociedad que aspira a ser humanista. La pena capital es un problema central de la conciencia humana. Ver Vicente Martínez, Rosario de. “Las artes contra la pena de muerte”- Tirant lo Blanch. España. 2010- p. 46-47.

⁷¹⁹ “...Las condiciones de realización del fin de intimidación de la pena son muy numerosas y complejas y su realización del fin de intimidación de la pena son tan numerosas y complejas y su realización tan improbable que este fin sólo se puede alcanzar excepcionalmente (lo cual, además, no sería controlable); (...) No se excluye que la intimidación y corrección puedan tener éxito en casos particulares o en campos determinados (por ejemplo, mediante la impresión en el “ámbito de drogas” o mediante la terapia social en delincuentes escogidos). La posibilidad de alcanzar la meta en casos particulares no es suficiente para fundar y justificar una teoría relativa.....”. Hassemmer, Winfried. “Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social”- publicado en el volumen titulado: Derecho penal y Ciencias Sociales. Universidad Autónoma de Barcelona. España. 1982- p. 131-132.

problema individual, sin raíces sociológicas. No hay duda que la rehabilitación tiene raigambre solidaria, asumiendo que la criminalidad, con diversos matices, tiene un sustrato social y político; además de este presupuesto, se justifica la rehabilitación. En muchas ocasiones el comportamiento delictivo se origina en circunstancias que no controla su autor, por esta razón la respuesta punitiva está vinculada con el estado benefactor y solidario, según las previsiones del artículo cincuenta de la Constitución Política de Costa Rica, que establece que el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, propiciando el adecuado reparto de la riqueza. Esta obligación tiene relación con las raíces de un segmento de la criminalidad. La rehabilitación es un objetivo de trascendencia constitucional, conforme al reconocimiento del inciso sexto del artículo quinto de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El objetivo resocializador le impone un límite, una lógica razonable a la violencia represiva estatal. Este objetivo también exige plantearse una evaluación crítica sobre el tipo de sociedad respecto de la que se pretende rehabilitar al que se ha impuesto una condena penal. El cuestionamiento sobre la justicia del sistema socio-político, permite dimensionar en su justo nivel, la legitimidad de la represión del Estado, abandonando, el simplismo punitivista en el que se asume, sin mayores matices, que la criminalidad responde a una irremediable maldad del infractor. Otra finalidad implícita de la sanción penal, es la inocuización. Es cierto que cuando se encierra a una persona que ha cometido un delito, se asegura que no cometerá otras infracciones, mientras esté privada de su libertad. Sin embargo, este objetivo de efectos tan concretos, no puede desconocer las limitaciones que impone la finalidad resocializadora de la sanción penal.

IX- La violencia ciudadana y el desarrollo humano. La inevitable integralidad de una violencia que trasciende al infractor. La inseguridad ciudadana se ha convertido en artículo de consumo mediático.⁷²⁰ Desde la década del setenta, en los Estados Unidos y Gran Bretaña, el temor al delito ha venido adquiriendo mayor trascendencia, de ser un acontecimiento aislado, localizado en ciertos lugares de la geografía urbana o rural, se ha convertido en el problema social fundamental y en una característica la cultura

⁷²⁰ Fonseca, Karina. “¿De cuál violencia hablamos cuando hablamos de violencia en los medios?”- publicado en el volumen titulado: El lado oscuro- ensayos sobre violencia- Ed. Uruk- Costa Rica. 2007- p.29

contemporánea. El temor al delito se transformó en un tema cultural trascendental; la vigencia a este círculo inevitable y generalizado, ha provocado una gran desconfianza hacia la capacidad que puede tener el Estado para enfrentar este fenómeno “incontrolable”, convirtiendo al infractor en un depredador peligroso e incorregible; esta perspectiva impide visualizar el problema de inequidad social que orienta cierto tipo de delitos, de manera que el sentimiento que orienta políticamente la represión punitiva es un enojo colectivo y una exigencia vigorosa de retribución, postergando cualquier solución de orden social. Las políticas públicas en materia represiva, responden a una alta temperatura emocional.⁷²¹

No pretendo desconocer la trascendencia de este problema, pero la atmósfera emotiva y poco reflexiva que suscita, impide analizar los temas de la represión estatal dentro de una perspectiva amplia, identificando sus raíces socio-políticas. El miedo colectivo frente al delito debe tomarse en cuenta, pero no es sobre el temor que debe construirse el consenso que requiere la definición de políticas de prevención. El temor no puede ser la guía de la política estatal.⁷²²

Una propuesta tan interesante como la que hizo el PNUD en el año 2005 y que tituló: venciendo el temor, no se le ha dado la trascendencia que tiene. Esta investigación partió de un supuesto que parece elemental, pero que si se asume, modifica la perspectiva represiva y la violencia social: la inseguridad ciudadana debe incardinarse dentro de un tema tan amplio como el desarrollo humano. La necesidad de abordar la seguridad de la población a partir de un enfoque multidisciplinario, tanto en sus causas, como en sus soluciones, es un enfoque que abandona la solución fácil y engañosamente obvia que ofrece la estrategia represiva y criminalizante. Por eso en la propuesta del PNUD, se considera que para vencer el temor, se deben emprender diez líneas de acción que tienen poca relación con la violencia represiva.⁷²³ Sin embargo, este enfoque se

⁷²¹ Garland, David. Ob. cit. 2005- p. 45.

⁷²² Pavarini, Massimo. “Un Arte Abyecto” (ensayo sobre el gobierno de la penalidad)- Ed. Ad-Hoc. Argentina. 2006- p. 247.

⁷²³ El informe del PNUD-2005- Venciendo el temor, diseña diez líneas de acción, que en su contenido constituyen programas independientes, cuya evaluación integral demuestra que la inseguridad ciudadana requiere algo más que el simplismo engañoso del punitivismo. La propuesta ofrece las siguientes líneas de acción: 1- Vencer los mitos. Se requiere una mejor comprensión de la inseguridad ciudadana, enfocando el tema en su dimensión real: 2- Que la seguridad sirva como marco para el despliegue de libertad: las políticas de seguridad a partir de

descalifica reivindicando la percepción, la emotividad, la dramatización de la violencia, desconociendo la complejidad de un hecho social que trasciende el enfoque mediático. Es parte de esta emotividad que impide identificar bien el problema y abordarlo con la prudencia y el escepticismo que requiere un fenómeno tan irritante y complejo. La seguridad ciudadana, la violencia, tiene relación con otras manifestaciones criminales muy graves, como la corrupción y la violencia contra las mujeres, sin embargo, en este maniqueísmo simplista, este reduccionismo del fenómeno delictivo, la criminalidad contra las mujeres por razón de su género o el abuso de poder, no son temas que interesen al ciudadano. La invisibilización de la violencia proveniente de una estructura política autoritaria o de una cultura excluyente, es otra manifestación de la irracionalidad y la manipulación que puede acompañar una campaña sesgada sobre la inseguridad ciudadana, cuyos rasgos se define en la crónica mediática.

La crónica sobre los extravíos de una política represiva se aprecia muy bien en lo que se denomina el derecho penal simbólico. Ante la imposibilidad de obtener resultados partiendo de una visión parcial y emotiva, sólo resta la ganancia política que obtienen los actores políticos, al haberle dado respuesta a los miedos sociales mediante la aplicación de un instrumento que sólo en apariencia obtiene resultados tangibles, pero de poco significado para el desarrollo humano.

Una política focalizada en un sector de la criminalidad y de la violencia, no puede legitimar un sistema policial de tolerancia cero que se orienta hacia la persecución de un tipo de criminalidad, ignorando las garantías fundamentales que caracterizan el derecho penal liberal, sin que pueda realizar la misión, como bien lo señala Hassemer, del control y represión de la violencia social que asuma las condiciones antropológicas y psicosociales que requiere una política criminal ilustrada, racional y “libre de miedos”. Empero, no puede desconocerse que la dramatización de la violencia se convierte en la

una perspectiva integral y democrática; 3- Crear un observatorio de la Seguridad Ciudadana: que sea posible contar con una información oportuna y rigurosa sobre el contenido y alcance de la inseguridad ciudadana; 4- Propiciar una visión individualizada, según la localidad, sobre la seguridad ciudadana; 5- Generar entornos urbanos seguros, es decir, ganarle espacios al miedo; 6- Definir una estrategia respecto de la violencia contra las mujeres, pues se tiende a su invisibilización; 7- Definir una política de protección de la niñez; 8- Política de oportunidad para los jóvenes. Más oportunidades y menos cárcel; 9- Vidas saludables: hábitos sanos para la recreación y la convivencia. En este apartado la política preventiva de consumo de drogas, es medular; 10- Control y reducción sustancial de las armas de fuego.

fuelle de un temor que amenaza una política “libre de miedos”.⁷²⁴ No puede priorizarse el valor “seguridad”, de contenido tan sesgado, según se expuso, debilitando las garantías constitucionales de la actividad punitiva del Estado, ignorando que el control de la violencia social exige una estrategia que se acompañe de los cambios sociales y políticos que permitan reducir la inequidad social y hacer valer, efectivamente, el estado del bienestar. Paradójicamente se habla hasta el cansancio del miedo al delito, pero se ignora totalmente el miedo a la degradación social, el fantasma de la pobreza y la exclusión social, que son casualmente los peligros que pueden enfrentar los habitantes sistemas de gobierno que dejaron de preocuparse por el estado solidario.⁷²⁵

X- Sólo una reflexión. Para concluir, creo oportuno citar uno de los versos más tristes de Wilde, que sufrió los efectos de una represión fundada en prejuicios. Dice el recordado escritor: “... Aunque todos los hombres matan lo que aman, que lo oiga todo el mundo: unos lo hacen con una mirada amarga, otros con una palabra zalamera; el cobarde lo hace con un beso, ¡el valiente con una espada! Unos matan su amor cuando son jóvenes, y otros cuando son viejos; unos lo ahogan con manos de lujuria, otros con manos de oro; el más piadoso usa un cuchillo, pues así el muerto se enfría antes. Unos aman muy poco, otros demasiado, algunos venden, y otros compran; unos dan muerte con muchas lágrimas y otros sin un suspiro: pero aunque todos los hombres matan lo que aman, no todos deben morir por ello. (...) No todo hombre convive con hombres callados que lo vigilan noche y día, que lo vigilan cuando intentan llorar y cuando intenta rezar, que lo vigilan por miedo a que él mismo robe su presa a la prisión..(...) No todo hombre mira hacia lo alto a través de un tejadillo de cristal, ni reza con labios de barro para que cese su agonía, ni siente en su mejilla estremecida el beso de Caifás. ...”⁷²⁶ Esta meditación tan triste, permite apreciar la diversidad de

⁷²⁴ Hassemer, “Persona, mundo y responsabilidad “ Ob. cit. 1999- p. 42.

⁷²⁵ Bauman, Zygmunt. Ob. cit. 2007- p. 203.

⁷²⁶ Wilde, Oscar. “La balada de la Cárcel de Reading”- Ediciones Hiperión. España. 1999- p.23 y siguientes.

matices que surgen cuando pretendemos justificar, en todos los casos, las bondades y la justicia del castigo. Y por supuesto, esto no es abolicionismo, es pura humanidad.⁷²⁷

⁷²⁷ Al escribir sobre el derecho del dolor y su violencia, tenía presente el humanismo del maestro Elías Carranza, al que se le puede definir con las sabias palabras de Cicerón: “..Ni las canas ni las arrugas pueden conferir repentinamente autoridad, pero cuando la edad precedente ha sido honrada, se puede entonces recoger finalmente los frutos de la autoridad..” (De la vejez-XVIII.62) Es la vida precedente de Elías, la que le brinda una autoridad que se nutre de su corrección, generosidad y solidaridad. ¡ Qué falta nos hacen muchos ciudadanos como Elías ! .