



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

Revista Digital
Maestría en Ciencias Penales

ISSN: 1659-4479

**Revista Digital
Maestría en Ciencias Penales**

ISSN: 1659-4479

Número 2, 2010

**Maestría en Ciencias Penales
Universidad de Costa Rica
www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr**

Revista Digital

Maestría

en Ciencias Penales

www.cienciaspenales.ucr.ac.cr

Miembros del Consejo editorial

- ❖ Dr. Javier Llobet Rodríguez (Director)
- ❖ Dr. Carlos Tiffer Sotomayor
- ❖ Dr. Alvaro Burgos
- ❖ Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Consejo Consultivo Internacional

- ❖ Prof. Msc. Alberto Bovino (Profesor de la Universidad de Buenos Aires)
- ❖ Prof. Dr. Edgardo Rotman (Profesor de la Universidad de Miami)
- ❖ Prof. Dr. Emiliano Borja (Profesor de la Universidad de Valencia, España)
- ❖ Prof. Dr. Braulio Espinoza (Profesor de la Universidad Autónoma de Nicaragua-León)
- ❖ Prof. Msc. Carlos Sánchez Escobar (Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer)
- ❖ Prof. Dr. Frieder Dünkel (Profesor de la Universidad de Greifswald, Alemania)
- ❖ Prof. Dr. Andrés Herrera Rodríguez (Profesor de la Universidad Autónoma de Nicaragua-León)
- ❖ Prof. Msc. Miguel Cillero Bruñol (Profesor de la Universidad Diego Portales, Chile)
- ❖ Prof. Dr. Carlos Elbert (Profesor de la Universidad de Buenos Aires)
- ❖ Prof. Dr. José Manuel Ríos Corbacho (Profesor de la Universidad de Cádiz, España)
- ❖ Prof. Dr. Jaime Couso Salas (Profesor de la Universidad Diego Portales, Chile)
- ❖ Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez (Profesor de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia)
- ❖ Prof. Dr. Kai Ambos, Universidad de Göttingen (Alemania)
- ❖ Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva)

POLÍTICAS EDITORIALES

La Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales se enmarca en su política editorial dentro de la concepción humanista propia de la Universidad de Costa Rica. Es importante al respecto lo establecido en el artículo 3 del Estatuto Orgánico de dicha Universidad, que indica: “La Universidad de Costa Rica debe contribuir con las transformaciones que la sociedad necesita para el logro del bien común, mediante una política dirigida a la consecución de la justicia social, la equidad, del desarrollo integral, de la libertad plena y de la total independencia de nuestro pueblo”. La concepción del Derecho Penal y de las Ciencias Penales que ha caracterizado a la licenciatura en Derecho y a la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, ha estado impregnada de este pensamiento y por los principios del Estado de Derecho, con todas las garantías de la justicia penal establecidas en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también con las garantías del Estado Social de Derecho, expresadas en el concepto de la justicia social, propias también del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El enfoque de toda la problemática del delito y la delincuencia se ha tratado de realizar de una manera interdisciplinaria, lo que en la Maestría en Ciencias Penales implica la insuficiencia del análisis meramente jurídico y la necesidad del aporte de los conocimientos dados por la Criminología, la Sociología, la Psicología, la Medicina Legal, etc. Por ello en cuanto a las temáticas a desarrollar en las publicaciones que se realicen en la Revista Digital de Ciencias Penales se comprenden las diversas ramas que forman en general las Ciencias Penales.

La publicación de la Revista Digital será anual. El primer número es difundido a partir de noviembre de 2009.

La Revista pretende contribuir al desarrollo de las Ciencias Penales en Costa Rica y en Latinoamérica. Se trata de crear, por un lado, un instrumento para la difusión de investigaciones realizadas en particular por profesores, graduados y estudiantes de la Universidad de Costa Rica en general y en particular de aquellos relacionados con la Maestría en Ciencias Penales. Se pretende también establecer un ligamen estrecho con otras Universidades Públicas centroamericanas, dándoles a las mismas un espacio para la difusión de las investigaciones realizadas por sus profesores y graduados. Al respecto se ha establecido un ligamen estrecho en particular con la Universidad Autónoma de Nicaragua en León y con su Maestría en Seguridad Ciudadana. Por otro lado, también se trata de realizar un aporte al conocimiento del pensamiento de investigadores de otros países de fuera de Centroamérica, todo para el uso tanto en la docencia, como en el ámbito investigativo.

La persona que desee publicar en la Revista debe enviar su artículo a la siguiente dirección:

posgrado@derecho.ucr.ac.cr

Debe incluir un resumen del artículo y además el currículum del autor. Cada artículo debe tener la bibliografía utilizada. En principio los artículos no deben tener un tamaño superior a 50,000 caracteres y deben ser inéditos. En el caso de que el artículo hubiera sido publicado, el autor debe hacer la advertencia sobre ello. Las citas al pie que se hagan deben contener la información suficiente para que pueda ser localizado el texto, por ejemplo en cuanto a los libros el nombre del autor, el nombre del libro, el lugar de publicación, la editorial y el año de publicación. Además debe indicarse el número de página respectivo. En lo relativo a la cita de artículos en revistas debe contener el nombre del autor y el del artículo citado, el número de la Revista y el año de publicación y el país de publicación. Además el número de página respectivo. Puede utilizarse el sistema de citas recomendado por la APA.

Sitio web de la Maestría en Ciencias Penales

<http://www.cienciaspenales.ucr.ac.cr>

Sitio web de la Revista Digital Maestría en Ciencias Penales

<http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr>

Premio Internacional

Al Prof. Dr. Carlos Tiffer

El pasado 9 de noviembre, en el marco de la IV Conferencia Internacional de Justicia Juvenil, en la ciudad de Roma, Italia, le fue otorgado al Profesor costarricense, Dr. Carlos Tiffer, el **PREMIO INTERNACIONAL: JUSTICIA JUVENIL SIN FRONTERAS**. Este premio es creado por el **OBSERVATORIO INTERNACIONAL DE JUSTICIA JUVENIL (OIJJ)** con el fin de reconocer la labor de instituciones, expertos y personalidades que manifiestan un compromiso firme a favor de sistemas de justicia juvenil que promueven el desarrollo integral de los niños, niñas y jóvenes en conflicto con la ley.

El OIJJ es un organismo sin fines de lucro con sede en Bruselas, Bélgica. Trabaja con una visión internacional e interdisciplinaria de la justicia juvenil, con la finalidad de estimular estrategias de desarrollo internacional en el ámbito de políticas, legislaciones, métodos de intervención, investigaciones y estudios relativos al campo de la justicia juvenil.

El Premio fue concedido al Dr. Tiffer como un reconocimiento internacional, por sus logros en el ámbito académico y científico, en la defensa de los derechos de la infancia, dentro del marco de la normativa propuesta por NACIONES UNIDAS relacionada con la justicia juvenil.

El objetivo principal del **PREMIO INTERNACIONAL: JUSTICIA JUVENIL SIN FRONTERAS** es reconocer, a escala mundial, a aquellos profesionales, personalidades e instituciones, tanto del ámbito jurídico, como de la investigación y de la intervención con menores en conflicto con la ley, que muestran su más firme compromiso a favor de una justicia juvenil acorde a las normas y estándares internacionales.

A través de este reconocimiento, el Premio Internacional promueve asimismo la difusión de conocimiento y de políticas que tienen como fin mejorar la situación de los niños, niñas y jóvenes en riesgo de exclusión social. El **PREMIO**

INTERNACIONAL: JUSTICIA JUVENIL SIN FRONTERAS también busca destacar, a nivel internacional, modelos de buenas prácticas y a generar conciencia social en torno a las cuestiones más relevantes que afectan a la justicia juvenil.

Junto al Dr. Carlos Tiffer, fueron premiados también el Profesor Elías Carranza, Director del ILANUD, Profesor Sir Albert Aynsley-Green, ex defensor de la infancia para Inglaterra, el Profesor Dr. Frieder Dünkel, Profesor de Criminología de la Universidad de Greifswald, Alemania y la Dirección General de la Policía de la Guardia Civil, del Ministerio del Interior de España.



Fotografía: Escultura entregada por el Observatorio Internacional de Justicia Juvenil al Prof. Dr. Carlos Tiffer

ÍNDICE

Doctrina Extranjera

SOBRE LA UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA PENAL Y SUS PLANTEAMIENTOS
METODOLÓGICOS

(EMILIANO BORJA JIMÉNEZ)

(PÁG. 3)

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN EL
MARCO DEL EEES: SUGERENCIAS DIDÁCTICAS DE ACTIVIDADES
COLABORATIVAS CON ENTORNOS VIRTUALES

(CHRISTINA HOLGADO SÁEZ)

(PÁG. 57)

LA ENSEÑANZA/APRENDIZAJE DEL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA A
TRAVÉS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DOCENTES COLABORATIVAS Y
PLATAFORMAS VIRTUALES EN EL EEES

(JOSÉ MANUEL RÍOS CORBACHO)

(PÁG. 79)

PENA, CASTIGO Y PREVENCIÓN EN LA SOCIEDAD ACTUAL: DE LA PENA
PRIVATIVA DE LIBERTAD A LAS ALTERNATIVAS DE LA PENA

(CARLOS SÁNCHEZ ESCOBAR)

(PÁG. 101)

DIVERSIDAD CULTURAL Y SISTEMA PENAL

(JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ)

(PÁG. 149)

JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO ARBITRARIO
(LA REFORMA PROCESAL PENAL DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO),
SAN JOSÉ, COSTA RICA, EDITORIAL JURÍDICA CONTINENTAL, 2004, 161
PÁGINAS

(FRANCISCO MUÑOZ CONDE)

(PÁG. 171)

Doctrina Nacional

EL ROL DEL GOBIERNO MUNICIPAL EN LA PROMOCIÓN DE UNA
CONVIVENCIA PACÍFICA: REFLEXIONES DESDE CENTROAMÉRICA Y
REPÚBLICA DOMINICANA
(RODOLFO CALDERÓN UMAÑA)
(PÁG. 177)

DE REFORMAS Y CONTRA-REFORMAS: EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS
COMETIDOS EN FLAGRANCIA
(ROSAURA CHINCHILLA CALDERÓN)
(PÁG. 189)

JUSTICIA RESTAURATIVA Y PERSONAS MENORES DE EDAD IMPUTADAS
POR DELITOS SEXUALES.
(ANÁLISIS JURÍDICO Y SIQUIÁTRICO FORENSE)
(FRANZ VEGA Z)
(PÁG. 213)

LA CRIMINALÍSTICA Y SU IMPORTANCIA EN EL CAMPO FORENSE
(ÁLVARO BURGOS M)
(PÁG. 239)

LA PRUEBA INDICIARIA
(RONALD CORTÉS COTO)
(PÁG. 271)

Sección de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-León)

UNIVERSIDAD DE LEÓN DE NICARAGUA
(BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN)
(PÁG. 293)

LA SUJECCIÓN ESPECIAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD EN LA
LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE
(BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN)
(PÁG. 299)

Sección de la Comisión Violencia y Sociedad de la Vicerrectoría de Investigación de la UCR

PRESENTACIÓN COMISIÓN INTERDISCIPLINARIA DE VIOLENCIA Y SOCIEDAD VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
(PÁG. 313)

VIOLENCIA Y SUBJETIVIDAD. ENTRE EL DESAMPARO Y LA NUDA VIDA
(MÓNICA VUL)
(PÁG. 317)

VIOLENCIA SIMBÓLICA Y EXCLUSIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO EN UN COLEGIO DEL VALLE CENTRAL COSTARRICENSE
(RANDALL RODRÍGUEZ AMOR)
(PÁG. 331)

PALABRAS Y SILENCIOS QUE HIEREN: ALGUNOS HALLAZGOS DEL INFORME DE LA NOTICIA DE LA PRENSA ESCRITA COSTARRICENSE Y LA POBLACIÓN MIGRANTE Y REFUGIADA, 2008
(MÓNICA BRENES MONTOYA)
(PÁG. 345)

Sección de la Cátedra Alessandro Baratta

PALABRAS DE APERTURA I SEMINARIO SOBRE EL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO BARATTA
(PAULA DOBLES)
(PÁG. 363)

BARATTA Y LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA: UN FILÓSOFO QUE REVOLUCIONÓ LA CRIMINOLOGÍA Y LA ENCAMINÓ A SER TEORÍA CRÍTICA DEL CONTROL SOCIAL
(LOLA ANIYAR DE CASTRO)
(PÁG. 367)

LA LIBERACIÓN DEL PUEBLO EN EL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO BARATTA
(WALTER ANTILLÓN)
(PÁG. 381)

ALESSANDRO BARATTA FILOSOFO DEL DIRITTO
(PAOLO BECCHI)
(PÁG. 393)

“LA CRIMINOLOGÍA EN LA POSMODERNIDAD
(CARLOS ALBERTO ELBERT)
(PÁG. 411)

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA A DISTANCIA COMO ALTERNATIVA AL
ENCIERRO: DESDE LA PERSPECTIVA DEL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO
BARATTA, PARA QUIEN “LA MEJOR CÁRCEL ES SIN DUDA LA QUE NO
EXISTE”
(CÉSAR BARROS LEAL)
(PÁG. 429)

PALABRAS DE CLAUSURA
(MARCO VARGAS CARRANZA)
(PÁG. 453)

Doctrina Extranjera

**SOBRE LA UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA PENAL Y SUS PLANTEAMIENTOS
METODOLÓGICOS
(EMILIANO BORJA JIMÉNEZ)**

**LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN EL
MARCO DEL EEES: SUGERENCIAS DIDÁCTICAS DE ACTIVIDADES
COLABORATIVAS CON ENTORNOS VIRTUALES
(CHRISTINA HOLGADO SÁEZ)**

**LA ENSEÑANZA/APRENDIZAJE DEL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA A
TRAVÉS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DOCENTES COLABORATIVAS Y
PLATAFORMAS VIRTUALES EN EL EEES
(JOSÉ MANUEL RÍOS CORBACHO)**

**PENA, CASTIGO Y PREVENCIÓN EN LA SOCIEDAD ACTUAL: DE LA PENA
PRIVATIVA DE LIBERTAD A LAS ALTERNATIVAS DE LA PENA
(CARLOS SÁNCHEZ ESCOBAR)**

**DIVERSIDAD CULTURAL Y SISTEMA PENAL
(JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ)**

**JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO ARBITRARIO
(LA REFORMA PROCESAL PENAL DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO),
SAN JOSÉ, COSTA RICA, EDITORIAL JURÍDICA CONTINENTAL, 2004, 161
PÁGINAS
(FRANCISCO MUÑOZ CONDE)**

SOBRE LA UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA PENAL Y SUS PLANTEAMIENTOS METODOLÓGICOS*

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

Todo Estado plasma jurídicamente su modelo de convivencia de forma positiva y de forma negativa. Mediante su sistema constitucional, establece los valores, las pautas y los principios fundamentales que han de regir la coexistencia social (modelo positivo de convivencia). A través del sistema penal desvalora los comportamientos humanos que considera más insoportables en la medida en que atacan los bienes jurídicos más relevantes para el orden de la vida social (modelo negativo de convivencia). Y a su vez, cada esquema de convivencia viene conformado a lo largo de décadas, o incluso de siglos, por la historia, por la cultura, por la estructura social, económica y política que haya ido imponiéndose a

* El presente trabajo representa los primeros resultados de mi contribución al Proyecto I+D de la Universidad de Valencia (y otorgado por el Ministerio de Educación y Ciencia), dirigido precisamente por nuestro homenajeado, el Profesor Dr. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” (SEJ 2005-03480). Sirva el presente artículo para homenajear al Prof. Dr. Tomás Salvador VIVES ANTÓN tras su reciente jubilación y nombramiento como catedrático emérito de la Universidad de Valencia.

lo largo del tiempo. Es por ello que cada forma de entender la vida en común en el colectivo del respectivo Estado, adopta su propio sistema jurídico.

Tomando en consideración exclusivamente el sistema penal, la tendencia en el último siglo ha sido, sin embargo, la de llevar a cabo una extensión, más allá de las fronteras de cada Estado, de sus normas básicas, instituciones y procedimientos. Ello podría explicarse merced al lento y progresivo proceso de estandarización de pautas y valores que se ha ido produciendo desde el mundo occidental al resto de espacios geopolíticos del Planeta, lo cual implica, sobre todo en las grandes ciudades, que las específicas formas de entender la coexistencia humana cada vez se parezcan más entre sí. Y aunque es cierto que existen notables diferencias entre los denominados sistemas jurídicos anglosajón y continental, la Parte General (por ejemplo) de Códigos penales como el español, italiano, alemán, boliviano o argentino, muestran mayores afinidades que diferencias. Algo similar ocurre en relación con la estructura del proceso penal o la legislación relativa a la ejecución penitenciaria.

La universalización del sistema penal se ha producido en mayor medida (algo que también puede considerarse como lógico) en la disciplina que lo estudia y que lo explica en las universidades, esto es, en el seno de la Ciencia del Derecho Penal (entendida comúnmente bajo la tendencia metodológica de la denominada Dogmática). La conceptualización y discusión de sus principios orientadores, de sus fundamentos en la teoría del delito o en la teoría de la pena o de la misma estructura de la norma jurídico-penal, han llegado a países como Japón, Corea del Sur o Colombia. Y, sin embargo, habrá que admitir que entre (por poner un ejemplo) la sociedad japonesa y la sociedad colombiana se pueden apreciar algunas diferencias desde el plano cultural, étnico, histórico, político, ético y religioso...

Han existido otros factores que han determinado un mayor acercamiento entre las diferentes legislaciones y administraciones de Justicia. La actuación de agencias internacionales como USAID (Estados Unidos), GTZ (Alemania) o AECID (España) han influido notablemente en las reformas penales (materiales y procesales) en gran parte de América del Sur y América Central. También los

instrumentos normativos de la Unión Europea o del Consejo de Europa han tenido gran relevancia en la homogenización de algunas relevantes reformas punitivas de ciertos sectores de los países que integran las correspondientes organizaciones. De igual forma, desde Naciones Unidas se ha impulsado la elaboración de determinada legislación penal en ámbitos concretos (tráfico de drogas, delincuencia organizada o criminalidad racista, entre otros). Desde de este mismo organismo internacional, se han llevado a cabo diversas tentativas con el fin de establecer un sistema de Justicia universal que han culminado con la creación de la Corte Penal Internacional. Sin duda alguna, tales procesos y acontecimientos también han favorecido una extensión, más allá de las fronteras de cada Estado, del modo de concebir el sistema penal.

Por cierto, antes de continuar hay que aclarar que la referencia al *sistema penal* no se circunscribe única y exclusivamente al conjunto de conocimientos que integran el Derecho Penal material como disciplina. Aquí se toma en consideración la locución *sistema penal* como unidad en la que confluyen elementos dispares referidos a la norma penal, y en el que se incluirían, además de ésta y los procedimientos de su génesis, ámbitos o instituciones como los principios penales, los delitos, las sanciones (y otras consecuencias jurídicas), el proceso penal y las autoridades que dirimen o intervienen en el mismo¹. Es decir, utilizo los vocablos

¹ No es mi pretensión definir ahora el concepto de *sistema penal*. Ello implicaría explicar la categoría de *sistema*, y si el mismo WITTGENSTEIN afirmó que no tenía una definición para este vocablo, evidentemente va a ser difícil encontrar aquí una concreción bien limitada de su significado. Tan sólo me referiré al mismo con la idea de reflejar una unidad de diferentes

sistema penal de forma instrumental, como esquema en el que se integran determinados problemas o cuestiones que se quieren abordar y explicar con un cierto orden y sentido².

Con estos antecedentes, es entonces cuando cabe formular la siguiente cuestión: ¿Qué hay de universal y qué hay de específico en el sistema penal a la luz de de las diversas culturas y civilizaciones? ¿Cuáles son los fundamentos que se pueden predicar con relación a cualquier ordenamiento jurídico sancionador, y qué componentes difieren de un pueblo a otro, de una cultura a otra, de una civilización a otra?

instituciones penales que guardan relación entre ellas y que se aplican con cierto sentido en un ámbito determinado de la vida humana, como pueda ser el Estado o una comunidad concreta de individuos. Sobre la idea de sistema desde el más profundo sentido del lenguaje, puede tomarse en consideración las atinadas reflexiones de nuestro homenajeado. VIVES ANTÓN, T. S.: *Estudio Preliminar* en RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia, 2008; págs. 40 y 41.

² En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S.: *Principio de legalidad, interpretación de la ley y Dogmática penal* en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./GARCÍA AMADO, J. A. (Dir.) .: *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*. Universidad del Externado, Bogotá, 2006; págs. 343-344. VIVES ANTÓN: *Estudio Preliminar...* cit.; págs. 61-63.

Por poner un ejemplo, cuando Walter PERRON habla de sistema penal en el ámbito de la Unión Europea, toma en consideración un aparato normativo, con los correspondientes órganos de persecución penal, y un Tribunal Superior Europeo. PERRON, Walter: *Perspektiven der Europäischen Strafrechtintegration*. Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg, München, Lansberg, Berlin, 2007; págs. 429 y ss., 440.

Así, desde la órbita cultural del mundo occidental, los principios fundamentales del sistema penal obedecen a una determinada concepción del poder público en sus relaciones con el ciudadano. Se toman como ejemplo paradigmático los principios de legalidad y culpabilidad, que representan una visión de la intervención punitiva limitada y proyectada sobre la consideración del individuo como portador de dignidad humana³.

Los principios de legalidad y culpabilidad reflejarían, por tanto, las características propias del Estado democrático de Derecho. El primero de ellos, porque se fundamenta en el aseguramiento de las condiciones básicas de la seguridad jurídica, del respeto a la soberanía popular en la determinación del ámbito de lo punible y de lo no punible; y del tratamiento igualitario de todos los ciudadanos ante la aplicación de la ley penal. El segundo, porque se asienta en el reconocimiento de una faceta de autonomía del ciudadano que legitima al Estado exigirle responsabilidad por su actuación antijurídica, imponiéndole en tal caso la sanción. Cuando no existe libertad, cuando no existe capacidad normal para ser motivado por la norma penal, no procede la exigencia de tal responsabilidad ni el reproche que implica la pena. El principio de culpabilidad, de este modo, representa el reconocimiento del respeto a la dignidad humana, concebida individualmente, en el sistema penal.

³ Esta relación entre principio de legalidad y culpabilidad, y fundamentos políticos e ideológicos del Estado social y democrático de Derecho, es aceptada hoy en día mayoritariamente en la doctrina penalista. Así, por todos, ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen der Aufbau der Veerbrechenslehre. 4ª Edic. München, 2006: págs. 145-148.

Pero, como se acaba de señalar, dicha concepción del individuo en relación con el poder público en este marco de la intervención punitiva del Estado, es propia de los valores de un sistema político y cultural que se corresponde con las sociedades occidentales. La cuestión a determinar, entonces, es ésta de si también desde una óptica universal ha de considerarse en todo modelo penal, calificado como racional y humano, dichos axiomas fundamentales y otros de similar entidad.

Aquí es donde radica precisamente la duda de si se puede hablar de una estructura axiomática universal que deba estar presente en todo sistema penal. ¿Puede calificarse de racional y humana, de técnicamente jurídica, una forma de administración reglada de los conflictos más graves de convivencia en una comunidad sin estar presentes estas instituciones fundamentales? ¿Se puede hablar, en última instancia, de Derecho Penal si un conjunto normativo sancionador regulador de la coexistencia social prescinde de principios tan esenciales como los de legalidad y culpabilidad? Esta es una duda metódica que he querido resolver a lo largo de varios trabajos en los que se condensan las reflexiones y experiencias de varios años dedicados a esta investigación.

No es mi intención ahora dar una concreta respuesta a la cuestión formulada. Abordaré, más bien, algunas metodologías que han pretendido, desde perspectivas muy diferentes, descubrir o desvelar los fundamentos más comunes a todo sistema penal. Ello con el fin último de comparar los diferentes análisis y mostrar aquí el modelo que personalmente he adoptado para pronunciarme sobre

la universalidad de dicho sistema penal, adelantando (de forma todavía muy provisional) algunas de las conclusiones alcanzadas⁴.

¿Y qué sentido tiene preguntarse ahora por la universalidad del Derecho Penal? Como puse de manifiesto hace algunos años, y en este punto me identifico con nuestro homenajeado, creo que la Dogmática penal está exagerando en los últimos tiempos su preocupación por la creación de una teoría (lógica, sistematizada, y por tanto, “universal”) que le conduzca a ser calificada como disciplina “científica”⁵. De este modo, se está olvidando de los problemas reales

⁴ Un interesante trabajo sobre la elaboración de metodologías en el ámbito del Derecho Penal y de la Criminología en HOFFMANN-HOLLAND, Klaus: *Der Modellgedanke im Strafrecht. Eine kriminologische und strafrechtliche Analyse von Modellversuche*. Tübingen, 2007. Y sobre la relación entre ideología y creación teórica doctrinal y jurisprudencial, GROMMES, Sabine: *Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung*. Berlin, 2005.

⁵ “La Dogmática penal, en su afán de constante perfeccionamiento, de alcanzar un sistema cerrado capaz de responder a todos los problemas que plantean las instituciones penales desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia interna, ha terminado contemplándose a sí misma. Ha pretendido, como dijo un famoso penalista, partir un pelo por la mitad y ha dejado de lado el aspecto humano del Derecho Penal. Los juristas, especialmente los penalistas, nos hemos preocupado tanto por el método, por la sistematización de las categorías, por su aptitud para encasillar perfectamente cada pieza en el complicado engranaje dogmático, que hemos olvidado los verdaderos fundamentos de todo ordenamiento jurídico. En esa búsqueda de la universalidad, de la irrefutabilidad, de la constatación lógica, para resolver problemas estrictamente humanos, hemos recurrido a los parámetros del pensamiento “cientifista”. Y de tanto complicar nuestra disciplina, hemos sustituido el Derecho Penal de las garantías por el Derecho Penal del sistema. Y ya nadie nos entiende. Y pervertimos los fundamentos y la propia razón de ser de la elaboración

de la Justicia penal. Es decir, la tecnificación del engranaje lógico y conceptual del Derecho Penal continental está dejando a un lado lo que considero uno de sus cometidos fundamentales: resolver problemas humanos con reglas jurídicas. Y todo ese esfuerzo se realiza con la pretensión de alcanzar una (inalcanzable) perfección técnico-jurídica fuera de toda consideración antropológica. No parece ser ésta la mejor de las vías para conseguir los fines que persigue el ordenamiento jurídico punitivo.

Si se intenta desvelar lo común de todo sistema penal, quizás se acabe descubriendo el camino que nos dirija a lo común de todos los seres humanos. Y en la imagen del Derecho como producto humano para resolver problemas humanos, podremos, tal vez, vislumbrar el reflejo de lo que deben ser los verdaderos objetivos del Derecho Penal⁶.

teórica en el marco punitivo...". BORJA JIMÉNEZ, E.: *Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo LI (1998); pág. 244.

⁶ Esta crítica sobre las exageraciones de la Dogmática y sobre la pérdida del rumbo del Derecho Penal en la búsqueda errada de su (inexistente) carácter científico, se encuentra muy presente en la obra de nuestro autor. A tales efectos, recientemente ha escrito: "... esa búsqueda desesperada de un objeto sobre el que hacer descansar el pensamiento nace de una suerte de embrujo: el embrujo de la teoría concebida como saber científico". VIVES ANTÓN, T. S.: *Reexamen del dolo* en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.): *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia, 2008; págs. 369, y ss, 383. "La investigación doctrinal debería abandonar sus pretensiones de "cientificidad" y sustituirlas por otras, relativas a la mejora del sistema jurídico". VIVES ANTÓN: *Principio de*

II. DIVERSOS TRATAMIENTOS METODOLÓGICOS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA PENAL

Han sido muchos los planteamientos que, desde diferentes caminos, han pretendido explicar los principios y las instituciones más comunes del Derecho Penal, con independencia del Estado en el que se origina y se aplica. Con el fin de aligerar la explicación, tomaré un ejemplo representativo de algunos de los grupos de modelos más relevantes. Como los planteamientos son muy diversos, y afrontan la temática desde perspectivas muy distintas, las formas de investigación también son muy diferentes. También hay que tener presente que esta temática afecta de una u otra forma al pluralismo jurídico, lo cual explica que, para alcanzar consecuencias generales en el plano de la diversidad, haya que partir del postulado de la apertura y de la superación metodológica⁷.

legalidad, interpretación de la ley y Dogmática penal... cit.; pág. 343. VIVES ANTÓN: *Estudio Preliminar...* cit.; pág. 62. Y ya unos años antes, nos adelantaba su propuesta de cambio metodológico: "Pues fuera de la lógica no hay un "saber" que excluya el error. Y como la lógica no dice nada del mundo, tanto en los tribunales como en la ciencia hemos de conformarnos con un saber menos fuerte, es decir, hemos de renunciar al conocimiento irrefutable y operar con la *certeza práctica*". VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia, 1996; pág. 248.

⁷ En este sentido, VOGEL, Joachim: *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik*. Goldammer Archv's für Strafrecht, núm. 149 (2002); págs. 517-534, 522. El autor, siguiendo a KÜHL, define el denominado principio de "apertura metodológica", el cual establecería que todas las posiciones metodológicas (sea el pensamiento ontológico, o

A) La extensión supranacional de la Dogmática y de la Política Criminal

Tal y como se señalaba en el apartado anterior, la Dogmática penal, especialmente en lo que atañe a los principios penales y a la teoría jurídica del delito, ha experimentado una notable extensión, más allá de las fronteras de los países en los que se originó (Alemania, y en menor medida, Italia). Dicha influencia no sólo ha afectado a la explicación del Derecho Penal en las Universidades, sino incluso a las propias reformas de las leyes penales. Por poner un ejemplo, la Parte General de algunos textos punitivos de países como Paraguay o Bolivia son muy similares al StGB alemán. Y las escuelas del Derecho Penal alemán (clasicismo, neoclasicismo, finalismo, postfinalismo, funcionalismo, etc.), han encontrado un reflejo en países europeos (España, Italia, Portugal y Grecia, entre otros) y en Latinoamérica (destacando Argentina, Chile, Colombia o México)⁸.

normativista, o de las estructuras lógico-objetivas, o funcionalista, ya se trate del moderno pensamiento de la eficacia o el tradicional europeo de los principios) deben ser admitidas por igual.

⁸ Cito ahora tres trabajos en los que me ocupé en su día de esta problemática. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España*. Nuevo Foro Penal, núm. 59 (1993); págs. 24-72. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Últimas tendencias en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 63 (1997); Págs. 595-652. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*. San José de Costa Rica, 2000.

Uno de los autores cuya obra ha encontrado una gran recepción en diversas latitudes del Planeta es Claus ROXIN. Él mismo explica las claves de la generalización de la Ciencia Penal alemana en estos espacios geopolíticos. Y además, es un firme defensor de la creación de una Dogmática penal universal adscrita a una Política Criminal con fundamentos comunes en relación con las sociedades gobernadas por Estados democráticos⁹.

Por tanto, en este apartado voy a tomar como referencia a este autor alemán en su exposición de la idea de la existencia de un Derecho Penal cada vez más común en Estados con sociedades culturalmente muy distintas¹⁰.

⁹ ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I... cit.; pág. 131. "Hay que pensar, además, que las teorías generales del Derecho Penal y los planteamientos político-criminales que los presiden (como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el Derecho Penal del hecho) ya son, desde hace mucho tiempo, objeto de intensos esfuerzos científicos desde la perspectiva intercultural y han conducido a un considerable acercamiento de ordenamientos penales en muchas partes del mundo. Hay que contar, por tanto, con ciertos frutos de un Derecho Penal intercultural...".

¹⁰ Son muchos los autores y los trabajos que se han ocupado del carácter supranacional de la Dogmática penal. Por no hacer muy prolija la exposición, considero a ROXIN como máximo exponente porque en su obra converge una buena representación de las justificaciones y motivos que explican esa extensión de la Ciencia Penal más allá de las fronteras de un determinado Estado. Entre sus muchos trabajos, destaco ROXIN, Claus: *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft* en ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (Coords.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Jahrtausendewende*. München, 2000; págs. 369-395

ROXIN va a justificar este acercamiento atendiendo a varias razones relacionadas con distintas problemáticas, las cuales voy a tratar de sintetizar en los párrafos sucesivos.

Una primera razón que explicaría esta tendencia a la unidad vendría determinada por las formas de manifestación de la criminalidad. En este sentido, se afirma que es un fenómeno que tiene lugar con cierta similitud en todos los modernos Estados industriales. De tal suerte que los presupuestos de la punibilidad no serían producto de la arbitrariedad, sino de las condiciones requeridas por una convivencia social libre y segura. Y ello explicaría que, desde tiempos remotos, el núcleo del Derecho Penal en cualquier sociedad venga integrado por los tipos penales más clásicos. Es decir, que toda sociedad, que no quiera sumirse en el caos, tendría que castigar delitos como asesinato, hurto, violación o detenciones ilegales, y otros muchos cuya tolerancia perturbaría el sistema social, y para cuya protección se ha recurrido al Derecho Penal¹¹.

Una segunda razón que podría justificar cierta homogeneidad supranacional del Derecho Penal atendería a criterios dogmáticos. Esto es, no se explicaría sólo atendiendo exclusivamente a los tipos delictivos, sino también teniendo presente las categorías jurídicas de la teoría general del delito, las cuales han sido (y están siendo) objeto de investigación universal de toda ciencia jurídico-penal medianamente desarrollada. De tal modo que institutos jurídicos como la “legítima defensa” o el “estado de necesidad” necesariamente juegan un papel relevante en

¹¹ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 379.

todo ordenamiento jurídico, porque las situaciones de la vida (a las que se debe su origen) serían equiparables¹².

El autor reconoce, sin embargo, que no se puede pasar por alto el hecho de que las condiciones previas políticas, sociales y culturales no son idénticas en todas partes, y sobre todo, en todos los ámbitos jurídicos¹³. De hecho, serían posibles distintas respuestas atendiendo a cada tradición jurídica, sin que ello signifique rechazar la universalidad de los métodos científico-penales empleados en su desvelamiento y fundamentación. El progreso científico en Derecho Penal consistiría entonces en superar el propio tiempo traspasando la doctrina y jurisprudencia nacional e integrando la discusión en el ámbito internacional. De hecho, ROXIN ve la necesidad de recopilar todos los conocimientos fundamentales, teóricos y prácticos, en una obra de Derecho Penal en el plano mundial¹⁴.

En materia político-criminal se afirma que los criterios que tiene que seguir el legislador en toda elaboración de la ley penal deben de atender a la Constitución, esto es, al principio del Estado social de Derecho, a la absoluta vigencia de la dignidad humana, a la relevancia de los derechos humanos y a los resultados de la discusión internacional de las reforma penales¹⁵.

¹² ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 380.

¹³ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 381.

¹⁴ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 382 y ss.

¹⁵ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 387.

Y en cuanto a la cuestión que nos formulamos los penalistas sobre el futuro de un Código penal europeo, se llega a la conclusión de que ello difícilmente es posible y tampoco deseable. Las razones que se abogan, y las cuales comparto, toman en consideración el dato de que la ley penal responde a la tradición jurídica y cultural de cada país, que la elaboración de un Código penal europeo respondería más a constelaciones de poder que a criterios científicos, y que para llevar a cabo esta tarea es necesario un consenso y compromiso que para ser alcanzado requiere en ocasiones el establecimiento de regulaciones contradictorias¹⁶.

B) El Derecho Penal comparado y la internacionalización del Derecho Penal

Una forma de desvelar los principios y las instituciones jurídico-penales que son comunes a todas las sociedades, o a un concreto espacio geopolítico supranacional, es recurriendo al análisis de cada uno de los sistemas jurídico-nacionales, compararlos entre sí y extraer consecuencias generales. El recurso al Derecho Penal comparado, pues, se utiliza como un método adecuado para investigar sobre el carácter universal de ciertos componentes del sistema penal.

Otra vía muy similar a ésta, y que en realidad constituye una prolongación de la misma (que va más allá de la comparación de los ordenamientos y de las instituciones jurídicas), viene establecida por la plasmación de un orden

¹⁶ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 391.

internacional en materia penal, creando regulaciones que superan la competencia de los Estados y que muestran una naturaleza propia. Los estudios e investigaciones sobre jurisdicciones internacionales, como la Corte Penal Internacional u otras similares, pueden ofrecer interesantes resultados sobre las posibilidades y límites de un sistema penal universal.

Se ofrece de nuevo la esquemática visión representativa de algunos autores que han llevado a cabo este tipo de metodología¹⁷.

¹⁷ La bibliografía especializada (tanto de Derecho Penal comparado, como de Derecho Penal Internacional) se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años. Aquí se van a tener en cuenta algunos trabajos que llevan a cabo una reflexión moderna sobre las cuestiones metodológicas en el sentido apuntado en el texto. Así, destacan los que se citan a continuación. SIEBER, Ulrich: *Strachrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft* en SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jorg (Coords.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*. Berlin, 2006; págs. 78 y ss. FLETCHER, Georg: *The grammar of Criminal Law. American, comparative and international*. Vol. I. Foundations. New York, 2007. JUNG, Heine: *Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff*. *Goltdammer Archiv's für Strafrecht*, núm. 152 (2005); págs. 1-10. HIRSCH, Hans Joachim: *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft. Nationale und universale Strafrechtswissenschaft*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 116 (2004); págs. 835-853. VOGEL, Joachim:

Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik. Goldammer Archv's für Strafrecht, núm. 149 (2002); págs. 517-534. PERRON, Walter: *Perspektiven der Europäischen Strafrechtintegration.* Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg, München, Lansberg, Berlin, 2007; págs. 429 y ss. LAGODNY, Otto: *Überlegungen zu einem menschengerechten transnationales Straf- und Strafverfahrensrecht.* Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag. München, 2005; págs. 777-795. DANNECKER, Gerhard: *Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen.* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, núm. 117 (2005); págs. 697-748. JESCHECK, Hans-Heinrich: *Neuren Entwicklungen im nationalen, europäischen und internationalen Strafrecht. Perspektiven für eine Kriminalpolitik im 21. Jahrhundert?* Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag. München, 2005; págs. 991-1003. AMBOS, Kai: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung.* Berlin, 2002. AMBOS, Kai: *Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional.* Barcelona, 2008. LAMPE, Ernst-Joachim: *Überindividuelle Rechtsgütern, Institutionen und Interessen en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstaatsachen.* Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln, München, 2008; pág. 79 y ss.

Muchos son los estudios que se han realizado en el ámbito del Derecho Penal Internacional, especialmente en relación con la institución de la Corte Penal Internacional. Cito algunas obras recientes. TRIFFTERER, Otto: *Commentary on*

Las conclusiones de algunos de los estudiosos en relación con la extensión de la Ciencia Penal y la asimilación de las instituciones que regulan los distintos ordenamientos jurídicos, no son muy distintas de las que expresa ROXIN¹⁸. Pero aquí ha tenido mucha relevancia la influencia de los derechos humanos en el sistema penal. La fuerte implantación de los Estados constitucionales ha determinado que se haya recurrido frecuentemente a la categoría del bien jurídico vinculada a los derechos fundamentales como criterio de legitimación de la

the Rome Statute of the International Criminal Court. Baden-Baden, 2008. MORELL, Ana: *¿Justicia penal internacional?. Avances, incoherencias y límites en la tipificación, castigo y prevención de la violación grave y discriminación de los Derechos Humanos*. Madrid, 2008. MELENDO PARDOS, M.: *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la Dogmática penal continental*. Barcelona, 2008.

¹⁸ En relación con el mundo occidental, esas causas de similitud entre los distintos sistemas penales se sitúan en torno a la existencia de una comunidad de valores, una forma de vida similar, procesos económicos vinculados por el fenómeno de la globalización, mecanismos de comunicación instantáneos a través de las nuevas tecnologías,, etc. Pero también adquiriría relevancia la fuerte unidad del asociacionismo, la multitud de coloquios y conferencias internacionales, así como la tendencia de los legisladores a tomar en consideración otros modelos procedentes de países vecinos. En este sentido, SIEBER,: *Strachrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft...* cit.: pág. 79.

creación y de la existencia de las normas penales¹⁹. En este mismo orden de cosas, también existe una tendencia supranacional a recurrir al Derecho Penal como mecanismo de protección de los derechos humanos. Incluso la creación de tribunales internacionales tras la Segunda Guerra Mundial para enjuiciar a los acusados de la perpetración de los crímenes más execrables contra la humanidad, ha actuado como factor relevante en la materialización de la vigencia de los derechos fundamentales²⁰. Y el esfuerzo por integrar globalmente todas las tendencias jurídicas (especialmente en la elaboración del Estatuto de Roma con el

¹⁹ En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Lusíada, Serie II, núms. 4-5 (2007); págs. 157-187; 186. “En la concepción que se propone, el bien jurídico concreto se conforma, no sólo a partir de los tipos penales; sino también de la Constitución y, específicamente, (pág. 187) del contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima. El bien jurídico así determinado, por lo tanto, no preexiste al Derecho; pero sí a las concretas tipificaciones penales: se trata de una redefinición de los bienes jurídicos que asume como punto de referencia no sólo el Código penal, sino también la Constitución”.

²⁰ La protección internacional de los derechos humanos, para que sea efectiva e integra, requiere el necesario castigo de las conductas que los violan frontalmente. De esta forma, los aspectos más relevantes de dicha penalización transcurren por las fases de la lucha contra la impunidad, la condena de las amnistías abusivas y la creación de nuevas instituciones represivas como los tribunales internacionales *ad hoc* o la Corte Penal Internacional. Al respecto, TULKENS, Françoise/BEERNAERT, Marie-Aude: *Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l’homme?* Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 1005-1020, 1006.

que se crea y regula la Corte Penal Internacional) también es determinante en la universalización de ciertos principios, categorías e instituciones²¹.

Este acercamiento, a pesar de las notables divergencias²², se está produciendo incluso entre los sistemas penales de la órbita anglosajona y de la Europa continental. De hecho, el pensamiento problemático está cada vez más presente en países de la Unión Europea²³ y en los países anglosajones se recurre ahora muy frecuentemente a la ley como fuente del Derecho Penal²⁴. Y es por ello

²¹ SIEBER,,: Strachrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft... cit.: págs. 80-82.

²² Estas diferencias han sido apuntadas por HIRSCH: *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft...*cit.; pág. 852. El autor lleva a cabo una serie de reflexiones sobre la universalidad del Derecho Penal de índole práctico. En el mismo mundo occidental, pone por ejemplo, la distancia entre los ámbitos del derecho anglosajón y el continental europeo, se produciría por razones de lenguaje, de distintas terminologías y concepciones en la conformación de los principios, y otras debido a deficiencias en el intercambio de información respecto de las correspondientes opiniones. En este sentido, el autor (pág. 846) toma en consideración la reflexión de JESCHECK considerando que el Derecho Penal, con su materia de normas elementales de conducta vigentes en un Estado, refleja internamente de modo específico la cultura jurídica de una sociedad.

²³ Esta idea preside todo el trabajo de Joachim VOGEL: *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik...* cit.

²⁴ Y es que, en el fondo, uno de los elementos generales que proporciona el sistema de Derecho comparado basado en una valoración común (es decir, uno de los elementos fundamentales sobre los que puede estructurarse el sistema penal visto de forma universal), debe ser la pretensión de una mejor solución, de una solución más justa. Esa “mejor solución” es posible y conveniente allí

que uno de los autores anglosajones que mejor conoce el Derecho Penal continental, haya extraído consecuencias generales desde su propia valoración de los dos sistemas en relación con la conducta punible y la culpabilidad²⁵.

En este mismo orden de cosas, hay que señalar que en el Estatuto de Roma también se han tomado en consideración ciertas instituciones penales que son el fruto de la integración de las culturas jurídicas más relevantes del Planeta, de tal modo que se han universalizado principios jurídico-penales como el de legalidad²⁶, culpabilidad²⁷ y proporcionalidad²⁸. Y en los países de la Unión Europea, también están vigentes hoy estas garantías, con especial énfasis en el principio de humanidad de las penas y medidas cautelares privativas de derechos del acusado²⁹.

donde los diferentes ordenamientos jurídicos (comparados) parten de los mismos fundamentos según presupuestos materiales y concepciones dirigidas a un determinado fin. Al respecto, JUNG: *Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff...* cit.; pág. 5.

²⁵ FLETCHER: *The grammar of Criminal Law: American, comparative and international...* cit.; pág. 342. "Los elementos de la punición de la acción humana y de la culpabilidad son requerimientos universales de todo sistema de Derecho Penal".

²⁶ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional regula este principio en los arts. 22, 23 y 24.

²⁷ Arts. 25; 26; 30; 31. 1, letras a), b) y d); 32 y 33 ERCPI.

²⁸ Art. 78 ERCPI.

²⁹ DANNECKER : *Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen...* cit.; pág. 735.

En el ámbito del proceso, el Derecho Penal Internacional está generalizando derechos fundamentales, tales como la presunción de inocencia, el derecho a un juez imparcial, el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas de las partes, y el principio del *non bis in idem*³⁰, entre otros³¹.

C) El Derecho Penal intercultural

También hay análisis que se preguntan por la existencia de un Derecho Penal intercultural, de tal forma que examinan y debaten el sistema penal en su conjunto, o alguna de sus instituciones fundamentales, desde la perspectiva de su

³⁰ TULKENS, Françoise/BEERNAERT, Marie-Aude: Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l'homme ?... cit. ; pág.. 1012. DANNECKER: Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen... cit.; págs. 736 y 737. El ERCPI recoge estas garantías procesales en el art. 20 (principio del non bis in idem), y art. 55 (principios de presunción de inocencia, y los derechos a guardar silencio, a no declararse culpable, o a la defensa letrada, entre otros).

³¹ Interesante la reflexiones de la investigación de NUOTIO, Kimmo: *Criminal law of a transnationale polity*. Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 685-698, 690. El autor aporta algunas ideas sobre criterios comunes que el sistema constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea obliga a tomar en consideración a la hora de establecer la tipificación de los delitos y de las penas en el marco del Derecho Penal. En este sentido se habla del reconocimiento de principios básicos relacionados con los derechos humanos y las libertades

idoneidad para poder ser aceptados en sociedades con culturas y civilizaciones muy distintas. Dichos planteamientos suelen presentarse desde disciplinas ajenas a la jurídico-penal, tales como la Filosofía, la Sociología o la Antropología. Con el límite que nos marca el sentido común en la edición de la presente publicación, tomaré un ejemplo de este modelo, el que representa la obra de Otfried HÖFFE cuando en su mismo título nos pregunta si existe un Derecho Penal intercultural³². Dicho modelo refleja, una vez más, la influencia de las concepciones filosóficas que tanto han aportado a la disciplina jurídico-penal³³, y que continúan explicando,

públicas, como la inviolabilidad de la dignidad humana, la interdicción de la pena de muerte y de otros tratos crueles e inhumanos y la prohibición de la tortura.

³² HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999. Dicha obra responde al modelo filosófico, tal y como se expresa en el subtítulo. En la misma monografía aparecen unas contestaciones de autores tan relevantes como Dieter RÖSSNER, Joachim KERNSTEN, András SZABÓ y Winfried HASSEMER. Otro trabajo que se encuentra en la misma línea viene representado por WEIGEND, Thomas: *Strafrecht und Zeitgeist* en SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jorg (Coords.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*. Berlin, 2006; págs. 44-65.

³³ Las relaciones entre Filosofía y Derecho Penal son tan evidentes que no necesitan ninguna justificación. A mero título de ejemplo, en un reciente trabajo de ROXIN se nos muestran, de forma condensada, algunas de esas grandes aportaciones. ROXIN, Claus: *Selbstständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion*. Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg, München, Lansberg, Berlin, 2007; págs. 489 y ss., 494 y 495.

Según el autor, destacarían las siguientes:

fundamentando o sometiendo a la crítica a las instituciones más relevantes de la misma³⁴.

-El modelo de pensamiento del contrato social en relación con los fines que persigue el Derecho Penal y la fundamentación del principio de legalidad, que es producto de la Filosofía de la Ilustración.

-No ha tenido tanta relevancia la teoría de la retribución de Kant en el moderno Derecho Penal.

-La concepción idealista de la pena tiene su arraigo en determinadas tendencias filosóficas.

-La teoría de la culpabilidad, y su plasmación en la idea de no instrumentalización del ser humano por parte del Estado, refleja la fuerte impronta de la Filosofía en el Derecho Penal.

-La teoría de la imputación objetiva procede de la teoría de la imputación de Hegel. De aquí también puede derivar la gran relevancia que adquiere la teoría del bien jurídico.

³⁴ En los últimos tiempos han aparecido investigaciones muy interesantes que, desde la perspectiva filosófica, aportan relevantes reflexiones sobre el Derecho Penal, o algunas de sus referencias fundamentales. Toda la obra de nuestro homenajeado, especialmente con la publicación de los *Fundamentos del sistema penal* y otros trabajos posteriores, representa una de las mayores contribuciones que ensamblan la filosofía del lenguaje, desde autores como WITTGENSTEIN o HABERMAS, con la explicación del ordenamiento punitivo. Y de ahí se explica que autores tan lejanos a VIVES ANTÓN hayan adoptado una teoría procedimental del bien jurídico muy similar a la que mantuvo aquél, dado el común de los presupuestos filosóficos de los que parten (HABERMAS). En este sentido, YANG, Chun-Soo: *Konzeption einer intersubjektiven Rechtsgutlehre. Teilnehmerrolle als ein diskurstheoretischer Rechtsgutsbegriff*. Frankfurt am Main, 2006. Repito, aquí la concepción del bien jurídico que mantiene éste último es similar a la presentada hace algún tiempo por VIVES ANTÓN (VIVES ANTÓN, T. S.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico...* cit.) merced a ciertos presupuestos filosóficos comunes.

¿Existe un Derecho Penal válido en igual medida para negros y para blancos; para judíos, cristianos, musulmanes o budistas; para corredores de bolsa y cultivadores de arroz; para los soldados de la frontera de la antigua República Democrática de Alemania y para sus superiores; para militares serbios y muyahidines afganos? Esta es la cuestión que se plantean los modelos de reflexión intercultural³⁵.

En la teoría de la pena también han aparecido algunas relevantes monografías que destaco a renglón seguido. MERLE, Jean-Christophe: *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus*. Berlín, 2007. BASTELBERGER, Marcus: *Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat. Utilitaristische und retributivistische Strafrechtsbegründung und die rechtliche Verfassung der Freiheit*. Frankfurt am Main, 2006. CAMPAGNA, Norbert: *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*. Stuttgart, 2007.

Una explicación de la culpabilidad jurídico-penal desde la perspectiva sociológica la encontramos en ZABEL, Benno: *Schuldtypisierung als Begriffanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtlichen Transformation*. Berlín, 2007.

³⁵ HÖFFE: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.; pág. 7. Se muestra de acuerdo con esta posición, RÖSSNER, Dieter: *Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution. Zu einer interkulturellen Theorie des Strafrechts* en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999; págs. 121 y ss., 125. Asume expresamente las tesis de ambos autores, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª Edic... cit.; pág. 131. En cambio, refleja mayor escepticismo HASSEMER, Winfried: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts* en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999; págs. 157 y ss. HASSEMER, Winfried:

Se parte de una idea que nos presenta una aparente contradicción en el marco de las Ciencias Sociales. Por un lado, entre etnólogos y antropólogos cada vez adquieren más relevancia las tesis que explican los valores sociales en términos de relativismo cultural atendiendo a las peculiaridades de cada comunidad. Pero, por otro lado, frente a este relativismo cultural constatado empíricamente, el Derecho Penal, material y adjetivo, representa una buena prueba de lo contrario, es decir, de su estructura similar en sociedades muy diferentes, presentándose (y empleo palabras del propio HÖFFE) como una “universalidad socio-cultural”. Esa universalidad se muestra claramente en el marco de las diferentes clases de delitos que se encuentran en la mayoría de las culturas (homicidios, lesiones, agresiones sexuales, infracciones contra el patrimonio, etc.). Y, sin embargo, el Derecho Penal representa un medio coactivo limitado, de tal forma que no puede ser calificado como mera tradición o convención, tal y como ocurre en otros sistemas normativos culturales³⁶.

La tesis fundamental que defiende el autor, y que explicaría cierta universalidad del núcleo esencial del Derecho Penal, vincula dos ideas fundamentales. Por un lado, el carácter liberal del Derecho Penal. Y, por otro lado,

Interkulturelles Strafrecht.en ZACZYK, Rainer/KÖHLER, Michael/KAHLO, Michael (Edits.): Festschrift für E. WOLFF. Berlin; 1998; págs. 101 y ss.

³⁶ HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?...* cit.; págs. 67 y ss. Este autor manifiesta expresamente la constatación empírica en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo de una sorprendente coincidencia del ámbito más común de la protección penal, de tal forma que el núcleo clásico del Derecho Penal tendría una (casi) absoluta validez intercultural.

su finalidad última, que consistiría en mantener eficazmente la vigencia de los derechos humanos y la protección de las víctimas frente a las fragantes violaciones de dichos derechos humanos³⁷.

A partir de aquí, la construcción de un Derecho Penal intercultural se basa en tres ideas rectoras. La primera, que expresa que el pensamiento filosófico de los derechos humanos ya no coincide con un catálogo concreto y determinado de los mismos. La segunda, según la cual la teoría de los derechos humanos tiene como misión principal proporcionar un núcleo universal integrado por elementos de las diferentes culturas, y en donde cada civilización puede reconocerse a sí misma y reconocer a las demás. Y la tercera, que pone el acento en el hecho de que el acervo de los derechos humanos no es hoy patrimonio exclusivo de la civilización occidental, sino que todas las culturas tienen derecho a reflejarse en su imagen y a ir integrándose en su seno, desarrollándose conforme a sus

³⁷ HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*... cit.; pág. 8. "... El Derecho Penal no es la expresión de la necesidad atávica de punición, o del instinto de venganza, ni tampoco un medio de represión de una cámara de tortura estatal... ...tampoco necesita el Derecho Penal una excesiva justificación que clame una Justicia absolutamás bien constituye el componente fundamental de la naturaleza liberal del Derecho". "... El Derecho Penal representa el elemento irrenunciable de una organización autónoma de la sociedad comprometida con los derechos humanos. Pero no en otra sino sencillamente en esta función: como defensa de los derechos humanos y expresión del vínculo de la sociedad con las víctimas de las violaciones de los derechos humanos".

requerimientos mediante los correspondientes procesos de aprendizaje y transformación³⁸.

Con estas premisas, la explicación de HÖFFE de la gran similitud de las normas penales (sobre todo, en el mundo occidental) se fundamentaría en la legitimación de la elaboración del catálogo de delitos con criterios que vienen justificando la defensa del ser humano en su visión más genérica (que descansa en la misma idea de los derechos humanos). Por muchas que sean las diferencias existentes entre unas y otras culturas jurídicas, el suelo sobre el que se asienta su materia punitiva estará legitimado por el ataque y la violación de los derechos humanos, lo cual explicará que el libro de delitos de cada ordenamiento punitivo sea muy similar³⁹.

Y si es cierto que es muy difícil conseguir que las distintas civilizaciones se pongan de acuerdo en relación con lo que valoran positivamente; es más fácil, sin embargo, coincidir en lo que todas quieren rechazar como acciones perturbadoras de su coexistencia.

No obstante, el planteamiento del autor (pese a su expresa y aparente formulación en contrario) sigue estando limitado al sistema de vida propio del mundo occidental, aun concebido de forma muy amplia. Así se demuestra cuando, de conformidad con TIBI, postula por la exigencia en esta materia, de "... un

³⁸ HÖFFE: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.; pág. 79.

³⁹ HÖFFE: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.; pág. 107.

consenso valorativo entre las culturas, sin renunciar a los valores fundamentales de la Democracia y de la Ilustración”⁴⁰.

Otros autores (HASSEMER) entienden que esa universalidad del sistema penal es más difícil de contemplar fuera del mundo occidental⁴¹, pero mantienen la exigencia de una generalización de la cultura de los derechos humanos, lo cual implica a su vez una apuesta por la tendencia a la universalidad del Derecho Penal. Es así, entonces, como se concibe la tarea fundamental de un Derecho Penal intercultural, la de proyectar de forma general la instauración del reconocimiento, respeto y vigencia real de los derechos humanos. Ello comienza con el establecimiento común en las administraciones de Justicia de los distintos Estados de los principios básicos del proceso penal. También aquí se aboga por el necesario consenso (en parte alcanzado, en parte alcanzable) sobre el respeto a los derechos humanos frente a los menoscabos más relevantes⁴².

⁴⁰ HÖFFE: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.; pág. 108.

⁴¹ HASSEMER: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts...* cit.; pág. 172. El autor pone como ejemplo las penas corporales y la instauración de la tortura, instituciones y prácticas que se rechazan en el mundo occidental aun cuando se demostrase que son económicas y eficaces; mientras que en el Sur de Asia, por ejemplo, forman parte de algunas tradiciones jurídico-penales.

⁴² HASSEMER: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts...* cit.; págs. 178 y 179. “Pienso que la conmoción general sobre las atroces violaciones de los derechos humanos conocidas universalmente, puede constituir la causa motriz para un entendimiento intercultural sobre el contenido y la existencia de los derecho humanos”.

No quiero ahora extenderme más sobre esta temática. Simplemente anotaré que también se pronuncian tendencias que examinan los valores del Derecho desde la perspectiva transcultural más allá de la teoría de los derechos humanos, para situarse en ideas rectoras muy genéricas y trascendentales⁴³.

D) Sistema penal y globalización

En las últimas décadas prácticamente todos los países de la comunidad internacional se están viendo afectados por el denominado fenómeno de la globalización. Claro, que es difícil definir este vocablo con tantas referencias y significados. Sin embargo, ahora tan sólo pretendo apuntar algunos rasgos para explicar cómo el proceso de mundialización de la economía está influyendo en la homogenización de las instituciones jurídicas, y por supuesto, también de las jurídico-penales.

⁴³ LAMPE, Ernst-Joachim: *Überindividuelle Rechtsgütern, Institutionen und Interessen en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstaatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag.* Köln, München, 2008; págs. 79 y ss., 93. De este modo, regirían especialmente como valiosas transculturalmente determinadas ideas rectoras que incentivan un progreso político, económico, social o cultural y que han encontrado para ello una adecuada forma de organización. Pues, se apunta, el valor transcultural de las instituciones sociales es aportado, en parte, por la *conditio humana*, y es determinado, también en parte, por las tendencias de la evolución biopsíquica y cultural.

Con el término globalización se quiere proporcionar una explicación de la realidad de la vida social y de la vida de los individuos desde una perspectiva planetaria, en un mundo sin fronteras, interdependiente e intercomunicado (a pesar de las distancias), y a su vez independiente de la pertenencia a los pueblos, a las etnias o a las culturas de cada uno de los operadores en el sistema económico, político o social.

El proceso afecta a todos los ámbitos de la vida humana, considerada individual o colectivamente, pero se expresa específicamente en tres relevantes manifestaciones. Así, en primer lugar, la globalización económica, que pondría el acento en un mundo sin fronteras, sin aranceles, sin límites en el intercambio mercancías y servicios y resaltaría el fenómeno de nuevas formas de organización de las empresas multinacionales o transnacionales. En segundo lugar, se habla de globalización política, y se resaltaría las nuevas realidades que afectan a la pérdida de la soberanía del Estado por dos razones: por la influencia de las transnacionales y por el sometimiento cada vez más fuerte a las organizaciones supraestatales de todo orden (Unión Europea, OTAN, Fondo Monetario Internacional, etc.). En tercer lugar, también destaca la globalización de las comunicaciones, merced al tremendo auge e impacto en la vida real de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, las cuales permiten los

intercambios de toda índole en el amplio mundo, de forma vertiginosa (prácticamente en tiempo real) y en cuantía casi ilimitada⁴⁴.

La mundialización ha llegado, como no podía ser de otra forma, al ámbito de la criminalidad, y la delincuencia organizada se ha desarrollado estructuralmente con modernos criterios empresariales, adoptando en muchos

⁴⁴ Las fuentes bibliográficas sobre el fenómeno de la globalización son inagotables. Tan sólo citaré algunas obras clásicas, y de gran relevancia, en su última edición. BECK, Ulrich: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona, 2008. GIDDENS, Anthony: *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, 2004. HABERMAS, Jürgen: *La inclusión del otro*. Barcelona, 2008. INGLEHART, Ronald: *Modernización y postmodernización*. Madrid, 2001. WALLERSTEIN, Immanuel: *One World, Many Worlds*. New York, 1988.

Sobre las repercusiones de la globalización en el ámbito jurídico: CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. /MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. /DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R. (Coords.): *El derecho penal ante la globalización*. Madrid, 2002. TWINING, William: *Derecho y globalización*. Bogotá, 2003. LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.): *El derecho ante la globalización y el terrorismo: cedant arma togae*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003. Valencia, 2004. AYUSO, Miguel: *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*. Madrid, 2005. CANCIO MELIÁ, M. (Dir.): *Globalización y derecho*. Madrid, 2006. CUERDA RIEZU, A. (Dir.)/ROPERO CARRASCO, J. (Coord.): *Actas del II Encuentro de derecho y globalización*. Madrid, 2006. ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá, 2006. DOMINGO, Rafael/SANTIVÁÑEZ, Martín/CAICEDO, Aparicio (Coords.): *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*. Pamplona, 2006.

casos formas de gestión, de implantación y extensión en los diferentes Estados muy similar a las técnicas empleadas por las mismas multinacionales⁴⁵. Es por ello que se ha querido otorgar, de igual forma, una respuesta global ante las nuevas formas de manifestación de ciertos sectores de la criminalidad, y de nuevo se van creando y generalizando instituciones punitivas que traspasan las fronteras de los Estados.

Pero no sólo la delincuencia organizada e internacional está influyendo en la creación de instituciones comunes a un sistema penal que se ve obligado a reaccionar frente a ella. También existe una clara relación entre la evolución en la conformación del Estado, las diferentes revoluciones industriales, la implantación de las ideologías y el modelo penal, adjetivo y sustantivo⁴⁶. Y así, podemos trazar claras proyecciones en las recientes etapas históricas en las que se desarrollan las tres revoluciones industriales. Sin entrar ahora a desarrollar este punto, que excede con mucho las pretensiones de esta humilde contribución, tan sólo pondré

⁴⁵ Algunas aportaciones en ese sentido se pueden encontrar en el trabajo de KAISER, Günther: *Strafrechtliche Sozialkontrolle unter den Bedingungen der Globalisierung* Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 379-395. Clarificador el trabajo de ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Globalización y crimen organizado*. Conferencia de clausura de la *Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal (AIDP)* pronunciada el 22 de noviembre de 2007 en Guadalajara, Jalisco, México.

⁴⁶ Un esquema explicativo de estas relaciones aparece, como una constante, en la obra de MIR PUIG. Así, una última versión de la proyección del Estado social y democrático de Derecho en el Derecho Penal lo encontramos en la última edición de su tratado. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edic. Barcelona, 2008; págs. 93 a 96, 104 y ss.

los ejemplos (conocidos por todos) de esta comunicación en las dos primeras revoluciones industriales, y su proyección en el momento actual.

En la primera, es evidente la relación entre la aparición de la industria (en particular, la relevancia de la máquina de vapor y el desarrollo manufacturado del producto), con el pensamiento liberal y la teoría del mercado. Ello determinó el origen del Derecho Penal liberal decimonónico, caracterizado por la protección de las libertades formales y la tutela de bienes jurídicos individuales, la existencia (casi única) de los delitos de acción,, el concepto causal de acción, la relevancia de las teorías de la relación de causalidad o la concepción retributiva de la pena.

Así, la segunda revolución industrial (caracterizada por el empleo de la energía eléctrica y los sistemas de organización del trabajo en cadena y en serie, con fuerte capitalización de las empresas), coincide con el nacimiento del Estado intervencionista (que va evolucionando a Estado social tras las dos guerras mundiales). Se desarrolla en los modelos ideológicos de las socialdemocracias (con gran relevancia de los derechos sociales) y también va a influir de forma decisiva en la transformación del sistema penal. De tal suerte que van a adquirir importancia los delitos de omisión y los bienes jurídicos colectivos, se va a desarrollar una concepción material de la antijuridicidad, y se implantarán con fuerza las teorías normativas de la culpabilidad.

De igual forma, también en la era de la globalización se observa esa vinculación entre la tercera revolución industrial, el proyecto ideológico del neoliberalismo y el nuevo Estado. Esa tercera revolución industrial (con el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías que dan origen o son consecuencia de los nuevos procesos económicos) se ha extendido produciendo nuevos bienes materiales e inmateriales y creando nuevos sistemas de organización del trabajo. Para ello ha sido necesario que se potencien las modernas fuentes e instituciones de financiación que posibilitan el incremento cuantitativo y el poder cualitativo de las multinacionales como los agentes más relevantes del sistema económico y político. Estos procesos económicos imponen la ideología de la eficiencia, que mide todo bajo los parámetros ingresos, costes y beneficios en la sociedad mundial del mercado. El Estado neoliberal queda

sometido a las nuevas tendencias, desvinculado de los proyectos políticos tradicionales de la izquierda o de la derecha y viendo limitada su soberanía por el poder de las transnacionales o por el de las organizaciones internacionales de las que forma parte e integra.

Bajo esta perspectiva, se van universalizando algunas concepciones del Derecho Penal, que, por obvias razones, sólo puedo mencionar ahora. Se explicaría así el origen de tendencias que son fruto de este pensamiento, tales como las teorías funcionalistas del Derecho Penal, el Derecho Penal simbólico y el Derecho Penal del enemigo. Pero también se desarrollan otras concepciones que representan reacciones que se enfrentan al proceso globalizador, como las referencias apuntadas en el marco del Derecho Penal intercultural.

Por otra parte, las instituciones clásicas del sistema penal, como el principio de legalidad, de intervención mínima o de culpabilidad, sufren una nueva formulación por la nueva realidad que les dota de otra función y significado. Esta nueva realidad permite que se desarrollen las nuevas teorías, como las del riesgo permitido en el marco de la imputación objetiva, la autopuesta en peligro de bienes jurídicos en el seno de la victimodogmática, y otras como la responsabilidad penal de las personas jurídicas o las de la coautoría en el marco de la criminalidad organizada. En la Parte Especial del Derecho Penal, aparecen nuevas figuras delictivas que se enfrentan a las nuevas formas de criminalidad, tales como los delitos informáticos, de manipulación genética, socioeconómicos, racistas, etc. Otros más conocidos, como el terrorismo, tráfico de drogas o hechos punibles contra el medio ambiente, se transforman en figuras con mayor represión punitiva.

La globalización, por tanto, también condiciona en gran medida la extensión del Derecho Penal por una doble vía (que ya ha sido examinada en los apartados anteriores). Por un lado, va generalizando teorías explicativas de los fundamentos del Derecho Penal (universalización de la Dogmática) que tienen que adaptar el sistema a la nueva realidad. Y, por otro lado, obliga a la comunidad internacional, o a un sector de la misma, a la creación de normas punitivas supranacionales para hacer frente al problema de la criminalidad global (auge del Derecho Penal

Internacional)⁴⁷. En todo caso, como acertadamente han apuntado algunos autores, el Derecho Penal de la globalización admitirá una apertura metodológica en el que cabrán la pluralidad de modelos en el análisis de las instituciones jurídico-penales comunes (ontológicos, normativistas, funcionalistas, etc.), y donde primará la elaboración del sistema penal tomando en consideración el pensamiento problemático-inductivo que atiende al análisis concreto de las cuestiones y casos, en detrimento del pensamiento sistemático-deductivo propio de la Dogmática tradicional⁴⁸.

III. UN NUEVO PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

⁴⁷ Sobre estas temáticas, pueden consultarse los siguientes trabajos: GARCÍA RIVAS, N.: *Globalización y justicia penal universal: paralelismos* en GARCÍA VALDÉS, C./CUERDA RIEZU, A./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁCER GUIRAO, R./VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique GIMBERNAT*. Tomo I. Madrid, 2008; págs. 293-309. AMBOS, Kai: *Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible* en *Estudios penales en homenaje a Enrique GIMBERNAT...* cit.; págs. 97-124. VOGEL, Joachim: *Derecho Penal y globalización* en CANCIO MELIÁ, M.: *Globalización y derecho*. Madrid, 2006; págs. 113-126.

⁴⁸ En este sentido, y siguiendo a KÜHL (*vid supra* nota 7) VOGEL: *Derecho Penal y globalización...* cit.; págs. 124 y 125. En sus *Fundamentos del sistema penal* (cit.; pág. 248), VIVES ANTÓN plantea dar mayor relevancia a un conocimiento que se edifique en torno a la *certeza práctica* frente a una sistemática con pretensiones científicas asentada exclusivamente en la metodología lógico-deductiva (*vid supra* nota 6).

A) El recurso a un modelo de referencia

Con la pretensión de dar respuesta a la cuestión de si existe un sistema penal con fundamentos universales (centrándome en un primer momento a los principios de legalidad y culpabilidad), en el año 1999 inicié una investigación (que he desarrollado hasta el momento presente a lo largo de varias etapas) en relación con ordenamientos sancionadores originarios de pueblos indígenas latinoamericanos de Ecuador, Bolivia, Colombia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala y Panamá. En algunas de estas comunidades indígenas encontré sistemas jurídicos punitivos que funcionaban con absoluta autonomía en relación con el sistema oficial de Justicia y llevé a cabo el correspondiente estudio de su idiosincrasia cultural y jurídica, con especial atención a sus normas y principios penales, procedimientos, sistema de autoridades y competencia⁴⁹.

⁴⁹ Cito ahora las publicaciones en las que he desarrollado sucesivamente esta investigación sobre los sistemas punitivos de los pueblos originarios de Latinoamérica. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*. Valencia, 2001. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis* en FLORES GIMÉNEZ, F. (Coord.): *Constitución y pluralismo jurídico*. Quito, 2004; págs. 111-152. BORJA JIMÉNEZ, E.: *¿Existe el derecho penal indígena?* Conferencias Magistrales, núm. 13. INACIPE, México, 2005. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena* en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.): *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica*. Valencia, 2006; págs. 259-372. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* en BERRAONDO, Mikel (Coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos

No pretendo ahora volver a analizar los resultados de aquella investigación. Tan sólo quiero tomarlos en consideración en tanto que representan la explicación de un modelo jurídico-punitivo totalmente distinto al sistema penal occidental. En la medida en que logre desvelar las claves que rigen dicho modelo, y compararlas con el esquema de los ordenamientos jurídicos de corte occidental (cercano a los vigentes en la Europa continental), podría adelantar algunas hipótesis sobre la universalidad del Derecho Penal. Dicho de otra forma, se han querido tratar, también como resultado de toda esta experiencia acumulada y de la síntesis ulterior del trabajo especulativo, algunos de esos relevantes aspectos relacionados con la normativa sancionadora de los pueblos originarios de Latinoamérica. El fruto de ese trabajo nos podría ayudar, a través de un análisis comparativo, a determinar algunas cuestiones relevantes sobre los aspectos del sistema penal que pueden predicarse de cualquier civilización, y aquellos otros que muestran ciertas particularidades con base en la diversidad cultural.

Con estos presupuestos, ya se puede esbozar de forma más completa otra metodología que quiere llevar a cabo un esquema explicativo acerca de la universalidad del sistema penal.

Como hipótesis metodológica, por tanto, se recurriría a un ámbito de la convivencia humana con una cosmovisión, ya sea cultural, religiosa, política e incluso jurídica, distinta de la que coincide con la forma de vida propia de las

Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao, 2006: págs. 663-683. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* en Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal, 2006 (Lima y Friburgo –Suiza-, 2007); págs. 101-152.

denominadas sociedades occidentales. Y aquí podemos observar dos grandes modelos.

Europa occidental representa en la actualidad un buen ejemplo de heterogeneidad étnica, cultural y religiosa. Si es cierto que a través de los recientes procesos de globalización, el mundo es cada vez más homogéneo, también es verdad que los fuertes movimientos de emigración que se están produciendo entre los diferentes Estados, inciden en la transformación de las sociedades occidentales, cada vez más heterogéneas desde la perspectiva cultural.

Sin embargo, pese a esa diversidad cultural que se impone en la sociedad europea, los diferentes grupos minoritarios todavía no han logrado mantener un sistema jurídico autónomo que se ajuste a su forma de vida, pautas religiosas y cosmovisión. Se admiten distintos órdenes culturales y religiosos, claro está, pero en el marco de un único ordenamiento jurídico regulador de la coexistencia de todos, pertenezcan a grupos mayoritarios o minoritarios.

Pero Europa no es el único ejemplo de heterogeneidad social atendiendo al origen nacional, étnico o religioso de la población que integra el Estado. Un segundo modelo vendría reflejado por Latinoamérica, ámbito geopolítico que se caracteriza por un auténtico marco de diversidad de culturas que conviven en el mismo territorio de cada país. En efecto, por un lado, nos encontramos ante un sistema político, jurídico y cultural que rige oficialmente y que coincide, con algunas diferencias, con el orden de representaciones propio del mundo occidental. Y, por otro lado, en muchos de sus países, existen pueblos indígenas que poseen su propia cultura, lengua (no siempre), tradiciones, formas de vida e incluso sistema jurídico, ámbitos diferenciados de la sociedad oficial. Pero, frente a lo que ocurre en Europa, cuyos grupos marginales se han ido incorporando en las últimas décadas a la sociedad compuesta y gobernada por la mayoría oficial, en Latinoamérica el proceso es diametralmente opuesto. Es decir, que el sistema de vida occidental se impuso a través de la colonización a las formas de existencia que mantenían los pueblos aborígenes, quedando éstos en un segundo plano y en la más absoluta discriminación desde todos los ámbitos (cultural, económico,

político, jurídico, etc.). Gran parte de estos pueblos ya contaban con un sistema jurídico que ordenaba la convivencia en cada aldea, poblado o ciudad. Sin embargo, dichos ordenamientos desaparecieron en la época de la conquista. Pero también es cierto que otros, muy pocos, siguieron estando vigentes y permanecen en la actualidad. No obstante, hasta finales de los años ochenta, en los países latinoamericanos regía oficialmente un único ordenamiento jurídico que formalmente se aplicaba a todos, indígenas y no indígenas. Aunque hoy, en parte, sigue siendo así, algo ha cambiado al menos desde el punto de vista legal con la aprobación del Convenio 169 de la OIT, pues existe un reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de los pueblos originarios. Pero no quiero extenderme sobre este punto, dado que ahora se trata de presentar unas reflexiones metodológicas y algunas conclusiones provisionales sobre la universalidad del sistema penal que se extraen de lo que fue una investigación anterior mucho más profunda.

Los resultados sobre dicha investigación de los sistemas penales de los pueblos originarios de Latinoamérica, por tanto, pueden ser ahora utilizados como modelo de referencia. En este sentido, se aprovecha el aspecto metodológico del análisis realizado en relación con diferentes comunidades en las que podría suscitarse la existencia de un conjunto normativo sancionador distinto del sistema oficial de Justicia. Se toma, entonces, como paradigma el estudio de algunos pueblos originarios representativos de América Latina, buscando formas regladas de la coexistencia humana estructuradas con autonomía e independencia del Derecho del Estado.

Queda, de esta manera, perfilado un primer esbozo del modelo teórico propuesto para abordar la temática de la universalidad del sistema penal.

B) Los estadios del desarrollo metodológico

De esta forma, el método elegido transcurre a través de varias fases. En la primera de ellas, se toman en consideración determinados sistemas jurídicos que gocen de cierta autonomía. En la segunda, se analizan dichos sistemas jurídicos

desde sus propios principios e instituciones. En la tercera, se lleva a cabo un análisis comparativo, todavía en el plano técnico-jurídico, entre el conjunto normativo aborigen y el ordenamiento jurídico oficial del Estado. Finalmente, en la cuarta fase, se establece otro análisis comparativo, que tendría que poner en común los principios e instituciones fundamentales de cada uno de los ordenamientos estudiados, y que, en su coincidencia, se postulan como la herramienta adecuada para desentrañar las claves ocultas sobre la universalidad del Derecho Penal⁵⁰.

Avanzando un paso más, hay que señalar que estas fases metodológicas tendrían que desarrollarse en algunas de las instituciones más relevantes del sistema penal, tales como en materia de principios, de infracciones, de sanciones o del correspondiente proceso establecido para determinar las respectivas responsabilidades penales de los acusados.

Es sabido, y ya se ha señalado, que el moderno Derecho Penal de corte occidental, y más concretamente, el que se cobija bajo la órbita cultural del

⁵⁰ Este modelo metodológico se ha ido perfilando en las investigaciones objeto de las publicaciones señaladas en la nota anterior, aunque sólo en una de ellas fue expresado con cierto orden y sistema (BORJA JIMÉNEZ: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena...* cit.; págs. 264 y ss.). Sin embargo, no se llegó en su día a utilizar el planteamiento antropológico como modelo de referencia para extraer conclusiones en el marco del Derecho Penal con vocación universal. Es mi intención continuar con el desarrollo planteado en el texto en ulteriores investigaciones, sobre todo en el marco del proyecto que dirige nuestro profesor homenajeado.

denominado sistema continental, viene regido por axiomas tan relevantes e indiscutidos, entre otros, como el de legalidad, intervención mínima, culpabilidad o humanidad de las penas.

Este nuevo planteamiento teórico, por tanto, también llevaría a cabo un primer análisis en relación con los principios que inspiran los ordenamientos sancionadores aborígenes. En primer lugar, habría que aclarar si los axiomas de ese Derecho sancionador indígena son de la misma naturaleza que los mencionados de los sistemas penales occidentales. Y si no es así, si han de ser distintos, en segundo lugar tendría que explicar cuáles son, en qué se fundamenta su diferencia, cómo se postulan, dónde reside su justificación y cómo se describe su contenido esencial. De este modo podrá alcanzarse una conclusión provisional sobre el alcance y carácter universal de la estructura axiomática del sistema penal.

Junto a estos principios, también se debería llevar a cabo un análisis, quizás con menor intensidad, destinado a describir y verificar el catálogo de infracciones más común, el conjunto de consecuencias sancionadoras que le siguen, el sistema de autoridades que tienen capacidad para enjuiciar a los sospechosos de su perpetración y las reglas básicas que rigen el correspondiente proceso para declarar la absolución o culpabilidad del acusado. Es decir, tal y como se ha reiterado constantemente, se trata de ofrecer un fiel reflejo de los fundamentos del Derecho indígena sancionador, una vez se constató su existencia. Estas hipótesis serán de gran utilidad para determinar, a su vez, la mayor o menor idiosincrasia de elementos relevantes del sistema penal tales como el catálogo de infracciones, de consecuencias jurídicas o del procedimiento de determinación efectiva de responsabilidades penales frente a los sospechosos.

Tras superar estos dos peldaños en el modelo expuesto, se llega al tercer escalón metodológico. Porque al tiempo que se vaya descubriendo cada uno de sus elementos fundamentales (principios, muy en primer plano; infracciones, sanciones y procedimiento, en un segundo plano), se llevará a cabo un análisis comparativo con los componentes estructurales paralelos del derecho estatal oficial.

En la fase final se llega al último estadio de nuestro camino metodológico. Allí es donde se determinará si existe o no una estructura universal de los lineamientos del sistema penal, con independencia de la historia y de la cultura de una sociedad dada. Tomando en consideración dos modelos de coexistencia social tan diferentes, se buscarán los fundamentos comunes que permitan afirmar la legitimación de todo poder punitivo y los límites universales en la sanción de los comportamientos humanos.

Se ha visto en apartados anteriores que esta pretensión ya se ha formulado desde metodologías muy distintas. Así, la Dogmática penal ha tratado de llevar a cabo una generalización de los principios y de la teoría jurídica del delito más allá de los presupuestos de la norma penal estatal. El Derecho Penal comparado también realiza un análisis de las instituciones punitivas buscando lo común y lo diferente en cada una de ellas, atendiendo a la respectiva tradición jurídica nacional. De igual forma, el Derecho Penal Internacional regula la convivencia de los pueblos más allá de las fronteras de cada país, creando una normativa penal material y adjetiva, que trasciende al individuo y al Estado, y que se circunscribe al ámbito de la denominada comunidad internacional. E incluso se han descrito otros modelos, como la perspectiva intercultural, o la que se desarrolla en torno al análisis de los procesos de globalización económica (o una combinación de ambas), que tratan de ofrecer una explicación de los fenómenos que se proyectan en los problemas globales y que requieren la respuesta de instituciones jurídicas, entre las que se encuentran las punitivas, también universales.

La innovación que se presenta aquí también reside en el método empleado, que toma como parámetro la antropología jurídica desarrollada sobre el marco normativo sancionador de los pueblos originarios de Latinoamérica⁵¹.

⁵¹ No quiero extenderme ahora sobre el cometido y naturaleza de la Antropología Jurídica. En todo caso, se considera la obra de MALINOWSKI como la pionera de esta disciplina, y en la que llevó a cabo un análisis muy exhaustivo sobre la problemática relativa a la naturaleza de las reglas jurídicas en comunidades tribales (MALINOWSKI, Bronislaw: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*.(1926) Traducción de J. y M. T. ALIER. Reed. Barcelona, 1991). Autores que se han planteado estas cuestiones son BOBBIO (BOBBIO, Norberto: *Teoría general del Derecho*. Bogota, 1997) o WEBER (*Economía y sociedad*. México, 1979), entre otros muchos, por no mencionar la extensa obra en este sentido del antropólogo Claude LEVI-STRAUSS.

Una obra clave de esta disciplina es la representada por ROULAND, Norbert: *Anthropologie juridique*. Paris, 1988. Otras obras destacables relacionadas con la Antropología Jurídica las encontramos en los siguientes autores: KROTZ, Esteban (Edit.): *Antropología jurídica. Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*. Barcelona, 2002. HENDLER, Edmundo S.: *Las raíces arcaicas del Derecho Penal. Aportes de la antropología social al Derecho Penal*. Quito , 1995. WÜRTEMBERGER, Thomas: *Persona y ley jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho*. Córdoba (Argentina), 1967. MANOUVRIER, L.: *La antropología y el Derecho*. Versión castellana precedida de unas notas críticas de Francisco LOMBARDÍA Y SÁNCHEZ. Madrid, 1903. TAVARES DE MEDEIROS, J. J.: *Antropología y Derecho*. Traducido y aumentado con un apéndice sobre antropología criminal por Manuel TORRES CAMPOS. Madrid, 1893. ROULAND, Norbert (Dir.): *Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos*. Traducción de Isabel VERICAT NÚÑEZ. México, 1999. GLUCKMAN: *Política, Derecho y ritual en la sociedad tribal*. Madrid, 1978. BUBER, Martin: *¿Qué es el hombre?* Traducción de Eugenio IMAZ. México, 1964.

En lengua alemana, destacan las siguientes investigaciones: FIKENTSCHER, Wolfgang: *Wirtschaftliche Gerechtigkeit und kulturelle Gerechtigkeit. Vom Sinn der Kulturvergleichung in*

IV. A TÍTULO DE CONCLUSIÓN FINAL (Y PROVISIONAL)

Voy a adelantar alguna de las conclusiones que ya he formulado en anteriores ocasiones, pero sobre las que todavía no he extraído todas las consecuencias en orden a la determinación de cuáles son los fundamentos, los principios y las instituciones que pueden ser comunes a cualquier sistema penal. Como dichas hipótesis serán objeto de ulteriores formulaciones en trabajos posteriores, se justifica que a este apartado final también le acompañe el calificativo de provisional.

En primer lugar, hay que señalar que, fuera de la Justicia estatal, también existen ámbitos humanos conformados por un sistema de reglas establecidas para dar solución a los conflictos más graves de convivencia. Y estos ordenamientos manifiestan una racionalidad desde la propia cosmovisión indígena. No se trata, pues, de reacciones de venganza de un clan sobre otro, ni de linchamientos, ni de autojusticia primitiva. Claro, que no es un sistema perfecto. Los poderosos también quieren servirse de él para hacer valer determinados intereses ilegítimos. Otros lo tergiversan para alcanzar el poder o vengarse de sus enemigos. Pero

Anthropologie, Wirtschaft und Recht. Heidelberg,, 1997. POSPÍSIL, Leopold: Anthropologie des Rechts. Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen. München, 1982. BROEKMAN, Jan M.: Recht und Anthropologie. München, 1979. GRUEBER, Nils: Das Recht im Lichte der Anthropologie Graf Dürckheims. Studien zu einer philosophisch-anthropologischen Begründung des Rechts. Zürich, 1962.

estos defectos son más propios de la condición humana que de las instituciones consideradas en sí mismas⁵².

De aquí podríamos extraer una primera tesis según la cual toda comunidad humana, aun cuando sea poco compleja o tribal, establece un conjunto de reglas punitivas que guardan cierta racionalidad y son adecuadas para resolver los conflictos más graves de convivencia que se puedan producir en su seno.

En las comunidades indígenas, por tanto, existe un ordenamiento consuetudinario de resolución de conflictos que mantiene la pacífica convivencia de los pueblos originarios de Latinoamérica. No es un ordenamiento homogéneo, sino que varía de etnia a etnia, de pueblo a pueblo. Tampoco hay que olvidar que no todo grupo originario tiene su propio sistema de Administración de Justicia. El derecho autónomo no sólo se pierde a través de procesos violentos que obligan a las etnias primigenias a desplazamientos forzosos, o mediante la integración ante el imparable avance de la civilización occidental, sino también cuando se

⁵² En esta, y ulteriores notas, apunto cuatro obras en las que he creído demostrar cada una de las tesis que esgrimo en el texto. BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; pág. 106 y ss. BORJA JIMÉNEZ: *Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis...* cit.; pág. 115 y ss. BORJA JIMÉNEZ: *¿Existe el derecho penal indígena?...* cit.; pág. 13 y ss. BORJA JIMÉNEZ: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena...* cit.; pág. 272 y ss.

establecen instituciones tuitivas que desde la oficialidad pretenden preservar y proteger a las culturas nativas⁵³.

En relación con esta afirmación de la existencia de ordenamientos sancionadores y consuetudinarios indígenas, podemos adelantar la siguiente conclusión (provisional) general. La naturaleza del Derecho Penal occidental (en su versión continental), como sector del ordenamiento jurídico cuya materia viene regulada por ley en sentido formal, esto es, instrumento normativo emanado de una asamblea parlamentaria representativa de la soberanía popular, puede ser concebida de forma universal allá donde encontremos un sistema de vida con la tradición histórica, los valores sociales, políticos, culturales, religiosos, e incluso jurídicos, propios del mundo occidental. Pero fuera de este ámbito, cuando se trata de otras dimensiones con formas de vida histórica y culturalmente diferenciadas, las fuentes del ordenamiento sancionador pueden cambiar. Por tanto, son posibles fuentes del Derecho Penal la ley (sistema europeo continental), el precedente jurídico (sistema anglosajón tradicional) o la costumbre (ordenamientos jurídicos aborígenes). También llega a variar su misma naturaleza en lo relativo a esa nítida distinción entre lo público y lo privado, o entre la norma jurídica y la norma ética o religiosa. Y cualquiera que sea la fuente o naturaleza de los ordenamientos de los

⁵³ El Derecho indígena, también el sancionador, es, ante todo, derecho consuetudinario. BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; pág. 118. BORJA JIMÉNEZ: *Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis...* cit.; pág. 123. BORJA JIMÉNEZ: *¿Existe el derecho penal indígena?...* cit.; pág. 25. BORJA JIMÉNEZ: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena...* cit.; pág. 299.

pueblos originarios, siguen constituyendo por ello un sistema penal en la medida en que se conforman en torno a los elementos básicos del mismo: Las normas que lo constituyen vienen integradas por el presupuesto, que coincide con el delito, y la consecuencia jurídica, que se proyecta sobre la pena. Existen esos delitos, esas penas, un proceso, unas autoridades que dirimen el conflicto, un ámbito de competencia, y unos principios básicos sobre los que se estructura todo ese sistema.

En materia de principios, ni el de legalidad ni tampoco el de culpabilidad constituyen las bases del sistema penal indígena. El primero, porque requiere una legitimidad de representación parlamentaria que no existe en el seno de los pueblos originarios. El segundo, porque se fundamenta en la dignidad humana individualmente considerada, y la sociedad aborígen se caracteriza, en cambio, por estructurarse bajo los parámetros de la identidad colectiva, quedando el sujeto particular en un segundo plano. La primacía del individuo o de la comunidad en una u otra cultura determina la vigencia estructural de los axiomas del respectivo sistema penal. El carácter comunitario de la vida social de los pueblos originarios y el fuerte vínculo existente entre el individuo y la naturaleza, coadyuva a la plasmación de otros principios en su ordenamiento jurídico-punitivo. Es por ello que en estos ámbitos aparecen otros axiomas desconocidos en los ordenamientos occidentales, o, si no desconocidos, con una dimensión y relevancia diferente. Tal

es el caso de los principios de reciprocidad, de equilibrio, de mediación y de reintegración social del individuo⁵⁴.

De aquí podríamos extraer otra conclusión provisional. Ni el principio de legalidad, ni el de culpabilidad son universales. Sin embargo, no existe sociedad humana que desconozca los dos fundamentos más relevantes que legitiman dichos principios. Por un lado, la seguridad jurídica. Por otro lado, el binomio libertad/responsabilidad, según el cual a mayor capacidad de autonomía que la sociedad otorga al individuo, mayor es el grado de exigencia de la comunidad con relación a las consecuencias de su comportamiento con el grupo y sus miembros.

En los pueblos originarios de Latinoamérica, ese Derecho consuetudinario califica y desprecia comportamientos muy graves para la comunidad y los comuneros. Dichos comportamientos muestran elementos similares a los denominados delitos, y coinciden en gran medida con los tipificados en los códigos penales de corte occidental. He de dejar constancia, sin embargo, de que existen otros hechos punibles que se encuentran en la mayoría de los derechos originarios (adulterio, ociosidad y hechicería, entre otros) y que hoy en día son desconocidos en los sistemas occidentales⁵⁵.

⁵⁴ BORJA JIMÉNEZ: Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena... cit.; pág. 133 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis... cit.; pág. 126 y ss. BORJA JIMÉNEZ: ¿Existe el derecho penal indígena?... cit.; pág. 32 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena... cit.; pág. 317 y ss.

⁵⁵ BORJA JIMÉNEZ: Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena... cit.; pág. 142 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis... cit.; pág. 133 y ss.

Una vez más, la relevancia de los valores comunitarios, la incesante búsqueda del frágil equilibrio o la concepción mágica del mundo explican la existencia de injustos punibles que son incomprensibles en el mundo continental europeo o en el anglosajón. Y de aquí podemos extraer otra tesis general y provisional. El catálogo de delitos que crean las sociedades a través de sus reglas punitivas son similares, pero existen diferencias en algunas prohibiciones acordes a la idiosincrasia de cada grupo humano. El principio de protección de bienes jurídicos no es universal, pero sí lo es el de lesividad u ofensividad, que incrimina los acontecimientos humanos gravemente perturbadores que lesionan o ponen en peligro las bases de la convivencia social.

En su día puse de manifiesto algunas notables divergencias en las sanciones utilizadas en uno y otro sistema punitivo. La pena de muerte es prácticamente inexistente (aunque no está totalmente erradicada) en las comunidades indígenas. Existen penas corporales, como el látigo o el cepo, que proceden del periodo colonizador, pero a las que se les ha otorgado un carácter más simbólico que aflictivo. Otras, como el hostigamiento o el baño en agua fría, parecen más propias de una larga tradición prehispánica, y mantienen ese estigma fuertemente ritualizado. También las hay muy semejantes a las que se

BORJA JIMÉNEZ: ¿Existe el derecho penal indígena?... cit.; pág. 40 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena... cit.; pág. 329 y ss.

aplican en el derecho penal oficial, como los trabajos en beneficio de la comunidad o de la víctima, la multa o la reparación del daño⁵⁶.

Si se admite esta realidad de los ordenamientos punitivos indígenas, se podrá afirmar entonces que la sanción privativa de libertad (que apenas existe en estos ámbitos), no es universal, ni tampoco la prohibición de las penas corporales. Del sistema punitivo aborígen en comparación con los ordenamientos jurídicos occidentales, también se desprende el carácter común de considerar la pena como castigo por el actuar reprochable, De igual modo, adquieren cierta generalidad las funciones de la sanción penal en su vertiente de prevención general (tanto negativa como positiva) y de prevención especial (tanto intimidatoria como rehabilitadora).

Defendí en su momento la tesis según la cual el Derecho Penal material de los pueblos aborígenes encuentra su plasmación en un proceso formal que suele venir regido por la autoridad política de la comunidad y resuelto por el conjunto social reunido en asamblea a través de un procedimiento de negociación y de valoración de las pruebas, de evaluación de la implicación en los hechos de los acusados y de la sanción a imponer en su caso⁵⁷.

⁵⁶ BORJA JIMÉNEZ: Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena... cit.; pág. 153 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis... cit.; pág. 138 y ss. BORJA JIMÉNEZ: ¿Existe el derecho penal indígena?... cit.; pág. 47 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena... cit.; pág. 336 y ss.

⁵⁷ BORJA JIMÉNEZ: Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena... cit.; pág. 162 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis... cit.; pág. 148. BORJA

De dicha apreciación, se puede extraer como conclusión en relación con todo proceso penal la existencia de dos fases (la de investigación y la de enjuiciamiento), siendo esta última las más relevante, y en la que predomina la oralidad y la publicidad. El proceso es dirigido y decidido por resolución de una autoridad reconocida oficial o socialmente, independiente de las partes, de la acusación y de la defensa. La mediación y la negociación entre dichas partes implicadas está adquiriendo una gran generalización en todos los sistemas penales.

Llegado a este punto, por tanto, se plantea la cuestión fundamental: ¿Y qué ocurre con la formulación universal de los derechos humanos? ¿Acaso el hecho de ser indígena, o de poseer otro acervo cultural, otra cosmovisión del mundo, otra forma de existencia individual y social, determina que las garantías individuales encuentran por esta razón un límite infranqueable en su pretensión de tutela? Para la cosmovisión occidental, la sanción del cepo o de latigazos viola fragantemente los más elementales derechos del individuo. Pero para la mentalidad indígena, la pena privativa de libertad supone uno de los atentados más graves que puede sufrir un ser humano, superior al menoscabo de la integridad física o incluso de la vida. Y es entonces cuando se cae en la cuenta de que lo común a todo sistema penal se encuentra en lo común al ámbito de garantías del individuo que toda civilización está dispuesta a tutelar. Y si se profundiza algo más, entonces llegaremos a la temática del alcance de la universalidad de los derechos humanos,

JIMÉNEZ: ¿Existe el derecho penal indígena?... cit.; pág. 59 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena... cit.; pág. 346 y ss.

que está íntimamente relacionada con la concepción universal de la persona. Expresado de otra forma, el siguiente paso metodológico consistiría en determinar ese mínimo elenco de derechos que se le debe reconocer a todo ser humano, cualquiera que sea el sistema normativo y cultural en el que se desenvuelva⁵⁸.

En fin, quise demostrar que no existe un Derecho Penal con principios universales e inmutables que sea válido para resolver los conflictos de convivencia más relevantes en toda sociedad, en toda cultura o en toda civilización. Sin embargo, ha quedado claro que existen unos fundamentos muy básicos que todo sistema penal (como tal, racional y con coherencia normativa e institucional reglada) debe respetar, en la medida en que haya un mínimo consenso sobre la consideración de que todo ordenamiento jurídico debe contemplar al sospechoso, acusado o reo como ser portador de dignidad humana que le hace merecedor de respeto por el mero hecho de nacer como miembro de nuestra especie.

Pero ya me he excedido en algunas páginas (más de las deseables) en relación con la extensión de la presente contribución que los amables directores de la presente publicación nos habían aconsejado y limitado al solicitarnos nuestra

⁵⁸ Nuestro homenajeado señala, como se ha expuesto en otra cita, que la investigación doctrinal debería abandonar sus pretensiones de “cientificidad” y sustituirlas por otras, relativas a la mejora del funcionamiento del sistema jurídico (VIVES ANTÓN: *Principio de legalidad, interpretación de la ley y Dogmática penal...* cit.; pág. 343). Evidentemente, quien conoce la obra del autor, sabe que esa mejora del sistema jurídico está relacionada con la tarea de extender y hacer efectivo el conjunto de derechos y garantías fundamentales del ciudadano.

aportación. Será en ulteriores trabajos y publicaciones donde iré dando respuestas a estas cuestiones planteadas, y a otras que pronto surgirán.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN EL MARCO DEL EEES: SUGERENCIAS DIDÁCTICAS DE ACTIVIDADES COLABORATIVAS CON ENTORNOS VIRTUALES

CHRISTINA HOLGADO SÁEZ
Profesora ayudante. Área de Filología Alemana
cristina.holgado@uca.edu.es
Universidad de Cádiz (España)

Resumen: Los entornos tecnológicos suponen uno de los pilares fundamentales en la implementación de entornos virtuales de enseñanza-aprendizaje y de la docencia presencial. Sin embargo la adopción de un determinado entorno junto con sus actividades no debe responder a su grado de sofisticación o disponibilidad sino a los objetivos pedagógicos e institucionales que debe cubrir. La autora, en la presente contribución, sugiere la utilidad y las principales características que presentan determinadas actividades colaborativas de la plataforma virtual Moodle para su aplicación en la enseñanza universitaria del Derecho.

Abstract: The technology environments pose one of the fundamental pillars in the implementation of virtual environments for teaching and learning and of the traditional classroom teaching. However, the adoption of a specific environment joined with his activities should not respond to their degree of sophistication or availability but to the educational and institutional objectives to be covered. In the present contribution the author suggests the utility and the main characteristics that some collaborative activities in the virtual platform 'Moodle' present for their application in the law university teaching.

Palabras clave: TIC, universidad, aprendizaje colaborativo, plataformas, Moodle, foro, base de datos, chat, wiki, glosario.

Keywords: ICT, University, collaborative learning, platforms, Moodle, forum, database, chat, wiki, glossary.

Sumario: 1. Introducción. 2. Las TIC en el ámbito del Derecho. 3. Los entornos virtuales de aprendizaje. 4. Plataforma de Aprendizaje Moodle. 5. Actividades colaborativas y aplicaciones didácticas en los estudios jurídicos. 5.1. El módulo de comunicación: los chats. 5.1.a. Chats. 5.2. El módulo colaborativo: foro, base de datos, glosario y wiki. 5.2.a. Foros. 5.2.b. Base de datos. 5.2.c. Glosario. 5.2.d. Wiki. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Las tecnologías han cambiado las formas de proceder en todos los ámbitos sociales y no iba a ser menos el entorno de la educación. La presencia de las TIC en las universidades españolas es una realidad. En mayor o menor medida la totalidad de universidades españolas ofrecen cursos *online* o están realizando algún tipo de experiencia de formación apoyada en las TIC y cuentan en su organigrama con centros o unidades de apoyo tanto técnicas como pedagógicas.

Los alumnos, que tienen acceso a esta tecnología de forma normalizada, son cada día más autónomos, utilizan la información disponible y establecen relaciones electrónicas sin ningún tipo de aprensión. Como consecuencia, el entorno que se les debe ofrecer en el área educativa no puede ser menos. Hay que aprovechar estas nuevas habilidades para desarrollar sus capacidades en el ámbito educativo, mediante los entornos virtuales.

Sin embargo, la tarea no resulta sencilla. El aprendizaje virtual no consiste sólo en la introducción de contenidos en un entorno electrónico. Aprender supone un proceso de construcción personal a partir tanto de los contenidos como de las capacidades cognitivas básicas, estrategias de aprendizaje, etc.

Considerando lo anterior, surge el objetivo de estas líneas, por un lado, sugerir actividades colaborativas, del otro, qué posibilidades didácticas plantean las mismas en un entorno virtual, en nuestro caso en la plataforma 'Moodle', que permita implementar el proceso de enseñanza y aprendizaje.

2. LAS TIC EN EL ÁMBITO DEL DERECHO

El DRAE considera que “terror” es un “miedo muy intenso”. Apunta Ríos Corbacho¹ que para los representantes de las disciplinas jurídicas, el “terror” es todo aquello que significa para el jurista “el hecho de enfrentarse a las nuevas tecnologías”. Sin duda, frente a un profesor conservador que se caracteriza por una disposición negativa al cambio, que posee una actitud rígida, deseando mantener el *status quo* existente y que se encuentran fundamentado en ideas o preferencias basadas en una educación de corte tradicional se encuentra ante un modelo nuevo con un mayor valor experimental; sin embargo, existen otros profesores de mayor tendencia futurista, “iluminados” de esto de las innovadoras técnicas docentes y de un mayor conocimiento tecnológico, en suma, unos profesores que están determinados por una posición flexible, los denominados “esforzados”², posición tendente al cambio exigido por la declaración de Bolonia, en la que acaece una moderna docencia vertebrada a través de una nueva metodología docente y éstas, a su vez, mediante las TIC al objeto de cimentar una enseñanza basada en el discente como eje fundamental del trabajo frente a épocas pretéritas donde el epicentro de la enseñanza era el docente³.

Dentro de las asignaturas de las disciplinas jurídicas en general se ofrece un buen caldo de cultivo para experimentar con las nuevas tecnologías y que con

¹ RÍOS CORBACHO, J. M. (2010): “La enseñanza/aprendizaje del Derecho Penal de la Empresa a través de las nuevas técnicas docentes colaborativas y plataformas virtuales en el EEES”, *Dereito: Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*. En prensa.

² VILLA SÁNCHEZ, A. (2006): “El proceso de convergencia europeo y el papel del profesorado”. *Foro de Educación*, vol. 7 y 8, pp. 103-117.

³ ORTEGA Y GASSET, J. (1982): “Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía”, *Revista de Occidente*, Alianza editorial, p. 42. En el mismo sentido, ABEL SOUTO, M. (2005): “Nuevas metodologías de aprendizaje en el espacio europeo de enseñanza superior mediante la Revista de Ciencias Penales”, en *Dereito, Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol.14, nº 1, p. 9. BOSCH, M.J.: “El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano”, en *Revista electrónica de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. En línea: <http://www.refdurg.com>. AA.VV. (2007): “El nuevo rol del profesorado en el EEES: un caso concreto”, Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Innovación Universitaria en la UEM, p. 2. Se dice que el profesor era el transmisor y garante de un conocimiento científico, técnico e instrumental, por su parte, el EEES le exige un cambio de rol.

ellas se le aporte al alumnado un mejor aprendizaje y gestione mejor el crédito europeo; este creditaje europeo propone un estereotipo de carácter cíclico en el que se intuye una vuelta a la Universidad, entendiendo ésta como un centro de formación y de aprendizaje frente a un modelo anterior a Bolonia representado por un modelo educativo basado en un aprendizaje o periodo de formación para posteriormente desarrollar una vida profesional sin el mayor interés por volver a la Academia⁴.

Es imprescindible que el estudiante adquiera y desarrolle nuevas competencias como la búsqueda y uso adecuado de la información y que se maneje, como no puede ser de otra manera, con el ordenador y dentro de su operatividad con herramientas como bases de datos que desarrollen determinados tipos de pensamiento como pudieran ser el analítico, sintético, creativo, comparativo, etc., por lo que, en definitiva, se requiere una gran capacidad para afrontar la incertidumbre que se origina, además de utilizar una inteligencia práctica y crítica frente a este tipo de situaciones novedosas desde el punto de vista tecnológico, que se trate de un amplio espectro basado en el trabajo colaborativo⁵ no obstante, hay que aludir al hecho de que las nuevas generaciones están inmersas en el mundo de la informática y de los medios de comunicación, y que requieren una nueva metodología más adaptada a su propio estilo de aprendizaje y a los tiempos que les ha tocado vivir⁶.

Como propone Abel Souto la tecnología no debe utilizarse para intensificar el control o imponer restricciones artificiales y barreras a la comunicación, todo lo contrario, de lo que se trata es de facilitar el compromiso de los estudiantes, favorecer sus aproximaciones autónomas al aprendizaje y mejorar la interacción

⁴ MICHAVILA, F., y CALVO, B. (1998): *La universidad española hoy. Propuestas para una política universitaria*, Madrid, p. 150. BRAVO BOSCH, M.J.: "El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano", cit., p. 2. A esta cuestión se refiere en la p. 6.

⁵ BENITO, A., y CRUZ, A. (2005): *Metodología de la enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de competencias*, Madrid, 2005, p. 16. LAZARI, A.: "Las universidades europeas entre pasado y futuro: reflexiones personales sobre las implantaciones del EEES". En línea: <http://www.reei.org>.

⁶ VILLA SÁNCHEZ, A. (2006): "El proceso de convergencia europeo y el papel del profesorado", cit., p. 104.

profesor-alumno⁷. Todo ello conlleva, como advierte la comunidad educativa especializada, que los nuevos paradigmas educativos se centran en el aprendizaje y en el sujeto que aprende más que en el que enseña, y en la enseñanza, por ende, debe señalarse que en esta semejante y revolucionaria situación, las tecnologías educativas están al “servicio de las habilidades implicadas en la construcción del conocimiento”, es decir, de las habilidades del pensamiento y de la inteligencia humana, y en este sentido, el profesor debe utilizar las nuevas tecnologías para presentarse como un animador y vehículo del aprendizaje autónomo que realizan los alumnos⁸.

Pues bien, llegados a este punto, deben subrayarse ciertas ventajas que aparecen en estas modernas herramientas tecnológicas partiendo de la base de que el uso de las TIC en la enseñanza es algo más que tecnología, pues no es simplemente colgar documentos o contenidos en un entorno virtual, es algo más, es aprovechar la tecnología y, exigiendo ciertos criterios de calidad, facilitar el uso y la navegación, establecer un entorno audiovisual, incluir contenidos, potenciar la interactividad, desarrollando diversas exigencias colaborativas en el ámbito de la metodología docente, y potenciar los recursos didácticos para el aprendizaje. En el mismo sentido, debemos convenir con la doctrina que la introducción de las TIC en la educación no es una nueva moda, sino que se trata de una apuesta por la innovación, fundamentada en una reflexión profunda sobre los roles que deben adoptar los profesores y alumnos en el EEES⁹.

⁷ ABEL SOUTO, M. (2009): “Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en el EEES”. En *Actas del II Simposio Compostelano sobre Enseñanzas Jurídicas. Universidad de Santiago de Compostela*, p. 3. NAVARRO DEL ÁNGEL, D. (2009): “Modelos educativos y entornos virtuales de enseñanza”, *Entelequia*, nº 10, p. 178. Señala este autor que el docente ha de establecer una nueva relación con el alumno, pasa de la función de “solista” a la de “acompañante”. FLECHA, R., GARCÍA, C., y MELGAR, P. (2004): “El proceso educativo de convergencia europea, una mirada crítica”, *Revista Universitaria de Formación del Profesorado*, 18 (3), p. 82.

⁸ BRAVO BOSCH, M.J. (“El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano”), cit., p. 2. La autora advierte que en este contexto la figura del estudiante viene determinada por ser un mero destinatario de contenidos de carácter didáctico sin que pueda advertirse ningún tipo de aspecto práctico en su formación.

⁹ BENITO DE LA CRUZ, A. (2005): *Nuevas claves para la docencia universitaria en el EEES*, Madrid. RUÉ, J. (2007): *Enseñar en la Universidad. El EEES como reto para la Educación Superior*, Madrid, pp. 87-88. Este autor señala como uno de los pilares fundamentales del proceso de Bolonia el tiempo efectivo de estudio de los estudiantes frente a una diferente situación actual

Por tanto, las ventajas que se deben entresacar de las TIC son, entre otras, las siguientes: a) representa nuevas posibilidades en la comunicación, colaboración y distribución de los conocimientos; b) facilita una atención personalizada y el seguimiento del alumno a través de las tutorías virtuales; c) permite al alumno y a su grupo realizar autoevaluaciones y co-evaluaciones de su aprendizaje; d) permite una clara integración y utilización dentro y fuera del aula; e) fomenta la iniciativa, la originalidad y la creatividad; f) potencia las habilidades de búsqueda, selección, valoración y organización de la información; g) fomenta el aprendizaje autónomo y desarrolla las estrategias de autoaprendizaje; h) contribuye a un aprendizaje individualizado que permite recorrer diferentes caminos, estableciéndose un aprendizaje “ramificado” y “personalizado”; i) permite una comunicación directa e intercambio de ideas y, por tanto, se produce un conocimiento compartido a través de los recursos de comunicación; j) prepara al estudiante para el uso efectivo de estas nuevas tecnologías y su buen aprovechamiento en el futuro; y k) permite el acceso rápido y actualizado a la información.

Todas esas ventajas hacen valorar muy mucho a las TIC y los entornos en los que se pueden desarrollar, como por ejemplo, la plataforma Moodle, objeto de nuestro trabajo.

3. LOS ENTORNOS VIRTUALES DE APRENDIZAJE

Un entorno de aprendizaje es aquel espacio o comunidad organizados con el fin de lograr el aprendizaje. Para que éste tenga lugar requiere ciertos componentes¹⁰: una función pedagógica (que hace referencia a actividades de aprendizaje, a situaciones de enseñanza, a materiales de aprendizaje, al apoyo y tutoría puestos en juego, a la evaluación, etc.), la tecnología apropiada a la misma (que hace referencia a las herramientas seleccionadas en conexión con el modelo

previa a la entrada del creditaje ECTS, indicando sobre éste que se estructura en la carga de trabajo del alumno dentro de una formación y, además, una situación cambiante como es el elemento de reconocimiento y de acreditación externa de la formación realizada.

pedagógico) y el marco organizativo (que incluye la organización del espacio, del calendario, la gestión de la comunidad, etc.)

La implementación de entornos virtuales de formación supone desarrollar estrategias innovadoras¹¹, y éstas hacen referencia, por una parte, a las decisiones ligadas al diseño de la enseñanza que vienen delimitadas por aspectos relacionados con el tipo de institución (si es presencial o a distancia, el tipo de certificación que ofrecen, de la relación de la institución con el profesorado, de los espacios físicos disponibles, de los espacios virtuales, etc.); con el diseño de la enseñanza en sí (metodología de enseñanza, estrategias didácticas, rol del profesor, rol del alumno, materiales y recursos para el aprendizaje, forma de evaluación); con aspectos relacionados con el discente, usuario del sistema, y con el aprendizaje (motivación, necesidades de formación específicas, recursos y equipamiento disponible). Y, por otra, a las decisiones relacionadas con la tecnología en sí que implican la selección del sistema de comunicación a través del ordenador o de herramientas de comunicación que resulten más adecuadas para soportar el proceso de enseñanza-aprendizaje. Estas decisiones parten del conocimiento de los avances tecnológicos en cuanto a las posibilidades de la tecnología para la distribución de los contenidos, acceso a la información, la interacción entre profesores y alumnos, la gestión del curso, la capacidad de control de los usuarios, etc.

Las herramientas y el dispositivo tecnológico supone uno de los pilares fundamentales en la concepción de modelos de enseñanza-aprendizaje flexibles apoyados en las TIC, defendiendo que no es la tecnología más sofisticada la que garantizará el éxito del aprendizaje en entornos virtuales sino el uso que hagamos de esta tecnología, es decir, la metodología implementada.

¹⁰ SALINAS, J. (2004): "Cambios metodológicos con las TIC. Estrategias didácticas y entornos virtuales de enseñanza-aprendizaje". *Bordón* 56, pp. 3-4.

4. PLATAFORMA DE APRENDIZAJE MOODLE

La definición oficial de Moodle según su propia página oficial¹² es la siguiente: *'Un paquete de software para la creación de cursos y sitios webs basados en Internet'*.

Las características más sobresalientes de esta plataforma se orientan hacia una pedagogía constructivista social, mediante la colaboración, la reflexión crítica y las actividades, entre otros elementos. El conocimiento se construye en la mente del estudiante en lugar de ser transmitido sin cambios a partir de libros o enseñanzas y en el aprendizaje colaborativo, tanto es así que el profesor que opera desde este punto de vista crea un ambiente centrado en el discente que le ayuda a construir ese conocimiento con base en sus habilidades y conocimientos propios en lugar de simplemente publicar y transmitir la información que considera que éstos deben conocer'.

Dispone de múltiples herramientas que posibilitan el diseño del entorno de enseñanza-aprendizaje, que se clasifican en dos grupos: los recursos y las actividades. Los primeros recogen cualquier contenido digital (word, powerpoint, flash, video, sonidos, etc.). Se pueden cargar fácilmente en el servidor y administrarlos según la conveniencia. Además y de la misma manera, permite realizar cualquier vínculo con páginas webs para las relaciones con el entorno social o la adquisición de contenidos. Los segundos, las actividades, pretenden establecer la interacción entre los participantes del curso al que va dirigido. Entre todas ellas se pueden destacar: los chats (permite la comunicación síncrona entre los participantes), las consultas (para las votaciones), cuestionarios (proporcionan preguntas para la evaluación y autoevaluación), encuestas (recogida de información de encuestas ya preparadas, obteniendo un informe final, foros (comunicación asíncrona entre participantes), glosarios (construcción entre todos de un vocabulario compartido), lecciones (mezcla contenidos y preguntas generando un flujo de trabajo según el estilo de aprendizaje asociados), libro

¹¹ Ibidem.

¹² En línea: <http://www.moodle.org>.

(incorpora una tabla de los contenidos a utilizar), tareas (realización de actividades solicitadas), talleres (evaluación de documentos entre iguales) y wikis (creación de páginas webs de manera colaborativa).

La función principal como profesor de una asignatura del aula virtual (desde el punto de vista informático), consiste en dotar de contenido al curso, definiendo e instalando los recursos materiales que los alumnos necesiten estudiar para aprender su materia y manejando herramientas de comunicación e interacción entre todos los participantes del curso, además puede instalar actividades docentes diversas que ayuden a los estudiantes en su tarea de aprendizaje de forma activa, no meramente leyendo sino haciendo cosas e interaccionando con sus compañeros.

Sin embargo es muy elevado el profesorado que aprovecha esta plataforma como escaparate de sus materiales a modo de repositorio¹³: cuelgan sus apuntes (en formato word, pdf), sus presentaciones (en formatos .ppt, .pps, flash), insertan enlaces a páginas webs que quieren que los alumnos visiten, etc. Estos hábitos nos obligan a pensar, por un lado, que estas acciones se realizan desde un modelo didáctico tradicional bastante transmisivo, centrado en los contenidos, en la materia, en objetivos de contenido; del otro, que se aleja del modelo europeo, de las competencias y de las actividades del estudiante como eje central. Los profesores hacen en la plataforma lo que harían sin la plataforma pero con algunas posibilidades, por tanto sería interesante y necesario incrementar la formación del profesorado en didáctica, en actividades más orientadas al Espacio Europeo de Educación Superior, al desarrollo de competencias; menos centradas en transmitir contenidos, menos protagonizadas por el profesor y más

¹³ Vid. HOLLGADO SÁEZ, C. (2010): Luces y sombras de la plataforma Moodle: valoración y experiencia didáctica en lenguas extranjeras, en: Actas del II Conferencia Conjunta Iberoamericana sobre tecnologías del aprendizaje, vol. SPDECE, pp. 203-211. RÍOS CORBACHO, J. M. (2010): "La enseñanza/aprendizaje del Derecho Penal de la Empresa a través de las nuevas técnicas docentes colaborativas y plataformas virtuales en el EEES", *Dereito: Revista Xuridica de la Universidad de Santiago de Compostela. En prensa*. RÍOS CORBACHO, J.M./HOLLGADO SÁEZ, C. (2009): "La técnica del puzzle como herramienta del aprendizaje corporativo", en Gavidia Sánchez, J.V./López Sánchez, J.A./Rodríguez Torrejón, J.: *Nuevos Títulos de Grado en el Espacio Europeo de Educación Superior*. Cádiz: Octaedro.

protagonizadas por el alumno, más actividades en grupo y menos individuales, más evaluación continua, etc.

Las condiciones impuestas por este documento hacen imposible analizar el potencial de cada una de las herramientas proporcionadas por Moodle, como se ha indicado *supra*, resultaría una tarea muy interesante, pero compleja y ardua. En cambio, nos centraremos en aquellas actividades de carácter colaborativo y en sugerencias didácticas que brindan a profesores en los estudios universitarios del Derecho, al objeto de intentar mejorar el rendimiento académico de los discentes que participan en el proceso de aprendizaje *online*.

5. ACTIVIDADES COLABORATIVAS Y APLICACIONES DIDÁCTICAS EN LOS ESTUDIOS JURÍDICOS

Uno de los propósitos principales de un entorno virtual es facilitar y enriquecer la interacción entre todos los miembros de la comunidad universitaria (alumno-profesor, alumno-alumno, y profesor-profesor), para ello contamos con determinadas actividades que englobaríamos en un primer bloque denominado 'módulo de comunicación', en el que incluiríamos los 'chats', y que igualmente aportan una gran utilidad para actividades colaborativas; por último, un segundo bloque al que nombraremos 'módulo colaborativo', con la 'base de datos', 'glosario', 'foros' y 'wiki'.

5.1. EL MÓDULO DE COMUNICACIÓN: LOS CHATS

5.1. a. CHATS

Esta actividad es un canal para la comunicación sincrónica (en tiempo real) básicamente informal y permite mantener 'conversaciones' escritas con otros usuarios, sean profesores o alumnos, bien en interacción grupal, o bien persona a persona. A cualquier usuario familiarizado con herramientas como AOL¹⁴,

¹⁴ Página web con mensajería, al igual que otras como Google, Hotmail, etc.

MSN¹⁵, o iChat¹⁶ le será muy sencillo utilizarlo. En los foros no es necesario que todos los participantes estén dentro del sistema simultáneamente, con todo, ésta es una condición obligatoria en las salas.

La utilidad varía mucho en función del curso, ya sea totalmente a distancia o no; no obstante, su aplicación suele ser más relevante en un curso totalmente a distancia o en el caso en que contenga grupos que no coinciden en las clases presenciales. En general, es eficiente porque la participación en chats ejercita y estimula la inmediatez, los reflejos rápidos, como también las formas directas y ágiles de expresión de las ideas. Se considera, por lo tanto, un medio para practicar y educar esas cualidades en los estudiantes; además de para la charla informal, puede aplicarse para reuniones de discusión o sesiones de tormenta de ideas.

Un aspecto interesante es que todas las conversaciones quedan registradas, lo que permite el análisis posterior de la conversación. En cualquier caso, no debemos olvidar que la clave, para que esta actividad pueda emplearse de manera eficiente, consiste en una óptima moderación, pues es oportuno establecer unas reglas básicas para que todo el mundo siga la conversación; si por algún motivo el tema se dispersa, el moderador tratará de encauzarla. El profesor podrá crear una única sala para todo el curso o repetir sesiones para múltiples reuniones. A continuación resumiremos las características:

1. Permite una interacción fluida mediante texto asíncrono.
2. Incluye la foto de la información personal en la ventana de chat.
3. Soporta direcciones URL, emoticones, integración de HTML, imágenes, etc.
4. Todas las sesiones quedan registradas para verlas posteriormente, junto al hecho de que pueden ponerse a disposición de los estudiantes.

¹⁵ Messenger de Windows.

¹⁶ Mensajería instantánea incluida en las últimas versiones del sistema operativo de Mac OS X desarrollado por Apple Computers Incorporation. iChat puede conectarse a las redes AIM y Jabber, y establecer comunicaciones entre los usuarios participantes. También puede hacer lo mismo entre usuarios de computadoras Macintosh dentro de la misma red local utilizando Bonjour. Una vez establecida la conexión, uno puede comunicarse con otras personas y permite establecer conversaciones de texto, audio y video.

5. Pueden programarse sesiones periódicas que aparezcan en el calendario del curso Virtual.

5.2. EL MÓDULO COLABORATIVO: FOROS, BASE DE DATOS, GLOSARIO Y WIKI

5.2. a. FOROS

Los foros son una de las herramientas de comunicación asíncrona más importantes dentro de la plataforma, porque permiten la comunicación de los participantes desde cualquier lugar en el que esté disponible una conexión a Internet sin que éstos tengan que estar dentro del sistema de forma simultánea. Esta actividad puede considerarse como una especie de cartelera electrónica o como se indica en el manual del Gabinete de Tele-Educación de la UPM¹⁷ ‘una pizarra de mensajes online’ donde todos los usuarios mantienen discusiones públicas sobre alguna información u opiniones allí vertidas, colocar nuevos mensajes o responder a otros más antiguos creando hilos de conversación. Es a través de éstos donde se concentra tanto la mayor parte de los debates como la discusión de los temas de la asignatura; cada intervención queda registrada en el sistema con el nombre de su autor y la fecha de su creación, de forma que seguir una discusión se convierta en una tarea intuitiva para el participante. Los mensajes, de la misma manera, pueden visualizarse de varias maneras, incluir mensajes adjuntos e imágenes incrustadas; junto a esto al subscribirse a un foro los alumnos recibirán copias de cada nueva intervención en la bandeja de entrada de su correo electrónico.

Los tipos de foro que se pueden crear son los siguientes: a) *foro para uso general*: es probablemente el más valioso para grandes discusiones si la intención es monitorear/guiar foros sociales que los estudiantes puedan emplear, asimismo su carácter abierto permite que a cualquiera empezar un nuevo tema de debate

cuando lo estime oportuno. Alternativamente, podremos pedir que estudiantes resuman temas de discusión en puntos de acuerdo, una vez a la semana o cuando un hilo viene a una conclusión acordada. Un enfoque tan centrado en el aprendizaje como éste puede ser especialmente útil una vez la comunidad en línea haya sido establecida y, quizás, cuando hayamos modelado el proceso de resumir; b) *foro de debate sencillo*: se considera el más interesante para una discusión o debate muy concreto, limitado de tiempo de un solo tema y con un único hilo de discusión, aparte de ser muy productivo si se está interesado en mantener a los estudiantes enfocados en un asunto en particular; c) *foro cada persona plantea un tema*: éste resulta más provechoso cuando se quiere conseguir un término medio entre un debate largo, así como uno corto y enfocado, puesto que permite un único tema de discusión por participante, además concede a los estudiantes un poco más de libertad que un solo foro de debate, pero no tanta como un foro estándar donde cada estudiante puede crear tantos debates como desee. Esta actividad puede estar activa, aunque enfocada, ya que los estudiantes no están limitados en el número de ocasiones que pueden responder a otros dentro de las discusiones. Esta modalidad es útil para colgar trabajos o comenzar una discusión sobre algún tema, con la finalidad de recabar las opiniones del resto de los participantes; y d) *foro de pregunta y respuesta*: especialmente pensado para plantear un tema de debate o una pregunta en particular y forzar a que los estudiantes hagan sus aportaciones sin ver los comentarios de los demás. Es decir, sólo podrán visualizarse los mensajes de otros compañeros cuando hayan remitido su propio mensaje; lo que implica que los usuarios, en primer lugar, deben aportar sus ideas, y en segundo lugar contrastarlas con las que han aportado otros; el resultado de esta acción es que todas las respuestas se muestran simultáneamente al acceder a la pregunta. En este sentido, coincidimos con Pérez Clerencia¹⁸ en que ‘esta característica

¹⁷ GATE (Gabinete de Tele-Educación) (2008): *Manuel de Moodle*, Universidad Politécnica de Madrid. En línea: <http://cvsp.cucs.udg.mx/drupa16/documentos/manualmoodle.pdf>.

¹⁸ PEREZ CLERENCIA, I./PEREZ OÑATE, B. (2009): *Introducción al Moodle*, Universidad de Zaragoza. En línea: <http://moodle.unizar.es/file.php/1/Manual-profesor-moodle.pdf>.

permite una igualdad de oportunidades para la respuesta inicial entre todos los estudiantes, fomentando el pensamiento original e independiente’.

La introducción de los foros en los cursos virtuales es totalmente recomendable por sus posibilidades educativas, entre las que podemos destacar:

1. Ejercitar el pensamiento crítico y creativo (hay que educar para que las opiniones se fundamenten en argumentos sólidos). ‘Permite un pensamiento reflexivo que en el aula puede ser más difícil de ejercitar por falta de tiempo y por la ‘presión del alumnado’, como apunta Baños Sancho¹⁹.
2. Favorecer la participación real del alumnado sin limitaciones de espacio ni tiempo (puede participar fuera de las aulas).
3. Coordinar trabajos en equipo.
4. Educar en el respeto a las personas con opiniones diferentes.
5. Ahorrar tiempo como docente al responder a preguntas o aclarar dudas que pueden ser generales.
6. Como medio para conocerse mejor, de entender y valorar las diferencias.
7. Forzar al estudiante, por un lado, a escribir, del otro a ordenar su pensamiento de manera autónoma.
8. Potenciar el aprendizaje entre iguales (alumno-alumno) mediante la interacción.

Cabe destacar el uso novedoso e interesante que Ríos Corbacho²⁰ hace de los foros y que describimos de la siguiente manera: su curso virtual, Derecho Penal de la Empresa, se compone de varios temas o lecciones en los que se incluyen cuatro foros. El primero está dedicado a alguna cuestión propia de la lección y elegida a priori para generar cierto debate entre los participantes; un segundo foro en el que se ha de subir al curso virtual las dudas que genera el tema de la clase presencial; el tercer foro está dedicado a otra actividad como es la de subir al aula virtual una sentencia del tema concreto que se trate en la sesión

¹⁹ BAÑOS SANCHO, J. (2007): *La plataforma educativa Moodle*.

²⁰ RÍOS CORBACHO, J.M., op. cit., pp. 14-15.

presencial y su posterior comentario para que, dentro del foro, todos los alumnos tengan acceso a sentencias que le apoyen, desde el punto de vista jurisprudencial, el análisis del tema examinado; por último, un cuarto foro, que implica la entrega del caso finalmente resuelto con carácter individual (relacionado con la metodología presencial de 'la técnica del Puzzle'); debajo de la etiqueta "Varios" de la interfaz aparecen tres modelos de escrito desde el punto de vista jurídico: un escrito de defensa, un escrito de acusación y, finalmente, un formato de sentencia a los cuales el discente deberá adecuar su trabajo para subirlo a través del foro titulado "*Entrega del caso...*" para ultimar los trabajos necesarios al objeto de salvar el desarrollo de la lección en cuestión.

Otras sugerencias para sacarle el máximo provecho a los foros son: valorar la participación de los estudiantes (los foros de Moodle lo permiten), invitar a participar en nuestros foros a algún experto en el tema a debatir, proponer debates a partir de algún artículo o libro, organizar a los estudiantes por grupos para que consensuen la aportación que harán al foro, etc.

5.2. b. BASE DE DATOS

Junto a las actividades colaborativas podemos contar con la "base de datos", que permite al profesorado construir un banco de registros sobre cualquier tema o asunto, así como realizar búsquedas y mostrar resultados. El formato y la estructura de las entradas pueden ser prácticamente ilimitados, incluyendo imágenes, archivos, direcciones URL, números y texto, entre otras cosas. Son múltiples las posibles aplicaciones didácticas, destacando las recopilaciones colaborativas de libros, revistas, fotos, sitios web, posters, etc.

Igualmente destacamos la implementación del entorno virtual de aprendizaje que el trabajo examinado²¹ hace con la inclusión de dos bases de datos. Una de ellas es denominada "Hemeroteca"; en el campo del Derecho Penal de la Empresa los alumnos deben utilizar la hemeroteca para incluir "*dossieres*" de

prensa que han de elaborar para advertir diariamente los conflictos de valores y sus ponderaciones; en cada uno de los campos de la herramienta se establecerán, entre otros, el título de la noticia, la fecha, la fuente donde aparece y un comentario sobre la noticia. Para respaldar esta actividad en el bloque derecho del curso virtual aparece un canal RSS dedicado a incluir las noticias diarias más importantes en la prensa de tirada nacional en este caso concreto. Esto facilitará al alumno la labor e incluso le permitirá acudir a la noticia con más celeridad y concreción para poder realizar su ejercicio.

La otra base de datos, realmente original y con un gran potencial colaborativo, que este autor introduce en su asignatura es la “Cineteca” en la que el alumno debe incluir una película que esté relacionada con algún tema de la asignatura. De la misma manera la configuración de la base de datos permite la subida de entradas como: el póster del film, la sinopsis del mismo, el género, comentarios sobre el mismo, curiosidades de la película y origen de dicha fuente, entre otras.

5.2. c. GLOSARIO

Un glosario se fundamenta en información estructurada en conceptos y explicaciones, a modo de enciclopedia, en donde existen entradas que dan paso a un artículo que define, explica o informa del término seleccionado.

Cualquier usuario puede crearlos según la finalidad, por ejemplo, un docente puede definir un glosario para presentar los conceptos y términos más importantes de su curso, y ponerlo a disposición de los estudiantes, quienes podrían del mismo modo añadir sus aportaciones, que pueden evaluarse (bien por el profesor, o bien por otros estudiantes) y asignarles una calificación; este sistema no sólo permite una construcción activa del conocimiento por parte de los alumnos, evitando una lectura pasiva, sino también una elaboración de

²¹ RÍOS CORBACHO, J. M. (2010): “La enseñanza/aprendizaje del Derecho Penal de la Empresa a través de las nuevas técnicas docentes colaborativas y plataformas virtuales en el EEES”, *Dereito: Revista Xuridica de la Universidad de Santiago de Compostela*. En prensa.

información material a modo de contenedor, actuando como una actividad didáctica creativa y colaborativa.

5.2. d. WIKI

El término proviene de la palabra de origen hawaiano 'wiki wiki' que significa rápido, de ahí la naturaleza en la rapidez para que un grupo de autores puedan crear contenidos; la edición se centra en el grupo, que antes de tomar alguna decisión sobre la edición deberá llegar a un consenso.

Básicamente es un conjunto de documentos webs creados gracias a la colaboración de un grupo de usuarios, sin necesidad de que tengan conocimientos HTML. En Moodle pueden llegar a ser un poderosa herramienta de trabajo colaborativo, ya que permiten su utilización para muchos y muy diferentes tipos de fines, como la escritura en colaboración, difusión de la información, creación de repositorios de ficheros, listas de enlaces webs debidamente organizados, enciclopedias, entre otros²². Los estudiantes pueden participar en la creación de los contenidos del curso, dejando de ser el proceso de comunicación unidireccional. Sin embargo, la característica fundamental de una página wiki es que es modificable por los usuarios, hecho que permite que el sitio web crezca y se mantenga actualizado por una comunidad de autores: todos los usuarios. Se caracterizan por: a) permitir la creación colectiva de documentos en un lenguaje simple utilizando un navegador; b) generalmente no se hacen revisiones previas antes de aceptar las modificaciones, de tal modo que la mayoría están abiertos al público en general o al menos a todas las personas que tienen acceso al servidor wiki. Si el profesor decidiera dar el visto bueno a los contenidos antes de que sean publicados, puede configurar esta opción al crear dicha actividad; c) permitir a los participantes trabajar juntos en páginas webs para añadir o modificar su contenido; y d) poder seleccionar diferentes tipos de wiki: profesor, estudiante y grupos.

²² A mayor abundamiento, LÓPEZ GARCÍA, M./SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. (2010): "El 'wiki' como recurso para desarrollar competencias en el proceso de enseñanza aprendizaje", *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, nº 2, pp. 149-160. En línea: <http://www.eumed.net/rev/rejie>.

Algunas sugerencias didácticas que proponemos:

1. Crear un grupo de wiki para pasar los apuntes de clase, con ello el resto de los estudiantes podrán revisar y enriquecer el documento con sus propias aportaciones.
2. Generar una tormenta de ideas sobre un tema.
3. Sugerir que contribuyan al desarrollo de otros wikis temáticos o más generales. Esta actividad ofrece a los estudiantes una motivación adicional ya que su trabajo será visto y probablemente criticado por un público diferente de su profesor.
4. Crear una revista de forma colaborativa.
5. Creación colaborativa de un trabajo de investigación, apoyados por otras herramientas de Moodle, como los foros y chats.
6. Uso personal, como un cuaderno de clase o portafolio de usuario, de manera que quedaría restringido, pudiendo el profesorado realizar un seguimiento continuo de su actividad.

6. CONCLUSIONES

Aunque las tecnologías nos ofrecen grandes posibilidades de innovación educativa, es cierto que actualmente, en la mayoría de experiencias de formación a través de las TIC, sean presenciales, mixtas o totalmente a distancia, el modelo de enseñanza que predomina en nuestras universidades es el que traslada los elementos, estrategias, etc. propias del modelo tradicional. El profesor sigue siendo el centro en el proceso de enseñanza-aprendizaje como principal transmisor de los conocimientos. Las TIC se utilizan principalmente como espacio para la tutoría y el acceso a materiales complementarios.

Por otra parte, los entornos tecnológicos (sean con licencia o de software libre) están desarrollados sobre modelos basados predominantemente en la entrega de contenido y la tutoría electrónica, lo que dificulta la implementación de estrategias metodológicas innovadoras por parte de los profesores.

Se trata de describir y configurar modelos de enseñanza centrados en el alumno (constructivistas, interactivos, colaborativos, etc.), que respondan a los nuevos planteamientos relacionados con la enseñanza flexible, que suponen una nueva concepción, que independientemente de si la enseñanza es presencial o a distancia, proporciona al discente una variedad de medios y la posibilidad de tomar decisiones sobre el aprendizaje.

En efecto, en las circunstancias actuales las universidades han de plantear sus modelos en el contexto de cambios necesarios en el aula convencional, pero también desde una perspectiva flexible atender a personas que necesitan formación a lo largo de la vida, explorando como la tecnología puede contribuir a implicar y apoyar a los alumnos en contextos, culturas y programas múltiples. El desafío no está en reconstruir el sistema de clase magistral, ni lograr un aprendizaje totalmente independiente vía web. Lo que las universidades tendrían que hacer es construir un nuevo entorno de aprendizaje con la experiencia, potencie el trabajo en grupo y aproveche la cantidad de información y conocimiento que ofrecen las TIC, constituyendo verdaderas comunidades de aprendizaje.

7. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M. (2005): “Nuevas metodologías de aprendizaje en el espacio europeo de enseñanza superior mediante la Revista de Ciencias Penales”, en *Dereito, Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol.14, nº 1.

— (2009): “Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en el EEES”. En *Actas del II Simposio Compostelano sobre Enseñanzas Jurídicas. Universidad de Santiago de Compostela*.

AA.VV. (2007): “El nuevo rol del profesorado en el EEES: un caso concreto”, Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Innovación Universitaria en la UEM.

BAÑOS SANCHO, J. (2007): *La plataforma educativa Moodle*.

BENITO, A., y CRUZ, A. (2005): Metodología de la enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de competencias, Madrid.

— (2005): *Nuevas claves para la docencia universitaria en el EEES*, Madrid.

BOSCH, M.J. (2007): “El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano”, en *Revista electrónica de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. En línea: <http://www.refdurg.com>.

FLECHA, R., GARCÍA, C., y MELGAR, P. (2004): “El proceso educativo de convergencia europea, una mirada crítica”, *Revista Universitaria de Formación del Profesorado*, 18 (3).

GATE (Gabinete de Tele-Educación) (2008): *Manuel de Moodle*, Universidad Politécnica de Madrid. En línea: <http://cvsp.cucs.udg.mx/drupa16/documentos/manualmoodle.pdf>.

HOLGADO SÁEZ, C. (2010): Luces y sombras de la plataforma Moodle: valoración y experiencia didáctica en lenguas extranjeras, en: Actas del II Conferencia Conjunta Iberoamericana sobre tecnologías del aprendizaje, vol. SPDECE.

LAZARI, A.: “Las universidades europeas entre pasado y futuro: reflexiones personales sobre las implantaciones del EEES”. En línea: <http://www.reei.org>.

LÓPEZ GARCÍA, M./SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. (2010): “El ‘wiki’ como recurso para desarrollar competencias en el proceso de enseñanza aprendizaje”, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, nº 2. En línea: <http://www.eumed.net/rev/rejie>.

MICHAVILA, F., y CALVO, B. (1998): *La universidad española hoy. Propuestas para una política universitaria*, Madrid.

NAVARRO DEL ÁNGEL, D. (2009): “Modelos educativos y entornos virtuales de enseñanza”, *Entelequia*, nº 10.

ORTEGA Y GASSET, J. (1982): “Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía”, *Revista de Occidente*, Alianza editorial.

PEREZ CLERENCIA, I./PEREZ OÑATE, B. (2009): *Introducción al Moodle*, Universidad de Zaragoza. En línea: <http://moodle.unizar.es/file.php/1/Manual-profesor-moodle.pdf>.

RÍOS CORBACHO, J. M. (2010): “La enseñanza/aprendizaje del Derecho Penal de la Empresa a través de las nuevas técnicas docentes colaborativas y plataformas virtuales en el EEES”, *Dereito: Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*. En prensa.

— /HOLGADO SÁEZ, C. (2009): “La técnica del puzzle como herramienta de aprendizaje corporativo”, en Gavidia Sánchez, J.V./López Sánchez, J.A./Rodríguez Torrejón, J.: *Nuevos Títulos de Grado en el Espacio Europeo de Educación Superior*. Cádiz: Octaedro.

RUÉ, J. (2007): *Enseñar en la Universidad. El EEES como reto para la Educación Superior*, Madrid.

SALINAS, J. (2004): "Cambios metodológicos con las TIC. Estrategias didácticas y entornos virtuales de enseñanza-aprendizaje". *Bordón* 56.

VILLA SÁNCHEZ, A. (2006): "El proceso de convergencia europeo y el papel del profesorado". *Foro de Educación*, vol. 7 y 8.

LA ENSEÑANZA/APRENDIZAJE DEL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DOCENTES COLABORATIVAS Y PLATAFORMAS VIRTUALES EN EL EEES

JOSÉ MANUEL RÍOS CORBACHO
Profesor contratado doctor
Área de Derecho penal, Universidad de Cádiz
Campus de la Asunción s/n. 11405 Jerez de la Frontera
jose.rios@uca.es

Resumen. La aparición del Espacio Europeo de Educación Superior ha posibilitado la inclusión de algunos cambios en los procesos de enseñanza-aprendizaje en la Universidad.

Este trabajo pretende dar a conocer el desarrollo que se ha producido al incorporar las nuevas TIC`s al orden de las asignaturas de derecho penal en general y del Derecho penal de la Empresa en particular: la técnica del puzzle, mediante las herramientas de Moodle, aparecen como trabajo colaborativo a través de pequeños grupos en la enseñanza presencial, que se reforzará con la utilización del aula virtual y el apoyo a la docencia junto a las horas de estudio del alumno en que se concreta el ECTS.

Palabras clave: universidad, aprendizaje colaborativo, técnica del puzzle, Moodle, LAMS.

Sumario: 1. Introducción. 2. Las TICs en el ámbito del Derecho. 3. Sobre la enseñanza del Derecho penal. 4. Un acercamiento al Derecho penal de la empresa. 5. Metodología en el DPE: utilización de las TICs. 6. Bibliografía

1 INTRODUCCIÓN

El DRAE considera que “terror” es un “*miedo muy intenso*”; para los representantes de las disciplinas jurídicas, el “terror” es todo aquello que significa para el jurista “el hecho de enfrentarse a las nuevas tecnologías”. Sin duda, frente a un profesor conservador que se caracteriza por una disposición negativa al cambio, que posee una actitud rígida, deseando mantener el *status quo* existente y que se encuentran fundamentado en ideas o preferencias basadas en una educación de corte tradicional se encuentra ante un modelo nuevo con un mayor valor experimental; sin embargo, existen otros profesores de mayor tendencia futurista, “iluminados” de esto de las innovadoras técnicas docentes y de un mayor conocimiento tecnológico, en suma, unos profesores “ye-yes” del siglo XXI que están determinados por una posición flexible, los denominados “esforzados”¹, posición tendente al cambio exigido por la declaración de Bolonia y, con anterioridad por la de la Sorbona de 1998², en la que acaece una moderna docencia vertebrada a través de una nueva metodología docente y éstas, a su vez, mediante TICs al objeto de cimentar una enseñanza basada en el discente como eje fundamental del trabajo frente a épocas pretéritas donde el epicentro de la enseñanza era el docente³. De lo que se trata es de que en el ámbito

¹ VILLA SÁNCHEZ, A., El proceso de convergencia europeo y el papel del profesorado. *Foro de Educación*, vol. 7 y 8, págs. 103 a 117 (2006).

² La declaración de la Sorbona viene a considerarse como el primer hito para la reconsideración del papel de la universidad en el espacio europeo, donde ya hay que decir que existían necesidades de cambio y renovación en un numeroso grupo de universidades; en este sentido, VILLA SÁNCHEZ, A., “El proceso de convergencia europeo y el papel del profesorado”, pág. 104. VILA PÉREZ, M., “El proceso de Bolonia desde las aulas, educación e intereses capitalistas”, *Entelequia*, nº 10 (2009), pág. 48.

³ ORTEGA Y GASSET, J., “Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía”, *Revista de Occidente*, Alianza editorial (1982), pág. 42. En el mismo sentido, ABEL SOUTO, M., “Nuevas metodologías de aprendizaje en el espacio europeo de enseñanza superior mediante la Revista de Ciencias Penales”, en *Dereito, Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol.14, nº 1 (2005), pág. 9. BRAVO BOSCH, M.J., “El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano”, en *Revista electrónica de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, <http://www.refdurg.com> [Consulta: 30/06/2009], pág. 5. AA.VV., “El nuevo rol del profesorado en el EEES: un caso concreto”, Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Innovación Universitaria en la UEM (2007), pág. 2. Se dice que el profesor era el transmisor y garante de un conocimiento científico, técnico e instrumental, por su parte, el EEES le exige un cambio de rol.

universitario exista una convergencia necesaria con respecto al crédito EEES y por ello la Universidad española exige una serie de cambios⁴ donde deben aparecer nuevos métodos de educación en este mundo en el que también se viven tiempos nuevos caracterizados por la crisis y por la esperanza de construir un moderno sistema didáctico⁵ No obstante, la posición del estudiante en esta nueva fórmula de docencia deberá ampararse en una formación continua⁶ que ayude a definir las competencias necesarias para llevar a cabo una ciudadanía activa y un adecuado desarrollo laboral. A pesar de ello, no todo han sido alabanzas sobre Bolonia por cuanto también se ha comentado que esa susodicha “Revolución pedagógica” es la excusa utilizada para enmascarar la reforma económica, es más, dicha “revolución” está basada en la aplicación de las nuevas tecnologías en los centros educativos y ello no dista demasiado de la práctica pedagógica que ya se viene utilizando en las Universidades, relativamente modernas; se advierte que utilizar en una presentación en *power point* o realizar un trabajo mediante un ordenador, no es un cambio de método sino simplemente de herramienta.

Dentro de las asignaturas de las disciplinas jurídicas en general y del derecho penal de la empresa en particular se ofrece un buen caldo de cultivo para experimentar con las nuevas tecnologías y que con ellas se le aporte al alumnado un mejor aprendizaje y gestione mejor el crédito europeo; este creditaje europeo propone un estereotipo de carácter cíclico en el que se intuye una vuelta a la

4 VÁZQUEZ GÓMEZ, G., *Formación científica y métodos del profesorado universitario*, UIMP, Santander, 2003, pág. 15. En el mismo sentido, ABEL SOUTO, M., “Nuevas metodologías de aprendizaje en el espacio europeo de enseñanza superior mediante la Revista de Ciencias Penales”, cit., pág. 7. El mismo, “Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en EEES”, en FERREIRA, J., MANEIRO, Y., MIRANDA, J.M., SANTIAGO, D., (dirs.), *Actas del II Simposio Compostelano sobre enseñanzas jurídicas*, Universidad de Santiago, 2009, pág. 3. HOLGADO SÁEZ, C., y RÍOS CORBACHO, J.M., “El espacio europeo de educación superior: técnicas y herramientas colaborativas en el derecho”, en *Dereito*, vol. 18, nº 2 (2009), pág. 326.

5 FERNANDEZ BUJÁN, A., “Clasicidad y utilidad del estudio del Derecho Romano”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6 (1987), pág. 49.

6 ANDRÉS ZAMBARANA, L., y MANZANO ARRONDO, V., “¿Hacia dónde camina la Universidad? Reflexiones acerca del EEES”, en *Revista Interuniversitaria de Formación del profesorado*, 18,3 (2004), págs. 273 y 274. Se llega a esta observación por cuanto al ser el mercado dinámico e imprevisible a medio plazo, es necesario que las personas se estén formando durante toda su vida laboral; es por esta circunstancia que se aprecia la máxima “aprender a aprender”.

Universidad, entendiendo ésta como un centro de formación y de aprendizaje frente a un modelo anterior a Bolonia representado por un modelo educativo basado en un aprendizaje o periodo de formación para posteriormente desarrollar una vida profesional sin el mayor interés por volver a la Academia⁷.

Es imprescindible que el estudiante adquiera y desarrolle nuevas competencias como la búsqueda y uso adecuado de la información y que se maneje, como no puede ser de otra manera, con el ordenador y dentro de su operatividad con herramientas como bases de datos que desarrollen determinados tipos de pensamiento como pudieran ser el analítico, sintético, creativo, comparativo, etc., por lo que, en definitiva, se requiere una gran capacidad para afrontar la incertidumbre que se origina, además de utilizar una inteligencia práctica y crítica frente a este tipo de situaciones novedosas desde el punto de vista tecnológico, que se trate de un amplio espectro basado en el trabajo colaborativo⁸ no obstante, hay que aludir al hecho de que las nuevas generaciones están inmersas en el mundo de la informática y de los medios de comunicación, y que requieren una nueva metodología más adaptada a su propio estilo de aprendizaje y a los tiempos que les ha tocado vivir⁹.

En este trabajo lo que se pretende es observar desde el punto de vista de las ciencias sociales y, particularmente, del Derecho penal de la empresa, la metodología utilizada en el aula virtual para un mayor desarrollo del EEES y confrontar sus valiosos resultados.

⁷ MICHAVILA, F., y CALVO, B., *La universidad española hoy. Propuestas para una política universitaria*, Madrid, 1998, pág. 150. BRAVO BOSCH, M.J., "El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano", cit., pág. 2. A esta cuestión se refiere en la pág. 6.

⁸ BENITO, A., y CRUZ, A., *Metodología de la enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de competencias*, Madrid, 2005, pág. 16. LAZARI, A., "Las universidades europeas entre pasado y futuro: reflexiones personales sobre las implantaciones del EEES", en <http://www.reei.org>, pág. 5 (fecha 18/2/2008).

⁹ VILLA SÁNCHEZ, A., *El proceso de convergencia europeo y el papel del profesorado*, cit., pág. 104.

2. LAS TICS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO

Como propone Abel Souto la tecnología no debe utilizarse para intensificar el control o imponer restricciones artificiales y barreras a la comunicación, todo lo contrario, de lo que se trata es de facilitar el compromiso de los estudiantes, favorecer sus aproximaciones autónomas al aprendizaje y mejorar la interacción profesor–alumno¹⁰. Todo ello conlleva, como advierte la comunidad educativa especializada, que los nuevos paradigmas educativos se centran en el aprendizaje y en el sujeto que aprende más que en el que enseña, y en la enseñanza, por ende, debe señalarse que en esta semejante y revolucionaria situación, las tecnologías educativas están al “servicio de las habilidades implicadas en la construcción del conocimiento”, es decir, de las habilidades del pensamiento y de la inteligencia humana, y en este sentido, el profesor debe utilizar las nuevas tecnologías para presentarse como un animador y vehiculizador del aprendizaje autónomo que realizan los alumnos¹¹.

Pues bien, llegados a este punto, deben subrayarse ciertas ventajas que aparecen en estas modernas herramientas tecnológicas partiendo de la base de que el uso de las TICs en la enseñanza es algo más que tecnología, pues no es simplemente colgar documentos o contenidos en un entorno virtual, es algo más, es aprovechar la tecnología y, exigiendo ciertos criterios de calidad, facilitar el uso y la navegación, establecer un entorno audiovisual, incluir contenidos, potenciar la interactividad, desarrollando diversas exigencias colaborativas en el ámbito de la metodología docente, y potenciar los recursos didácticos para el aprendizaje. En el

¹⁰ ABEL SOUTO, M., Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en el EEES”. En *Actas del II Simposio Compostelano sobre Enseñanzas Jurídicas. Universidad de Santiago de Compostela*, (2009), pág.3. NAVARRO DEL ÁNGEL, D., “Modelos educativos y entornos virtuales de enseñanza”, en *Entelequia*, nº 10 (2009), pág. 178. Señala este autor que el docente ha de establecer una nueva relación con el alumno, pasa de la función de “solista” a la de “acompañante”. FLECHA, R., GARCÍA, C., y MELGAR, P., “El proceso educativo de convergencia europea, una mirada crítica”, *Revista Universitaria de Formación del Profesorado*, 18 (3), (2004), pág. 82.

¹¹ BRAVO BOSCH, M.J., “El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano”, cit., pág. 2. La autora advierte que en este contexto la figura del estudiante viene determinada por ser un mero destinatario de contenidos de carácter didáctico sin que pueda advertirse ningún tipo de aspecto práctico en su formación.

mismo sentido, debemos convenir con Benito de la Cruz que la introducción de las TICs en la educación no es una nueva moda, sino que se trata de una apuesta por la innovación, fundamentada en una reflexión profunda sobre los roles que deben adoptar los profesores y alumnos en el EEES¹². Por tanto, las ventajas que se deben entresacar de las TICs son, entre otras, las siguientes: a) representa nuevas posibilidades en la comunicación, colaboración y distribución de los conocimientos; b) facilita una atención personalizada y el seguimiento del alumno a través de las tutorías virtuales; c) permite al alumno y a su grupo realizar autoevaluaciones y coevaluaciones de su aprendizaje; d) permite una clara integración y utilización dentro y fuera del aula; e) fomenta la iniciativa, la originalidad y la creatividad; f) potencia las habilidades de búsqueda, selección, valoración y organización de la información; g) fomenta el aprendizaje autónomo y desarrolla las estrategias de autoaprendizaje; h) contribuye a un aprendizaje individualizado que permite recorrer diferentes caminos, estableciéndose un aprendizaje “ramificado” y “personalizado”; i) permite una comunicación directa e intercambio de ideas y, por tanto, se produce un conocimiento compartido a través de los recursos de comunicación; j) prepara al estudiante para el uso efectivo de estas nuevas tecnologías y su buen aprovechamiento en el futuro; k) permite el acceso rápido y actualizado a la información.

Todas esas ventajas hacen valorar muy mucho a las TICs y los entornos en los que se pueden desarrollar, como por ejemplo, la plataforma Moodle, objeto de nuestro trabajo.

Esta plataforma puede definirse como un paquete de software para la creación de cursos y sitios web basados en Internet¹³, en suma, se trata de una plataforma donde se adecua un proyecto diseñado para dar soporte a un marco de

¹² BENITO DE LA CRUZ, A., Nuevas claves para la docencia universitaria en el EEES, Madrid (2005). RUÉ, J., *Enseñar en la Universidad. El EEES como reto para la Educación Superior*, Madrid, 2007, págs. 87 y 88. Este autor señala como uno de los pilares fundamentales del proceso de Bolonia el tiempo efectivo de estudio de los estudiantes frente a una diferente situación actual previa a la entrada del creditaje ECTS, indicando sobre éste que se estructura en la carga de trabajo del alumno dentro de una formación y, además, una situación cambiante como es el elemento de reconocimiento y de acreditación externa de la formación realizada.

¹³ ADELL, J., “La internet: posibilidades y limitaciones”, en AA.VV., *La Comunidad Valenciana ante la sociedad de la información*, Fundación Universidad-Empresa, 1996, págs. 27 a 32.

educación social constructivista: plataforma que, además, permite crear contenidos que puedan ser distribuidos a través de Internet, así como dentro de nuestra propia red interna o LAN¹⁴. Resumidamente, es el soporte por el cual cada usuario puede adoptar un rol que le permite interactuar de distintas maneras a través de las variopintas herramientas que componen su propio universo y que propicia la interrelación virtual, de carácter colaborativo, con cualquier usuario dentro de la plataforma.

3. SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL.

“A la institución de la Universidad le compete, en definitiva, la construcción de una ciencia del Derecho penal...”; entre otras, con esta aseveración introducía Terradillos Basoco la Lección inaugural del curso académico 2005-2006 de la Universidad de Cádiz, donde se marcaron una serie de pautas para el estudio universitario muy cercanas al modelo que se nos avecina¹⁵. Señala el autor precitado que la misión de la Universidad no puede ser sólo suministrar soluciones técnicas que sirvan de instrumento aplicativo de las grandes decisiones políticas; es por ello que se le da una mayor competencia a los universitarios para aportar criterios, principios y métodos que doten de sentido a todo el sistema. Se trata de que el hecho de estudiar la disciplina del Derecho penal, en cuanto que Derecho positivo, no debe implicar memorizar los artículos de un Código, de

¹⁴ A mayor abundamiento, HOLGADO SÁEZ, C., “Luces y sobras de la Plataforma Moodle: Valoración y Experiencia didáctica en Lenguas Extranjeras”, *II Conferencia Conjunta Iberoamericana sobre tecnologías del aprendizaje, III simposio pluridisciplinar sobre diseño y evaluación de contenido educativo [SPDECE]*, CciTA 2010, pág.2, (en prensa). La autora incide en que el hecho de contar con un moderno y potente entorno virtual, no garantiza la efectividad ni la buena calidad del curso que se crea, pues a modo de crítica señala que la única utilidad que se le da hasta el momento a los cursos virtuales es la función de repositorio, resumidamente, colgar los materiales y subir tareas. PÉREZ CASALES, R., ROJAS CASTRO, J., y PAULÍ HECHAVARRÍA., “Algunas experiencias didácticas en el entorno de la plataforma Moodle”, en *Revista de Informática Educativa y Medios Audiovisuales*, vol.5, 10, (2008), pág. 2. El constructivismo social se basa en al idea de que el conocimiento se va construyendo en el estudiante a partir de su participación activa en el proceso de aprendizaje en lugar de ser transmitido de manera estática por el profesor.

modo que estudiar derecho penal es algo más que eso; se trata de interpretar e incluso proponer, es más, aplicar al estudio de las leyes un método riguroso, el método dogmático, que ha conducido a una muy elaborada teoría del delito, como sistematización, interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica. Pero dicha propuesta no puede quedar en asumir un modelo axiomático cerrado, en suma, como propone Terradillos Basoco, “esclerotizado” en el que encajen todas las piezas mecánica e irreversiblemente; por el contrario, se trata de propugnar un análisis abierto, idóneo para el desarrollo jurídico y social que no prejuzga cuestiones jurídicas aún no resueltas y que deja siempre un portillo abierto a la investigación creativa¹⁶. Pero desde el punto de vista de la enseñanza del Derecho penal hay que recurrir a la idea de que éste es mucho más que esa dogmática que hemos subrayado; sería muy importante a la hora de enseñar nuestra disciplina, llegar a una convergencia entre una explicación casuística y la dogmática, entendiendo que el casuismo jurídico requiere una formación teórica previa formulada de manera sistemática que sirva de base al razonamiento jurídico que se empleará en la práctica casuística; se trata de recurrir a metodologías propias de las ciencias sociales para analizar el delito como un método empírico, en definitiva, observar su entorno, los factores desencadenantes, su frecuencia y gravedad, las características de autores y víctimas, etc. Pues bien, frente a toda esta pléyade de elementos que deben analizarse para la correcta enseñanza y, por ende, entendimiento del Derecho penal es necesario que la Universidad le proporcione al estudiante unos instrumentos para responder a las grandes preguntas; es por dicho motivo por lo que no podemos aceptar que las Facultades de Derecho se limiten al análisis de las relaciones normativas, delegando en otros centros el estudio del ser, de lo fáctico; por tanto, las Facultades de Derecho han de facilitar

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, J., “Sobre El sentido de la enseñanza del Derecho penal”, *Lección inaugural pronunciada en el solemne acto de apertura del curso académico 2005-2006 de la Universidad de Cádiz*, Campus de Jerez de la Frontera el día 30 de septiembre de 2005, pág. 4.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 6.

a sus estudiantes el conocimiento del mundo del ser, incluido el ser normativo, pero para ponerlos en condiciones de diseñar el mundo del deber ser¹⁷.

La cuestión es ¿cómo vamos a diseñar ese modelo de enseñanza para intentar hacer entender a nuestros estudiantes ese modelo de Derecho penal que hemos diseñado?, ¿Es suficiente la enseñanza tradicional para dicha tarea? A mi juicio el modelo tradicional es insuficiente, eso sí, no podemos perder la perspectiva, se trata de transformar la clase magistral y de proponer nuevas opciones, tareas, ejercicios de interpretación, utilizar las herramientas audiovisuales, en definitiva, darle un nuevo sesgo al modelo de enseñanza sin perder la esencia de lo que es la clase tradicional; no se trata de volvernos locos y de que todo lo anterior, esas clases magistrales¹⁸, los esquemas, los apuntes tradicionales o las clases prácticas al uso tengan que quedar como unos elementos antdiluvianos, todo lo contrario, lo que interesa es convertir todo lo anterior en una base firme para, a través de las nuevas tecnologías y nuevos métodos docentes darle un mayor contenido de implicación al alumno en este nuevo modelo universitario que ha diseñado el Espacio Europeo de Educación Superior y que hemos intentado poner de relieve en estas páginas donde se examina estos nuevos métodos utilizados para la asignatura Derecho penal de la empresa¹⁹.

¹⁷ *Ibid.*, pág. 8.

¹⁸ BRAVO BOSCH, M.J., "El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano", cit., pág. 8. Señala esta autora que la clase magistral es la metodología didáctica más utilizada y advierte que pese a todo sigue siendo una herramienta muy útil, si se sabe utilizar en su justa medida, aunque indica que no es menos cierto que debe ir acompañada de otros métodos de enseñanza para conseguir los mejores resultados en la adquisición de conocimientos del discente. Incide en que la clase magistral será necesaria al principio del curso académico donde la interacción se plantea entre el docente y el estudiante. Cfr. GARCÍA SAN JOSÉ, D., "Discentes, docentes y crédito europeo. Coordenadas del proceso de enseñanza-aprendizaje significativo del Derecho Internacional Público en el Espacio Europeo de Educación Superior", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, pág. 1.

¹⁹ En este sentido, Villa Sánchez propone el desaprendizaje con el ánimo de borrar hábitos y costumbres que llevan a la persona a la rutinización de la conducta; sin embargo, quizá sea más conveniente el hecho de que cada profesor observe su actitud ante el nuevo proceso de innovación pedagógica y no deseche su método sino que lo transforme. Cfr. VILLA SÁNCHEZ, A., "El proceso de convergencia Europeo y el papel del profesorado", cit., pág. 104.

4. UN ACERCAMIENTO AL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA.

El Derecho penal de la empresa (en adelante DPE) es una parte de la disciplina jurídica del Derecho penal²⁰; sin duda, el derecho penal es único, pero por cuestiones de sistemática docente se ha dividido en diversas ramas. El DPE pertenece a la rama del derecho penal parte especial que, a su vez, trata del estudio particularizado de los delitos. Puede entenderse que la parte de la asignatura examinada consta de una parte general junto a una parte también especial referida a los delitos propios que se desarrollan en el entorno de la empresa; al mismo tiempo, se trata de un mecanismo de control social que plantea cierta dificultad de actuación y de aprendizaje por cuanto representa una cierta especialidad de aplicación del derecho penal a otros mecanismos de control social que circundan en los entornos empresariales y que pueden venir de la mano de los problemas que radican, por ejemplo, en el derecho laboral (derechos de los trabajadores), mercantil (empresas o entidades mercantiles), administrativo (medio ambiente), derecho de la propiedad industrial (fraudes en patentes y marcas), entendiéndose que en el Derecho penal rige el principio de fragmentariedad y de *última ratio* por el que este derecho sólo debe actuar cuando otras disciplinas sean incapaces de resolver otros problemas jurídicos propios y no haya más remedio que acudir al derecho penal para resolver la situación y aplicar una justicia determinada propia de un estado social y democrático de derecho.

Por tanto, el DPE es un compendio de parte general, de contenido abstracto y teórico muy elevado por lo que se plantea una determinada dificultad para ser asimilada por parte del alumnado. Por ello, bajo ese prisma, debemos

²⁰ Se ha considerado el Derecho Penal de la Empresa como una rama del Derecho Penal Económico cuya partida de nacimiento hay que datar a mediados del siglo XX. Así se expresa, TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la Empresa*, Madrid, 1995, pág. 11. El mismo, "Sistema penal y empresa", en TERRADILLOS BASOCO, J., y ACALE SÁNCHEZ, M., (coords.), *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico*, Cádiz, 2008, pág. En este trabajo subraya el autor que el Derecho Penal de la Empresa no puede proponer ni una expansión del *ius Puniendi*, ni una reformulación de los principios de imputación penal, ni una nueva disciplina académica, con contenidos y metodología propios. PRADEL, J., "Les responsabilités pénales dans l'entreprise", en AA.VV., *Bilan et perspectives du Droit pénal de l'entreprise*, Actas del IX Congreso de la Association Française de Droit Pénal, Paris-Aix Marseille, 1989, pág. 35.

preguntarnos si las metodologías activas podrían no sólo mejorar el aprendizaje de contenidos y formar en competencias, sino que también puedan servir para mejorar la motivación y los resultados respecto a la docencia de esta rama del derecho penal en las facultades de derecho²¹.

En consecuencia, con la utilización del apoyo virtual de la plataforma Moodle intentamos mejorar el rendimiento académico del alumno que participa en el proceso de aprendizaje *on line* de la asignatura, la adquisición por parte de éste de las competencias implícitas en las metodologías activas, como las transversales que en el DPE vienen determinadas por la formación teórica y práctica adecuada para comprender e interpretar los conceptos propios del estudio de la delincuencia empresarial; la soltura en el manejo del conjunto normativo y jurisprudencial del DPE; la capacidad para interrelacionar conceptos de las diferentes ramas del derecho para aplicarlos a la realidad jurídico-penal de la empresarial; la capacidad de argumentación suficiente para mantener, ante supuestos prácticos relacionados con los delitos cometidos en el seno de la empresa, acusaciones y/o defensas sólidas desde el punto de vista penal y procesal; y, junto a ellas, las competencias específicas que se requieren en la asignatura examinada en este trabajo entre las que se encuentran la cognitivas (pensamiento crítico, argumentación jurídica, toma de decisiones, capacidad de convicción), procedimentales/instrumentales (expresión oral y escrita, trabajo en equipo, búsqueda y gestión de información, autoevaluación y coevaluación); y, por último, las competencias actitudinales (interés y motivación, interrelación con el mundo social, actitud participativa); aparte de lo anterior, se procurará un cambio en la actitud general del alumnado implicado ante las materias penales y, unido a lo anterior, una mayor capacidad del alumnado, de un lado, para relacionar con fundamentos y riqueza de matices en los ámbitos del DPE y, por otro, para vincular la abstracción teórica del sistema penal al conjunto de la materia penal y del resto de disciplinas jurídicas de carácter material y formal.

²¹ AA.VV., *Metodologías activas para la docencia en las ciencias económicas y jurídicas*. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2009, págs. 34 y ss.

En cuanto al desarrollo de la asignatura DPE en la Universidad de Cádiz debe señalarse que se trata de una asignatura optativa de segundo ciclo con 6 créditos ECTS: 4 teóricos y 2 prácticos pero que desde un punto de vista pragmático y de la utilización de nuevas tecnologías tanto presenciales como virtuales resulte con un carácter mixto teórico-práctico y que se imparte en régimen semipresencial en virtud del espacio europeo que acoge dicha Universidad; del mismo modo, la dificultad en el aprendizaje de la misma requiere que, aunque no sea un prerrequisito, se recomienda a los alumnos haber cursado las asignaturas troncales de Derecho penal de la licenciatura de derecho (Introducción al Derecho penal , Tª del delito y de la pena, Derecho penal parte especial) con carácter previo además de tener conocimientos en otras disciplinas señaladas *supra*.

Con todo, la distribución de las horas de la asignatura vendrá referenciada por un total de 150 horas de las cuales 28 serán clases teóricas, 12 serán de carácter práctico y además habrán de incorporarse tareas como exposiciones o seminarios y tutorías especializadas bien de carácter presencial o virtual con un mínimo de 6 horas, además, se realizarán actividades académicas dirigidas, sin presencia del profesor, en un total de 34 horas y también comprenderá todo este desarrollo docente tanto 70 horas más que se dividirán en 40 horas de estudio y 30 de preparación del trabajo personal.

5. METODOLOGÍA EN EL DPE: UTILIZACIÓN DE LAS TICS

En lo referente a los recursos a utilizar en el desarrollo de la asignatura DPE hay que señalar que el curso virtual está organizado en bloques que representan semanas, con el objeto de que el alumno sepa desde el principio del cuatrimestre las actividades que debe realizar a lo largo del curso. Todas las lecciones del temario, en una versión reducida y simplificada, se pondrán a disposición del alumnado desde el comienzo del curso, en forma de repositorio; con ello, se dota de mayores dosis de agilidad a las clases presenciales, en la medida en que el profesor no tiene necesidad de dictar apuntes (herencia de la

clase magistral tan denostada por Bolonia)²² y que le ayuda a evitar el estrés producido por el tiempo que tiene disponible de clases para acabar el programa completo: por su parte, dicho alumnado debe acudir a la clase teniendo ya una noción general sobre la lección que se va a explicar, ya que a través del cronograma y calendario se les comunica el contenido que será tratado en cada clase. De este modo, las clases presenciales pueden centrarse en la resolución de las dudas que se vayan planteando y en la exposición de diferentes ejemplos prácticos que ayudan a clarificar el sentido de los contenidos teóricos (quizá esta pueda ser un método de correcta transformación de la clase magistral), dejando mayor tiempo libre para el desarrollo de capacidades y habilidades concretas. Este es el primer aspecto de mejora de las herramientas virtuales a la docencia presencial, por tanto, una primera conclusión sería la mejora exhaustiva de contenidos que se produce a través de la plataforma.

En el curso virtual perteneciente a Moodle²³ sobre el que gira este estudio es sabido que se compone de dos bloques bien diferenciados: de un lado, los “recursos” (que no poseen carácter colaborativo o interactivo); de otro, las “actividades” (entre las que se encuentran algunas de corte colaborativo).

En referencia a las primeras, debe señalarse que dentro de los recursos aparecen determinados documentos necesarios para el buen desarrollo docente de la asignatura. En una primera aproximación, nos encontramos en el bloque central del curso virtual DPE de la Universidad de Cádiz un “compromiso de adhesión” por el cual el alumnado se fideliza con la asignatura pues, como ya se explicó, esta disciplina exige un componente presencial cuatrimestral por el cual el estudiante

²² SOSA WAGNER, F., “Bolonia y los estudios de Derecho”, *Faneca*, : En línea, <http://uniseria.blogspot.com/2010/01/bolonia-y-los-estudios-de-derecho-por.html>, (01/02/2010), pág. 2. El autor señala que Bolonia pretende unos nuevos cambios de métodos; se trata de que los docentes y los discentes trabajen más y lo hagan en seminarios, en clases prácticas, en sesiones de debate, etc. Incide Sosa Wagner en el hecho de que lo que se pretende es destronar la clase magistral, aunque ello no quiere decir exiliarla, por cuanto “*aunque parezca una exageración quedan muchos maestros en las Facultades de Derecho...*”.

²³ PÉREZ CASALES, R., ROJAS CASTRO, J., y PAULÍ HECHAVARRÍA, G., “Algunas experiencias didácticas en el entorno de la plataforma Moodle”, cit., pág. 2. Los autores indican que Moodle es un sistema de gestión de contenidos educativos (CMS) que posibilita la organización de cursos a partir de la creación y combinación de recursos educativos gestionados dentro de la misma plataforma.

se compromete a asistir a las clases presenciales y a llevar al día todo el trabajo “casero” al objeto de permanecer hasta el final del curso en este sistema semipresencial, pues el otro modelo es el del examen para el cual no hace falta el seguimiento de la asignatura; por tanto, en el primer sistema nos encontramos con un sistema de evaluación continua más propio del modelo Bolonia donde existe un mayor porcentaje de interacción entre el docente y el discente.

Otro documento que nos encontramos en el bloque central es el de la “prueba de nivel”; el primer día de clase se anuncia al estudiante, en virtud de las dificultades advertidas *supra* sobre el entendimiento de la asignatura, que una vez aceptado el compromiso de llevar este sistema semipresencial, deberá realizar un cuestionario en el que se observa el nivel del alumno a la hora de afrontar la asignatura para que el profesor sepa modular el trabajo presencial y hacerle al alumno una introducción a la disciplina más acorde con sus conocimientos previos a cursar la misma.

El siguiente recurso utilizado es la tarea, entendida esta como una actividad que permite al profesor asignar un trabajo a los estudiantes que estos deberán preparar en formato electrónico y remitirlo al curso; la actividad que se exige al alumno son cuatro tareas que se deberán subir en el transcurso del curso y que versan sobre las reflexiones que les sugiere al alumnado la proyección del documental “*La corporación*” y otro documental que sugiere algunos problemas jurídicos penales propios de esta asignatura como es el “Caso *Enron*”, donde el discente deberá exponer su punto de vista sobre lo que le suscita el visionado de dicha película.

Asimismo, dentro de los recursos también se encuentran documentos legislativos (repositorios); en estos aparecen unos textos normativos dedicados a completar la formación del alumno y de ayuda a la realización de los casos prácticos; esta herramienta utilizada en este sentido favorece la realización del trabajo exigido en la asignatura sin que el alumno tenga que salir del curso virtual para que tenga elementos de apoyo al mismo (Código Penal, Código de Comercio, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, etc.)

Dentro de los recursos también se encuentran los materiales para el estudio del programa. Este material viene determinado por cuatro lecciones introductorias y seis lecciones de parte especial en donde el alumno tiene que realizar trabajos de corte individual para posteriormente estructurar un trabajo colaborativo presencial.

El alumno posee en el curso virtual, además de los temas propio del programa de la asignatura, unos materiales prácticos que van a dar lugar a unas técnicas colaborativas presenciales; éste aprendizaje colaborativo sigue una metodología participativa, definida como el *“conjunto de procesos, procedimientos, técnicas y herramientas que implican activamente al alumno en el proceso de enseñanza/aprendizaje, es decir, se trata de un enfoque metodológico de carácter interactivo basado en la comunicación dialógica profesor/alumno que potencia la implicación responsable del estudiante”*²⁴.

Por su parte, el alumno deberá bajarse tanto el tema teórico como la práctica correspondiente con la finalidad de llevar a clase dichos documentos para iniciar presencialmente el caso colaborativo. Así pues, la asignatura, presencialmente, pivota sobre una técnica colaborativa que se denomina puzzle²⁵. Ésta técnica viene referida por dos aspectos: de un lado, es trabajo colaborativo y, de otro, es técnica de refuerzo. La asignatura se organiza en grupos de tres personas que se eligen al azar que trabajan coordinadamente sólo en clase pues el trabajo fuera del aula lo realizarán individualmente, por lo que la inclusión de herramientas en el aula virtual hace que el alumnado pueda fijarse el horario para realizar dichas actividades individuales.

Los primeros veinte minutos de clase presencial se dedican a la resolución de dudas que el alumno trae preparadas de casa una vez descargado el material del aula virtual.

²⁴ AA.VV., *Metodologías activas para la docencia en las ciencias económicas y jurídicas*, cit., pág. 40.

²⁵ TRAVER MARTÍ, J.A., y GARCÍA LÓPEZ, R., “La técnica del puzzle de Arosón como herramienta para desarrollar la competencia ‘compromiso ético’ y la solidaridad en la enseñanza universitaria”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, nº 40/4 (2006), pág. 5. Señalan estos autores que la técnica del puzzle ha mostrado su eficacia para educar en actitudes; para

En lo referente a la preparación del caso práctico, el alumno, después de la lectura individual en casa, se reúne en grupos base (Abogado, Fiscal y Juez) para leer y poner en común cada uno su parte, situación que durará otros 20 minutos; con posterioridad, se divide la clase en tres grupos (expertos) donde se ponen en común las ideas de los alumnos a través de sus roles, citados *supra*, y cuyo lapso temporal será de 20 minutos; consecutivamente a esta fase se vuelven a reunir los grupos base para redactar la propuesta de solución al caso y su duración será de 40 minutos (cada miembro del grupo expone a los otros la preparación del caso desde su punto de vista (acusador, defensor y juzgador), en esta fase se realizará el entregable de grupo con las líneas generales de las tres posiciones y se preparan para la última fase donde tres alumnos expondrán el caso práctico pero utilizando roles diferentes a los que han sido utilizados en la clase práctica, de tal modo que, por ejemplo, quien ha sido juez, a la hora de salir a exponer el caso, podrá ser abogado o fiscal pero nunca juez. Esto certifica, sin duda, la preponderancia en esta asignatura del trabajo colaborativo a la hora de resolver los supuestos prácticos.

Pero a través de los “recursos” establecidos en el curso virtual debe tenerse en cuenta que existe también trabajo colaborativo a través de las TICs que son de muy provechosa utilización. En este sentido, cabe destacar la utilización de “foros” que aparecen en varios apartados; primero, el foro puede ayudar a establecer un lugar de intercomunicación entre el alumno y el profesor por el cual se van a exponer las dudas de cualquier tipo sobre el desarrollo de la asignatura en general; un segundo foro, es el de novedades e información del profesor, en el cual el profesor anuncia cualquier tipo de hecho, modificación o cambio que le interese comunicar en el devenir de la asignatura, e incluso cualquier tipo de actividad que se vaya a realizar, es más, puede utilizarse como refuerzo de recordatorio de la siguiente clase como ya se utiliza en la asignatura examinada. Estas son las herramientas colaborativas generales que se ubican bajo la etiqueta “foros”.

promocionar actitudes positivas hacia la escuela, el estudio y los compañeros; y, particularmente, para la enseñanza-aprendizaje de la actitud de solidaridad entre el alumnado.

Otros foros que aparecen en el curso virtual ya vienen encasillados debajo de cada tema a desarrollar de la parte especial del DPE, lecciones de la cinco a la diez. Éstos poseen diversos contenidos, el más importante es el hecho de participación activa del alumnado en el comentario de diferentes cuestiones o ejemplos dados en clase. Así, se ha llegado a introducir en el foro temas de derecho penal en general y de DPE en particular en lo que acontece a la asignatura estudiada de modo que han tenido un importante impacto en la opinión pública ya que constituyen tema de debate que combinan la actualidad con una particular relevancia desde el punto de vista doctrinal. En nuestro caso concreto, realizamos ejercicios programados para cada tema a través de foros, de tal modo que en cada tema se incluyen cuatro foros: el primero, dedicado a alguna cuestión propia de la lección y que genere cierto debate, y así cumplir eficazmente con la exigencia del trabajo colaborativo o cooperativo que inunda el sentido del EEES. Junto a ese foro de reflexión o debate, también se apunta un segundo foro en el que se ha de subir al curso virtual las dudas que genera el tema y que expusimos *supra*, cuando nos referíamos a las dudas que el alumno debe aportar a la clase presencial y que la subida al foro será considerada como entregable individual; el tercer foro puede ser dedicado a otra actividad como es la de subir al aula virtual una sentencia del tema concreto (al menos el link donde viene ubicada en su repertorio) que se trate en esa sesión y su posterior comentario para que, dentro del foro, todos los alumnos tengan acceso a sentencias que le apoyen, desde el punto de vista jurisprudencial, el análisis del tema examinado; por último, otra acción que se desarrolla a través de la actividad de foro es la entrega del caso finalmente resuelto con carácter individual; debajo de la etiqueta “varios” de la interfaz aparecen tres modelos de escrito desde el punto de vista jurídico: uno, de un escrito de defensa, otro de un escrito de acusación y, finalmente, uno correspondiente a un formato de sentencia a los cuales el discente deberá adecuar su trabajo para subirlo a través del foro intitulado “*Entrega del caso...*” para ultimar los trabajos necesarios al objeto de salvar el desarrollo de la lección en cuestión.

La entrega de trabajos de cada tema culmina con una herramienta novedosa y muy potente como es LAMS²⁶; en nuestra asignatura la ponemos en práctica con la actividad “*Assessment*” (traducción propia: cuestionario) y con la que podemos establecer una serie de preguntas tipo test que también pueden ser utilizadas como técnicas de refuerzo para la explicación del tema.

Junto a los recursos anteriores, en el ámbito cooperativo, podemos contar con la actividad “base de datos”. En este lugar nos hallamos ante dos figuras utilizadas: la primera de ellas es la “Hemeroteca”; en el campo del DPE los alumnos deben utilizar la hemeroteca para incluir en ella “*dossieres*” de prensa que han de elaborar para advertir diariamente los conflictos de valores y sus ponderaciones; en cada uno de los campos de la herramienta se establecerán, entre otros, el título de la noticia, la fecha, el fuente donde aparece y un comentario sobre la noticia. Para respaldar esta actividad en el bloque derecho del curso virtual aparece un canal RSS dedicado a incluir las noticias diarias más importantes en la prensa de tirada nacional en este caso concreto. Esto facilitará al alumno la labor e incluso le permitirá acudir a la noticia con más celeridad y concreción para poder realizar su ejercicio.

La otra base de datos que utilizamos en esta asignatura es la “Cineteca” en la que el alumno deberá introducir una película que esté relacionada con algún tema de la asignatura. En esta base de datos también se introducen una serie de campos como puede ser el hecho de subir al campus virtual el póster del film, la sinopsis del mismo, el género, comentarios sobre el mismo, etc.²⁷.

Por tanto, a modo de conclusión, nuestro curso virtual es una mezcla de herramientas individuales y cooperativas que refuerzan el aprendizaje presencial de la asignatura, por lo que se desprende una valoración, a nuestro juicio, muy positiva (en el mismo sentido se pronunciaron los alumnos de la experiencia piloto

²⁶ LAMS es una herramienta de diseño de secuencias de aprendizaje, inspirada en el Learning Desing, que nos permite construir rutas a través de las cuales los alumnos pueden avanzar a través de sus logros. En este sentido, DE LA TORRE, A., “Moodle y LAMS”, En línea, http://www.adelat.org/index.php?title=moodle_y_lams&more=1&..., (27/11/2009), pág.1.

²⁷ ABEL SOUTO, M., Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en el EEES”.cit., pág. 43.

del curso 2008/2009 de la Universidad de Cádiz que valoró la asignatura con una puntuación de 4,9 sobre 5) del Campus Virtual, entendiendo como herramienta de futuro LAMS que, en este momento, sirve para respaldar alguna que otra carencia de Moodle en lo que al trabajo colaborativo se refiere.

6. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Metodologías activas para la docencia en las ciencias económicas y jurídicas*. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2009.

ABEL SOUTO, M., “Nuevas metodologías de aprendizaje en el espacio europeo de enseñanza superior mediante la Revista de Ciencias Penales”, en *Dereito, Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol.14, nº 1 (2005).

ABEL SOUTO, M., “Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en EEES”, en FERREIRA, J., MANEIRO, Y., MIRANDA, J.M., SANTIAGO, D., (dirs.), *Actas del II Simposio Compostelano sobre enseñanzas jurídicas*, Universidad de Santiago, 2009.

ADELL, J., “La internet: posibilidades y limitaciones”, en AA.VV., *La Comunidad Valenciana ante la sociedad de la información*, Fundación Universidad-Empresa, 1996.

ANDRÉS ZAMBARANA, L., y MANZANO ARRONDO, V., “¿Hacia dónde camina la Universidad? Reflexiones acerca del EEES”, en *Revista Interuniversitaria de Formación del profesorado*, 18,3 (2004).

BENITO, A., CRUZ, A., *Nuevas claves para la docencia universitaria en el EEES*, Madrid (2005).

BENITO, A., y CRUZ, A., Metodología de la enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de competencias, Madrid, 2005.

BRAVO BOSCH, M.J., “El espacio europeo de educación superior y la nueva docencia del Derecho Romano”, en *Revista electrónica de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, <http://www.refdurg.com> [Consulta: 30/06/2009], pág. 5. AA.VV., “El nuevo rol del profesorado en el EEES: un caso concreto”, Ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Innovación Universitaria en la UEM (2007).

DE LA TORRE, A., “Moodle y LAMS”, en línea, http://www.adelat.org/index.php?title=moodle_y_lams&more=1&

FERNANDEZ BUJÁN, A., “Clasicidad y utilidad del estudio del Derecho Romano”, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 6 (1987).

FLECHA, R., GARCÍA, C., y MELGAR, P., “El proceso educativo de convergencia europea, una mirada crítica”, *Revista Universitaria de Formación del Profesorado*, 18 (3), (2004),

GARCÍA SAN JOSÉ, D., “Discentes, docentes y crédito europeo. Coordinadas del proceso de enseñanza-aprendizaje significativo del Derecho Internacional Público en el Espacio Europeo de Educación Superior”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006.

HOLGADO SÁEZ, C., “Luces y sobras de la Plataforma Moodle: Valoración y Experiencia didáctica en Lenguas Extranjeras”, *II Conferencia Conjunta Iberoamericana sobre tecnologías del aprendizaje, III simposio pluridisciplinar sobre diseño y evaluación de contenido educativo [SPDECE], CcITA 2010.*

HOLGADO SÁEZ, C., y RÍOS CORBACHO, J.M., “El espacio europeo de educación superior: técnicas y herramientas colaborativas en el derecho”, en *Dereito*, vol. 18, nº 2 (2009).

LAZARI, A., “Las universidades europeas entre pasado y futuro: reflexiones personales sobre las implantaciones del EEES”, en línea, <http://www.reei.org>.

MICHAVILA, F., y CALVO, B., *La universidad española hoy. Propuestas para una política universitaria*, Madrid, 1998.

NAVARRO DEL ÁNGEL, D., “Modelos educativos y entornos virtuales de enseñanza”, en *Entelequia*, nº 10 (2009).

ORTEGA Y GASSET, J., “Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía”, *Revista de Occidente*, Alianza editorial (1982).

PÉREZ CASALES, R., ROJAS CASTRO, J., y PAULÍ HECHAVARRÍA., “Algunas experiencias didácticas en el entorno de la plataforma *Moodle*”, en *Revista de Informática Educativa y Medios Audiovisuales*, vol.5, 10, (2008).

PRADEL, J., “Les responsabilités pénales dans l’entreprise”, en AA.VV., *Bilan et perspectives du Droit pénal de l’entreprise*, Actas del IX Congreso de la Association Française de Droit Pénal, Paris-Aix Marseille, 1989.

RUÉ, J., *Enseñar en la Universidad. El EEES como reto para la Educación Superior*, Madrid, 2007.

SOSA WAGNER, F., “Bolonia y los estudios de Derecho”, *Faneca*, en línea, <http://uniseria.blogspot.com/2010/01/bolonia-y-los-estudios-de-derecho-por.html>.

TERRADILLOS BASOCO, J., "Sobre El sentido de la enseñanza del Derecho penal", *Lección inaugural pronunciada en el solemne acto de apertura del curso académico 2005-2006 de la Universidad de Cádiz, Campus de Jerez de la Frontera el día 30 de septiembre de 2005.*

TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la Empresa*, Madrid, 1995.

TERRADILLOS BASOCO, J., "Sistema penal y empresa", en TERRADILLOS BASOCO, J., y ACALE SÁNCHEZ, M., (coords.), *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico*, Cádiz, 2008

TRAVER MARTÍ, J.A., y GARCÍA LÓPEZ, R., "La técnica del puzzle de Arosón como herramienta para desarrollar la competencia 'compromiso ético' y la solidaridad en la enseñanza universitaria", en *Revista Iberoamericana de Educación*, nº 40/4 (2006).

VÁZQUEZ GÓMEZ, G., *Formación científica y métodos del profesorado universitario*, UIMP, Santander, 2003

VILA PÉREZ, M., "El proceso de Bolonia desde las aulas, educación e intereses capitalistas", *Entelequia*, nº 10 (2009).

VILLA SÁNCHEZ, A., El proceso de convergencia europeo y el papel del profesorado. *Foro de Educación*, vol. 7 y 8, (2006).

PENA, CASTIGO Y PREVENCIÓN EN LA SOCIEDAD ACTUAL* . DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A LAS ALTERNATIVAS DE LA PENA

*Carlos Sánchez Escobar
Profesor de la Universidad José Simeón Cañas y de la
Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer*

Sumario. Introducción. I. Pena y castigo, De los mitos empíricos a las realidades normativas. 1. La pena de prisión como propuesta de reducir el crimen. 2. Conocimiento y disuasión. 3. Aspectos económicos de la pena. 4. Prevención cognitiva. II. La inocuización del delincuente como meta de la reforma penal. 5. La pena de prisión como instrumento de incapacitación. III. El resurgimiento de la prevención. El derecho penal de la post-modernidad. 6. Los fundamentos de la prevención general positiva. 7. Función limitadora y fundamentadora de la prevención general positiva. IV. El mantenimiento de la prevención especial. 8. Esplendor y crisis de la resocialización. 9. Crítica y vigencia de la finalidad resocializadora. V. Reduccionismo de la pena como opción. 10. Visión mínima de la pena. 11. Fundamentos políticos de la sanción penal. 12. Principialismo punitivo y penas alternas. 13. Política penal y reduccionismo. VI. El modelo de penas alternativas. 14. Un sistema penal alternativo. 15. La predeterminación de las penas alternativas. 16. La razonabilidad de la pena en el modelo alternativo. 17. Configuración de penas alternativas. 18. El incumplimiento de las penas alternativas. A manera de conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El tema de la pena privativa de libertad, siempre es de actualidad, ello no obstante lo antiguo del “castigo”, en las diversas formaciones sociales de la historia humana, la pena ha revestido una trascendencia importante, hasta

* Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Máster y Especialista en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica. Profesor de Post-grado. M.d.B.

configurar lo que actualmente es la pena de prisión, y ahora la búsqueda de las alternativas a la misma, siempre dentro del marco sancionatorio y desde una dimensión de política penal. La presente elaboración examina las cuestiones de la eficacia preventiva de la pena privativa de libertad respecto de las funciones que de ella se pretenden, prevención general y especial desde unos enfoques renovados por la visión de la post-modernidad, los cuales pueden poner en riesgo principio sustantivos de la sistemática penal. A la lectura de los fundamentos de la pena, se trata de agregar una reflexión crítica de la misma y la opción de reducir dicho mecanismo de coerción por un sistema alternativo de penas que sea más coherente con un derecho penal democrático.

I. PENA Y CASTIGO. DE LOS MITOS EMPÍRICOS A LAS REALIDADES NORMATIVAS

1. La pena de prisión como propuesta de reducir el crimen

Una de las cuestiones más discutidas es la supuesta capacidad del derecho penal para prevenir los hechos punibles (Silva Sánchez Política 2000 p 33; Hassemer 1998 p 59) así como la de comprobar empíricamente que cualquier disminución del crimen obedece a la existencia –y a la mayor severidad– de las penas (Carranza 1994 pp. 79 a 80) en lugar de que ello se corresponde a factores sociales, culturales, educativos, de exclusión, económicos etcétera (Rico 1999 p 47 a 48; Wacquant 2000 p 125).

La defensa de la prisión, se ha fundamentado especialmente desde la década de los años sesenta –según se informa– en la sugestiva ideología de que es un mal (Roxin 1997 p 98) aspecto que es aceptado por la doctrina de *communis opinio*, y que además se estima como un mal hasta necesario (Beloff 1993 p 57; Zafaroni 2005 p 33; Cruz Castro 2004 pp. 8 a 12; Jakobs 1997 p 9). Como derivado de ello, un aspecto que es importante analizar desde una perspectiva si se quiere criminológica y penitenciarista, es la necesidad de la pena de prisión, y sus alcances. Precisamente en el trabajo desarrollado en la

postrimerías del siglo pasado von Hirsch-Bottoms-Burney-Wikstrom (Laurrari 2000 p 41, von Hirsch 1999 pp. 6/7) se refieren a la actualidad de la pena desde la finalidad de la prevención general, e informan que desde la clásica visión de Beyleveld a la prevención general se le estima, como una teoría sustancialmente subjetiva, por dos razones básicas: la primera por que la ponderación de la relación coste-beneficio es básicamente subjetiva; en segundo lugar por que la prevención debe ser percibida, no en lo que es, sino en la percepción que la persona cree que es¹.

Si la subjetividad que se reconoce de la prevención general es ya una dificultad, la utilización de dicho mecanismo para ser un desincentivo de los intentos de comportamiento delictivos, mediante la severidad de la pena, pueden generar las siguientes consecuencias no queridas: a) incrementar la delincuencia cuando el castigo no sea percibido como legítimo; b) considerar como normal el estigma del castigo, si gran parte de la población ha sido en algún momento arrestada; c) percibir su inaplicación y asumir que no se producirá ninguna consecuencia (Laurrari 2000 p 41, von Hirsch-Bottoms-Burney-Wilkstron. 1999 p 8)

Para examinar estas cuestiones propias de la eficacia de la prevención general, los estudios seguidos (Laurrari 2000 p 42, von Hirsch-Bottoms-Burney-Wilkstrom 1999 pp. 11/15) se concentraron en la pena que tiene simbólicamente la mayor intensidad de intimidación –en la década de los cincuenta a sesenta– siendo ésta la pena de muerte, de los cuales se concluyó: 1) que entre los Estados que tenía pena de muerte y aquellos que no la tenían, la tasa de homicidios era comparable; 2) que en los Estados en los cuales la pena se había abolido no había concurrido incrementos sustanciales en la tasa de homicidios².

¹ En tal sentido se ha dicho desde un plano de percepción subjetiva de la prevención que el infractor debe haberse dado cuenta de que ha existido un cambio en la severidad de la pena, debe tener en cuenta el riesgo no inmediato y debe estar persuadido de que puede ser detenido, debe de creer que será condenado y en tal sentido debe estar en disposición de alterar sus opciones.

² Un estudio más reciente entre la década de los setenta y ochenta auspiciado por la Academia Nacional de Ciencias –*National Academy of Sciences*– que sobre el tema “*On Research on Deterrent and incapacitative Effects*” señaló al menos cuatro dificultades para alcanzar conclusiones inequívocas respecto de los efectos preventivos de la pena: a) la existencia de factores ajenos al castigo que influyen en la tasa de crímenes; b) la dificultad de medir los datos de la delincuencia con exactitud; c) la confusión que media entre los efectos de prevención general e

En tal sentido el estudio sobre los efectos preventivos de la pena de prisión, concluyó que ante el déficit de las investigaciones, al no tener en cuenta el llamado efecto simultáneo, tal limitación no podía sustentar conclusiones suficientes en el sentido que, la prevención fuera un efecto desestimulante sobre el crimen y desde la magnitud de dichos alcances (García Valdés 1986 p 189). Lo anterior significa que el efecto simultáneo puede producir que una elevación de la pena produzca menos condenas (Wacquant 2000 pp. 39 a 40)³.

Para los años noventa también se informa estuvo marcada por investigaciones importantes quizá la mas paradigmática fue la de Ross la cual estuvo referida no a *felony* sino a crímenes menores –*misdemeanor* como conducción de vehículos bajo ingesta de alcohol– el cual arrojó la conclusión que para los destinatarios era más disuasorio el hecho de ser arrestado que la severidad de la sanción (Larrauri 2000 p 42 Cohen 1997 p 23)⁴. Otros estudios de Nagain determinan que aunque se ha avanzado en los conocimientos de los efectos perseguidos por la prevención general, no es posible que una opción de política penal se afirma exclusivamente sobre la eficacia de la pena (Larrauri 2000 p 42 Hirsch-Bottoms-Burney-Wilkstrom p 17 a 23) por cuanto todavía concurren limitaciones importantes que impiden un conocimiento más acabado de los efectos preventivos, sobre todo la eficacia del tiempo, impacto de la cognición profunda, la no eficacia de la norma penal en su aplicación, desconocimiento de otras causas exógenas y endógenas⁵.

incapacitación; d) la concurrencia del llamado efecto simultáneo, que implica que del mismo modo que se estima que mas castigo conduce a menos delitos, a *contrario sensu* puede ocurrir que un aumento en la severidad de las penas produzca menos condenas.

³ Lo anterior puede tener diversas explicaciones prácticas, así, por que los jueces son concientes del problema de la masificación de las cárceles y eviten su aplicación o por que tienen una mayor cautela ante la posibilidad de imponer penas severísimas; por consecuencia la mayor severidad, no tendría efecto disuasorio en el número de delitos reales cometidos o en los evitados.

⁴ Sobre ello Ross –citado por Cohen–dice: “como alguien que cree que el mundo es un sitio fundamentalmente trágico, me apena ver a personas humanitarias añadiendo más dolor y sufrimiento al ya experimentado por la humanidad con la pretensión justificable pero cuestionable de conseguir efectos preventivos”.

⁵ Para ser mas puntual se detallan los siguientes: (1) los efectos de la intimidación general se diluyen con el paso del tiempo; (2) no hay un conocimiento mas concreto de la relación existente entre aumento de la severidad de la sanción y la percepción subjetiva de los destinatarios abstractos y concretos; (3) las investigaciones que se han realizado no pueden ser asumidas con generalidad; (4) las normas no son aplicadas como lo había previsto el legiferante –*ratio legislatoris*– y no hay estudios concretos sobre la aplicación de las mismas y su impacto; (5)

Ante la situación no concluyente de parte de estudios empíricos que desde la disciplina investigativa, permitan determinar con algún grado de certidumbre, que las sanciones y el incremento punitivo de las mismas puedan incidir en la reducción de los crímenes cometidos, sin que tampoco satisfactoriamente se pueda negar su eficacia en abstención del crimen o una tasa notable de su reducción, es plausible considerar los resultados obtenidos mediante el estudio de otras disciplinas estrechamente ligadas al estudio del delito.

2. Conocimiento y disuasión

Un primer aspecto a tener en cuenta es que para que el derecho penal realice efectivamente su fin preventivo, el mismo debe ser plenamente conocido (Quintero Olivares 1999 p 309 a 310; Gómez-Benítez 2001 p 99; Welzel 2002 pp. 33 a 34; críticamente Silva Sánchez 2009 pp. 21 a 22). Indudablemente los crímenes que coinciden con normas profundamente morales-ético-sociales, enseñadas por todas las formas de control social formal e informal, se estiman naturalmente conocidas por la gran generalidad –*delicta mala in se*–. No obstante, los delitos más utilizados para justificar al derecho penal, son precisamente los que menos amenaza de pena habría de requerir, al encontrarse usualmente no sólo prohibidos sino que introyectados por las distintas formas de conciencia religiosa, moral, educativa y social. En tal sentido podría decirse que en el aspecto prohibitivo –a fuerza de sinceridad– la pena aporta poco al menos en la delincuencia tradicional.

Ahora bien, respecto de los delitos que usualmente no se encuentran respaldados de manera tan consistente por otro tipo de subsistemas normativos, ya sea por que son emergentes, o por que importan una infracción a normas técnicas (Silva Sánchez 2006 p 11) si es posible sostener, que un factor

concurrer confusiones entre la correlación del crimen y su causación; (6) hay dificultades de diferenciamiento de las diversas variables del sistema penal; (7) errores en las estadísticas oficiales del crimen; (8) desconocimiento de tipo de delincuente y que para que delitos puede instrumentalizarse la pena de manea más efectiva; (9) la concurrencia del llamado efecto simultáneo; (10) las dificultades de diferenciar entre efectos de corto y largo plazo; (11)

explicativo de su no ejecución importe una mayor incidencia⁶. También debe indicarse, en cuanto al conocimiento de la ley, que el conocer la misma, no implica el determinar dicho acto, como un acto marcadamente delictivo. Por ejemplo en muchos las personas –tanto las víctimas individuales como las sociales– pueden conocer en un plano una ley, y ante un comportamiento determinado, adecuado a la ley, no perciben el mismo como un delito, lo cual *a fortiori* también puede acontecer con el resto de los destinatarios, en tal sentido, el delito, podría ser percibido como un accidente, una tragedia, una falta, un comportamiento aceptado u tolerado⁷ o inclusive como se ha señalado la realidad delictiva también puede estar condicionada por la “normalidad” cíclica de las ambiciones y aspiraciones que a su vez implican reacciones de mayor intensidad en el control punitivo (Lippens 2009 p 127)

Así respecto de la masa de hechos que permanecen de manera silente en el tejido social, la capacidad preventiva del derecho penal, se ve sino anulada, por lo menos sensiblemente disminuida; *ergo*, ciertas personas podrían tener algún conocimiento de las leyes, pero entender que su acto concreto no es criminal, porque según su sentido no queda comprendido en la prohibición o por que el comportamiento se encuentra justificado (Paeffgen pp. 1999, 213 a 216) con lo cual en tales casos el efecto preventivo del delito y de la pena aparece bastante neutralizado⁸. Otro aspecto, es el de la eficacia que tiene el conocimiento y existencia del derecho penal, en aquellas infracciones penales que no presentan coincidencia con las normas y pautas sociales, en tal caso, la ni la existencia de la

desconocimiento completo de la subjetividad del ser humano para saber si conocen y alteran en base a ello su conducta.

⁶ Sin embargo tal área de delitos, se reduce a un determinado número de posibles infractores, y en todo caso –salvo otra línea de pensamiento– son las clases de delitos que se propugna para los procesos de descriminalización del Estado a efectos que sean intervenidos por la vía del derecho administrativo sancionador.

⁷ En tal sentido si la conducta más se aleja de la apariencia de un crimen, o de un estereotipo de delincuente permite una mayor posibilidad de que no sea llevado a los sub-sistemas del control punitivo y que ingrese la cifra negra o la dorada.

⁸ Una cuestión importante a ser contestada es por que una ley severa no genera los efectos preventivos que de ella se esperan, ciertamente las leyes severas no son aplicadas en toda su dimensión por los subsistemas penales, y en tal sentido hay un sentido neutralizante ante las desproporciones materiales normativas.

norma, ni su conocimiento genera un aspecto preventivo en el sentido de intimidación⁹.

3. Aspectos económicos de la pena

Otro aspecto importante es la dimensión del castigo, es decir, la imagen preventiva de la sanción, se vincula a la idea ponderativa o de racionalidad del ser humano dada sus preferencias y restricciones (Roemer 2007 pp. 38 a 39) ello indica básicamente una visión utilitarista sobre el juicio del llamado *homo economicus* (Silva Sánchez 2000 pp. 42 45). Empero el juicio de balance entre castigo y concupiscencia no es nuevo, y debe afirmarse su incidencia, pero no en un sentido completo y general para el orden social. El castigo podrá prevenir algunas clases de delitos en la clase media, en base a la ponderación de costo-beneficio (Montero Soler-Torres López 1998 p 24) pero ciertamente ello tampoco es decisivo, por cuanto no es la clase media, la franja poblacional que es la primacía del derecho penal (Wacquant 2000 p 27) ello en virtud de que la clase media por su estabilidad en el orden social y político del poder –al menos hasta ahora– no es sujeto predominantemente criminal respecto de ciertos delitos –es decir delinquen más en otras esferas, y no en las tradicionales– o desde una perspectiva mas propia del poder, no delinque por la doctrina del *state in conformity* es decir una recompensa a la obediencia (Laurrari 2000 p 44, Vold Bernard 1986 p 234). Paradójicamente, la norma penal estaría destinada a no prevenir a quien no obtiene las suficientes recompensas en la distribución económica y social (Hassemer 1984 p 384); tampoco lo haría respecto de aquel

⁹ Son diferentes los ejemplos que pueden darse, dos bastarán, algunos delitos como los de conducción temeraria, los delitos de piratería contra la propiedad intelectual o aquellos que involucran conductas de protesta pública parecen que no tienen correspondencia con la adhesión social a dichas conductas como necesitadas de prohibición, de igual manera podría sostenerse de aquellas conductas que criminalizan las pequeñas tenencias o el consumo de drogas, en tales casos determinadas sub-culturas, o cambios valorativos de los patrones culturales, pueden incidir en la introyección de las conductas como prohibidas en el sentido de delito

que es habitual en sus comportamientos, y que no recibe respuesta del sistema y cuando la recibe, percibe tal respuesta como un coste asumido en su rol social¹⁰.

Pero además, debe considerarse que en sus diferentes formas el control social normativo formalizado resulta limitado, con “técnicas de neutralización” las cuales suministran determinadas justificaciones para cometer determinadas conductas delictivas a pesar de que se sepa no sólo de su prohibición sino de que tal actuar constituye un delito (Laurrari 2000 p 44, Matza 1964 p 69)¹¹ o en ultimo sentido entendiendo que el comportamiento es jurídica y moralmente lícito, en el sentido de constituir un *ethos* de carácter amplio, que no radica en la diversidad moral sino a valores compartidos pero contextualizados (Santoro 2008 p 77, Matza y Sykes 1957 pp. 664 a 669). Sobre tal aspecto se informa (Laurrari 2000 p 44, Schuman 1987 p 69) en relación a la capacidad de la pena para impedir ataques racistas de neo-nazis a inmigrantes determinó que lo que incide en reprimir conductas de esta naturaleza xenofóbica, es la modificación de la valoración moral de su conducta, la afectación de sus relaciones sociales –*peer group*– y el riesgo de ser capturados, así como exhibidos públicamente. En tal sentido, el mito de la prevención asume asimismo la imagen de un autor reflexivo, que no se corresponde con la realidad al menos en la generalidad de las circunstancias (Larrauri 2000 p 45 Sheley 1983 pp. 512/515)¹².

¹⁰ Ciertamente este problemas es sumamente complejo respecto de la efectividad del sistema penal, para quienes masifican el delito como forma de vida o de subsistencia, y aprende a vivir en la urbe carcelaria e incluso a ejercer poder el microcosmo carcelario, tampoco a aquellos para quienes la cárcel no representa un estigma respecto de su grupo social, y respecto de aquellos para quienes en razón de su subcultura el encarcelamiento es una forma de merito; tampoco para aquellos que necesitan a la cárcel para vivir, por que en el entorno social es más difícil sobrevivir, por lo menos durante un período que es a veces asumido como unas vacaciones

¹¹ Por ejemplo en las delincuencias de cuello blanco, fraudes de comerciantes, evasión de impuestos, fraudes de subvenciones, defraudación a los consumidores, contaminación, violencia de género, violencia racial, abuso de poder, pequeñas y grandes *quaestio repetundarum* colusiones, pequeños hurtos y daños, etcétera.

¹² En verdad que usualmente se entiende que la sanción penal es el factor decisivo para el actuar u omitir humano, no se repara en que en la realización o no de una conducta incidente diferentes factores, el castigo sólo es uno de ellos, pero también concurren –para solo mencionar algunos– otros factores, el interés de cometer delitos –cual es el factor que impulsa a la comisión de hechos criminales– la destreza para cometer los delitos, la oportunidad para cometerlos –mas vigilancia,

4. Prevención cognitiva

También es importante no olvidar en relación al castigo, que ya desde Beccaria se ha aceptado, que los fines preventivos no tienen que corresponderse con la severidad de las penas (Beccaria 1988 pp. 71 a 72; LLobet 2005 p 208). De ahí, se afirma entonces, que la eficacia de la prevención, se encuentra vinculada más a la certeza de la imposición de la sanción que a la drasticidad de la misma; conforme a ello respecto de la prevención, es difícil afirmar en el plano metodológico si su eficacia se corresponde al contenido simbólico *ex ante* de la prescripción (Arroyo Gutiérrez 1995 p 32) o si depende de las posibilidades reales de la investigación y de la pena, es decir que, desde el plano ideológico la prevención aparece como un mecanismo de mayor neutralidad, por cuanto no es posible ni confirmarla ni negarla (Beloff 1993 p 53) y en tal sentido, siempre es posible recurrir a la misma para dar un contenido de legitimidad a la pena¹³.

La pervivencia de la prevención general no obstante este “déficit” precitado se ha entendido posible por el llamado principio de verdad preventivista, el cual descansa en la teoría de que las conductas pueden ser modificadas mediante incentivos (Silva Sánchez 2000 pp. 48 a 50). Ciertamente no puede negarse la eficacia de la dinámica de los incentivos en la determinación de los patrones de conducta, pero no resulta plenamente exacto, trasladar esa realidad psicológica a la configuración del castigo penal como consecuencia de un delito. Con lo anterior quiere indicarse que los incentivos no tienen por que necesariamente concurrir con la pena, perfectamente la técnica del incentivo, puede ser compatible tanto con medidas preventivas –sociales, educativas, políticas, culturales, situacionales, morales– así como los mismos pueden ser de carácter neutralizador o inclusive reparadores, por los cuales se pretende influir en la reiteración del conflicto –por cuanto el delito refleja una situación crítica– ello también vale para las técnicas del

menos vigilancia, necesidad, sensualidad– son diversas circunstancias las que pueden confluir o no estar presentes para que se cometa un delito.

¹³ Así sobre el punto se ha dicho –Mathiesen–: “El carácter paradigmático de la teoría de la prevención general sirve para que eventos incluso contradictorios se interpreten de acuerdo a esta teoría, para que la carga de la prueba se sitúe en aquellos que la cuestionan y para que

desincentivo respecto del crimen; todo ello indica que aunque la conducta se modifica por la vía de los incentivos, ello no es un presupuesto *sine quanom* para entender que la pena sea el más eficaz de los mismos.

También ha incidido en la legitimación de la prevención, la doctrina psicológica de la introspección. Lo anterior se estructura en el sentido de un juicio de individualidad, por cuanto al internalizar que la amenaza de la pena nos disuade, extendemos esa misma conclusión respecto de lo demás; sin embargo empíricamente se ha demostrado que en muchos casos, son las claves valorativas ético-morales las que más pesan en una actitud hostil al crimen (Bergalli 1998 p 28). Al contrario, algunas investigaciones respecto de las propensiones a delinquir, han demostrado personalidades inclinadas al delito por que ellos viven el día al día, y por ende son ajenos al calculo del costo beneficio del delito (Laurrari 2000 p 46, Wilson-Hermestein. 1983 pp. 43/56) en tal sentido, al tratarse de una opción existencialista, el fundamento de un juicio de razonabilidad valorativo sobre el delito y sus consecuencias a futuro, pierde toda connotación¹⁴. La otra cuestión relevante es que la dimensión introspectiva no se corresponde con la realidad pluralista del orden social¹⁵. En resumen la conducta criminal, puede importar diversos beneficios, que un sector obtiene en su rol social comportándose adecuadamente, y que por ello, no es menester que se incluya en un calculo, empero esa realidad, como se ha dicho, no puede predicarse de todo el orden social por lo cual, el aspecto introspectivo también resulta al menos relativo.

argumentos basados en el sentido común se acepten como la más sólida o única evidencia en su apoyo”.

¹⁴ Este fenómeno se puede ver agudizado en ciertos sectores de la sociedad, un grupo particular de esta forma de desarrollar su existencia vital son las pandillas o maras, para quienes el sentido de la vida transcurre en una visión diferente, la frase “la vida loca” ha reflejado esa opción de vida, vivir al día, vivir al máximo, vivir hasta donde se pueda vivir, sin más límites que la clave valorativa interna del grupo.

¹⁵ Ciertamente el orden social no es uniforme, al contrario lo caracteriza su heterogeneidad, distintas clases, edades, culturas, ideologías, géneros conforman el cuerpo social, en virtud de ello, los valores que se sostienen también son multiformes y aunque hay una clave valorativa, que es común, no lo es la forma en la cual el contenido de la misma puede ser afectado, es decir los límites de lo prohibido, permitido, aceptado, tolerado. También tal multiformidad es aplicable en cuanto a la posible valoración de la sanción, quienes se encuentran convencidos de que su actuar es legítimo, no percibe a la pena como un castigo, por que en su contexto cultural la pena no tiene esa dimensión; De igual manera en el área de la marginalidad, quienes viven del delito y están etiquetados como delincuentes por el sistema y se conciben de esa misma forma internalizando ese rol, no se permea ante la dimensión del castigo.

El otro aspecto que afirma la pervivencia de la prevención como fin de la pena, es también de índole cognitivo, y se encuentra vinculado a la realidad formadora de la disciplina en el hogar y en sentido estricto del castigo del *pater familia* (Gimbernat 1990 p 175). No es ocioso afirmar, que las experiencias aprehendidas desde la infancia impactan en el sentido común de la personas. Pues bien, el efecto preventivo desde la influencia psicológica ha sido sostenido en la dogmática penal sobre la base de la relación Estado-castigo padre-castigo. Sin embargo debe reconocerse que aunque el Estado en un tiempo se consideró *L'état providence* y actualmente *L'état paternat* hay mucha distancia entre la relación Estado y padre.

Ciertamente, el castigo que se impone a un hijo deriva de un conflicto, pero se impone la más de las veces sumariamente y en el mismo concurre una mezcla de severidad-amor con un claro contenido educativo, sin que ello afecte excesivamente la relación de afectividad entre hijos y padres. Dichas características son impredicables del castigo del Estado, como correctamente es señalado por la criminología, las teorías del aprendizaje (Larrauri 2000 p 47, Akers. 1994 p 98) o las del control (Larrauri 2000, p 47 Goffredson-Hirsch 1990 p 99) que fundan la obediencia sobre la base del castigo, se sostienen por cuanto, la conducta esperada se encuentra afirmada por un vínculo de ágape que se quiere mantener entre hijo y padre, es decir hay una receptividad a la finalidad del castigo por los vínculos filiales, el respeto y el amor. Pero esas finalidades de amor y respeto no pueden predicarse en la relación gobernado-Estado, es más la desigualdad y la exclusión social, lleva a los sectores afectados a negar respeto y legitimidad al Estado para que puede desarrollar una función sancionatoria.

Otro aspecto que mantiene la legitimidad de la prevención general respecto de la eficacia de la pena, es la aludida consecuencia de la prueba contra-fáctica, es decir en la necesidad del derecho penal y de la pena como última medida de intervención, y en cual serían las opciones de no utilizar el sistema penal, para resolver los conflictos sociales más intolerantes (Roxin 1993 p 29). Ciertamente es difícil –por no decir imposible– en el actual estado de cosas, pensar un sistema sin la intervención del derecho penal, pero ello mismo no debe llevar a concluir que la

prisión debe ser la única opción y que un sistema más diversificado de penas, puede generar una eficacia de prevención suficiente sin que tenga que acudir a la pena de prisión como *prima ratio*, por cuanto hay un amplio consenso en el sentido que, el abuso del derecho penal no es la solución para los conflictos sociales y que ello sólo significa un exceso de la función instrumental negativa de la pena y con énfasis de la pena de prisión (Arroyo Gutiérrez 1997 pp. 100 a 102; Roxin 2008 pp. 350 a 351; Ferrajoli 2006 p 6).¹⁶

II. LA INOCUIZACIÓN DEL DELINCUENTE COMO META DE LA REFORMA PENAL

5. La pena de prisión como instrumento de incapacitación

Algún sector de la doctrina penal ha abogado por la inocuización del delincuente, esa forma de dimensionar los fines preventivos de la pena, nunca se ha perdido en el ideario penal, y en la actualidad parecen renacer con diversos matices (Silva Sánchez 2000 pp. 91 a 92). La incapacitación es una forma e legitimación de la pena, que radica en evitar que la persona que delinquiró cometa un nuevo delito, ello mediante su encierro en la cárcel (Silva Sánchez 2000 pp. 94 a 95).

Se ha sostenido que verdaderamente la justificación de la pena de prisión, se corresponde con la finalidad de incapacitación, inclusive entendida esta como “exilio del grupo” –aunque reconociendo un sentido constructivo de inhibición– (Mead 2008 p 246) por cuanto en la actualidad, la prevención especial como fin de la pena de prisión sólo se legitima desde el plano formal, y la prevención general se encuentra cuestionada en cuanto a su eficacia. En tal sentido, se señala que el

¹⁶ Ciertamente cuando se alude a la prevención general para justificar la pena de prisión, se desconoce que en el contexto de una doctrina instrumental la pena de prisión, debería demostrar –precisamente por su carácter utilitarista– no sólo que la pena es eficaz sino que es el medio de menor lesividad al cual se debe recurrir respecto de determinados comportamientos. A ello debe añadirse que más que efectos *ex ante* en cuanto al merecimiento penal, su eficacia se centra más en la posibilidad de ser descubierto y en la asertividad de la sanción; pero al igual que en el área de gestión preventiva de la política criminal, resulta más onerosa el incremento de la propensión de

fundamento material que le corresponde a la pena de prisión es la del encarcelamiento con la finalidad de que quien es encerrado no cometa delitos al exterior de la cárcel (Sandoval Huertas 1982 p142).

Dicha justificación de impedir el delito, encerrando a quien lo comete, ha ganado una creciente adhesión en el modelo punitivo norteamericano (Larrauri 2000 p 49, Ziming-Hawkins 1995 p 4) dicha incapacitación se ha entendido como: “un proceso de eliminación, a medida que el debate académico y público acerca de las otras funciones de la prisión socavó la fe en la posibilidad de la rehabilitación y en la prevención general como base desde la cual adoptar decisiones ajustadas de cuanto imponer una pena de prisión”. Sin embargo, la pena de prisión con fines de incapacitación no se encuentra exenta de problemas y de críticas al menos para el sistema del *civil law*¹⁷ (Silva Sánchez 2000 p 99; Mir Puig 2006 p 104 a 105).

Al destacarse la necesidad de que toda pena reconozca límites, la finalidad de incapacitación, debería responder a criterios que permitieran limitar una pena que se sustentará sobre una finalidad como la aludida –ciertamente no nos adherimos a la doctrina de la incapacitación– pero tampoco dejamos de reconocer, el ímpetu que ha tomado, y en tal sentido es menester indicar que la recepción de la misma, no puede quedar en un ámbito de discrecionalidad absoluta, por lo cual normativamente, debe tenerse unas limitaciones, que permita a los jueces disponer de un ámbito de control sobre la determinación de la misma –por lo menos en aquellos países en los cuales su aplicación es una realidad –.

la averiguación y demostración en juicio de una conducta criminal que el aumento de la severidad de las sanciones.

¹⁷ Ciertamente a la finalidad incapacitadora de la pena se le reconoce como problema su incompatibilidad con el principio de prohibición de exceso, el cual como manifestación del principio de proporcionalidad rige con mayor énfasis en el modelo de los sistemas continentales que respecto de los modelos del *common law*. Precisamente por ello es evidente que debido a la severidad de la pena de prisión –y de esta en su modalidad de incapacitación– el encarcelamiento de las personas con fines de evitar cualquier delito futuro vulneraría la proporcionalidad de la pena, en relación al hecho cometido. Una justificación de la pena sobre una finalidad genérica de fines de incapacitación para la pena privativa de libertad resultaría desproporcional. Por ello la opción de un modelo como el norteamericano fundado en necesidades de incapacitar a los personas para evitar crímenes futuros debería en todo caso reconocer ciertos límites irreductibles; y en nuestros países en los cuales se reconoce la centralidad del principio de dignidad humana, la vigencia del principio de proporcionalidad en su sentido general, una pena de incapacitación resultaría contraria a dichos principios constitucionales.

Por ejemplo, un criterio de limitación sería que la pena de prisión que es la más limitadora de los derechos fundamentales, únicamente se encontraría justificada cuando por medio de la misma, se tenga como fin la evitación de los delitos más graves. Sin embargo, este criterio de limitación, requiere de una extensión por cuanto en la actualidad, la mayoría de delitos se encuentran sancionados con pena de prisión, y por determinación legal la mayoría de ellos se consideran graves en virtud de un rango determinado de pena. Por ello, es necesario entender que la gravedad de los delitos, debería entenderse vinculados a delitos sumamente violentos, y que afectaran bienes jurídicos individuales y de un rango trascendente. No obstante, debe de reconocerse que aún definiendo dichos límites, resulta difícil su manejo –y por ello es que no aceptamos la finalidad incapacitadora– por cuanto resulta casi materialmente imposible, limitar la facultad configurativa del legislador, por ello, debe recordarse lo que respecto a tal cuestión se ha dicho en el sentido de: “Habiendo aceptado por lo menos para algunos casos la legitimidad de la incapacitación como base para la pena de prisión, los liberales reduccionistas no pudieron suministrar un límite convincente que sirviera como barrera a la expansión”. (Larrauri 2000 p 50, Zimring-Hawkins p 12).

La pena con finalidades de incapacitación debe ser necesariamente limitada, ello debe de llevar a reconocer que, una pena con tal finalidad no busca evitar delitos, en su sentido más genérico como podría decirse de la prevención general, sino que el fin que legitima a la misma, es evitar los delitos más violentos que se pueden cometer contra las personas, por lo cual, las tipificaciones que tienen asignada una pena con estas características deberían encontrarse específicamente determinados, es decir limitados por decisión legal atendiendo a su extrema gravedad en atención a las condiciones siguientes: a) la comisión de un delito sumamente grave determinado ya por la ley; b) que en su desvalor el delito haya afectado severamente el bien jurídico protegido; c) que se tenga

además de una culpabilidad gravísima, una propensión de futuros actos violentos; d) la inexistencia de un medio menos lesivo para generar la protección penal¹⁸.

En todo caso la prevención de incapacitación presenta grandes reparos (Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp 268 a 272), el primero de ellos se encuentra vinculado a que las penas incapacitantes, tienden a transformarse en penas de largo alcance o de penas perpetuas, latentes o patentes, por cuanto ello es a la postre la finalidad de la incapacitación y las penas de carácter perpetuo –las penas incapacitantes lo serían materialmente– vulneran no sólo el principio de resocialización, sino la misma dignidad del ser humano, pues no limitan sino anulan sus derechos fundamentales, de ahí ilegitimidad constitucional (Meini 2009 pp. 328 a 329). El otro aspecto crítico, es la función selectiva de la incapacitación, por cuanto aunque la pena se impone por un hecho gravísimo que se ha cometido, ese aspecto sólo es parte de la pena incapacitante, el otro es la posibilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito de la misma gravedad, por cuanto la función incapacitadora no tendría sentido respecto del delito pasado, sino sobre el futuro (Silva Sánchez 2000 pp. 102 a 103) y ello ha sido objetado por dos razones fundamentales: el primero el principio de igualdad, por cuanto la duración de la condena se basa en la probabilidad de delinquir; el restante se vincula al llamado efecto falso-positivo, por el cual, personas de las que se tiene una prognosis de reincidencia en el delito, posteriormente se demuestra que no hubieran cometido delitos aún cuando no se hubiera impuesto penas de mayor duración (Larrauri 2000 p 52, von Hirsch 1987 pp. 105/138).

¹⁸ Ciertamente no consideramos que la pena con fines de incapacitación sea admisible respecto de los fines de pena que la Constitución ha reconocido, básicamente por la finalidad resocializadora, pero además han de señalarse dos agudos problemas respecto de los modelos de penas con fines de incapacitación: a) una finalidad incapacitadora tiende a transformarse en condenas cada vez más largas hasta concluirse con la cadena perpetua, es difícil mantener los fines incapacitadores sujetos a un control, por cuanto la verdadera finalidad de la incapacitación es esa y no otra, inocuizar al destinatario; b) la configuración y determinación de los delitos violentos pueden irse extendiendo –y es lo que usualmente sucede – hasta abarcar ámbitos a los cuales originariamente no se encontraban destinados. Es ilustrativo en el caso norteamericano la configuración de las penas de incapacitación bajo la doctrina *Three Strikes and You're Out* mediante la cual se permite imponer cadenas perpetuas a la realización de delitos por tercera vez aunque la gravedad de los mismos no sea en su configuración original desmedida.

III. EL RESURGIMIENTO DE LA PREVENCIÓN. EL DERECHO PENAL DE LA POST-MODERNIDAD

6. Los Fundamentos de la prevención general positiva

La concepción tradicional de la teoría preventiva descansa en la prevención general (Bottke 1997 pp. 60 a 61), bajo la idea de que la amenaza de la pena como mal, cumplía una función de intimidación a los posibles criminales que pretendieran realizar conductas delictivas. En el *anciem regim* tal finalidad se pretendió cumplir mediante la ejecución ejemplarizante de la pena –la pena sobre el cuerpo– (Tocqueville 1957 p 261) y dicho fin fue moderado por Feuerbach quien vinculó la función de intimidación a la ley penal, mediante la pena y la teoría de la coacción psicológica (Roxin 1993 p 25).

El ámbito de fundamentación de la pena en cuanto a la prevención se ha modificado, actualmente impera la teoría de la prevención general positiva (Pérez Manzano 1997, pp. 78 a 79), la cual no busca intimidar al aleatorio criminal, sino afirmar mediante la imposición de la pena la conciencia social de la norma (Hassemer 1982 p 137) con lo cual se confirma la vigencia de la misma (Jakobs 1998 p 15) ello ha significado un traslación importante por cuanto, la pena ya no se dirige únicamente a los potenciales delincuentes, sino a todos los habitantes, por cuanto es finalidad de la norma, confirmar su confianza en la misma, en el sentido de generar cohesión y afirmar los valores colectivos (Aniyar de Castro 2005 p 529).

Tal concepción pretende ser superadora de la crítica de la llamada antinomias de la pena (Roxin 1993 pp. 32 a 35; Beloff 1993 p 61)¹⁹, en el sentido que la retribución no es excluyente de la función preventiva, por cuanto la confirmación de la validez de la norma, necesita que se imponga una pena en todo caso proporcionada ante el hecho culpablemente cometido, prevención general

¹⁹ La doctrina de la antinomia enfatiza que las funciones preventivo generales y preventivo especiales de la pena se encuentran en permanente tensión, y por ello pueden resultar contradictorias en cuanto a la fines que se persiguen, por ejemplo lo que puede resultar admisible para la intimidación, puede resultar negativo para la resocialización.

positiva y fines retributivos como último límite, son presupuestos de la pena que pueden convivir (Roxin 1981 pp. 103 a 112).

Sin embargo habrá de señalarse que en el pensamiento penal, la doctrina de la prevención general positiva ha determinado enfoques contrapuestos. Así, mientras que un sector de la doctrina entiende que la misma puede sostenerse por cuanto es inclusive limitadora de la función de intimidación por la de afirmación (Gómez Benítez 1984 p 124) otro sector es al menos receloso de los efectos que pueden derivarse de la prevención, sobre todos los efectos expansivos del derecho penal (Baratta 1984 pp. 541 ss.).

Tal tensión de la prevención general positiva es posible remitirla a sus orígenes, por cuanto respecto e ella, pueden aproximarse dos enfoques uno que se vincula a una prevención limitadora de la función intimidatoria de la pena; mientras la otra puede vincularse a una función fundamentadora de la norma penal y en tal sentido podría considerarse como ampliatoria (Schünemann 1997 pp. 91 a 93).

7. Función limitadora y fundamentadora de la prevención general positiva

A la vertiente de la función preventivo general positiva fundamentadora, es posible remitir la visión de pena de Welzel, para quien la pena cumplía una función de defensa ético-social, con lo cual el derecho penal, no debe tener como finalidad evitar únicamente conductas dañosas, sino que debe tener como aspiración influir en la conciencia de los ciudadanos, es decir en su ámbito interno ético-social (Welzel 1989 p 3).

Salvando las distancias de quienes han sostenido una tendencia de la prevención general positiva—que no pueden ser agotadas en las presentes reflexiones— debe indicarse que la renovación de tal fundamentación ha correspondido a Jakobs, aunque con importantes modificaciones. Así por ejemplo, el penalista de Bonn no coincide en que la prevención positiva tenga que tutelar determinados valores de acción y bienes jurídicos, aunque sostiene que la pena persigue el mantenimiento de la colectividad en la fidelidad hacia el derecho

(Jakobs, 1998 pp. 35 a 36) tampoco esta visión es nueva en las reflexiones sociológicas clásicas ya se presentaba esta visión de la pena como instrumento de cohesión social (Durkheim 1982 pp. 126 a 127).

Según Jakobs el fin del derecho penal es garantizar la función orientadora de las normas jurídicas penales, por cuanto entiende que el derecho, es no otra cosa que un instrumento de estabilización social (Durkheim 1947 p 158)²⁰, mediante la orientación de las acciones, a través de la institucionalización de las expectativas sociales. Se indica que la vida en sociedad –y en la actual sociedad– requiere de cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente a los demás; precisamente por ello, las normas jurídicas son el instrumento de estabilización y en tal sentido orientan la conducta de los ciudadanos en sus interacciones sociales. De ahí que cuando se infracciona una norma, es vital para la cohesión y el mantenimiento de las expectativas de los ciudadanos, que aquella mantenga su vigencia y se afirme (Feijoo 2007 pp. 97 a 107) pues lo contrario significaría la pérdida de confianza en el derecho y en la función orientadora que debe cumplir (Jakobs 1998 pp. 32 a 34).

Ahora bien, la pena debe mantener la firmeza del derecho, haciendo saber al infractor y a la sociedad que no obstante su trasgresión, la norma se mantiene vigente, a la negatividad del delito como conflicto social y defraudación de las expectativas sociales, se antepone la pena como positiva para afirmar la vigencia de la norma al negar la infracción de la misma, con lo cual, a la negación del delito respecto de la norma, sigue la negación de la pena hacia el delito, confirmando la norma (Jakobs 1997 pp. 7 a 11) la vuelta a –Hegel– parece innegable.

De ahí que, la función de la pena y de la norma penal que la asocia, no persigue intimidar a los ciudadanos ni al infractor para que se abstengan de cometer ilícitos; su finalidad es ejercitar la confianza ciudadana en las

²⁰ La estabilización como función de la pena siempre se ha señalado en la teoría sociológica como uno una de sus funciones sustantivas, sino la primaria, inclusive más allá, de la función de control del crimen –que se deja a otras instancias– se le señala pues como un instrumento de sostenimiento del *ethos social* al menos desde la perspectiva planteada, por ello ha indicado Durkheim respecto de la pena que la función atribuida no radica en “la de hacer expiar al culpable su falta haciéndosela sufrir, ni la de intimidar por vía conminatoria a sus posibles imitadores, sino la de tranquilizar a las conciencias, que la violación de la norma ha podido, ha debido necesariamente perturbar en su fe”

prescripciones penales (para que el orden social, tenga claro cual son las expectativas de conducir su vida en la fidelidad del derecho, y de ejercitar su confianza en el derecho, cuando la norma sea infraccionada; en ello se sintetiza lo que Jakobs llama “ejercitar el reconocimiento de la norma” (Jakobs 1997 p 8) por cuanto el derecho penal es parte del sistema normativo, el cual tiene por finalidad mantener la estabilidad de sus normas ante el conflicto (Luhmann 2007 p 95).

Ahora conviene examinar brevemente la tesis de la prevención general positiva desde una visión claramente limitadora. Sobre ello se ha dicho que el derecho penal y por ende su consecuencia más manifiesta –la pena– es altamente formalizado, dicha formalización se corresponde con su vinculación normativa, con lo cual se pretende en todo caso, limitar la intervención del derecho penal en atención a la restricción de los derechos de los ciudadanos, En tal sentido, se aboga por una afirmación normativa del derecho razonable, y en todo caso sujeta a restricción, de acuerdo a las limitaciones de su carácter formalizador que además por ello es controlable (Hassemer 1982 p 52).

Se entiende entonces que la pena siendo un instrumento del control social más formalizado –el derecho– opera en el sentido no de alcanzar fines de intimidación general, sino que pretende la “protección efectiva de la conciencia social de la norma”, y por ello es prevención general positiva, con lo cual, la pena siempre debe estar limitada por la proporcionalidad que se deriva del desvalor de los hechos –aspecto compensativo– y ha de tender como objetivo final a la resocialización del condenado, entendida únicamente como una oferta de ayuda (Hassemer 1984 p 137).

También se ha considerado a la prevención general positiva, partiendo de una pena adecuada a la culpabilidad, la cual es limite de toda pena orientada a fines preventivos de intimidación (Roxin 1976 p 18); se afirma la prevención positiva, pero reconociendo un claro limite infranqueable, en este caso la culpabilidad por el hecho, dicho limite también equilibra a la prevención negativa. De ahí que, al reconocimiento de la afirmación del derecho, de los fines de intimidación y de rehabilitación, limitados por el principio de culpabilidad se le denomine prevención integradora (Roxin 1981 p 102/104 y 183) la cual se centra

en afirmar el mantenimiento del derecho ante la infracción punible, y la confianza en la preeminencia de la norma jurídica pero sin rebasar la culpabilidad del autor, inclusive se afirma que cuando convenga a los fines preventivos especiales de la resocialización y no se afecten los fines preventivos generales, la pena puede quedar determinada por debajo de la culpabilidad (Roxin 1981 p 109).

IV. EL MANTENIMIENTO DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

8. Esplendor y crisis de la resocialización

El fin de la prevención especial fundado en la resocialización es de larga data, inclusive se puede reconocer en sus manifestaciones más primigenias en el pensamiento de la ilustración penal hasta el inicio de las llamadas “instituciones cerradas” (Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp. 237 a 239). Desde la década de los sesenta en el ideario penal fue tomando fuerza la instauración de una pena con fines rehabilitadores –bajo la idea del tratamiento– respecto de los otros fines que se predicaban al derecho penal la intimidación o la represión (Cruz Castro 1989 p 12)²¹.

De ahí que la finalidad del tratamiento fue campeando en el ámbito del derecho penal, y en tal sentido asociado a dicha finalidad educadora, mediante técnicas especiales que aspiraban rehabilitar al condenado, surgieron instituciones acordes a dichos fines, como la *probation* anglosajona, la libertad condicional (García Valdés 1986 pp.197 a 201) a la cual se asoció una pena indeterminada hasta alcanzar los fines de la rehabilitación, se impuso en tal sentido la ideología del tratamiento, con lo cual el fin resocializador de la pena se difuminó desde el continente americano hasta el europeo; el mecanismo fundamental asociado al tratamiento es el uso del tiempo para el disciplinamiento (Manzanos Bilbao 1991,

²¹ Ciertamente los derroteros de la ideología de la prevención especial fueron diversos, desde perspectivas de máxima intervención como los preconizados por la escuela positiva italiana, que propuso la disolución de la culpabilidad y de la pena y el advenimiento de una peligrosidad social para la cual sólo correspondía imponer medidas asegurativas indeterminadas; hasta las tendencias correccionalistas que se erigieron como protector de los condenados, sobre toda esa base la

pp.124 a 125) dicha forma de control tenía una impronta de rancio abolengo en un sector de la teoría sociológica, para quien la potestad punitiva tenía fines disciplinarios mediante la introyección del orden como forma de garantizar conductas obedientes y respetuosas (Weber 2002 pp. 882 a 885)

Sin embargo, los fines resocializadores impulsados por las técnicas del tratamiento penitenciario, no rindieron los frutos esperados ni respecto de los convictos, ni respecto de la evitación de los delitos, lo cual generó que a partir de los años setenta la idea resocializadora entrará en crisis, hasta en los países en los cuales se había impulsado con más ahínco e incluso la finalidad socializadora quedó huérfana en el terreno político, con lo cual sonó en su momento una marcha luctuosa para la prevención especial fincada en la resocialización (Hassemer, Muñoz Conde 2001 p. 241).

Ciertamente el fin resocializador de la pena, ha sido objeto de múltiples críticas, algunas de ellas, inician desde su contenido conceptual por cuanto se censura su falta de concreción hasta su irrealismo que partiría de una orden social en el cual todos se encontrarían integrados. Lo cierto es que sobre la resocialización se han diversificado diferentes concepciones –no es homogénea – desde las más radicales hasta otras dotadas de menor intervención. En tal sentido se han construido programas máximos de intervención que pretenden implantar en el sujeto una determinada escala de valores, y para ello se utiliza el tratamiento penitenciario, con lo cual se tiene por finalidad incidir decisivamente en la personalidad del condenado mediante una férrea disciplina que imponga una conducta de obediencia (Hassemer, Muñoz Conde pp. 249 a 250); otras se decantan por inculcar el respeto meridiano a las leyes, y otras por potenciar el respeto a los bienes jurídicos de los demás, hasta las que impulsan un auto-reconocimiento del sujeto respecto de su valor como persona –en apretado epítome– se pasara repaso de ellas.

resocialización fue vista en tal momento –influida por la doctrina del positivismo– como una opción terapéutica.

9. Crítica y vigencia de la finalidad resocializadora

Fundamento que surge desde la visión del pensamiento ilustrado, es que el derecho penal se constituye como un claro límite respecto de las potestades punitivas del Estado. En tal sentido, el hecho cometido fue una clara restricción a los alcances de la pena, por cuanto lo que se pretendía sancionar es la conducta trasgresora de una norma y de un bien vital, y no la personalidad propia del delincuente, dicho de manera sintética, el derecho penal liberal ha sostenido siempre un derecho penal de acto, quedando proscrito un derecho penal de autor.

Esta finalidad del derecho penal, no se correspondía completamente con la finalidad de la pena, cuando esta tenía como destino influir decisivamente en la personalidad del condenado, hasta el extremo de modificar su ámbito de autodeterminación, es decir una resocialización que a toda costa pretendía cambiar la forma de ser de la persona (Hassemer Muñoz Conde pp. 242 a 244); resulta obvio que un fin resocializador de esta especie no se adecue a los postulados del derecho penal nuclear, que determina ante todo la libertad del ser humano y su capacidad de autodeterminación como consecuencia de su dignidad. En resumen un fin resocializador radical no se compagina con la visión de una pena democrática.

También se ha criticado duramente a la finalidad resocializadora de la pena en el sentido de que es imposible lograr una rehabilitación del condenado en una sociedad que es marcadamente excluyente y que selecciona a los marginados – desde la teoría del *labeling approach* pasando por la del etiquetamiento, la del psicoanálisis hasta las doctrinas de la criminología crítica– por lo que debe cambiar es la estructura social y no la persona sujeta a pena (Mapelli Cafferana 1981, 177 a 178). También se ha señalado que los programas de rehabilitación no han funcionado y que la cárcel difícilmente resocializará (Sandoval Huerta 1982 pp. 104 a 105; Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp. 249 a 254) e incluso que hay personas que son irredentas respecto de los programas de rehabilitación que se han impulsado por los sistemas penales.

Ante tal panorama, parecería que la finalidad resocializadora de la pena debería abdicar, pero es prudente no arribar a esa conclusión; las críticas que tienen mucho acierto, deben ser atendidas en el sentido de modificar los signos autoritarios y deficitarios con los cuales se ha manejado tradicionalmente a la resocialización, sobre todo en lo que al tratamiento penitenciario se refiere (Roxin 1993 p 22). La pena y el régimen penitenciario ya no pueden seguirse sustentando en doctrinas como las de las relaciones especiales de sujeción, el interno no es un objeto en el centro penal, es un sujeto con plenitud de derechos salvo aquellos que se encuentran naturalmente –y razonablemente– limitados por el cumplimiento de una pena, con lo cual los derechos fundamentales de los presos no deben sufrir limitaciones irrazonables sobre la base de una preeminencia administrativa de control (Chan Mora, García Aguilar 2003, 70 a 83; Murillo Rodríguez, 2002 pp. 30 a 34; Rivera Beiras 2009 p 135 y ss.)

La pena de prisión y el régimen de cumplimiento que de ella se devenga no puede ser visto como una imposición en la conciencia y en la autodeterminación ética del penado, debe tratar de dissociarse lo menos posible, y debe hacerse una oferta de posibilidades para los condenados que les permitan reconocer sus habilidades, destrezas y potencias para maximizar el respeto al derecho de los otros. En suma una pena y un tratamiento inclusivo que tome en cuenta primordialmente al condenado y a la sociedad civil que no se encuentra excluida de la prisión, por que ésta también es parte del derecho y de la sociedad (Mir Puig 2006 pp. 73 a 74).

Afirmado la idea resocializadora conviene indicar un motivo más para su no claudicación, en este caso no es sólo de orden legal, sino constitucional, las mayorías de Cartas Magnas establecen en sus normas de política penal fundamentales, la observancia al fin resocializador de las penas, y dicha finalidad no puede dejar de tratar de cumplirse sin desconocer el mandato imperativo de la norma *normarum*, es decir la resocialización, tiene rango constitucional y por ende no puede ser desconocido por quienes tienen a su cargo la configuración del poder penal (Cruz Castro 2004 pp. 23 a 28).

Dicho lo anterior, y justificada la pena como forma de control social formalizada dentro de la que se contiene la pena privativa de libertad –mediante los fines preventivo generales y especiales positivos– debemos afirmar que dicha legitimidad la entendemos sobre la base de que la pena de prisión como el derecho penal sea una opción de *ultima ratio*, con lo cual, y dando los déficit que presenta la prevención de intimidación y confirmación como los de la rehabilitación e incapacitación, se pretende examinar desde una perspectiva mínima la reducción de la prisión, por una propuesta de penas alternas dentro de la política de configuración del poder penal, y a ese menester se dedicaran las reflexiones que siguen, haciendo énfasis en que las penas alternativas a la prisión pueden razonablemente cumplir los fines asignados a aquella con un menor costo en la limitación de los derechos fundamentales del convicto.

V. REDUCCIONISMO DE LA PENA COMO OPCIÓN.

10. Visión mínima de la pena

Ante la crisis de legitimación de la pena privativa de libertad y ante la imposibilidad de renunciar a la misma lo cual queda evidenciado en el plano real (Carranza 2009 pp. 54 a 55) corresponde preguntarse si las opciones reduccionistas pueden ser una alternativa legítima bajo el ideario de minimizar la intervención penal (Ferrajoli 1986 p 43). La configuración de un sistema de penas, pasa por determinar cual es el llamado centro de gravedad de la intervención punitiva, es decir si la gravedad va a residir en la pena privativa de libertad o en penas que no se estructuren sobre la base del encierro de las personas en prisión (Hassemer, Muñoz Conde 2001, p 272). En el ámbito jurídico penal, la pena de prisión se ha sustentado tradicionalmente como la reacción normal frente a la realización de conductas criminales, y al contrario las penas alternativas a la prisión, habrían de ser una especie de reacciones que bajos ciertos parámetros, es posible renunciar a la imposición de la pena de cárcel –levedad en la lesión,

culpabilidad disminuida, carencia de antecedentes penales— para dar paso a unas formas alternas de pena (Houed Vega 1997 p 115) .

La doctrina penal ha ido paulatinamente abogando por la sustitución de la pena privativa de libertad mediante pena alternas (El Khoury Jacob 1997, p 122; Gimbernat Ordeig 1981 p 581; Sainz Cantero 1983 p 84) pero tales posicionamientos, no alteran la idea de que la pena alternativa a la prisión ha sido entendida como una reacción excepcional al sistema penológico de sanciones que se estructura sobre el modelo de la prisión. Quizá por ello convenga formular una reflexión sobre si es conveniente un sistema más limitado o de mayor amplitud respecto de las penas alternas en relación al modelo de sistema penal actual carcelario.

11. Fundamentos políticos de la sanción penal

Un primer aspecto a abordar es el tradicional y completo apoyo del cual goza la pena de prisión, por un sector predominante del pensamiento penal, lo cual es de rancio abolengo; se destaca por ejemplo (Padovani 1981 8/15) que desde la ilustración penal se ha formulado una defensa de la superioridad de la pena de prisión, sobre otro tipología de penas, en el entendido que sería la pena privativa de libertad la que mejor cumpliría los ideales de la filosofía penal liberal²².

En primer lugar, la igualdad de las penas era un principio fundamental para el liberalismo clásico, por cuanto se quería que la amenaza de la pena, pueda servir como un contra-estímulo para la realización de conductas prohibidas como crímenes (Hobbes, 1999 p 36) ello frente a cualquier persona, sin distingo de sus condiciones sociales o individuales. En tal sentido, la pena privativa de libertad permitía —en principio— satisfacer dicho presupuesto, por cuanto priva de un bien — la libertad locomotiva— que toda persona está dispuesta a conservar, y por que el mal que se inflingiría a ese derecho, no dependería de la mayor o menor riqueza o del poderío físico del condenado; así se entendía que este aspecto igualitario no

²² La filosofía iluminista se decantaba por que el sistema punitivo cumpliera con los grandes principios de igualdad, humanidad, efectividad y proporcionalidad

podía ser cumplido por otras penas –multas o penas corporales– por cuanto la incidencia de dichas penas, tendría que ser diferente según las condiciones particulares del sujeto.

La humanización de las penas fue un aspecto fundamental en las luchas del pensamiento ilustrado, de ahí que el principio de humanidad de las penas, sea un aspecto esencial del mismo; correspondió a Beccaria su más acérrima defensa frente a un orden de penas que eran crueles, y que se sostenía causaban un sufrimiento innecesario a la persona, como forma de intimidación propia del *anciem regim* sobre todo de la pena de muerte (Beccaria 1988 p 75). En virtud de ello, respecto de las penas corporales o de la pena de muerte, la pena privativa de libertad pudo ser vista como una sanción más humanitaria, por cuanto la limitación era solamente temporal y lo era de un derecho que a diferencia de otras penas dejaba más “indemne a la persona” que otro tipo de pena, de ahí que la prisión fuera vista como una pena más humana.

La ilustración como forma de expresión del pensamiento liberal, se caracterizó también por la finalidad utilitarista, de ahí que era menester encontrar una pena que resguardando las características de igualdad y humanidad, fuera a su vez útil, es decir efectiva en cuanto a los fines de disuasión del crimen. De ahí, surgen los fundamentos de la prevención general, esto es la capacidad de que la pena opere como un poderoso estímulo para evitar la comisión de delitos; y a su vez, que cuando se hubiera cometido el delito, al superar el contraestímulo de la pena, la imposición de la misma, reafirmará la prohibición, y sirviera como instrumento –en este caso de prohibición especial– para evitar futuros comportamientos delictivos, es decir una clara opción utilitaria (Beccaria 1988 p 26). La unificación de dichas funciones, se entendía que podía lograr el cumplimiento de defensa de los derechos y bienes de las personas. Se entendía que la pena de prisión tenía la capacidad de cumplir las dos funciones preventivas asignadas, pues por una parte la pena podría construirse como una forma de perjuicio mayor que el beneficio posible que se obtuviera por el delito; y por otra parte, el cumplimiento de la pena, podría corregir los motivos que incidieron para que la persona delinquiera.

Por último, la proporcionalidad entre castigo y mal, era un aspecto también esencial para el pensamiento ilustrado, tal principio –en síntesis– se concretiza en que exista una correspondencia entre la gravedad de los delitos y de las penas (Thomasius 1994 p 290). El fundamento de la proporcionalidad en la ilustración, descansaba en la base de otros principios –la igualdad, la humanidad y la efectividad– en el sentido que mediante la proporcionalidad es posible lograr una especie de prevención general diferenciada, lo cual se traduce en que, la desigualdad de las sanciones punitivas marca un catálogo de penas de mayor y menor gravedad, la no desestimación a la inclinación del crimen, podía ser compensada por la opción de crímenes menores como una forma de contención última para defender de manera más grave otros bienes más importantes. Ciertamente este objetivo de la pena podía ser alcanzado por la prisión, por cuanto al estar sustentada sobre la privación de libertad en medidas de tiempo, la volvía una pena perfectamente graduable, aspecto que no podían alcanzarse por otras penas de carácter grave, como la pena de muerte, y los castigo corporales (Padovani 1981 p 15).

12. Principialismo punitivo y penas alternas

La importancia del reconocimiento de los principios postulados por el pensamiento ilustrado, sigue vigente y del mismo –a mi juicio– no es posible renegar en materia punitiva (Bottke 1997 pp. 49 a 51) pero si es posible examinar la vigencia de tales principios desde otro enfoque, en el sentido de sí en materia de penas, estos principios se cumplen sólo a partir de la pena privativa de libertad, o si por el contrario, es posible reconocer la primacía de los mismos, desde un modelo diferenciado de pena, en otras palabras si fuera de la pena de prisión, dichos principios pueden manifestarse en el ámbito del derecho penal. Ciertamente tal opción parece que es viable de ser sostenida, lo cual se desarrollara en los párrafos subsecuentes.

Con relación a la igualdad que se preconiza desde la pena privativa de libertad, ello debe ser reconocido, más allá de los ámbitos de selectividad con que

se actúa en el sistema penal –con lo cual tal ideario de paridad resulta bastante maltrecho– pero esta igualdad de la pena de prisión –en cuanto limita la libertad– también puede ser predicada respecto de otras penas alternativas, es decir las penas alternas también pueden cumplir con la aspiración de igualdad en materia punitiva, *vervi gratia* nos parece que la misma igualdad que se predica de la pena de prisión, puede ahora sostenerse respecto de la pena de trabajo comunitario²³, por cuanto dicha pena –mas allá de las labores– también supone una forma de control sobre la libertad del condenado.

De igual manera podría sostenerse respecto de penas como la de limitación de residencia o de cumplimiento de instrucción²⁴, por cuanto más allá del ámbito de aplicación de la pena, en ellas siempre concurre una forma de limitación a la libertad. Es más aún la pena de multa²⁵ es una opción que puede generar parámetros de igualdad –no de *communis opinio*, ver (Ferrajoli 1997 416 a 417)– según su dosificación en atención a los parámetros de individualidad del destinatario. Lo que es si es dable sostener al menos en el actual estado de cosas, es que la igualdad puede ser alcanzado por penas distintas a la clásica privación de libertad, y por tal razón, una opción de penas alternas a la prisión, no debe ser rechazada con fundamento en que no se alcanzaría el principio de igualdad, éste no es exclusivo de la pena de prisión.

El siguiente aspecto es el principio de humanidad de las penas, la prisión fue en su momento una opción, en virtud de que era una pena menos inhumana que la pena de muerte y que las penas corporales que en aquel momento se aplicaban; pero en el siglo XXI la pena de prisión resultaría más inhumana que el sistema de penas alternativas que se contemplan –por ejemplo en el Proyecto de

²³ La pena de prestación de servicio de utilidad pública se encuentra prevista en la Sección Segunda “Penas alternativas artículo 57 del Proyecto de Código Penal de Costa Rica.

²⁴ La pena de limitación de residencia o de cumplimiento de instrucción se encuentran reguladas en los Artículos 58 y 60 del Proyecto de Código Penal de Costa Rica.

²⁵ La pena de multa se encuentra determinada en el Proyecto del Código Penal de Costa Rica como una pena principal –Artículo 46– pero además se tiene previsto que funcione como pena alternativa en determinadas condiciones –Artículo 60– del Proyecto referido. Pero además de dichas penas alternas se prevén las siguientes: la pena de detención de fin de semana –Artículo 56– la pena de arresto domiciliario –Art. 55– la pena de caución de no ofender –Artículo 61– la pena de compensación pecuniaria –Artículo 62– la pena de prohibición de residencia –Artículo 63– la pena de amonestación –artículo 65– y sus manifestaciones.

Código Penal de Costa Rica— como la pena de multa, la pena de prestación de servicio de utilidad pública, la pena de limitación de residencia, la pena de cumplimiento de instrucción, la pena de caución de no ofender, la pena de compensación pecuniaria, la pena de prohibición de residencia o en su caso la pena de amonestación, y la amonestación como reemplazo en sus formas extraordinarias; muchas de esas alternativas de pena funcionan de manera más o menos limitada en otros ordenes jurídicos de *lege ferenda*.

La humanización de las penas, es siempre una meta por alcanzar, la pena privativa de libertad en su momento fue más humanitaria, pero en la actualidad deben sopesarse circunstancias que para el pensamiento ilustrado no era posible considerar. Así debe repararse en que la pena de prisión, en realidad también priva de muchos otros derechos, además de la libertad locomotiva, y que la misma se transfiere al círculo más cercano del condenado; ello ni aún los sistemas penitenciarios más humanos, lo han podido evitar, y ese daño se vuelve más agudo en sistemas punitivos más radicales. Otro aspecto importante a desatar es que el estigma de la prisión, genera consecuencias negativas en el momento de la vuelta a la libertad —el problema de la asistencia pos-penitenciaria— y por último la pena privativa de libertad en períodos sumamente prolongados institucionaliza²⁶ (Goffman 2001 p 13); y en períodos intermedios genera dos factores altamente negativos, provoca una subcultura de antivalores, y desestructuraliza al individuo, por cuanto se pierde familia, amigos, trabajo, etcétera (Manzanos Bilbao 1991, pp. 131 a 133).

En tal sentido, es posible sostener que la pena de prisión comparada con otros sistemas alternos de pena resulta más inhumana, por cuanto son castigos más humanizantes, aquellos que privan a la persona de un determinado bien, pero no lo limitan en una forma tan totalizadora como lo hace la pena privativa de libertad.

²⁶ Parrow ha indicado que el desarrollo de modelos de institucionalización se ha derivado a partir de la ideología organizativa, la cual hace énfasis tanto en el carácter unitario de la organización como en el fenómeno de trascender a sus entornos, y constituir un fin, ello genera procesos de institucionalización totales y son comunes a estructuras de organización que reproducen ese modelo, cárceles, asilos, hospicios, manicomios etcétera.

Ahora, debe abordarse el aspecto esencial de la efectividad como principio utilitario de la pena, es decir su eficacia en cuanto a la evitación del delito. Ciertamente que la pena de prisión por su contenido radicalmente limitador de los derechos fundamentales, es decir su contenido punitivo, puede ser utilizada como una instrumento de desestimulación contra el crimen, pero aún como se expresó en las presentes reflexiones, esa virtud disuasiva es difícil de medir (Hassemer Muñoz Conde 2001 p 304); empero hay una cuestión mucho más relevante en un sistema de configuración de penas, el cual es si, la mayor parte de los delitos castigados con penas de prisión, son una reacción excesiva y si en virtud de tal exceso se podría sustituir por un tipo de penas menos lesivas, es decir de menor intervención, lo cual significa un mayor nivel de sustitución de la pena privativa de libertad, ya en la conminación penal²⁷.

El objeto de destinación de la pena es esencial en el momento de configuración de la sanción –y ello es posible manteniendo el margen necesario de generalidad– en tal sentido, el punto de referencia del sistema punitivo al momento de establecer las penas asociadas a los crímenes, no debería estar imbuido sobre la base de la mayor gravedad, es decir pensando en el peor de los sujetos como destinatario de las normas penales –el incivil– sino al contrario una construcción frente al infractor ante el cual el derecho penal puede con una medida menos lesiva tener la suficiencia para inhibir la realización de la conducta punible prevista.

Así, la pena de prisión, no puede resultar exclusivamente justificada por su posibilidad de servir como instrumento de prevención de delitos, pues dicha capacidad simbólica y por ende abstracta, la tendría de igual manera cualquier otra clase de sanción que desde la concepción utilitarista –costo-beneficio– superara el beneficio obtenido por el delito (Montero Soler, Torres López pp. 21 a 27) esta función tampoco nos parece exclusiva de la prisión, sólo para algunos

²⁷ Tal propuesta concede a las penas alternativas una mayor significación, pero tal decisión debe ser cuidadosamente ponderada. El proyecto del código penal ha optado por un sistema restringido de penas alternativas, por cuanto la configuración de las mismas se ha estructurado en la parte de las penas en particular que corresponden al diseño de la parte general, sin que se corresponda la aplicación de las mismas en el merecimiento de la conminación penal en la cual se opta por la pena privativa de libertad.

crímenes los más graves y violentos sería posible articular tal instrumento de disuasión, en tal sentido respecto de tal criminalidad no se correspondería un sistema alternativo de penas, y necesariamente deberá mantenerse la pena privativa de libertad, en ello incluso, en concreto la fragmentariedad del derecho penal permanece incólume, respecto del ámbito reforzado de protección penal.

Lo anterior significa, que sólo en el caso en el cual se demostrará la imposibilidad de que una pena alternativa a la cárcel, como instrumento significativamente disuasivo para un determinado comportamiento encuadrado como delito fuera disfuncional, sería viable recurrir a la opción de la pena privativa de libertad. En tal sentido si con las penas alternas se alcanzaran los fines de prevención general y especial –y ello esta por verse después de su adopción, estudio y medición con los estudios correspondientes– no podría refutarse *ab initio* y desde una perspectiva abstracta la eficacia de las penas alternativas, al menos para una importante franja de conductas criminales.

Ahora corresponde examinar la posibilidad de las penas alternativas con relación al indeclinable principio de proporcionalidad. Es posible afirmar sin temor a ambages, que la pena de prisión, es una pena por excelencia capaz de ser graduada para lograr el balance entre crimen y pena; y en tal sentido permite cumplir las exigencias de la proporcionalidad entendida como principio sistemático de ordenación²⁸ así como la proporcionalidad de distribución²⁹. Pareciera ser que mientras la pena de prisión, si cumple a plenitud con la proporcionalidad de

²⁸ En el merecimiento de la pena, el principio de ordenación vinculado a la proporcionalidad, es un principio de carácter intra-sistemático que permite graduar las penas en su sentido externo y diferencial, es decir, cuando una infracción es más grave que otra, por las razones que se elijan, es posible adecuarle una sanción también muchos más grave, y en el ámbito de la generalidad la proporcionalidad ordenativa funciona de una manera adecuada, pues permite separar la magnitud de gravedad de las infracciones penales, pero el mismo resulta menos eficiente, cuando se aplica al tipo en particular, por cuanto se encuentra diseñado para la generalidad en diferenciación, y por ello la mediación abstracta de la pena en sus mínimos y máximos elegidos se determina siempre sobre la abstracción de tal generalidad, respecto de otros delitos.

²⁹ En cambio la proporcionalidad de distribución, ya no se finca sobre un supuesto genérico y abstracto de carácter comparativo, sino que se ocupa de los merecimientos concretos en relación al delito abstractamente considerado –nótese que no se trata de una dosimetría de individualización particular– pero los mismos no pueden partir de los límites predeterminados por la proporcionalidad ordenativa, por que está siempre se encuentra sobre la base de la generalidad diferenciada por comparación con otras conductas más graves, es decir la proporcionalidad de distribución es aquella que permite decidir si con independencia de los otros delito la pena fijada a un determinado tipo penal es proporcional.

ordenación, presenta cierto déficit con la proporcionalidad de distribución, de tal manera que a la pena privativa de libertad le cuesta cumplir con esa doble dimensión de la proporcionalidad (von Hirsch 1998 pp. 71 a 84) ³⁰. Puesto que la dosimetría de ordenación siempre termina afectando la distribución de otras penas, por cuanto la escala punitiva abstracta de inicio es demasiado alta, ello genera que no se alcance una proporcionalidad plena; y en este plano un sistema alternativo de penas puede permitir mejorar el cumplimiento de dicho objetivo, también fundamental en la sistemática penal, sobre todo en materia de determinación de pena, en su sentido abstracto –y posteriormente en la determinación concreta–.

Como se podrá advertir de lo expuesto, es plausible sostener con algún grado de razonabilidad que los grandes principios sostenidos por el pensamiento penal ilustrado, como una forma de legitimación para el derecho penal, entre los que se cuentan referidos a la pena que está fuera, igualitaria, humana, eficaz y proporcional, son principios que deben mantenerse en el ideario penal, y que los mismos, pueden ser alcanzados por penas distintas a la privativa de libertad por cuanto no son exclusivas de la prisión, o que a la norma penal necesariamente y hegemonícamente tenga que asociársele una pena de prisión; como se podrá apreciar un sistema alterno de penas, correctamente diseñado también alcanza el cumplimiento de dichos principios y por ende legitima al derecho penal en cuanto a su aplicación.

13. Política penal y reduccionismo

Una política criminal reduccionista es aquella que no atribuye al derecho penal sino a otros instrumentos preventivos el rol principal en la lucha contra la delincuencia (Sandoval Huertas 1984 p 300). De conformidad con esta línea de

³⁰ Más específicamente von Hirsch distingue entre la proporcionalidad ordinal, en la cual las penas deben de reflejar las diferencias de gravedad entre los delitos y la proporcionalidad cardinal, por la cual aquella pena que deriva de aplicar la proporcionalidad ordinal una vez que se ha decidido cuales deben ser el margen mínimo y máximo de la escala de penas, el análisis es sumamente enriquecedor en materia de determinación de pena sobre todo en lo relativo a las cuestiones realísticas que presenta para graduar el merecimiento.

pensamiento, la política criminal de un Estado deberá estar centrada en afrontar las causas de la criminalidad en atención a los indicadores planteados por las teorías criminológicas de influencia sociológica, es decir aquellas que ponen el énfasis en que la delincuencia es producto de razones estructurales (Wacquant 2000 pp. 85 a 87) y no obedece a motivos intrínsecos del ser humano como el ser un depravado mental o moral (Wacquant 2000 p 61); sino que al contrario son los factores de estructura o de cultura los que inciden de una manera más decisiva en la criminalidad³¹ y para ello deben pensarse las opciones alternas que sean más eficientes para la gestión de tales conflictos (Aniyar de Castro, 2005, p 531)³².

Ciertamente el fundamento de una política penal de cara a la reducción, es que la forma de gestionar las conductas delictivas es tratar de buscar sus causas estructurales y sobre esa base tratar de incidir en su evitación, en tal sentido teniendo un alto contenido social, las causas de tales fenómenos escasamente podrán ser solucionadas mediante la intervención del derecho penal y de la pena de prisión (Hassemer Muñoz Conde 2001 pp. 174 a 176). Así, si se parte de esta idea que no magnifica al derecho penal como instrumento absoluto para resolver los conflictos sociales, y si se le considera modestamente como un instrumento necesario, pero en todo caso de última intervención, lo cual equivale a sostener que el derecho penal en el sentido de la pena de prisión, no es prioritario en la lucha contra la criminalidad, puede concluirse que el derecho penal puede estar construido sobre un sistema diferenciado de penas en las cuales la centralidad del castigo no descansa en la pena privativa de libertad³³.

³¹ Por ejemplo formas de delincuencia que se explican en atención a una estructura de acceso a oportunidades, las cuales limitan el acceso de las posibilidades de promoción de ciertas minorías o formas de delincuencia vinculadas a la existencia de ámbitos en los que se transmiten valores opuestos a la legalidad o en los cuales por las circunstancias en las cuales se vive se neutralizan dicho valores posibilitando el comportamiento criminal

³² Naturalmente cada clase de fenómeno criminal –delincuencia patrimonial, delitos económicos, delitos de drogas, delitos de violencia familiar, delitos de agresión– requieren de un análisis específico para poder encontrar las formas más adecuadas para generar una tolerable neutralización de los mismos, ello a través de instrumentos distintos de intervención en función de la tipología penal que exprese el conflicto.

³³ Ciertamente el derecho penal no puede ser considerado una verdadera y única opción contra el fenómeno del crimen, por cuanto el derecho penal no tiene el alcance para modificar problemas tan complejos que se derivan de la conflictividad social y de las relaciones de poder, a lo sumo el derecho penal puede significar un obstáculo contundente para la realización de determinadas conductas delictivas, el derecho penal puesto en la realidad social, no es un desacelerante efectivo

Ciertamente se podrá indicar que las penas alternas tampoco podrán ser contraincentivos suficientes para mermar la criminalidad, pero también debe reconocerse que las penas actuales, radicalmente severas, tampoco han constituido un efectivo instrumento de disuasión en cuanto a la evitación de conductas criminales que se esperaba reducir ampliando el espectro de intervención en cuanto al rigor de las penas privativas de libertad (Wacquant.2000 p 39 a 40). La opción es generar una reducción del derecho penal clara y diferenciada, con lo cual se limita la pena de prisión únicamente a aquellos delitos más graves y violentos, dentro de los cuales pueden estar comprendidos delitos contra la propiedad que signifiquen una ofensa pluriofensiva que haya puesto en riesgo a las personas; para las restantes conductas la propuesta alterna de penas que no respondan a la privación de libertad puede ser una opción más útil de cara a la reducción de los delitos.

VI. EL MODELO DE PENAS ALTERNATIVAS

14. Un sistema penal alternativo

Si se reconoce que el actual sistema penal que se encuentra diseñado sobre la preeminencia de la pena privativa de libertad, a generado limitadas consecuencias en contra del crimen, y que la opción de un sistema alternativo de penas, importaría una drástica reducción de la pena privativa de libertad únicamente para los casos más necesitados de dicha medida de intervención penal, deben examinarse las condiciones en las cuales es posible estructurar un sistema punitivo que reconociendo la necesidad para ciertos casos de la pena de prisión, edifique de manera más profunda un sistema de penas alterno a la cárcel, en tal sentido deben considerarse las siguientes cuestiones.

del crimen, y ello explica de manera si quiere muy llana, por que a pesar de las altas penas que actualmente campean en los ordenes jurídicos –50 años de prisión en Costa Rica, 75 años de prisión en El Salvador– para impedir los conflictos sociales, los aspectos de la seguridad ciudadana

15. La predeterminación de las penas alternativas

La primera cuestión esencial a resolver es quien determina cuando procede una pena alternativa, y en tal caso si tal decisión debe ser predeterminada por el legislador mediante la regulación de la ley; o si la determinación de tal forma de sanción se dota de una mayor preeminencia en la decisión jurisdiccional. Ciertamente concurren dos modelos para la configuración del sistema de penas alternas. El modelo del *civil law* y el modelo del *comom law*. De conformidad con el modelo anglosajón (Larrauri 2000 p 62 Ashworth 1995 p 40 a 42) la ley se limita a establecer penas máximas para los diversos delitos y corresponde al juez determinar en el caso concreto si aplica al delito cometido una pena privativa de libertad o si por el contrario aplica una pena alterna predeterminada ya en un catalogo abierto por el legiferante³⁴. En este modelo obviamente el juez asume un gran poder de definición en la aplicación de las medidas cautelares y como lo ha dicho Ashworth el juez se erige como un pilar de la política criminal de un Estado con relación a las penas alternas.

Por el contrario en el modelo continental es la ley quien determina la pena que corresponde al delito, y el ámbito de flexibilidad lo traslada a la capacidad de decisión del juez, si a ese delito con pena de prisión, le puede sustituir o suspender la pena por una alternativa a la prisión. Debe indicarse que ambos modelos no están exentos de problemas en relación a la trasmutación de la pena privativa de libertad por una pena alterna. En el modelo del *comom law* se han presentado dos fenómenos distintos en el Reino Unido se calificó el sistema de penas alternativas como demasiado reduccionista, por cuanto su aplicación no tenía relevancia para las condenas de crímenes menores; ello llevó a una reforma penal –la *Criminal Justice Act de 1991*– por la cual se estableció una especie de directiva en el sentido que en materia de penas alternas los jueces deberían

no se resuelvan favorablemente no obstante las políticas de cero tolerancia o su iguales que se hayan implementado

³⁴ Aunque como se dirá el sistema ha resultado hasta cierto punto modificado por la práctica de las *sentencing guideline* que constituye resumidamente un modelo de pena fija puntal, y ello no puede obviarse al menos por ahora. .

aplicarlas discrecionalmente regidos por el principio de proporcionalidad (Larrauri 2000 p 63, Ashwort 1997 p 87).

Sin embargo en el sistema de los Estados Unidos de América, la situación fue diferente, por cuanto ante la aplicación demasiado discrecional de los jueces – para el Departamento de Justicia– de las penas alternas se promovió una especie de guía penológica dirigida a limitar dicho poder discrecional y alcanzar una mayor predeterminación de la pena por la ley –la llamada *Act Code punity*– el cual dicho sea de paso no ha sido aplicado por todos los tribunales por considerar una invasión del gobierno en las potestades del poder judicial lo cual ha significado que la Suprema Corte de los Estados Unidos lo haya admitido en *Cercioraty* para pronunciarse sobre su constitucionalidad³⁵.

En el modelo continental el problema que se ha determinado, es que su escasa flexibilidad no permite una aplicación más intensa del modelo de penas alternativas, por cuanto el ordenamiento normativo, no sólo deja un reducido espacio para la aplicación de las penas alternas, sino que además se establecen otros criterios restrictivos para su aplicación –que el justiciable no se encuentra sometido a penas alternas o a procedimientos alternos, que carezca de antecedentes penales etcétera–. Un punto intermedio en el modelo continental es aquel que aboga por que sea el legislador el que establezca el catálogo de las penas alternativas, pero en el sentido que estas sean una especie de penas principales para la franja de delitos que se pretende cubrir, los cuales son de menor gravedad, de lo contrario la elephantiasis de la pena de prisión, seguirá presente en el catalogo de penas establecidas como consecuencia jurídica del delito en particular.

16. La razonabilidad de las penas en el modelo alternativo

Un sistema de penalidad alternativo que sea razonable, debe descansar en dos fundamentos esenciales. El primero de ellos, es atinente al respeto de la

³⁵ La Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha decidido que la citada ley es contraria a la Constitución, pero excede a los alcances de éste artículo el comentario de la misma.

proporcionalidad respecto de la infracción cometida, tanto en la proporcionalidad ordinal –ordenativa– como en la cardinal –la distributiva– (Larrauri 2000 p 64, von Hirsch 1993 p 45 a 47). El otro aspecto medular se corresponde a que las penas alternativas deben ser estrictamente razonables, es decir de probable aceptación, por cuanto los modelos más eficientes de penas alternas requieren la voluntad del infractor, y para ello la pena en su dosimetría abstracta y concreta no debe ser irrazonable.

Ciertamente las penas alternativas no solo requieren la aquiescencia del infractor sino en determinados casos también una colaboración activa, en tal sentido se requiere que la pena alterna sea una sanción que el condenado pueda cumplir sin que su vida se vea severamente trastornada. Para el funcionamiento de las penas alternativas es necesario que concurren estos parámetros de razonabilidad por cuanto, si se pretende que la pena alternativa sea homologable a la pena de prisión en cuanto a las restricciones impuestas, el éxito de las mismas queda comprometido, por cuanto su incumplimiento debido al carácter excesivamente gravoso, será la consecuencia más esperada.

17. Configuración de las penas alternas

Un sistema eficiente de penas alternas debe tener por finalidad esencial reducir la pena de prisión, sin que se pierda por supuesto los fines de eficiencia formal del derecho penal, la prevención general y la prevención especial en su sentido integrador. En lo atinente a la disminución de la pena privativa de libertad, es fundamental que la pena alterna que se imponga tenga su debido cumplimiento, es decir que se encuentre garantizada en cuanto a su ejecutividad. Para ello no basta con el criterio de razonabilidad al que apelábamos *supra* sino que además es necesario que se tome en cuenta que el condenado tenga la capacidad personal de cumplir con esa pena Para ello debe de tenerse en cuenta que si la ley ha previsto la pena alternativa como una pena principal, debe posibilitarse al juez la facultad de sustitución de pena, en el sentido que siendo aún la pena alternativa imposible de cumplir, la misma pueda ser sustituida por

otra pena alternativa, sin que tal modificación suponga la imposición de una dosimetría mas grave en cuanto a la pena sustituta por que ello significaría la afectación del principio de igualdad³⁶. (Larrauri 2000 p 65, Wassik/von Hirsch 1988 pp 462 y ss; von Hirsch 1993 pp. 102 a 107).

Otro aspecto fundamental a quedar cubierto es la vinculación personal de las penas alternas, es decir éstas deben atender a las necesidades específicas de rehabilitación del condenado en determinados programas que le permitan superar aspectos conflictivos de su carácter que él está dispuesto a modificar mediante la ayuda especializada. Lo anterior significa una especie de sistema vicarial entre penas alternas, en el sentido de, sí se advierte que una pena alterna, puede ser efectiva para evitar la reincidencia de la persona o para superar un aspecto deficitario que haya incidido en la conducta criminal, dicha pena puede graduarse con la pena alternativa inicialmente aplicable, y computarse ambas, en conformidad con el condenado para cumplir con dichas sanciones. (Larrauri von Hirsch 1993 p 107).

18. El incumplimiento de las penas alternas

Como anteriormente se expresará, un sistema de penas alternas no tiene mayor viabilidad si el mismo no es inclusivo del condenado; se puede pronosticar que en cuanto más razonable sea la pena alterna que se ha impuesto –desde el proceso cognitivo del infractor– más probabilidades reales concurrirán de que la pena sea debidamente cumplida, de nuevo se reafirma que un sistema de penas proporcionadas es la mejor garantía de su éxito.

Pero para no restar consistencia al principio de eficacia de las penas, es importante tener previsto un sistema sancionador para el caso en que las penas alternativas no sean cumplidas, para ello puede optarse por un sistema sancionatorio administrativo que usualmente es pecuniario. Si hay que elucidar

³⁶ En el modelo del Código Penal salvadoreño ello sería más viable por cuanto ciertos delitos tienen configurada penas que en su esencia son verdaderas penas alternativas, como el arresto domiciliario o la pena de trabajo de utilidad pública; el modelo del proyecto del Código Penal de Costa Rica, presenta una mayor apertura al menos en el diseño de su parte general.

algunos tópicos importantes respecto del incumplimiento de las penas alternas. El primero de ellos se encuentra vinculado al tema de las sanciones de reacción ante el incumplimiento de la pena alternativa, por ello se afirma que ante el no cumplimiento, no debe imponerse como *prima ratio* la pena de prisión, es decir se aboga por que la prisión no sea una sanción inicial del sistema de apoyo a las penas alternativas (Larrauri 2000 p 66, Wassick/von Hirsch 1998 ps 565 a 566)³⁷. En tal sentido la pena privativa de libertad sólo podría ser justificada cuando el condenado, rechace completamente el cumplimiento de la pena alterna así como las sanciones intermedias que sirven de apoyo para el cumplimiento de la primera.

En cuanto al otro punto importante, el mismo radica en la determinación de lo que debe entenderse por incumplimiento respecto de las penas alternas. Se han planteado al efecto dos formas de tratar el problema, una el de aplicar un criterio rígido de cumplimiento inclusive casi cuantitativo, por el cual el incumplimiento sería medible en unidades de tiempo³⁸; la otra alternativa sería el tener establecido un criterio más flexible en el sentido que sólo se debe entender por incumplimiento el rechazo voluntario a cumplir la pena alterna impuesta (Larrauri 2000 p 66, McWilliams 1989 p 123; Vass 1990 p 127).

Del modelo rígido el inconveniente radica en la posibilidad mayor de su incumplimiento ante la inobservancia, pero tiene como beneficio, que es un modelo de mayor seriedad en cuanto al cumplimiento de la pena alterna, y ello es mejor ponderado por la judicatura. En cambio el modelo flexible que es menos agudo en caso de incumplimiento por cuanto la revocabilidad no es la regla general, lo cual es bueno cuando la pena de prisión es próxima o es la sanción de apoyo; empero la indulgencia del mismo puede desestimular su aplicación real por la judicatura.

El último aspecto importante a considerar, es el ámbito de control de las penas alternas. Una mejor aplicación práctica de un modelo de penas alternativas,

³⁷ Así se ha sostenido que el uso de la prisión como medida de apoyo de carácter inmediato a las penas alternativas, resulta no efectivo, si se puede recurrir a otras opciones por cuanto no se han agotado otras posibilidades de recurrir a otro tipo de sanción que siendo aún más severas que la pena alterna, sea menos lesiva que la pena de prisión, ello es más acorde con una visión reduccionista de la pena

pasa por que sea la jurisdicción la que tenga las competencias de control de las mismas, es decir que el poder judicial debe tener la facultad de verificar que la pena alternativa impuesta sea cumplida y que por ende tenga incidencia real de control sobre el proceso de ejecución de la pena alterna. Para ello se necesita dotar a la judicatura del personal de apoyo especializado integrado en el subsistema judicial para que bajo la dirección del juez, pueda diagnosticar el cumplimiento de las medidas que se ejecutan en otras áreas³⁹. Pasa también por un importante cambio cultural del orden social respecto del conflicto y el castigo, y la forma de buscar una solución menos violenta (El Khoury Jacob 1997 pp.123 a 124).

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Las conclusiones a las que se puede arribar son las siguientes: es necesario reducir la pena de prisión como respuesta primigenia al conflicto del delito, ni la prevención intimidatoria y la confirmadora ni la prevención incapacitadora y la resocializadora, están en condiciones de legitimar la opción por la prisión como pena de *única ratio* en el sistema penal –diríamos del reinado de la pena, con el septenario de Porfirio *qui non faciet non erit*–; ello por cuanto la prisión no evita el delito mediante los contenidos simbólicos destacados. Es fundamental entonces, en primer lugar diseñar una política penal reduccionista de la pena de prisión, en la cual se converjan en que no es la prisión, el instrumento único y básico para enfrentar el crimen. Acorde con dicha política se debe de impulsar un sistema penológico en el cual las penas alternativas tengan una incidencia importante en las formas de distribuir las sanciones penales; con lo cual se propone que en la articulación de un código penal, las penas alternas sean la

³⁸ Así en el caso de que se tratará de servicio en beneficio de la comunidad, el incumplimiento significaría a un número indeterminado de sesiones de servicio.

³⁹ Usualmente se ha utilizado la figura del agente de cumplimiento o *agents of probatiom* cuya función se corresponde con la emisión de informes relativos a la posibilidad de que la persona sea condenada a una pena alterna y el control de la ejecución de la medida sancionatoria impuesta; ello según se destaca permite una mayor confianza del juez respecto de este modelo de pena, por cuanto se asegura en unos límites aceptables que la sanción impuesta es factible de ser cumplida y además de ser controlado por el juez dicho cumplimiento.

prima ratio y la pena de prisión la *ultima ratio* destinada como consecuencia a la criminalidad más grave o violenta. Que las penas alternativas perfectamente pueden cumplir con los grandes principios que el pensamiento ilustrado en su época afirmará para la pena de privativa de libertad –igualdad, humanidad, eficacia y proporcionalidad– y que dichos principios no son exclusivos de la pena de prisión, y pueden ser alcanzados por otro tipo de sanciones.

Por último que las penas alternas depende en su éxito del sistema que se diseñe para su efectivo cumplimiento el cual debe tener una tendencia menos rígida, y en el cual los jueces tienen un rol fundamental para redefinir los conflictos con menos violencia y mayor eficacia en aras de la paz social; en todo caso no se trata de un *réquiem* para la pena de prisión sino al menos de un transformación de la misma, en todo caso, así ha sido en la historiografía de la pena.

BIBLIOGRAFÍA

ANIYAR DE CASTRO, Lola “La cuestionada tarea de criminalizar. A propósito de la tendencia a hacer nuevos Códigos Penales” en Estudios sobre justicia penal”. Homenaje a Julio B.J: Maier Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2005.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel “El sistema penal ante el dilema de sus alternativas”. Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1995.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel “Función instrumental y función simbólica del derecho penal” en Sistemas penales y derechos humanos”. CONAMAJ. San José Costa Rica. 1997.

BARATTA, Alessandro “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. CPC Nº 24. Madrid. España. 1984.

BECCARIA, Cesare “De los Delitos y las Penas”. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Editorial Alianza. Madrid. España. 1988.

BELOFF, Mary “Teorías de la pena. La justificación imposible” en Determinación Judicial de la Pena. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

BERGALLI, Roberto “Contradicciones entre derecho y control social”. Editorial M.J.Bosch. Barcelona. España. 1998.

BOTTKE, Wilfried “La actual discusión sobre la finalidades de la pena” en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J.M.Bosch. Barcelona. España. 1997.

CARRANZA, Elías “Cárcel y Justicia Penal: El modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito” en Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe. Como implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas (Elías Carranza. Coordinador). Primera edición. Siglo Veintiuno. México. 2009.

CARRANZA, Elías “Criminalidad. Prevención o promoción”. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José. Costa Rica. 1994.

CHAN MORA, Gustavo GARCIA AGUILAR, Rosaura “Los derechos fundamentales tras los muros de la prisión”. CONAMAJ. San José. Costa Rica. 2003.

CRUZ CASTRO, Fernando “El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primero sistemas penitenciarios. Revista Judicial de Costa Rica. Año XIV. N°. 48 Diciembre 1989. San José. Costa Rica. 1989.

CRUZ CASTRO, Fernando “La pena privativa de libertad: Poder, represión y Constitución”. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004.

DURKHEIM, Émile “La educación Moral”. Editorial Lozada. Buenos Aires. Argentina. 1947.

DURKHEIM, Émile “La División del Trabajo Social”. Akal. Madrid. España. 1982.

EL KHOURY JACOB, Henry Issa “Las penas alternativas. El inicio de una cultura” en “Sistemas Penales y Derechos Humanos”. CONAMAJ. San José. Costa Rica. 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo “Normativización del derecho penal y realidad social” Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2007.

FERRAJOLI, Luigi “Garantías y Derecho Penal” en Garantismo y Derecho Penal. Juan Oberto Sotomayor Acosta (coordinador). Temis. Bogotá. Colombia. 2006.

FERRAJOLI, Luigi “El derecho penal mínimo” en Poder y Control N° O. Barcelona. España. 1986.

FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Segunda edición. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Roció Cantarero Bandrés. Trotta. Madrid. España. 1997

GARCIA VALDÉZ, Carlos “Alternativas legales a la privación de libertad clásica”. Universidad Alcalá de Henares. España, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “El sistema de pena en el futuro código penal” en La reforma del derecho penal. Bellaterra. Barcelona. España. 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “Estudios de Derecho Penal”. Técnos. Madrid. España. 1990.

GOFFMAN, Erving “Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales. 7° Reimpresión. Amorrortu. Buenos Aires. Argentina. 2001.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel “Racionalidad e irracionalidad en las determinación de la pena”. Revista N° 3 de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. España. 1980.

GÓMEZ BENÍTEZ, Juan Manuel “Estudios Penales”. Colex. Madrid. España. 2001.

HASSEMER, Winfried “Critica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación y procedimiento. Traducción. Patricia Ziffer. Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 1998.

HASSEMER, Winfried “Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social” en Derecho Penal y Ciencias Sociales. Bellaterra. Barcelona. España. 1982.

HASSEMER, Winfried “Fundamentos de Derecho Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1984.

HASSEMER, Winfried MUÑOZ CONDE Francisco “Introducción a la criminología y al derecho penal. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2001.

HOBBS, Thomas “Tratado sobre el Ciudadano”. Trotta. Madrid. España. 1999.

HOUED VEGA, Mario “Modificación al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas en “Sistemas Penales y Derechos Humanos”. CONAMAJ. San José. Costa Rica. 1997.

JAKOBS, Günther “Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación. 2° edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González De Murillo Marcial Pons. Madrid. España. 1997.

JAKOBS, Günther “El concepto jurídico penal de la acción”. Universidad Externado de Colombia. Bogota. Colombia. 1998.

JAKOBS, Günther “La teoría de la pena”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2002.

LARRAURI PIOJAN, Elena “Ciencias Penales. Monografías. Parte I. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2001.

LIPPENS, Ronnie “La problemática actual de la criminología crítica” en Revista Digital. Maestría en Ciencias Penales. N° 1. Año 2009. Universidad de Costa Rica. San José. Costa Rica. 2009.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier “Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy. Segunda edición. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2005.

LUHMANN, Niklas “El derecho como un sistema social” en “Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2007.

MANZANAR BILBAO, Cesar “Reproducción de lo carcelario. El caso de las ideologías resocializadoras en Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales. Bilbao. España. 1991.

MAPELLI CAFFERANA, Borja “Criminología crítica y ejecución penal”. Cádiz. España. 1985.

MEAD, George Herbert "La psicología de la justicia punitiva" Traducción de Emilio Santoro en "Cárcel y Sociedad Liberal". Temis. Bogotá. Colombia. 2008.

MEINI, Iván "Imputación y Responsabilidad Penal". Ensayos de Derecho Penal. ARA Editores. Lima. Perú. 2009.

MIR PUIG, Santiago "Estado Pena y Delito". B de F. Buenos Aires. Argentina. 2006.

MONTERO SOLER, Alberto y TORRES LÓPEZ, Juan "La Economía del delito y de las penas. Un análisis crítico. Comares. Granada. España. 1998,

MURILLO RODRÍGUEZ, Roy "Ejecución de la Pena". CONAMAJ, San José. Costa. Rica. 2002.

PADOVANI, Luigi "Derecho Penal". Gioffre. Milano. 1981.

PAEFFGEN, Hans "observaciones acerca del error del tipo permisivo" en El error en el derecho penal. AA.VV. Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 1999.

PEREZ MANZANO, Mercedes. "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J.M.Bosch. Barcelona. España. 1997.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo "Locos y Culpables". Aranzandi. Pamplona. España. 1999.

RICO, José María "La seguridad ciudadana en Centroamérica. Aspectos y metodologías". Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 1994.

RIVERA BEIRAS, Iñaki "La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria. 2° edición actualizada. Volumen I. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2009.

ROEMER, Andrés "Economía del Crimen". Editorial Limusa. México. 2007.

ROXIN, Claus "Fundamentos político-criminales del Derecho penal". Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 2008.

ROXIN, Claus "Culpabilidad y prevención en derecho penal". Reus. Madrid, España, 1981.

ROXIN, Claus “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito”. Traducción de la segunda edición. Civitas. Madrid. España. 1997.

ROXIN, Claus “Fin y justificación de las penas y medidas de seguridad” en Determinación judicial de la pena. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.

ROXIN, Claus “Problemas básicos de derecho penal”. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Reus. Madrid, España. 1976.

SAINZ CANTERO, Emilio “La sustitución de la pena privativa de libertad” en Estudios Penales II. Santiago de Compostela. España. 1983.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro “Penología”. Parte General. Universidad Externado de Colombia. Bogota. Colombia. 1982.

SANTORO, Emilio “Cárcel y Sociedad Liberal”. Temis. Bogotá. Colombia. 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd “Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva” en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J:M:Bosch. Barcelona. España. 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “Tiempos de Derecho Penal” Editorial B d F. Buenos Aires. Argentina. 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2° edición. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria “Política criminal y persona humana”. Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 2000.

THOMASIIUS, Christian “Fundamentos de derecho natural y de gentes”. Traducción de Salvador Rus Rufino y María Asunción Sánchez. Tecnos. Madrid. España. 1994.

TOCQUEVILLE, Alexis de “La Democracia en América. Fondo de la Cultura. México-Buenos Aires. 1957.

VON HIRSCH, Andrew “Censurar y Castigar”. Traducción de Elena Larrauri. Trotta. Madrid. España. 1998.

WACQUANT, Loïc “Las Cárceles de la miseria”. Edición Manantial. Buenos Aires. Argentina. 2000.

WEBER, Max “Economía y sociedad. Esbozo de la sociología comprensiva. 2° edición. 14° Reimpresión. Fondo de la Cultura. México. 2002.

WELZEL, Hans “Derecho Penal Alemán. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1983.

WELZEL, Hans “Estudios de derecho penal”. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal”. EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2005.

DIVERSIDAD CULTURAL Y SISTEMA PENAL

Juan Carlos Ferré Olivé
Catedrático de Derecho Penal

Abstract : The cultural diversity originated in migratory process has great significance in the conformation of the european penal systems. The punishment worsen when the crime is committed by ethnic, racial or religious reasons. And some foreign customs, like the polygamy, are not accepted, maintaining their criminal character. Another assumption of multiculturalism makes reference to the Criminal Law applicable to the indigenous peoples in Latin America. The usual indigenous Criminal Law must be respected, but demanding the total observance of the fundamental Rights.

Key Words: Cultural diversity. European penal systems. Ethnic, racial or religious reasons.

Resumen: La diversidad cultural originada en procesos migratorios tiene gran importancia en la conformación de los sistemas penales europeos. Las penas se agravan cuando el delito se comete por motivos étnicos, raciales o religiosos. Y algunas costumbres foráneas, como la poligamia, no son aceptadas, manteniendo su carácter delictivo. Otro supuesto de multiculturalidad hace referencia al Derecho penal aplicable a los pueblos indígenas en América Latina. Debe respetarse el Derecho penal consuetudinario indígena pero exigiendo la plena observancia de los Derechos fundamentales.

Palabras clave: Diversidad cultural. Sistemas penales europeos. Motivos étnicos, raciales o religiosos.

I. APROXIMACIÓN

Uno de los fenómenos más complejos de nuestro tiempo - desde un punto de vista jurídico y social – se encuentra en el modelo de convivencia multicultural que están adoptando los seres humanos, producto de los procesos migratorios. Se puede hablar incluso del surgimiento de una nueva “civilización nómada”, en la

que ya no se trasladan sujetos individualizadamente sino familias y hasta pueblos casi completos, lo que tiende a conformar modernas sociedades multiétnicas, multiculturales y multirreligiosas¹. Esta perspectiva plural es muy enriquecedora para la evolución social pero puede resultar al mismo tiempo problemática, en cuanto fuente potencial de conflictos de integración de los que se derivan consecuencias que conciernen al mundo jurídico en general y al sistema penal en particular. En síntesis, los procesos migratorios están incidiendo en cierta medida en el Derecho penal europeo. Sin embargo, no podemos olvidar que en otras partes del mundo también existen conflictos penales cuyo origen es la multiculturalidad, pero a diferencia de la situación europea afectan a poblaciones poco propicias a la movilidad, que han padecido un importante proceso histórico de colonización. Este es el caso del Derecho penal aplicable a los pueblos indígenas de América Latina.

Podemos afirmar que a comienzos el siglo XXI prácticamente todos los Estados del mundo son multiculturales. El problema se localiza en las formas de interrelación entre estos modos de vida tan diversos, es decir, la tendencia a enfrentamientos y desencuentros que puede llevar a situaciones de conflicto. El punto de partida es el de la desigualdad entre culturas, que en ocasiones conduce al etnocentrismo, es decir, como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “una tendencia emocional que hace de la cultura propia el criterio exclusivo para interpretar los comportamientos de otros grupos, razas o sociedades”. Por este motivo y como principio aplicable a todas estas situaciones se hace necesario subrayar que *ninguna cultura es portadora de verdades absolutas*².

¹ Sobre el impacto del pluralismo étnico y religioso motivado por la inmigración en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y la reaparición de las culturas nómadas, cfr. Dalla Torre, G. Pluralismo religioso, multiétnicidad y bioderecho, en Medicina y Ética 2007/3, p.181 y sig.

²Cfr. Bernardi, A. El Derecho penal ante la globalización y multiculturalismo, Revista Derecho y Proceso penal nº 8, 2002, p. 26.

II. LA MULTICULTURALIDAD EN EUROPA

El fenómeno contemporáneo de la multiculturalidad en Europa se relaciona directamente con la fortaleza económica que se ha ido alcanzando a partir de 1945, después de la Segunda Guerra Mundial, y fundamentalmente desde la creación de la Comunidad Económica Europea, tras la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957. De aquella incipiente organización económica formada por seis países se ha pasado a la actual Unión Europea integrada por 27 Estados, con 23 idiomas oficiales, y aproximadamente 500 millones de habitantes, muchos de ellos extracomunitarios. Es evidente que una Europa económicamente poderosa e inmersa en el proceso globalizador necesita la fuerza de trabajadores de todo el mundo, familias completas que ven en estos procesos migratorios una esperanza para mejorar su calidad de vida. En este contexto es ilusorio pensar en una “cultura única” europea. En definitiva, hoy en Europa conviven muchas etnias, religiones y civilizaciones, cuyo principal punto de encuentro debe ser el reconocimiento del ser humano en su dignidad, con independencia de su pertenencia étnico- religiosa³.

Podemos afirmar que en principio todo aquel que se traslada debe adaptarse al país de acogida, incluso renunciando parcialmente a sus hábitos y tradiciones. Pero la integración no supone que deban asumirse todos los valores dominantes en el lugar de destino. Se pretende la convivencia pacífica entre todos los grupos sociales y culturales, sin olvidar que la migración humana es tan necesaria para los que ofrecen como para los que reciben el trabajo. Esto supone que todos los grupos implicados deben conciliar sus diferencias guiados por el diálogo y el principio de tolerancia. Corresponde a cada Estado planificar la integración, salvaguardando los distintos espacios culturales y sin olvidar en ningún momento que existe un auténtico Derecho a la diversidad.

Como presupuesto básico debemos recordar que todos aquellos que pertenecen a una minoría étnica, religiosa o lingüística son titulares del conjunto de Derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de

³ Cfr. Dalla Torre, G. Pluralismo religioso, op. cit. p.186 y sig.

Naciones Unidas y demás instrumentos jurídicos internacionalmente vinculantes⁴. Sin embargo, necesariamente deben existir limitaciones o restricciones a ciertas manifestaciones culturales, pues algunas costumbres aceptadas en los países de origen pueden ser totalmente incompatibles con el marco jurídico del país de acogida. Piénsese en ciertas prácticas que son punibles para la cultura europea, como por ejemplo la mutilación genital femenina que es habitual en distintos países africanos, o la propensión a la poligamia, que es plenamente legal en algunas naciones asiáticas.

Como sostiene Bernardi, si bien en Europa las minorías poseen el reconocimiento general de su derecho a la diversidad, este derecho puede ser fuente de conflictos, por lo que existen límites que resultan de la propia Convención Europea de Derechos Humanos y de los textos Constitucionales de los distintos Estados⁵. En consecuencia, algunas libertades fundamentales pueden verse reducidas en base a criterios de oportunidad, tratándose de medidas que resultan necesarias para salvaguardar intereses generales en una sociedad democrática.

Una vez trazado este marco global, analizaremos algunos problemas penales que plantea la multiculturalidad en Europa. Por una parte, la diversidad debe encontrarse penalmente protegida de eventuales excesos y ataques. Uno de los motivos de mayor preocupación es el de la violencia racista, que ha ido potenciando la aparición en los distintos Estados de normas penales antidiscriminatorias. Así, por ejemplo, el Código Penal español considera como circunstancia agravante genérica obrar con finalidades excluyentes, es decir, “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca” (art. 22.4)⁶. Se trata de una regulación que pretende impedir actos

⁴ Así, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966, la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y sus Protocolos adicionales.

⁵ Cfr. Bernardi, op. cit. P. 29 y sig.

⁶ Cfr. más ampliamente, Lorenzo Copello, La discriminación en el Código Penal de 1995, Estudios Penales y Criminológicos XIX, Santiago de Compostela, p. 279 y sig., Borja Jiménez, Violencia y

hostiles originados en motivos raciales, étnicos o religiosos, aunque debe considerarse como un mero complemento de otras políticas de Estado que tiendan a facilitar la integración de las minorías y a evitar, a través de distintos medios preventivos, la aparición de brotes de violencia.

Por otra parte, la ancestral costumbre que existe en algunos países africanos de practicar la mutilación genital femenina pretende encontrar amparo en motivos sociológicos, sexuales o religiosos. UNICEF cifra en más de 100 millones las mujeres actualmente vivas pertenecientes a 28 países que padecen la mutilación del clítoris, lo que les genera problemas de salud irreversibles⁷. Evidentemente se trata de una conducta punible, al menos en los Códigos penales europeos, a través de distintas modalidades de lesiones corporales o como ha estructurado el Código penal español, a través de la tipificación de una figura específica: "El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.." (art. 149.2)⁸. Sin embargo, se ha constatado una práctica frecuente que consiste en enviar a las menores a los países de origen, presuntamente para visitar a su familia, pero con la auténtica finalidad de practicar allí la mutilación genital. Al ser en ese país una práctica permitida, la conducta de los progenitores o tutores deviene impune. Para intentar impedir estos comportamientos se han articulado importantes cambios legislativos. Así, en España se ha llevado a cabo una modificación del Principio de Justicia Universal. En la actualidad, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su art. 23.4, letra h, la competencia de los Tribunales españoles para juzgar los delitos relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. En consecuencia, la responsabilidad penal podrá recaer en los tutores, padres o

criminalidad racista en Europa occidental: la Respuesta del Derecho Penal, Granada, 1999, *passim*, Dopico Gómez Aller, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena, Revista General de Derecho Penal nº 4, 2005, p.1 y sig.

⁷ Cfr. los datos de UNICEF en www.unicef.org/spanish/protection/index_genitalmutilation.html.

⁸ En cuanto a los aspectos doctrinales de la persecución penal en España, puede verse Roperó Carrasco, La mutilación genital femenina, La Ley, 1-12, 2001.

responsables que envíen dolosamente a las menores a sus países de origen consintiendo la práctica de mutilaciones genitales.

La realidad cultural de los Estados en los que se admite la bigamia o poligamia no provoca tantos problemas en Europa, dado que los sucesivos matrimonios no suelen llevarse a cabo ante las autoridades europeas sino en los países de origen. A diferencia de lo que ocurre en los casos de mutilación genital femenina, para los supuestos de poligamia no suele preverse la aplicación extraterritorial de las normas penales europeas y por lo tanto, al ser conductas legales en los países de origen no podrá existir actuación penal alguna, con independencia de las consecuencias jurídico- civiles de esos enlaces. En todo caso, si el segundo enlace se lleva a cabo en un país europeo sin disolver el matrimonio anterior existirá responsabilidad penal, ya que los Códigos penales europeos sancionan contraer un matrimonio ulterior conociendo que subsiste legalmente el anterior. En algunos supuestos podrán presentarse situaciones de error sobre la vigencia del matrimonio anterior, o incluso sobre el marco normativo que establece la prohibición, lo que puede tener consecuencias jurídicas importantes en materia de error⁹.

Queda por último formular una breve referencia a una tesis en relativo auge en Europa, que a mi entender guarda relación con la multiculturalidad. Me refiero a la pretensión de crear un nuevo espacio punitivo conocido como “Derecho penal del enemigo”. Debe atribuirse a Günther Jakobs el haber acuñado esta terminología –con toda la carga ideológica que entraña– sentando las bases científicas para defender y expandir este modelo¹⁰. Jakobs divide a los individuos que participan en la sociedad en dos grupos: por un lado, los que colaboran con el funcionamiento del orden jurídico, a quienes llama ciudadanos. Por otro lado, un grupo de sujetos que habría degenerado, respecto a quienes no existen expectativas de cumplimiento de sus deberes hacia la sociedad. Estos sujetos no colaboran con el orden jurídico por diversos motivos (puede pensarse, por ejemplo, en delincuentes terroristas, delincuentes profesionales o

⁹ Cfr. Mir Puig, Matrimonios ilegales en el Código Penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1974, III p. 433 y sig. , en particular p. 457 y sig.

¹⁰ Cfr. Jakobs y Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, 2ª. ed. Madrid, 2006, *passim*.

multirreincidentes). Todos ellos se han convertido en *enemigos* de la sociedad, en “No Personas”, porque ponen en peligro la vigencia del ordenamiento jurídico. Se propone para estos sujetos un tratamiento jurídico distinto, en términos generales mucho más duro, sometiéndolos a una pérdida sustancial de garantías penales y procesales. Según este planteamiento, sus conductas deben “combatirse” con medidas especialmente asegurativas. Pero en esta lista de enemigos o inadaptados pueden tener fácil cabida todos aquellos que pertenecen a otra etnia, lengua, raza o religión. Considero que en última instancia el Derecho penal del enemigo está basado en el etnocentrismo y en una pretendida superioridad europea.

Debemos afirmar con rotundidad que el Derecho penal de enemigos es inadmisibles en un Estado de Derecho. El que se describe como Derecho penal del ciudadano, con todo su marco garantista, es el único Derecho penal posible. Por supuesto que planteamientos que pretenden distinguir ciudadanos y enemigos pueden encontrar apoyo en grupos reducidos de científicos y legisladores. Pero no encuentro argumentos de peso que permitan contrastar las palabras de Muñoz Conde: “Desde luego, en un Estado de Derecho democrático y respetuoso de la dignidad del ser humano, ni el *enemigo*, ni nadie puede ser nunca definido como *no persona*”¹¹.

III. LA MULTICULTURALIDAD EN AMÉRICA LATINA

La colonialización de América Latina a partir de 1492 supuso para los originales pobladores un cambio absoluto en todos los órdenes de la vida. Se modificaron completamente las relaciones sociales, económicas, educativas y religiosas, que fueron reemplazadas por una nueva cultura. A partir de entonces, el marco de protección de los Derechos humanos de las comunidades indígenas ha estado siempre bajo mínimos, y en algunos casos ha sido completamente violentado. En la actualidad los indígenas son titulares sin duda alguna de todos

¹¹ Cfr. Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª. ed. Valencia, 2003, pp. 124.

los derechos que se recogen en la Declaración Universal de Derechos humanos de Naciones Unidas, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre de la Organización de Estados Americano (ambas de 1948) y en los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes suscritos en esta materia¹². Pero este conjunto de disposiciones no puede garantizar por el momento el goce pleno y efectivo de los Derechos humanos de los pueblos indígenas. Ello se agrava en la medida en que ninguna de las mencionadas normas ha contemplado reglas específicas para solventar la peculiar situación en la que se encuentran estas comunidades. Como nos recuerda Stavenhagen, en muchos países los indígenas son discriminados por motivos étnicos, raciales y de género, no cuentan con un aceptable acceso a la Administración de Justicia ni tienen participación política significativa. Además, se les suele negar la identidad cultural y su civilización es frecuentemente menospreciada¹³.

Evidentemente son necesarios cambios importantes para lograr un completo reconocimiento de los derechos fundamentales de los indígenas. En este sentido, una vez admitidos sus derechos individuales más elementales, hay que destacar que también poseen derechos colectivos como miembros de una comunidad de orígenes ancestrales, que resultan imprescindibles para su supervivencia. Así, cuentan con el derecho a la integridad cultural y a la identidad colectiva, a poseer su propia lengua y religión, y en definitiva el derecho a ser diferentes. La coexistencia de distintos sistemas sociales, siendo uno de ellos mayoritario o hegemónico, refuerza la necesidad de que el sistema menos favorecido – en este caso el de las comunidades indígenas – plantee el reconocimiento de la diversidad. Dado que el Estado no garantiza plenamente sus derechos, es lógico que estas comunidades reivindiquen la validez de sus propias normas y procedimientos, muchas de ellas antiquísimas. Pero el camino de la

¹² Así, fundamentalmente el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966, la Convención Americana sobre Derechos humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969 y La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la ONU de 1984.

¹³ Cfr. Stavenhagen, Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos, en AAVV, Pueblos indígenas y Derechos Humanos, Bilbao, 2006, p. 24.

afirmación de un genuino Derecho indígena en materia penal es de por sí bastante complejo. Para empezar, debemos recordar como tuvo lugar la histórica pérdida del *ius puniendi*.

En los siglos que siguieron al descubrimiento no puede hablarse de una influencia del Derecho penal europeo, sino de una auténtica *imposición* del las normas penales españolas y portuguesas en los nuevos territorios conquistados¹⁴. En consecuencia, el *ius puniendi* que originariamente tenían las comunidades indígenas fue *expropiado* por los colonizadores. El Derecho de estos últimos desplazó a las normas de convivencia consuetudinarias por las que se regían las comunidades indígenas hasta entonces. En la España del momento se cuestionaba si los indios eran hombres libres o esclavos, lo que originó un gran debate teológico y jurídico en la Universidad de Salamanca. Los indígenas contaron con la extraordinaria defensa del padre Bartolomé de las Casas y en la discusión académica cobró gran relevancia Francisco de Vitoria inspirador de una importante escuela de Derecho Internacional, conocida como Escuela de Salamanca. Se llegó a la conclusión de que los indios no eran esclavos ni seres inferiores: eran iguales a cualquier otro ser humano y podían ser dueños de tierras y bienes. Sin embargo, la aplicación *política* posterior de estas ideas se concretó en la consideración de que eran ciudadanos libres pero no del todo, pues tenían una capacidad disminuida o limitada. Por ello, debían estar sometidos a tutela (libertad tutelada) y trabajar en las llamadas “encomiendas”, que estando ideadas para velar por su bienestar y formación, se convirtieron de hecho en una sucesión de trabajos forzados. Este sistema beneficiaba económicamente a la Corona, que necesitaba grandes sumas de dinero para poder sufragar sus guerras en Europa. En este marco es evidente la pérdida de autogobierno que padecieron estas sociedades y consecuentemente la imposibilidad de contar con un sistema punitivo propio.

Pasados algunos siglos se produce la emancipación de las metrópolis, es decir, los procesos de independencia que desmembraron las posesiones de

¹⁴ Cfr. Hurtado Pozo, El indígena ante el Derecho penal: el caso peruano, en AAVV, La ciencia penal en el umbral del Siglo XXI, México, 2001, p. 32.

España y Portugal en múltiples Estados. Las nuevas autoridades recuperaron el *ius puniendi*, retomando la plena libertad para dictar leyes penales. Sin embargo la independencia en América Latina no supuso devolver a las comunidades indígenas sus derechos, pues solamente provocó una emancipación al servicio de las elites políticas y económicas. La nueva clase gobernante que asumió el poder era la representante de la burguesía local, de los hijos de inmigrantes que habían hecho fortuna –criollos- y de algunos europeos disidentes, que no pensaban de manera distinta que sus antecesores respecto a los indígenas. En definitiva, los nuevos dirigentes añoraban Europa y eso se vio reflejado en sus leyes. Por ese motivo siguieron manteniéndose ligados intelectualmente a la península ibérica y al resto de Europa. La prueba más evidente es que casi todos los Códigos penales del siglo XIX en América Latina se inspiraron en las leyes españolas e italianas del momento, con pocas y puntuales excepciones. Los gobernantes habían cambiado y compartían con los indígenas la misma nacionalidad pero no los mismos derechos. En esta etapa no puede hablarse de imposición sino de influencia normativa europea, aunque para muchos pueblos indígenas el cambio político seguramente pasó bastante desapercibido. A lo largo de la historia se debe destacar el desprecio hacia el indígena en América Latina por parte de sus propios gobernantes, que en general los trataron como niños, más concretamente como seres jurídicamente incapaces, incluso sometiéndolos en ocasiones a la jurisdicción penal de menores. A principios del siglo XX encontramos asombrosas pruebas de la terrible marginalidad en la que se hallaban aún los indígenas. El Código Penal peruano de 1924 dividía a los seres humanos en tres categorías: sujetos civilizados, indígenas semicivilizados y salvajes¹⁵. Sin pretender agotar los ejemplos, baste decir que existieron precedentes parecidos en Colombia, Bolivia, Paraguay, etc.

La situación comienza a cambiar con las Convenciones Internacionales suscritas en defensa los Derechos humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial, pero lo hace de una manera más efectiva paradójicamente a partir de una norma de naturaleza laboral, el Convenio nº 169 sobre pueblos indígenas y

¹⁵ Cfr. Hurtado Pozo, El indígena.. op. cit. p. 36 y sig.

tribales de la Organización Internacional del Trabajo (1989). Este Convenio tiene en cuenta la especial vulnerabilidad laboral de los indígenas, procurando facilitar su integración en el ámbito del trabajo, mejorar sus condiciones de vida y los niveles de salud y educación¹⁶. Sin embargo, su texto no se limita a atender los aspectos estrictamente laborales, sino que asume otros temas de naturaleza penal¹⁷. Lo más destacado de cara a los mecanismos de justicia indígena es que otorga derecho a resolver sus conflictos aplicando sus propias normas, con sus procedimientos y ante sus tribunales, “siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. De esta forma el texto de la OIT se ha convertido en el principal instrumento jurídico internacional con carácter vinculante en esta materia, aunque por el momento sólo ha sido ratificado por una veintena de Estados. El problema es bastante complejo pues no existe un único pueblo indígena sino que en toda América hay miles de comunidades, contando cada una de ellas con sus propias costumbres y peculiaridades. No se puede caer en el error de pretender dar el mismo tratamiento legal a toda la población indígena¹⁸. Ello supone que existen comunidades que han abandonado la costumbre de aplicar penas, confiando al sistema formalizado la resolución de sus conflictos. En estos casos no se podrá hacer revivir un derecho consuetudinario ya

¹⁶ Sobre la génesis y contenido del Convenio, Cfr. GÓMEZ, El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en AAVV, Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Bilbao, 2006.

¹⁷ Dice el Convenio OIT 169: Art. 8.1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Art. 9.1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Artículo 10.1 Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento.

¹⁸ Cfr. Ardito, Cambios y perspectivas dentro del derecho consuetudinario q'eqchi, en Revista Pena y Estado nº 4, 1999, p. 17.

desaparecido. Por el contrario, existen pueblos que mantienen plenamente vigente un sistema sancionatorio basado en costumbres ancestrales.

Evidentemente será distinta la situación en los países que son signatarios del Convenio 169 de la OIT respecto a los que no lo han suscrito o ratificado. En relación a los países signatarios del Convenio, es necesario saber cuándo la actividad punitiva ejercitada por las autoridades indígenas es conforme a la Constitución y las leyes. La aplicación del Convenio exige que el derecho positivo establezca los parámetros de compatibilidad con el sistema jurídico formalizado: la validez de los procedimientos y el reconocimiento de las sentencias que evite el doble juzgamiento. En otras palabras, las normas del Estado deben permitir expresamente a las comunidades indígenas o campesinas el ejercicio de este *ius puniendi*¹⁹. Esto es lo que ha ocurrido con los países andinos, concretamente Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que se declaran Estados multiétnicos y en consecuencia han consagrado en sus respectivas constituciones un *sistema jurídico dualista* en el que, junto al marco normativo estatal formalizado, convive el reconocimiento pleno del derecho consuetudinario indígena. Por ello puede apreciarse que coexisten dos sistemas jurídicopenales²⁰, aunque el problema sea, lógicamente, compatibilizarlos²¹. Para poder hacerlo se debe contar con normas de desarrollo. Así, por ejemplo, en el caso colombiano se recurre a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que coloca dentro de la estructura judicial una Jurisdicción de las comunidades indígenas, estableciendo en su artículo 12: (..)“Las autoridades de los territorios indígenas previstos en la

¹⁹ Cfr. Ramírez, Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje interdisciplinario, en Revista Pena y Estado nº 4-1999, p. 71.

²⁰ Cfr. Yrigoyen Fajardo, Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), en Revista Pena y Estado nº 4, 1999, p. 129.

²¹ Dispone la Constitución política de la República de Colombia de 1991 en su artículo 246 “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. En sentido similar o con ligeras variaciones, cfr. el art. 171.III de la Constitución del Estado boliviano de 1994, el art. 191 de la Constitución Política del Estado de Ecuador de 1998, el artículo 149 de la Constitución del Perú de 1993 y el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Pese a las previsiones del art. 63 de la Constitución de Paraguay de 1992, no parece existir en la práctica un sistema dualista. Cfr. Vera Viveros, Revista Pena y Estado nº 4, 1999, p. 258 y sig.

Ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos *los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y las leyes*". Sin embargo, hay que tener presente lo que ha puesto de manifiesto la Corte Constitucional colombiana, entendiendo que la responsabilidad de las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales es igual a la de un funcionario o empleado judicial, por lo que además de estar sometidos a la Constitución y a las leyes "adquieren por igual la responsabilidad de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de las personas que intervienen en el proceso, sin importar el sexo, la raza, el origen la lengua y la religión"²². En cualquier caso son las propias comunidades las que deciden qué representantes concretos ejercen tareas jurisdiccionales.

En síntesis, el sistema que avala la Resolución 169 de la OIT es el de la *coexistencia* de dos mecanismos punitivos: el formalizado, aplicable en la mayor parte del territorio del Estado y creado por el Parlamento, y el comunitario que requiere normas de compatibilidad y permite en determinados territorios la aplicación de un Derecho penal indígena consuetudinario. Desde esta perspectiva se toma como fuente la costumbre, pero no cualquier costumbre, sino aquella conforme a la Constitución y a las leyes. Esto tendrá muchas consecuencias a la hora de dotar de garantías al sistema punitivo.

Afirmar que la costumbre es fuente del Derecho penal para los pueblos indígenas de América Latina exige preguntarnos por qué dicha costumbre es unánimemente rechazada como fuente en los sistemas punitivos del resto del mundo. En este sentido, hay que tener en cuenta que en la actualidad ni siquiera el derecho anglosajón se rige por la costumbre en materia penal²³. El argumento para excluir la costumbre y la analogía siempre ha venido dado por los abusos y

²² Cfr. Sentencia C 037-96 de la Corte Constitucional de Colombia. Debemos destacar que la Corte Constitucional de Colombia se ha convertido a través de una riquísima jurisprudencia en el tribunal que más ha contribuido hasta el presente en la conciliación de un sistema penal consuetudinario indígena con otro formalizado, respetando los Derechos fundamentales.

²³ En el sistema norteamericano e incluso actualmente en el británico la materia penal no se rige por el *common law*, sino que prevalece casi unánimemente el derecho legislado o *statutory law*. Dichas normas están sistematizadas y por lo tanto son objeto de la interpretación jurídica. En todo el mundo anglosajón puede afirmarse la vigencia de los principios fundamentales en materia penal, como legalidad, irretroactividad, etc. Cfr. Hendler, Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, Buenos Aires, 1996, *passim*.

arbitrariedades que pueden producirse, en cualquier tiempo y lugar, cuando se impone una pena. Tal vez las comunidades indígenas reivindiquen el reconocimiento pleno de un *ius puniendi* consuetudinario, asentado en la tradición y la historia, con el *objetivo político* de lograr un mayor autogobierno o incluso pensando en sus integrantes a título individual, para poder resocializarlos dentro de la comunidad. Pero es evidente que los miembros de estas comunidades individualmente considerados no pueden convertirse en instrumentos para ejercitar reivindicaciones políticas o asentar la cultura, es decir, tienen pleno derecho a gozar de un completo marco garantista.

¿Por qué se rechaza que una secta religiosa, un grupo neonazi, una organización sindical o un club de pensionistas cuenten con un sistema penal consuetudinario que resuelva sus problemas cotidianos? En realidad, las comunidades indígenas no se parecen en lo más mínimo a todos los colectivos enunciados. No constituyen un grupo socialmente diferenciado sino auténticas naciones, que poseen raíces étnicas y culturales históricamente consolidadas²⁴. La admisión del Derecho penal consuetudinario sólo se justifica porque las comunidades indígenas carecen de un cuerpo normativo formalizado que regule su sistema punitivo, y el sistema formalizado por el Estado, estructurado en torno a la Ley penal, en muchos casos resuelve inapropiadamente sus conflictos. En síntesis, el sistema penal basado en la costumbre se acepta en beneficio de los propios miembros de las comunidades indígenas, para no perjudicar una posición ya de por sí muy desfavorable. Sin embargo existe una limitación territorial, pues no es aceptable la pretensión de imponer el Derecho penal consuetudinario indígena fuera de su jurisdicción, como por ejemplo cuando a través de migraciones internas un nutrido número de miembros de la comunidad se asienta en el extrarradio de las grandes ciudades²⁵. En este caso la reinserción social debe tener como referencia la gran ciudad y no los territorios indígenas.

²⁴ Cfr. Binder, Proceso penal y diversidad cultural: el caso de las comunidades indígenas, en Justicia Penal y Sociedad nº 3-4, Guatemala, 1993, p. 24.

²⁵ Nos describe esta situación Villavicencio, destacando que en el Perú se han registrado estos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos al margen del Poder judicial. Cfr. Mecanismos alternativos de solución de conflictos, en Revista Pena y Estado, nº 4, 1999, p. 116.

La existencia de una Administración de justicia indígena supone una auténtica demostración del respeto a la diversidad cultural y el pluralismo político. Simplemente surgen dudas acerca de la creación por los propios jueces indígenas de los delitos y las penas, porque este singular avance en el plano de la diversificación no puede realizarse a costa del sacrificio de las garantías individuales de los miembros de la comunidad. Puede haber justicia indígena en materia penal siempre que no implique la imposición de penas inhumanas o degradantes, o se violenten los principios constitucionales fundamentales como el de legalidad y culpabilidad que se han ido consolidando a nivel mundial desde la Revolución Francesa de 1789. La costumbre da lugar a un conjunto de reglas procedimentales, delitos y penas que combinadamente pueden aproximarse a un sistema coherente y lógico²⁶. Pero para que este sistema posea legitimidad debe ser respetuoso con los Derechos humanos²⁷.

Tanto la Convención 169 de la OIT como las normas estatales e internacionales exigen el respeto a los principios que emanan de la Constitución y las leyes, lo que se concreta esencialmente en la vigencia de los Derechos fundamentales. Desde esta perspectiva podemos afirmar que una vez admitido el Derecho consuetudinario como fuente del sistema punitivo no puede exigirse un marco de garantías idéntico al que debe imperar en el Derecho penal formalizado. Sin embargo, ello no puede suponer la desaparición completa de los principios fundamentales en materia penal, al menos los principios de legalidad, de culpabilidad (responsabilidad subjetiva y personalidad de las penas) y humanidad de las penas. Por ello nos resultan algo chocantes las opiniones que sostienen que en el Derecho penal indígena los principios de legalidad y culpabilidad “o no existen, o adquieren otra dimensión”²⁸.

Respecto al *principio de legalidad*, el punto de partida es la inexistencia de una ley escrita, por lo que en ocasiones podremos estar ante una norma incierta.

Está a favor de la aplicación de la ley penal indígena fuera de sus territorios Yrigoyen Fajardo, Reconocimiento, op. cit. p.135.

²⁶ Cfr. Borja Jiménez, Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica, en AAVV, Pueblos indígenas y Derechos Humanos, Bilbao, 2006, p. 664.

²⁷ Cfr. Binder, Proceso penal.. op. cit. p. 26.

²⁸ En este sentido, cfr. Borja Jiménez, Sobre los ordenamientos.. op. cit. p. 672.

Se trata de un derecho oral, lo que se ve de manera positiva por algunos investigadores, ya que esta característica le otorgaría dinamicidad y una especial flexibilidad²⁹. Esta puede ser una razón muy apropiada a la hora de normativizar acerca de bienes o herencias, o para servir como instrumento integrador de la comunidad. Sin embargo, en materia penal la costumbre reduce considerablemente la vigencia del principio de legalidad pues obstaculiza la observancia de una ley cierta.

Respecto al *principio de culpabilidad*, éste exige la constatación de responsabilidad subjetiva y la personalidad de las penas. Respecto a la *responsabilidad subjetiva* este principio resulta claramente afectado. Como nos relata Ardito, puede ser considerado delito el simple hecho de haber pisado un lugar sagrado, con independencia del conocimiento o intención. Y puede llegar a sancionarse por igual el homicidio doloso o el imprudente: solo importa el resultado producido³⁰.

En cuanto al *principio de personalidad de las penas*, éstas se extienden en ocasiones a terceras personas, normalmente la familia directa o los parientes del autor de los hechos. Por ejemplo, la comunidad de indios aguarunas en el Perú permite que cualquier pariente del fallecido pueda dar muerte a otro pariente del homicida, consiguiendo así recuperar el equilibrio en la sociedad³¹.

El principio de *humanidad de las penas* está consagrado en todas las Declaraciones Internacionales de Derechos humanos, y cuestiona muchas de las sanciones que aplican las comunidades indígenas basándose en la costumbre. El sistema indígena de penas es tan heterogéneo como el número de comunidades que las aplican. Esto supone que muchas sanciones guardarán gran similitud con las penas del sistema formalizado (amonestación, multas, pérdidas patrimoniales en general, pérdida de un cargo comunal, trabajos comunales, expulsión del territorio, etc.). Otras penas serían impensables para las culturas europeas, como por ejemplo sancionar un homicidio poniendo a cargo del autor la sustitución de las responsabilidades del fallecido, hasta que sus hijos alcancen la mayoría de

²⁹ Cfr. Ramírez, Diversidad cultural... op. cit. p. 71.

³⁰ Cfr. Ardito, Cambios y perspectivas, op. Cit. p. 21.

³¹ Cfr. Villavicencio, Mecanismos alternativos, op. cit. p. 114.

edad³². En favor del sistema penal comunitario se puede apuntar que las sanciones se ejecutan en el seno de la propia comunidad, favoreciendo que el sujeto no se desocialice, lo que sin duda ocurre cuando debe cumplir su pena en una prisión estatal³³. Sin embargo, muchas de estas penas poseen un carácter cruel o vejatorio. Fundamentalmente se trata de la pena de muerte o sanciones corporales, que no pueden ser admitidas bajo ningún punto de vista. Por ejemplo, aceptar que es conforme a Derecho que una comunidad indígena aplique la Ley de Lynch³⁴, mate a una persona a pedradas después de haber sido sentenciada en proceso informal por 218 comuneros³⁵ o, sin llegar a matar, se golpee o azote públicamente al condenado nos retrotrae varios siglos de cara al respeto de los Derechos fundamentales. Como manifiesta Ardito “Esta identificación de justicia con castigo, y de castigo con violencia física ha penetrado el tejido social, al punto que, para muchas personas, los delincuentes deben morir, independientemente de la gravedad del crimen que cometen”³⁶. Al margen de la muerte, tampoco pueden tolerarse las penas corporales. El cepo nocturno no sólo priva de la libertad, sino que también humilla y degrada al ser humano. El baño de agua fría seguido de ortigamiento genera picores, eczemas y una irritación generalizada³⁷. En el Perú se relata la actuación de las rondas campesinas, una especie de patrullas indígenas que para salvaguardar los intereses comunales toman la justicia por su cuenta. Aunque parece que ya están más controladas, relata Villavicencio cómo son sus sanciones. “Inicialmente, los castigos físicos comprendían los denominados “pencazos” (azotes) hasta la muerte del sujeto. También se aplica el “baño” (sujeto obligado a sumergirse en un río o pozo en la noche o madrugada), la ronda obligatoria (en rondas vecinales) y el trabajo comunal (en caminos, posta

³² Cfr. Yrigoyen Fajardo, Reconocimiento.. op. cit. p. 134.

³³ Cfr. Ramírez, Diversidad cultural, p. 74.

³⁴ En Guatemala existen varios ejemplos recientes de linchamientos, que gozan de bastante respaldo entre las comunidades indígenas. Cfr. Ardito, Cambios y perspectivas, op. cit. p. 24. Considera sin embargo que estos delitos poco tienen que ver con el Derecho penal indígena, sino con la ineficacia del sistema judicial que genera impunidad Sieder, Derecho consuetudinario y poder local en Guatemala, en Revista Pena y Estado, nº 4, 1999. Tal vez la responsabilidad sea compartida y fruto del fracaso de los dos sistemas.

³⁵ Es el llamado caso Huancay de 1974 en el Perú, relatado por Villavicencio, Mecanismos alternativos, op. cit. p. 111.

³⁶ Cfr. Ardito, Cambios y perspectivas, op. cit. p. 24.

³⁷ Cfr. Borja Jiménez, Sobre los ordenamientos.. op. cit. p. 679.

médica, etc.)³⁸. Las penas corporales no sólo son pura retribución, sino también una forma de tortura, y por lo tanto resultan inadmisibles en cualquier tipo de sociedad y en todos sus términos prohibidas por la Comunidad Internacional³⁹.

Debemos reiterar que *el cuerpo humano es intangible*. Y si condenamos enérgicamente las prácticas milenarias en África, basadas en la costumbre, según las cuales se produce la mutilación genital femenina por motivos rituales o religiosos, también debemos cuestionar que las comunidades indígenas de América se extralimiten con sanciones de extrema crueldad, aunque respondan a las costumbres de culturas ancestrales. Estas sanciones no persiguen otra cosa que la pura retribución, por lo que no pueden cumplir finalidades preventivas de ninguna naturaleza. No considero que esta finalidad resocializadora pueda extraerse del ilustrativo ejemplo que brinda Emiliano Borja: “La misma pena de latigazos, que desde la perspectiva occidental nos parece bárbara y cruel, cuando se aplica, cada golpe viene acompañado de un consejo, para que se entienda que la sanción no es sólo castigo sino que también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido”⁴⁰.

Por otra parte, debe existir el *derecho a optar* por la aplicación de la ley penal comunitaria o la del sistema penal formalizado. Un miembro de la comunidad que habite en su territorio pero no participe de todos sus valores, aunque si de otros constitucionalmente válidos (creencias, vestimenta, religión, sexualidad, alimentación y todo el espacio de libertad imaginable) podría recibir una sanción penal comunitaria que violaría sus derechos fundamentales. Pensemos en la natural rebeldía de los jóvenes, que quieren cambios en su vida, sin asumir las costumbres sociales o religiosas de los mayores. Entiendo que no puede defenderse a ultranza la obligatoriedad de la jurisdicción indígena,

³⁸ Cfr. Villavicencio, *Mecanismos alternativos*, op. cit. p. 113.

³⁹ Sólo a título de ejemplo diremos que la legislación española prohíbe la extradición de los delincuentes “Cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes” (art. 6º Ley 4/1985 de 21 de marzo, de extradición pasiva). Esto supone que en cada proceso de extradición de un presunto delincuente miembro de una comunidad indígena el Estado solicitante deberá garantizar que no será juzgado por estas comunidades, ante la posible aplicación de penas corporales por parte de la justicia indígena.

⁴⁰ Cfr. Borja Jiménez, *Sobre los ordenamientos..* op. cit. p. 680.

argumentando que no hacerlo supone “un debilitamiento de la estructura comunal y la distorsión del reconocimiento constitucional”⁴¹, o en general que es requerida para reforzar la *identidad indígena*. La obligatoriedad basada en estas premisas supone instrumentalizar al individuo a favor de los intereses de la comunidad, lo que es incompatible con las bases de un Estado social de Derecho. Considero que también tienen posibilidad de optar las personas no indígenas que cometen delitos dentro del territorio de las comunidades⁴².

El establecimiento de frenos al poder punitivo del Estado, la lucha del ciudadano contra la opresión que se viene librando desde los tiempos de Beccaria parecen desaparecer cuando se trata de restringir el poder punitivo de la comunidad indígena. ¿Es que la justicia indígena es tan infalible que no necesita poner límites a la arbitrariedad, tan propia de buena parte de los seres humanos? ¿Por qué son imprescindibles los límites para el legislador y el juez *oficiales*, pero parecen desaparecer para las autoridades indígenas? Entiendo que ante la imposibilidad de constatar la vigencia plena de los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad de las penas debe concluirse que el derecho penal consuetudinario indígena, reconocido y necesario pero limitadamente garantista, debe circunscribir su aplicación a faltas o delitos leves que no pongan en peligro de manera irremediable las garantías y derechos fundamentales de los propios indígenas. Ello es así porque todas las disposiciones jurídicas aplicables (Convenio 169 de la OIT, textos constitucionales y leyes) exigen un *límite material* al sistema penal indígena: no debe contradecir el catálogo de Derechos fundamentales y Derechos humanos que están consagrados en los Convenios internacionales, la Constitución y las Leyes. Entendemos que los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad de las penas se fundamentan en este marco garantista básico y su eventual vulneración condiciona las competencias penales

⁴¹ Así, Ramírez,. Diversidad cultural... op. cit. p. 73.

⁴² Considera que el Derecho consuetudinario indígena debe aplicarse obligatoriamente a los no indígenas que delincan en sus territorios, para reforzar el Derecho indígena Yrigoyen Fajardo, Reconocimiento.. op. cit. p. 134, argumentando que en muchas ocasiones estos delitos quedan impunes. Este razonamiento supone, como ya hemos manifestado, una instrumentalización del ser humano poco compatible con el Estado de Derecho.

de las comunidades indígenas⁴³. Un argumento añadido aporta el ya mentado principio de humanidad de las penas. Si son intolerables todas las sanciones corporales, las comunidades deberán eliminarlas completamente y recurrir a otro tipo de penas: pecuniarias, privativas de derechos, expulsión, trabajo comunitario, etc. Ante el temor a una disminución de garantías debe asegurarse un permanente control de constitucionalidad, el derecho a obtener un juicio justo y a una defensa con asistencia letrada.

Todas las situaciones tratadas hasta aquí toman como punto de partida la vigencia del Convenio 169 de la OIT y la pertinente normativa estatal que de validez al Derecho penal indígena consuetudinario. Pero, ¿qué ocurre cuando no se ha realizado una transferencia formal del *ius puniendi* a favor de las comunidades indígenas? ⁴⁴ Entendemos, como venimos manifestando a lo largo de esta exposición, que la coexistencia de dos sistemas sancionatorios es beneficioso para las comunidades y sus miembros individualmente considerados. De esta forma muchos conflictos encontrarán una solución más justa. Sin embargo, es necesaria una regulación legal proveniente del Estado que regule los parámetros de compatibilidad. Si esta regulación no existe, la costumbre no puede convertirse en fuente del sistema penal. En consecuencia, si fácticamente se establecieran penas no autorizadas los responsables deberían sufrir las sanciones penales que correspondan a la entidad de derechos violentados (detenciones ilegales, torturas, delitos patrimoniales, etc.). En este caso la única exoneración de responsabilidad podría venir dada por la apreciación de un error de prohibición culturalmente condicionado.

No podemos olvidar que existe un sistema punitivo basado en el Derecho Penal formalizado, que también tiene como misión proteger y, en su caso, sancionar a personas pertenecientes a las etnias y comunidades indígenas. Este Derecho penal será de aplicación parcial en los Estados que se han decantado por

⁴³ Por el contrario, considera Yrigoyen Fajardo que ninguna constitución establece límites como los aquí enunciados y por lo tanto la competencia penal indígena debe referirse a todas las materias susceptibles de juzgamiento, incluyendo delitos graves. Cfr. Reconocimiento. op. cit. p. 133

⁴⁴ Adviértase que la mayor parte de los países americanos que han ratificado esta Convención no han establecido una regulación nacional al respecto (Así, por ejemplo, Argentina, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, México etc.).

el dualismo (coexistencia de un sistema penal formalizado y otro consuetudinario indígena), ya que regirá fuera de los territorios indígenas, respecto a los no indígenas que cometan delitos en dichos territorios y a las infracciones de mayor gravedad, que no podrán ser enjuiciadas por los sistemas penales consuetudinarios hasta que garanticen el pleno respeto a los Derechos fundamentales. En los Estados monistas, que no han suscrito el Convenio 169 de la OIT ni han regulado internamente un Derecho penal consuetudinario indígena solo estará vigente el Derecho penal formalizado. En todos estos supuestos debemos destacar en primer lugar que el Estado debe tutelar, a través del Derecho penal, los *bienes jurídicos* que afecten particularmente a los indígenas, e incluso incrementar o agravar la pena de algunos delitos (contra la vida o la salud, por ejemplo) cuando se aprecien motivaciones étnicas o raciales en su perpetración. En segundo lugar, determinados elementos del delito, como el error (de tipo o de prohibición: en este último caso el error culturalmente condicionado⁴⁵) y las causas de justificación (los bienes defendibles en la legítima defensa) tienen que contemplar las particularidades de la cultura indígena⁴⁶. Por otra parte, debemos tener en cuenta que la Convención 169 de la OIT indica que los jueces penales al basar sus resoluciones deben tomar en consideración las costumbres de los pueblos indígenas, sus características económicas, sociales y culturales, y que deberá darse preferencia a cualquier sanción distinta al

⁴⁵ En Perú la modificación del artículo 15 del Código Penal exonera de responsabilidad criminal a quien “por su cultura o costumbres comete un hecho penal sin poder comprender el carácter delictivo de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión” La intención del legislador fue regular el error de prohibición culturalmente condicionado, es decir, la situación de un sujeto normal que se equivoca respecto a la norma penal aplicable por su cultura indígena. Lo regulado es otra cosa: se considera al indígena como un inimputable por motivos culturales, lo que es bastante inapropiado. No está actuando por error, sino en base a pautas culturales diferentes. Cfr. al respecto Hurtado Pozo, *El indígena..op. cit.* p. 40. Villavicencio, *Mecanismos Alternativos*, op. cit. p. 125.

⁴⁶ Villavicencio nos indica que “la situación de escasez de recursos naturales originada en la pobreza del suelo en el que habitan guarda relación con los infanticidios selectivos en grupos amazónicos aislados”. Cfr. *Mecanismos alternativos.. op. cit.* p.114.

encarcelamiento (arts. 9 y 10). Por último, el Principio *ne bis in idem* exige que una vez impuesta la sanción por parte de su comunidad no pueda volver a imponerse íntegramente una pena estatal⁴⁷. El Estado debe arbitrar los medios para que de alguna forma la sanción indígena se descuente de la pena o incluso ésta se haga desaparecer por completo, ya que el ciudadano no puede resultar perjudicado por una falta de entendimiento entre el propio Estado y los representantes de la comunidad, quienes se encuentran en puja por la titularidad del *ius puniendi*.

Reiterando las ventajas que supone el recurso al Derecho comunitario indígena, no puedo culminar este trabajo sin hacer una última reflexión. Es a primera vista un sistema positivo para la comunidad, pues permite afianzarla como creadora de normas y como titular de la Administración de Justicia. También beneficia a los propios miembros de la comunidad, que recibirán penas más apropiadas para su rehabilitación. Sin embargo, no está de más recordar que algunas de las sanciones previstas, como las que extienden la pena a la familia (venganza de sangre) suponen sólo una solución atávica o ancestral que ya aplicaban otras culturas hace cientos de años, costumbres que fueron abandonadas con el avance social y el respeto por los Derechos humanos. Lo mismo ha ocurrido recientemente con la desaparición de las penas corporales o la pena de muerte, al menos en buena parte del mundo. Conservar la tradición no puede suponer perpetuar la marginación, el atraso y el olvido. Y el Derecho penal de un Estado social de Derecho tiene que ser sensible a todos estos factores.

⁴⁷ Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, 2000, p.127.

JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, *JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO ARBITRARIO (LA REFORMA PROCESAL PENAL DURANTE EL NACIONALSOCIALISMO)*, SAN JOSÉ, COSTA RICA, EDITORIAL JURÍDICA CONTINENTAL, 2004, 161 PÁGINAS

Francisco Muñoz Conde

Profesor de la Universidad de Sevilla

En la revisión que se está operando en estos últimos años del papel que jugó la Ciencia del Derecho alemán en la institucionalización jurídica del régimen nacionalsocialista, se echaba de menos una investigación en profundidad sobre el Derecho procesal penal de aquella época que obviamente también fue influenciado por la ideología nazi. Esto es, tanto más de lamentar, porque, igual que ocurre actualmente, la configuración del proceso penal conforme a determinados patrones ideológicos tiene una mayor incidencia en la Administración de Justicia que los postulados más teóricos y con efectos a más largo plazo que se proponen desde el Derecho penal material. La participación directa en el proceso penal de funcionarios encargados de la Administración de Justicia penal, principalmente Jueces y Fiscales, normalmente los funcionarios que, para bien o para mal, mejor representan (y defienden) los valores en los que descansa un sistema político, hace que sea la Administración de Justicia penal el mejor «sismógrafo» de la sensibilidad de un determinado sistema con los derechos de los ciudadanos. En un Estado totalitario, donde según defendían los ideólogos nazis más destacados «tu no eres nada, el Estado lo es todo», el proceso penal se transforma en una forma de control brutal y de atropello de los derechos fundamentales del ciudadano. Garantías básicas en el Estado de derecho, como la presunción de inocencia o la independencia e imparcialidad del Poder judicial, son «agua de borrajas» en el Estado totalitario, donde las condenas sin pruebas, basadas sólo en criterios racistas o ideológicos, y la presencia de Jueces y Tribunales especiales nombrados a dedo para, en estrecha relación con la policía política (Gestapo o SS), reprimir a los disidentes y opositores políticos, a

los «extraños a la comunidad», a los judíos, etc., estuvieron durante la época nazi a la orden del día y contribuyeron a la creación de un proceso penal completamente inquisitivo que reflejaba claramente el Estado de Injusticia generalizado que caracterizó a ese régimen. Naturalmente, todo esto fue posible además porque entre los «decisionmakers» de las normas penales y procesales (el propio Hitler, Gürtner, Freisler, Himmler, Frank, etc.), estaban también una pléyade de sesudos juristas, muchos de ellos Catedráticos de derecho (Schmitt, Mezger, Henkel, Wolf) que nutrían con sus elucubraciones teóricas los cimientos de aquella legislación de terror y de ignominia.

El libro del jurista costarricense Javier Llobet ofrece una buena y completa información al respecto, y ya sólo por eso merece la pena que sea más conocido de lo que lo ha sido hasta ahora en el círculo reducido de su país y en otros países de habla hispana. Tras una exposición de la situación política que había en Alemania a principios de los años 30 del pasado siglo, Llobet va exponiendo la progresiva nazificación del Ordenamiento jurídico alemán, a través de Leyes como: la de autorización que daba plenos poderes a Hitler, la del delincuente habitual y la depuración del funcionariado de elementos judíos, la de esterilización forzosa de portadores de enfermedades hereditarias (1933), la leyes raciales de Núremberg (1935), la orden secreta para la eutanasia de enfermos mentales e incurables (1938), etc.; o de hechos como: la apertura de los primeros campos de concentración (1933), la eliminación de Rohm y sus partidarios en la «noche de los cuchillos largos» (1934), el asalto a los establecimientos judíos y las primeras matanzas de los mismos en la «Noche de los cristales» (1938), etc., hasta llegar a las leyes de guerra como el decreto de «Noche y Niebla» (1941) para la eliminación de las poblaciones en los territorios de Europa del Este ocupados por los alemanes, etc., etc., etc. Todo ello, como expone Llobet, se hizo utilizando normas jurídicas y contando con la colaboración de los estamentos encargados de aplicarlas, montando procesos penales que eran auténticas farsas (como los que se llevaban a cabo ante el Volksgerichtshof presidido por el «furchtbarer Jurist» Roland Freisler), tras haber eliminado previamente de las leyes los preceptos que podían dar a los acusados algunas garantías. Llobet menciona en su libro varios

ejemplos de esta nazificación del proceso penal: Se desformalizó todo lo que se pudo el proceso penal; se amplió el principio de oportunidad que en manos del Ministerio Fiscal permitía utilizar el proceso penal como un arma política más; se crearon Tribunales especiales, en los que ciertamente podían participar también Jueces legos, pero elegidos entre miembros y funcionarios del partido nazi; se limitaron los recursos contra sus decisiones; se restringió el derecho de defensa, cuando no se convirtió al defensor en simple colaborador de la acusación; se ampliaron las posibilidades de imponer la prisión preventiva; la presunción de inocencia fue cuestionada como algo que no tenía razón de ser en el nuevo sistema jurídico, etc. Y cuando se consideraba que todo ello no era suficiente, simplemente se prescindía del proceso penal, ya bastante limitado en sus garantías, si el acusado era alguien que no pertenecía a la «comunidad del pueblo»; es decir, fuera un «extraño a la comunidad», peculiar expresión que acuñó Mezger, para excluir del Derecho penal normal del ciudadano, y poner directamente en manos de la Policía, a los reincidentes, a los miembros de las llamadas razas inferiores (judíos, gitanos, polacos), a los homosexuales, etc. Esta construcción del nuevo proceso penal fue acompañada paralelamente de la elaboración de un nuevo Derecho penal que de acuerdo con los postulados nazis ya había dado lugar a la admisión de la analogía como fuente del Derecho penal, al internamiento en custodia de seguridad por tiempo indeterminado para los reincidentes, al Derecho penal de autor, etc., a la que contribuyeron algunos de los penalistas más importantes de la época. Llobet dedica menos extensión a esta parte, y aunque cita ya mi libro sobre Mezger (*cfr.* Francisco Muñoz Conde, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4. ed., Valencia 2004), se notan ciertas ausencias bibliográficas que hubieran podido serle de utilidad para una mejor comprensión de por qué y cómo se hicieron determinadas reformas procesales. En definitiva, a pesar de los muchos intentos que hubo para hacer en aquella época un Código penal y una nueva Ordenanza procesal penal, la parte más dura del control penal o para-penal se llevó a cabo al margen de los Tribunales de Justicia, directamente por las SS o por la Gestapo, a quienes no les hacía falta ningún tipo de formalidades jurídicas para encerrar en los campos de

concentración y gasear a millones de personas, sin más proceso previo, sólo por su pertenencia a otras razas, o por su disidencia social o política. En todo caso, por si hacía falta algún tipo de formalismo jurídico ya estaban allí el Sr. Mezger y otros penalistas de igual calaña dispuestos a suministrar a la Policía una «Ley para el tratamiento de los extraños a la comunidad» que ya estaba aprobada en 1944 y que por las circunstancias calamitosas por las que pasaba Alemania en aquella época no llegó a entrar en vigor. Esto no quita importancia a los intentos que también hubo entonces, por «juridificar» el régimen nazi conforme a los patrones ideológicos que lo inspiraban. Y ahí se encuentran los antecedentes de un Derecho penal del enemigo, con el que se pretendía entonces (igual que ahora) salvar la cara de un Derecho penal y procesal más o menos de acuerdo con algunos principios elementales (de proporcionalidad, de culpabilidad, etc.), a costa de admitir un Derecho penal «especial» para los llamados enemigos. No es una casualidad que Llobet termine con una referencia a esta reciente concepción debida al Profesor Günther Jakobs, y que vea en ella una continuación de postulados similares elaborados por los penalistas nazis setenta años antes. De todos modos, aunque el libro está publicado en el 2004, se echa de menos referencias más concretas a este tema y a otros muchos que han ido siendo tratados en estos últimos años, sobre todo en lo que se refiere a la historia del Derecho penal nazi gracias a la exhaustiva labor que viene haciendo el Profesor Thomas Vormbaum en el Jahrbuch y el Journal der Juristischen Zeitgeschichte y como director de la serie «Juristische Zeitgeschichte» en la Berliner Wissenschaftsverlag. Pero esto no es una crítica a la encomiable labor de Llobet, sino una prueba de cómo ha resurgido en los últimos años en Alemania el interés por el tema que él ya pioneramente trata en este libro, cuya lectura recomiendo vivamente.

Doctrina Nacional

EL ROL DEL GOBIERNO MUNICIPAL EN LA PROMOCIÓN DE UNA
CONVIVENCIA PACÍFICA: REFLEXIONES DESDE CENTROAMÉRICA Y
REPÚBLICA DOMINICANA
(RODOLFO CALDERÓN UMAÑA)

DE REFORMAS Y CONTRA-REFORMAS: EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS
COMETIDOS EN FLAGRANCIA
(ROSAURA CHINCHILLA CALDERÓN)

JUSTICIA RESTAURATIVA Y PERSONAS MENORES DE EDAD IMPUTADAS
POR DELITOS SEXUALES.
(ANÁLISIS JURÍDICO Y SIQUIÁTRICO FORENSE)
(FRANZ VEGA Z)

LA CRIMINALÍSTICA Y SU IMPORTANCIA EN EL CAMPO FORENSE
(ÁLVARO BURGOS M)

LA PRUEBA INDICIARIA
(RONALD CORTÉS COTO)

EL ROL DEL GOBIERNO MUNICIPAL EN LA PROMOCIÓN DE UNA CONVIVENCIA PACÍFICA: REFLEXIONES DESDE CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA

RODOLFO CALDERÓN UMAÑA
PROFESOR-INVESTIGADOR, FLACSO-COSTA RICA

Resumen: El objetivo fundamental del artículo radica en identificar elementos básicos para la construcción de un enfoque de políticas públicas, orientado a promover la convivencia pacífica desde los gobiernos locales. Para ello se toman como insumo los resultados del proyecto sobre gestión municipal de la seguridad ciudadana en Centroamérica y República Dominicana, el cual fue desarrollado y coordinado por FLACSO-Costa Rica en el marco del proyecto sobre gobernabilidad democrática en América latina, promovido por FLACSO-Secretaría General con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Summary: This article identifies basic elements for the design of a public policy framework intended to promote a culture of peace stemming from local governments. The analysis is based on the results of the regional research project called "Municipal Management of Citizen Security in Central America and the Dominican Republic." This study was conducted by FLACSO-CR with the economic support of the International Cooperation Spanish Agency for Development in the context of a broader research initiative on democratic governability in Latin America.

Palabras clave: Seguridad ciudadana, convivencia pacífica, gobernabilidad democrática, participación ciudadana, políticas públicas, gobierno municipal.

Más allá de sus inconsistencias las estadísticas oficiales en América Latina registran una clara tendencia al incremento de algunas formas de delito y violencia: homicidios, lesiones, robos, asaltos y accidentes de todo tipo. Sin embargo y, a pesar de la complejidad que subyace en esta situación, varios elementos se han conjugado para dar paso a un discurso y unas prácticas que tienden a acentuar la dimensión criminal del problema y, por tanto, a promulgar la represión del trasgresor como única respuesta deseable y posible.

Una y otra vez, las iniciativas que depositan sus esperanzas en controlar y disminuir el delito a través del sistema penal han evidenciado sus limitaciones: debilitan y restringen el ejercicio de las libertades y garantías individuales, al tiempo que resultan completamente ineficaces desde el punto de vista de sus resultados. Esto se debe a que —al contrario de lo establecido por la investigación científica— el delito es visto como un fenómeno individual, desconectado de la estructura socioeconómica de la cual emerge. Por ello, al ignorar las dinámicas estructurales no pueden más que atacar la manifestación del problema y por tanto, ofrecer respuestas condenadas al fracaso.¹

Por fortuna, y como contrapunto de lo indicado, en los últimos años se registran dos hechos importantes. Primero, el surgimiento de un enfoque para el diseño de políticas públicas que, a diferencia del discurso y las prácticas hegemónicas, ve en el delito —como en otras formas de violencia social—, un problema relacionado con el desarrollo y los derechos humanos. De ahí que sostenga que para abordar efectiva y democráticamente el tema, se requiere acentuar lo preventivo, y estimular la participación ciudadana.² Esta propuesta ha sido desarrollada por el Programa de Naciones Unidas bajo su esquema de *seguridad ciudadana*.³ Segundo, la emergencia de nuevos actores en el

¹. Rodolfo Calderón Umaña, “Delito y cambio social en Costa Rica”, *Working Paper Series*, n. 12, Center for Latin American Studies, Universidad de Miami, 2008.

². El acento en lo preventivo frente a lo represivo no implica conceptualizar ambos aspectos como una dicotomía, sino como componentes de una estrategia en la que a cada uno de estos se les asigna un papel específico.

³. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Venciendo el temor. (In)seguridad ciudadana y desarrollo en Costa Rica*, PNUD, San José de Costa Rica, 2005.

tratamiento del problema; específicamente de aquellos cuyo campo de acción se ubica, por excelencia, en el ámbito preventivo.⁴ En este sentido, adquieren particular relevancia los gobiernos municipales, ya que en ejercicio de sus funciones y competencias, algunos de ellos han comenzado a generar iniciativas en este campo, que, si se estimulan y orientan de manera adecuada, podrían contribuir de forma decidida a la reducción del delito.

GOBIERNO LOCAL Y SEGURIDAD CIUDADANA: UNA EXPLORACIÓN DE SUS VÍNCULOS

A la luz de lo descrito en párrafos anteriores, el proyecto Gestión Municipal de la Seguridad Ciudadana en Centroamérica y República Dominicana — desarrollado por FLACSO-Costa Rica en el marco del estudio sobre convivencia pacífica y gobernabilidad democrática en América Latina, impulsado por FLACSO-Secretaría General y auspiciado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo— se dedicó a estudiar las iniciativas que están ejecutando en la actualidad los gobiernos municipales de la región con el propósito de aminorar el delito y la violencia. Si bien la mayoría de estas acciones se orientan hacia la llamada *prevención situacional del delito*, interesada en disminuir las *oportunidades criminales* por medio de mejoras en la dimensión espacial del territorio y de la vigilancia policial, lo cierto es que las municipalidades entrañan un potencial mayor para el abordaje del tema, por varias razones.

En primer lugar, porque el municipio sería el llamado a convertirse en el eje articulador de las demandas ciudadanas y la oferta institucional en lo que a prevención del delito y la violencia se refiere. En segundo, porque ello incentivaría la participación comunitaria en un modelo que promueva no solo la colaboración con los cuerpos policiales (líneas de denuncia, comités barriales de vigilancia, etc.), sino también, sobre todo, la inclusión política; esto es, fortalecer los

⁴. No hay que olvidar, en este sentido, la presencia de otros actores como las empresas privadas de seguridad, que actúan en sintonía con las visiones punitivas que actualmente dominan el tratamiento del tema y que, por ende, no contribuyen a reducir el problema sino que lo agravan.

mecanismos de transparencia y rendición de cuentas.⁵ Por último, porque al realizar estas acciones de forma planificada y sistemática se crean las condiciones necesarias para su integración con políticas de mediano y largo aliento; especialmente aquellas orientadas al desarrollo social que los gobiernos locales están en capacidad de estimular.

Desde esta perspectiva, el objetivo del proyecto radicó en precisar el tipo de iniciativas que en la actualidad llevan a cabo los municipios de los países seleccionados, con el fin de identificar lineamientos básicos que ayuden al diseño de un esquema teórico-metodológico que oriente la elaboración, formulación, ejecución y evaluación de estas iniciativas desde un punto de vista democrático y sostenible.⁶

El proyecto de investigación tomó como marco de referencia el esquema analítico sobre seguridad ciudadana elaborado por el PNUD,⁷ ya que, a pesar de sus limitaciones, constituye una valiosa herramienta para el diseño de políticas públicas; primero, porque delimita con claridad su objeto de estudio: las vulnerabilidades que atentan contra un núcleo esencial de derechos fundamentales —la vida, la integridad (física, emocional y sexual)— y otros propios del fuero personal, como la inviolabilidad del domicilio, la libertad de movimiento y el disfrute del patrimonio. Esto lleva a priorizar acciones y focalizar recursos.

Segundo, porque al concebir la seguridad ciudadana como un componente de la seguridad humana —aquel que atiende las vulnerabilidades causadas por el despojo y la violencia— la relaciona inevitablemente con el desarrollo social y los derechos humanos.⁸ Esto permite sacarla del ámbito autoritario y represivo en el

⁵. Como es lógico, al realizar estas funciones el municipio promueve el ejercicio de la ciudadanía y mejora su credibilidad (legitimidad) frente a los habitantes.

⁶. El carácter incipiente del fenómeno advierte de lo desacertado que resultaría evaluar las iniciativas existentes en este campo desde el punto de vista de su impacto.

⁷. PNUD, ob. cit.

⁸. Se entiende por “violencia”, el uso o amenaza de uso de la fuerza física o psicológica con el fin de causar daño o doblegar la voluntad; el “despojo”, por su parte, se refiere al acto de privar ilegítimamente de su patrimonio a una persona física o jurídica. Véase PNUD, ob. cit., p. 35.

que la ubican los discursos dominantes —políticas de ley y orden— y abrir el espacio para la intervención de nuevos actores desde la prevención y la participación.

Dado que era materialmente imposible analizar todas las experiencias existentes sobre el tema, se eligieron dos casos por país. La selección se basó en juicios de expertos; se involucró con los investigadores del proyecto, especialistas de la academia y el sector público, así como autoridades municipales, sobre todo en las federaciones y asociaciones de municipios que se logró consultar. El grado de estructuración de las iniciativas no fue un criterio para escoger los casos, pues debido a lo novedoso del fenómeno y a la debilidad institucional de los municipios en Centroamérica y República Dominicana, era predecible que lo característico sería lo poco sistemático de las experiencias en términos de diseño, ejecución y evaluación. De igual modo, el hecho de que la acción seleccionada se clasificara dentro de la seguridad ciudadana, dependió del marco conceptual adoptado, pero también, sobre todo, de que esta hubiera sido formulada y clasificada como tal por las autoridades municipales.

Tabla 1

Países y municipios incluidos en el proyecto sobre gestión municipal de la seguridad ciudadana en Centroamérica y República Dominicana. Junio de 2009.*

<i>País</i>	<i>Municipios</i>	
Costa Rica	Garabito	Cartago Centro
Nicaragua	León	Jinotepe
Guatemala	Santa Catarina Pinula	San Juan Sacatepéquez
El Salvador	Antiguo Cuscatlán	Santa Tecla**
Panamá	San Miguelito	Colón
República Dominicana	Distrito Nacional	Villa Bisonó

*Honduras formó parte del estudio; sin embargo, no se pudo evaluar ninguna experiencia concreta debido a los acontecimientos del 28 de junio de 2009, por lo que se aprovechó la ocasión para reflexionar sobre el riesgo de la vuelta de los discursos de seguridad nacional en la región.

**Se analizó un tercer caso: Ahuachapán.

LO APRENDIDO

Luego de analizar y comparar los estudios nacionales que dieron forma al proyecto regional, se puede concluir que los gobiernos locales estudiados desarrollan acciones con el propósito explícito de mejorar la seguridad ciudadana en el municipio, pero también, en el ejercicio de sus funciones ordinarias, llevan a cabo otras iniciativas que, sin estar orientadas o concebidas para tal fin, podrían contribuir a este de manera directa o indirecta, siempre que se articulen desde una perspectiva integradora. En este sentido, vale destacar dos aspectos importantes: que, como muestra la evidencia empírica, el tema de las competencias no parece ser un obstáculo, para que las municipalidades incursionen de manera efectiva en el campo de la seguridad ciudadana, y que la ausencia de un enfoque integrador de las iniciativas del municipio lleva a la dispersión y por ende, a su debilitamiento, reduciendo así el efecto que podría tener el gobierno local en el mejoramiento de la seguridad ciudadana.

Además, se confirmó que en la mayoría de los gobiernos locales analizados domina una visión restringida de la función municipal en temas de seguridad ciudadana. El énfasis —lo que no significa que no haya otras iniciativas— se deposita en la prevención situacional de ciertos delitos. Y esto es justamente lo que explica el interés generalizado por crear o fortalecer policías municipales; de hecho, en casi todos los municipios bajo estudio se registra la presencia de cuerpos de esta índole con el agravante de que, en algunos casos, se les asignan tareas represivas —como participar en arrestos—, más que preventivas.

Tal situación es sumamente problemática por varias razones. Una de ellas es que a dichos cuerpos se les encargan una función y una expectativa que no pueden cumplir: resolver por sí mismos el tema de la inseguridad ciudadana, lo que conduce a otorgarles tareas que no les corresponden, o bien afirmar que estas pueden llegar a sustituir a la policía nacional. En segundo lugar, porque además de entrañar el riesgo de empobrecer lo que puede realizar el municipio en la prevención del delito y otras formas de violencia, limita la participación ciudadana, pues genera entre los habitantes el temor de quedar reducidos, bajo

este esquema, a informantes de la policía. Esto es nefasto en el contexto político e histórico de las sociedades centroamericanas, por el papel que estos cuerpos desempeñaron durante los conflictos armados. Por último, se trata de un servicio sumamente oneroso que solo podrían costear los municipios de mayores ingresos, lo cual acentúa la brecha en la prestación de este bien público llamado seguridad ciudadana.

Como tercera y última conclusión, el origen de las iniciativas es variado: acciones estatales como el Programa de Seguridad Integral (PROSI) en Panamá, o Barrio Seguro en República Dominicana; acciones del gobierno local como las policías municipales en Costa Rica, o el Plan Estratégico para la Gobernabilidad y el Desarrollo en San Juan Sacatepéquez en Guatemala; o bien organizaciones no gubernamentales como el Observatorio Ciudadano, en el Distrito Nacional de República Dominicana, impulsado por el PNUD, así como la formulación de la Política Municipal de Convivencia y Seguridad Ciudadana, en Santa Tecla, El Salvador, apoyada por la Fundación Friedrich Ebert. Esto advierte de la importancia del municipio como articulador de esfuerzos e iniciativas, pero ello no debe llevar a descuidar su papel y responsabilidad como generador de ellas en este campo.

Otros aspectos relevantes son los siguientes: el liderazgo y la voluntad política son elementos decisivos para introducir el tema de la seguridad ciudadana en el ámbito municipal, pero eso no es suficiente para institucionalizarlo. Los casos de San Juan Sacatepéquez en Guatemala y Villa Bisonó en República Dominicana son muy buenos ejemplos de lo que puede hacer el municipio para identificar y abordar problemas de conflictividad y prevenir la violencia social, más que el delito propiamente dicho. Prácticamente, en ninguna de las experiencias analizadas, la comunidad reporta una participación sustantiva, bien sea en identificar la problemática, contribuir a su solución o demandar medidas efectivas por parte del gobierno local, a pesar de que existen mecanismos e instancias para tal efecto. Por ejemplo, los comités, las comisiones y los concejos municipales de seguridad, en Costa Rica, Guatemala y Nicaragua, respectivamente.

ELEMENTOS PARA EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE SEGURIDAD CIUDADANA

El estudio de las experiencias concretas reforzó la necesidad de construir un enfoque propiamente local para el diseño de políticas públicas orientadas a prevenir ciertas formas de violencia y delito, al tiempo que promover una convivencia pacífica. Semejante tarea desborda las posibilidades de este trabajo, sin embargo, es oportuno destacar, a la luz de la información recabada, algunos aspectos básicos que deben considerarse en la estructuración de este enfoque.

Competencias y funciones

La participación del gobierno local en el campo de la seguridad ciudadana no significa darle nuevas funciones, sino robustecer sus áreas de trabajo y competencia existentes. No se trata de que el municipio se ocupe de las tareas que les corresponden a otras instituciones de corte local o nacional, como la policía, por ejemplo. La pretensión es que, en el ejercicio de sus funciones, la municipalidad emerja como el *ente promotor y articulador* de iniciativas que conecten las demandas ciudadanas con los esfuerzos y recursos institucionales — del municipio, pero también de las instancias nacionales e incluso internacionales—, para brindar respuestas efectivas y democráticas en la reducción de ciertas formas del delito y la violencia social. En este sentido, un enfoque como el que se busca, no puede reducir la *participación ciudadana* a colaborar con la policía, sino a estimularla en la identificación y resolución de los problemas de convivencia que afectan a la comunidad. Ello promueve su inclusión en la esfera política y fortalece la democracia al impulsar el ejercicio activo de la ciudadanía.

En cuanto a sus funciones, estas parecen estar orientadas a recuperar, ampliar, mantener y animar socioculturalmente el espacio público; fortalecer la identidad y la solidaridad cívico-comunitaria basada en la promoción vivencial del pluralismo, compromiso, creatividad, respeto y solidaridad. A la vez, regular y

controlar los elementos que propician el surgimiento de algunas conductas violentas —expendio de alcohol, armas y drogas, por ejemplo—; incidir ante el gobierno central para que las entidades competentes, en tareas de seguridad (reactiva y preventiva), actúen de manera coordinada, expedita y responsable en el territorio municipal. Igualmente, crear estructuras e instrumentos para la detección temprana de determinadas fuentes de conflicto y violencia, así como para su abordaje.

Sobre este último punto, vale destacar que los observatorios de la violencia cobran, en este marco, gran importancia, ya no como reservorios de datos —la mayoría de las veces desactualizados y poco confiables— sino como instancias de monitoreo de riesgos que vulneran a determinadas poblaciones y las ubican en una posible situación conflictiva o violenta en el hogar, los centros educativos y laborales y los espacios públicos. También importante en este sentido es la promoción de estrategias no judiciales para resolver conflictos, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Delimitación conceptual

Es necesario analizar los puntos de encuentro y desencuentro de tres fenómenos estrechamente relacionados, pero distintos, los cuales dan contenido al problema de la inseguridad ciudadana; ellos son: conflicto, violencia y delito. Lo anterior no responde a un prurito academicista, sino a demandas prácticas impostergables, pues las acciones que se tomen requieren identificar la especificidad de cada uno de ellos, así como lo que poseen en común, para establecer abordajes diferenciados que permitan fijar prioridades y metas concretas, así como escoger los recursos más adecuados.

El enfoque debe trascender las visiones estrechas y simplistas que igualan seguridad ciudadana con represión de ciertos delitos, pues eso conduce a los recetarios de mano dura y súper mano dura, tan bien conocidos en la región por su rotundo fracaso en el control del delito, pero también por sus consecuencias negativas para el ejercicio de las libertades y garantías individuales. Debido a la

poca confianza de la ciudadanía en las “fuerzas del orden” —otrora encargadas de su represión y exterminio— y a la inclusión de la conflictividad social en el enfoque, quizás sea más adecuado hablar de *políticas municipales de convivencia pacífica*, porque se trata de promover valores de solidaridad y confianza, no de sospecha y vigilancia.

Asimismo, tal perspectiva debe ser lo suficientemente acotada como para no diluir las políticas de prevención del delito y la violencia en las de bienestar, pues esto conlleva otro riesgo: “securitizar” el desarrollo; es decir, dejar de concebir a las personas como fines en sí mismas, cuyas potencialidades deben garantizarse a través de la acción del Estado (política social), y empezar a visualizarlas como delincuentes en potencia. Desde este punto de vista, la política de bienestar ya no buscaría ampliar las oportunidades de las personas para su desarrollo integral, sino para evitar que cometan delitos.

En último término, no se trata de un recetario con medidas estándar para toda ocasión, sino de una herramienta rigurosa y sistemática, pero sensible al contexto y las circunstancias de cada municipio. Debe ser capaz de asir el problema en toda su complejidad y, por tanto, abordarlo diferencialmente desde una perspectiva democrática. Esto implica superar la dispersión de iniciativas y trascender las experiencias piloto, para construir un enfoque compartido, común, pero no universal. Lo anterior revela la necesidad de trabajar en los espacios mancomunados: federaciones y asociaciones de municipios, pero no solo en el plano nacional, sino también regional, pues si bien se trata de un fenómeno territorialmente ubicado en lo local, en términos sociales y políticos es un problema nacional y regional; de ahí la importancia de crear redes internacionales.

DESAFÍOS PARA EJECUTAR UN ENFOQUE INTEGRAL QUE PROMUEVA LA CONVIVENCIA PACÍFICA EN EL MUNICIPIO

¿Cómo fortalecer el gobierno local cuando el sistema político del cual forma parte es centralista, débil y poco democrático? Más allá del debate sobre centralización-descentralización, uno de los desafíos más importantes para estimular y desarrollar una política pública sobre convivencia pacífica desde los gobiernos locales descansa en el fortalecimiento de las estructuras municipales, no solo en términos de recursos, sino también, y sobre todo, en lo que a capacidades se refiere. Sin embargo, esto resulta sumamente difícil de lograr en sistemas políticos como los de la región, donde aún prevalece el centralismo, y en especial una débil institucionalidad en lo local y lo nacional. La tarea resulta aún más compleja si se toma en cuenta la necesidad de estimular las instancias de participación donde la cultura democrática es tan débil e inestable como la institucionalidad que la soporta, tal como quedó evidenciado el 28 de junio del 2009, con el golpe de Estado en Honduras.

¿Cómo institucionalizar las acciones? El punto anterior resulta determinante si se considera que la continuidad de las acciones que se desarrollen en este campo dependerá, en gran medida, de la posibilidad de institucionalizarlas. Ello implica, entre otras cosas, la creación de una unidad o sección permanente para garantizar la inserción de la política y sus programas dentro del organigrama municipal, con independencia de los cambios de autoridades locales o de gobierno nacional; la previsión presupuestaria para cumplir con sus objetivos y metas establecidas, además de la conformación de equipos interdisciplinarios para diseñar, ejecutar y monitorear la política pública. Todo esto, sin desmedro de la voluntad y el liderazgo político.

¿Es posible acentuar la prevención cuando lo que predomina es una visión represiva sobre el tema? En el contexto actual, los discursos y las prácticas dominantes alrededor del tema de seguridad ciudadana, son marcadamente estrechas, autoritarias e ineficaces. Se homologa seguridad ciudadana con represión de delitos específicos. Los gobiernos municipales no escapan a esta

tendencia, y si bien en el plano discursivo hay un reconocimiento de que se está ante un problema social complejo, en la práctica, las acciones realizadas — cuando las hay— dan cuenta de una perspectiva reduccionista e intolerante.

De aquí que sea necesario sensibilizar al actor municipal para que tome conciencia de la magnitud del problema, y también de la responsabilidad que tiene en la búsqueda de soluciones efectivas, pero respetuosas de los derechos humanos y la institucionalidad democrática. Esto advierte de lo inadecuado de apostar, casi de forma exclusiva, por la creación de policías municipales —que además de ser un recurso muy costoso es poco el impacto que puede tener en el fortalecimiento de la seguridad ciudadana—, así como de la necesidad de capitalizar el potencial que tienen los gobiernos locales para promover no tanto una política de seguridad, sino de convivencia pacífica en el marco de una visión orientada al desarrollo social. Pues, si no se actúa sobre la exclusión y el fomento de valores hedonistas como el consumismo, el individualismo y la competencia - signos inequívocos del orden emergido con la globalización-, es poco lo que se puede lograr para disminuir la presencia de determinados actos de violencia criminal, ya que aquellos se encuentran en la base de estos.⁹ De ahí que se requiera una política social nacional y local que articulen esfuerzos por brindar a las personas oportunidades efectivas para su desarrollo pleno; este es el verdadero origen de una convivencia pacífica.

⁹ Para un análisis de la relación entre ente exclusión y consumismo en la producción de delitos patrimoniales ver Calderón, R (2010): "Delito y cambio social en Costa Rica". En: Llobet, J y Douglas Durán: Política Criminal en el Estado Social de Derecho. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. Y para un análisis de la relación entre exclusión y violencia ver Zinecker, Heidrun (2010): "Violencia criminal en América Central: un modelo piloto", en Zinecker, Heidrun (editora): Violencia en tiempos de paz: formas, causas y cercos de la violencia criminal en Centroamérica. Leipzig, Alemania. En prensa.

DE REFORMAS Y CONTRA-REFORMAS: EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS COMETIDOS EN FLAGRANCIA

ROSAURA CHINCHILLA CALDERÓN

El Código Procesal Penal cumplió, en enero de 2008, diez años de estar vigente. La oportunidad era propicia para que las autoridades penales del país efectuarán un análisis concienzudo de los logros y de las deficiencias que ese articulado, como todo hacer humano, presentaba, sobre todo porque con él se pretendió modificar un modelo fundamentalmente inquisitivo, en que la investigación de los hechos delictivos estaba a cargo de los jueces y juezas de instrucción, para trasladarla al Ministerio Público. Ante ello, la pretensión legislativa de que los procesos se tramitaran expeditamente (para lo que se idearon plazos de prisión preventiva, de prescripción de la acción penal, de conclusión de la investigación, etc.) chocó contra la realidad caracterizada porque la cantidad de asuntos desbordó a un Ministerio Público que no estaba preparado para asumir las que eran sus funciones típicas.

Los estudios y las jornadas de reflexión no se efectuaron. Sin embargo, ha sido un secreto a voces al menos que la etapa intermedia no estaba cumpliendo la función de filtro para la que originalmente estaba diseñada, lo que permitía que todas las causas en las que las partes no encontraban salidas alternas o mecanismos aceleratorios llegaran a juicio y para dicho acto procesal se aceptara prácticamente la totalidad de la prueba ofrecida, lo que generó juicios más extensos de los que antes existían. Eso hizo, su vez, que el sistema respondiera, por igual, a todo tipo de procesos salvo, claro está, los de tramitación compleja en que los plazos eran aún mayores, lo que no sucedía en el modelo anterior en que existían dos diseños procesales según la dificultad de las causas.

Es decir, resultaba notorio que causas sencillas en que, además, el imputado estaba detenido, terminaban con solicitud de prórroga de la prisión preventiva más allá del año ordinario, lo que alertaba a que algo no estaba bien.

La creación de la Unidad de Trámite Rápido del Ministerio Público y la reforma a la legislación para introducir más causales de interrupción de la prescripción de la acción penal, fueron algunas de las respuestas que se ensayaron.¹ Sin embargo, llegados los procesos a la fase de juicio, nuevamente se trataban con iguales parámetros, sin importar la sencillez del hecho, el tiempo de detención, la presencia de personas menores de edad, ancianas, con discapacidad, etc. Se empezó a echar de menos el procedimiento previsto en el derogado Código de Procedimientos Penales denominado de "Citación Directa" que también había sido pervertido por la lógica inquisitiva y que tuvo que ser rescatado, al final de la vida de esa normativa, por un equipo que se desplazó a diversas partes del país para ajustar la práctica a las normas y no torcer estas bajo la lógica burocrática predominante. Los resultados de aquel programa fueron ampliamente destacados en su momento y justo cuando el proyecto estaba dando sus mejores frutos la legislación cambió.

Por supuesto que los tiempos de duración del proceso penal redundan en una denegación de justicia y en un incumplimiento del principio de justicia pronta y cumplida establecido en el artículo 41 constitucional pues generan problemas tanto para las víctimas como para imputados. Las primeras se ven expuestas a amenazas, pierden interés en los procesos, se trasladan de domicilios y no son localizadas ni lo son sus testigos, olvidan o mueren, por lo que el hecho no puede dirimirse por el fondo sino que se dan respuestas meramente formales. A los imputados la duración de la causa les afecta pues, a la espera de que el asunto llegue a juicio, ven menoscabados sus derechos fundamentales a través no sólo de la misma "pena de banquillo" sino también de la imposición de medidas cautelares de toda índole, incluyendo la privación de libertad a través de la prisión preventiva. Si la causa concluye, por las razones ya apuntadas, con sentencias absolutorias aquella privación de un derecho fundamental no encuentra reparación

¹ Lo que es importante rescatarlo cuando se discute la "paternidad" de la figura del juzgamiento de flagrancia ante los "logros" (numéricos) obtenidos (cfr: acta de Corte Plena 02-2009), autoría intelectual de la figura que probablemente se abduque cuando de su diseño surja alguna responsabilidad estatal en foros internacionales. Sin embargo, los esfuerzos serios y sostenidos por acelerar los tiempos de duración de las causas penales se originan, sin poses, mucho tiempo antes del galopante populismo que nos embarga.

pues una buena parte de dichas exenciones de responsabilidad lo son por duda ante el desinterés por aportar la prueba, lo que exime al Estado de indemnizar. Si se dicta sentencia condenatoria, el tiempo de detención cautelar impidió que se accediera a algunos beneficios penitenciarios. Ello permite concluir que tanto imputados como víctimas tienen derecho a que su proceso se resuelva en un plazo razonable y, por tal situación, es inconcebible que el Estado estandarice la forma de abordar todas las causas, pues ello se traduce en una denegación al acceso a la justicia.

Desde esta perspectiva, el que se acelere el juzgamiento de los procesos, lejos de constituir un quebranto constitucional tiende, en general, a dar cumplimiento a normas de dicho rango salvo que el diseño legislativo se haga de tal modo que la prontitud del juzgamiento implique una afectación a la calidad de dicha justicia. Por ello me parece adecuado que el Poder Judicial, a través de sus diversos operadores (Ministerio Público, policía judicial, judicatura, defensa pública), tenga respuestas diferenciadas para los diversos tipos de hechos delictivos que se cometan. No es posible que hechos de diversa gravedad y de diversa intensidad investigativa tengan la misma respuesta procesal, sobre todo en duración de los procesos, pues ello se traduce en un trato igual ante situaciones desiguales, ergo discriminatorio para imputados y víctimas que tienen un derecho constitucional a la justicia pronta y cumplida. Pero, como indicara, el precepto constitucional exige el equilibrio entre ambos factores y no la celeridad en sí misma considerada.

No obstante, el diseño de este proceso me parece que no surge de la mano de esas consideraciones sino ante la necesidad de dar algún tipo de respuesta a las constantes campañas en los medios de comunicación para que se aplicara mano dura en el combate contra la criminalidad. En ese contexto, se integra una comisión interinstitucional que firma un convenio, en que participan los tres poderes del Estado, para “atacar” el problema. El Poder Judicial crea un programa interno para el juzgamiento de delitos en flagrancia y luego participa en la elaboración de un paquete de proyectos de ley que se tramitan en la Asamblea Legislativa en la “*Comisión especial de Seguridad Ciudadana*”, trabajo que luego

se culmina en la Comisión de Asuntos Jurídicos.² En ese marco surge tanto el modelo administrativo como el diseño legal, actualmente vigente, para el juzgamiento en flagrancia que, en consecuencia, alude a **dos** procedimientos distintos: uno creado por las autoridades del Poder Judicial y otro, con características diferentes, definido por la Asamblea Legislativa aunque también con la colaboración del Poder Judicial.

Por ello se tratarán de modo diferenciado. Empero, a mi juicio ambos, relativizan o flexibilizan garantías, en perjuicio no sólo de las personas acusadas sino del mismísimo Estado de Derecho, aún cuando ni la Sala Tercera³ ni la Sala Constitucional,⁴ integrantes del Poder Judicial, lo vean así.

² El que la elaboración del procedimiento, inicialmente administrativo y luego legal, haya estado a cargo de jueces y juezas de la más alta jerarquía a más de violentar, a mi juicio, la división de funciones establecida en el numeral 9 de la Carta Magna, podría comprometer la imparcialidad de aquellos (o implicaría, a lo menos, un adelanto de criterio ajeno a funciones "académicas") cuando en el seno de los órganos que representan se discuta, jurisdiccionalmente, la eventual afectación de los principios de juez legal o natural, imparcialidad, derecho de defensa, etc. en el modelo por ellos creado. Es obvio que quien elabora un texto legal lo hace pensando que cumple todos los estándares de lo que su visión de mundo le señala como el contenido del debido proceso por lo que difícilmente aceptará que se cuestione. En las sesiones de Corte Plena en que se discutió el tema del procedimiento administrativo de flagrancia participaron magistrados/as de la Sala Tercera (encargada de aplicar la normativa) y de la Constitucional (encargada de definir su constitucionalidad), aunque no todos/as votaron. Así en las actas de las sesiones de Corte Plena 28-08 (en que se crea el procedimiento administrativo de flagrancia y se cambia la competencia territorial al Segundo Circuito) estuvieron presentes todos los magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora, Calzada, Vargas y Armijo de la Constitucional. En la 33-08 (en que se discute el primer texto legislativo que da pie a la actual normativa) estuvieron presentes los cinco magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora, Jinesta y Cruz, de la Sala Constitucional. En la sesión en que se abordó el proyecto de ley que dio origen a la ley (acta 02-09) participaron activamente en la discusión todos los magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora y Cruz de la Sala Constitucional, aunque no siempre votaron. También hubo presencia, aunque no siempre votación, de magistrados de ambas salas en la sesión de Corte Plena 14-09 en que se discutieron reformas reglamentarias luego de estar vigente la ley.

³ Mediante voto N° 1066-2009, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia analizó y avaló el procedimiento de flagrancia. A la fecha de elaboración de este ensayo el voto integral no podía ser consultado por lo que se ignora si alude al diseño legal o al administrativo. En todo caso, ambos recibieron su aporte de los titulares de ese órgano, lo que hace cuestionable el pronunciamiento jurisdiccional.

⁴ La Sala Constitucional, mediante voto N° 11099-2009 declaró que no resulta inconstitucional el citado procedimiento de cara a los principios de imparcialidad y derecho al recurso, sin que se abordaran otros temas.

A. EL PROCESO DE FLAGRANCIA DEFINIDO POR EL PODER JUDICIAL

En las sesiones de Corte Plena N° 28-08⁵ y N° 33-08⁶ se discutió y aprobó el primer diseño de procedimiento de flagrancia como “Plan Piloto” para San José.⁷ En este caso, se cumplía básicamente con la legislación vigente; simplemente se trató de que en casos de flagrancia⁸ la defensa renunciara a plazos. No obstante, se incorporó una norma según la cual se creaba un tribunal de flagrancia en el Segundo Circuito Judicial de San José para atender todos los procesos de esa naturaleza que se dieran tanto en ese circuito como en el primero y tercero. Trabajaría por turnos, las veinticuatro horas del día. El punto discutible de ello estaba dado porque, por norma administrativa, se estaba modificando la competencia territorial, fijada legalmente, para los casos sucedidos en el Primer y Tercer Circuito Judicial de San José lo que, a mi juicio, representa una violación al principio de juez legal o natural.⁹ Hay que tener presente que los artículos 35 y 39 de la Carta Magna aluden a que el juzgamiento penal de una persona sólo puede hacerse por “autoridad competente” y ésta es aquella que, territorial, por materia,

⁵ Artículo XV en que se aprueba el *Reglamento de organización y competencias de los funcionarios penales de San José a cargo del trámite de delitos y contravenciones y flagrancia*; el *Reglamento y protocolos de actuación (delitos en flagrancia)* y las *Reglas de procedimiento a seguir en el trámite de las contravenciones en flagrancia*. En esa oportunidad se dijo que “...los cuatro documentos ha sido conocidos y discutidos en la Sala y son entonces una propuesta que hemos visto en ese seno en primer lugar” reconocimiento que implicaría que, ante el cuestionamiento jurisdiccional del procedimiento, sus autores deban inhibirse de conocer el alegato pues es previsible lo que resolverían. Igual cabría decir respecto a la actuación del Magistrado Mora quien indicó: “...a mí me parece que no existe ningún inconveniente legal para eso” refiriéndose al traslado de competencias territoriales a Goicoechea y a la propuesta general. Participaron en la sesión los siguientes magistrados/as: Mora; Rivas, Solís, León, González, Escoto, Aguirre, Ramírez, Chaves, Arroyo, Pereira, Chinchilla, Calzada, Vargas, Armijo, Vega, Varela, Jinesta, Camacho, Bogantes y González Quiroga. No consta la votación o que alguno se abstuviera.

⁶ Artículo XV. Participaron en la sesión los siguientes magistrados/as: Mora, Rivas, Solís, Escoto, González, Aguirre, Villanueva, Varela, Vega, Ramírez, Chaves, Arroyo, Pereira, Chinchilla, Armijo, Cruz, Jinesta, Bresciani y Bogantes. Se reconoce allí que la Sala Tercera redactó un texto base – que sufrió modificaciones en la Asamblea Legislativa- referente al juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia.

⁷ El “Plan Piloto”, por definición, es una prueba sujeta a ensayo y error en que se selecciona, al azar, un determinado lugar para implementar una medida y luego medir resultados. Es cuestionable dicho plan de cara al principio constitucional de igualdad ante la ley, así como al hecho de que se ‘experimente’ procesalmente, lo que puede tener consecuencias jurídicas para las partes.

⁸ Las únicas referencias a la flagrancia están en los artículos 235 inciso a), 236 y 393 del Código Procesal Penal y aluden a la aprehensión o detención.

⁹ Así lo indiqué en el voto salvado emitido en el Tribunal de Casación Penal de San José, votos N°

por grado, funcional u objetivamente debe decidir el caso, reglas todas que deben fijarse **por ley con antelación** a ese asunto en particular.¹⁰

Aunque los alcances de aquel principio tradicionalmente se han circunscrito a la prohibición de ser juzgado por un/a juez/a específicamente designado/a para el conflicto o por un órgano ajeno al Poder Judicial (tribunales de excepción o *ad hoc*) luego se amplió su contenido a la necesaria **preexistencia legal del órgano jurisdiccional respecto a la comisión del hecho** (prohibición de tribunales *ex post facto*), ampliación esa que se da a través de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, en cuanto amplíen el catálogo de derechos humanos, tienen rango igual o superior a la Constitución Política.¹¹ La necesidad de que los tribunales sean creados por **ley previa a la comisión de los hechos** ha sido aceptada, en forma prácticamente unánime, por la doctrina más autorizada.¹² Según ese principio, entonces, una vez adquirida la competencia

2009-294.

¹⁰ En el mismo sentido los votos de la Sala Constitucional Nº 2000-10822, Nº 1739-92, Nº 1422-95, Nº 6701-93, Nº 6992-96, Nº 8738-97 y Nº 2491-96, entre otros, así como también los numerales 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...*"; el destacado no es del original) y XXVI.II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre (sic) ("*...Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas...*" el destacado no es del original).

¹¹ Así lo disponen los artículos 7 de la Constitución Política, 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los votos Nº 3435-92, Nº 2313-95, Nº 1319-97, Nº 4356-98 y Nº 6830-98 de la Sala Constitucional.

¹² A modo de ejemplo: *“Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso)...Nuestra Constitución (...) se preocupa por establecer la vigencia temporal de las leyes que atribuyen competencia a los tribunales (...) nuestra constitución ha intentado asegurar, como garantía para el justiciable, la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento (...) impidiendo que juzguen tribunales creados con posterioridad al hecho objeto del proceso (...) La regla es clara: en principio, determina, positivamente, que el único tribunal competente para el juicio es aquél designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento; en segundo término, cancela el efecto retroactivo que se pudiera pensar o que el legislador pudiera atribuirle a una ley de competencia. Las leyes de competencia, entonces, sólo rigen para el futuro (...) esto es, para hechos punibles cometidos con posterioridad a que entren en vigor, y no pueden ser aplicadas para determinar la competencia de los tribunales respecto de hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, ni por supuesto, a causas pendientes, otorgándoles efecto retroactivo”* MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*, tomo I, volumen B, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 487-489, 491-492; *“El principio garantiza que nadie será juzgado (en ninguna instancia) por organismos jurisdiccionales creados (...) después de que la presunta infracción haya sido cometida (...) Hace también a la esencia del principio de juez natural que el*

para conocer de un proceso, ésta sólo se pierde por causas preestablecidas en la

caso permanezca bajo su órbita, que no sea sustraído de su competencia por una ley posterior" CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Centro de Estudios legales y sociales, editores del Puerto, 2000, p. 95 (el destacado no es del original); –“Este derecho fundamental procesal debe proteger al inculcado ante una manipulación de la competencia judicial (...) La prohibición no se dirige sólo a la Administración, sino también al legislador...” TIEDEMANN, Klaus. “El derecho procesal penal”. En: AAVV. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 164; –“Un tribunal de excepción, sin embargo, podría ser creado en la órbita del Poder Judicial (...) Ello sucedería si se sustrae la causa del conocimiento del tribunal competente según la ley vigente a la época del hecho punible que se imputa, para atribuírsela a otro tribunal elegido o creado por una nueva ley” MAIER, Julio. *Derecho procesal penal. Tomo I: Fundamentos*. Editores del Puerto, 2ª edición, Buenos Aires, 1996, pp. 767 y 769; –“El juez natural es el que debe conocer de un proceso por virtud de normas objetivas, de rango constitucional o legal, **previamente establecidas**. Este principio se contrapone y tiende a descalificar la práctica que consiste en escoger el juez ‘ex post facto’: después de ocurridos los hechos conflictivos y en vista de ellos, puesto que esa escogencia (de parte de quien tendría la autoridad para hacerla) buscaría predeterminar un cierto resultado, posiblemente favorable a una de las partes en conflicto, o en todo caso grato al jerarca” ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *Teoría del proceso jurisdiccional*. Investigaciones Jurídicas, San José, 1ª edición, 2001, p. 404. También se han referido a él otros órganos constitucionales mundiales: –“El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional”. Tribunal constitucional español, sentencia 47/1983. En igual sentido y del mismo órgano los votos 102/2001, 170/2002 y, por supuesto, la misma Sala Constitucional costarricense: –“...el derecho a un Juez competente hace alusión inmediata al concepto de “juez legal” o “juez regular” que no solamente contemplan los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino también es una exigencia que deriva del artículo treinta y cinco de nuestra Constitución Política. Es, como ha tenido oportunidad de señalarlo muy reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, especialmente a partir de la sentencia número 1739-92, un elemento que integra el debido proceso, y hace alusión al derecho de toda persona a que lo juzgue **un juez previamente establecido por ley**, con una clara competencia, en el sentido que la doctrina procesal acepta pacíficamente. El principio (derecho) de juez legal o regular, evidentemente **excluye por ilegítima, la designación de tribunales ad hoc, especiales o ex post facto**.” Sala Constitucional, voto Nº 2002-06223 (el destacado no es del original); –“...la garantía constitucional al juez natural (...) forma parte de la garantía genérica al debido proceso (...) significa la existencia de órganos judiciales **preestablecidos en forma permanente por la ley**. Uno de los contenidos del principio “juez natural” es como juez legal, es decir, como “órgano” creado por ley conforme a la competencia que para ello la Constitución asigna al Congreso. El derecho a la jurisdicción consiste, precisamente, como principio, en tener posibilidad de acceso a uno de esos jueces. Según lo establece el artículo 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la jurisdicción y la garantía de los jueces naturales, es el derecho que toda persona tiene a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. **Lo que se tutela a través del principio del juez natural es la prohibición de crear organismos ad-hoc, o ex post facto (después del hecho)**, o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales. En definitiva lo que se pretende es asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal **evitando que sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad...**” Sala Constitucional, voto Nº 6701-93 (el destacado no es del original); –“...el principio de juez natural garantiza que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez establecido de manera previa por la ley. Se trata de evitar que una persona sea juzgada por un tribunal creado después de los hechos supuestamente ilícitos.” Sala Constitucional, voto Nº 2004-12629 (el destacado no es del original).

ley que buscan tutelar otros principios de igual rango (como el de imparcialidad, por ejemplo). Por otra parte, el artículo 47 del Código Procesal Penal (ley de la República que no ha sido derogada ni declarada, en tal extremo, inconstitucional y que, en consecuencia, se encuentra vigente) dispone: *"Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas: a) El tribunal tendrá competencia sobre los hechos punibles cometidos dentro de la circunscripción judicial donde ejerza sus funciones..."*. Si los hechos fueron cometidos en San José centro o en el Tercer Circuito Judicial, el órgano competente, creado por ley con antelación a esos hechos para conocer del debate, era el Tribunal de Juicio de San José o, a lo sumo, el Tribunal de Juicio del Tercer Circuito Judicial (Pavas) y no el "Tribunal Penal de Flagrancias de San José, Goicoechea" que fue al órgano al que, en definitiva, se trasladó la competencia de tales causas. El Tribunal Penal de Flagrancias está previsto, normativamente a nivel legislativo, hasta el 22 de abril de 2009 fecha en que entró en vigencia la *"Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal"*.¹³ Antes de eso su funcionamiento se basó en criterios adoptados por los órganos administrativos del Poder Judicial que tienen como sustento normativo los siguientes numerales de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

"Artículo 46.- Los acuerdos y las disposiciones de la Corte relativas al establecimiento y la definición de una circunscripción territorial, o los que conciernan al recargo de competencias, el traslado y la conversión de despachos judiciales y de cargos o puestos, deberán fundamentarse en la ineludible eficiencia del servicio, la especialización de los órganos judiciales y de los tribunales jurisdiccionales y la equidad necesaria de las cargas de trabajo.

En razón del volumen de trabajo y la obligada eficiencia del servicio público de la justicia, la Corte podrá nombrar más integrantes de los

¹³ Publicada en La Gaceta N° 77 del 22 de abril de 2009.

tribunales, en forma temporal o definitiva; también podrá abrir y cerrar -por esas mismas razones- nuevas oficinas y órganos adscritos a los tribunales, en cualquier lugar del país.

En los tribunales mixtos, la Corte podrá dividir funciones por materia, de manera que se especialicen los servicios de administración de justicia. Cuando las necesidades del servicio lo impongan, la Corte podrá dividir un tribunal mixto en tribunales especializados.

Cuando la carga de trabajo no amerite abrir otro órgano jurisdiccional ni judicial, la Corte o el Consejo podrán asignar jueces y otros servidores itinerantes, para que se trasladen a los lugares donde deba brindarse el servicio con mayor eficiencia.”

“Artículo 59.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia: (...) 16.- Refundir dos o más despachos judiciales en uno solo o dividirlos, trasladarlos de sede, fijarles la respectiva competencia territorial y por materia, tomando en consideración el mejor servicio público. También podrá asignarle competencia especializada a uno o varios despachos, para que conozcan de determinados asuntos, dentro de una misma materia, ocurridos en una o varias circunscripciones o en todo el territorio nacional.”

No obstante, aunque efectivamente las normas permiten modificar competencias, ello sólo puede hacerse -en primer lugar- para casos futuros y, en segundo lugar, con criterios de generalidad y no tomando ciertas consideraciones particulares (p.e. tipo de delito, tipo de persona que lo comete, etc.) porque de hacerse tales individualizaciones se estarían creando, por disposición administrativa, tribunales especiales. Por otra parte esas normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial son generales y anteriores a la supracitada disposición, especial y posterior, contemplada en el Código Procesal Penal que, por ello, predominaría sobre aquellas. Así las cosas, tanto los actos de Corte Plena, de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia como las normas *supra* indicadas presentarían, a mi juicio, visos de inconstitucionalidad¹⁴ por chocar

¹⁴ Cabe indicar que la Sala Constitucional mediante voto Nº 2009-11099 (Mora, Calzada, Armijo,

contra un principio de rango superior como lo es el del juez legal o natural.

B. EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA DEFINIDO LEGALMENTE

La introducción de disposiciones legales para el juzgamiento de este tipo de delitos, implícitamente reconoce la insuficiencia de las normas administrativas anteriormente dictadas sobre todo de cara al principio de juez legal o natural.¹⁵ La principal característica de este proceso especial es que se suprime la etapa intermedia, que es trasladada a cargo de los jueces de juicio, pero se ponen de manifiesto una serie de problemas de orden constitucional.¹⁶ Algunos son propios de las normas, otros de la implementación que de ellas pueda hacerse. Se pasa revista a algunos de ellos:

b.1 el derecho de defensa: El artículo 425 del Código Procesal Penal establece un plazo, que impropriamente se denomina “término”,¹⁷ de veinticuatro

Vargas, Jinesta, Cruz y Abdelnour) evacuó una consulta formulada por el Tribunal Penal de Flagrancia en que declaró la constitucionalidad de los artículos 426, 428 y 430 del Código Procesal Penal pero refiriéndose al proceso diseñado legislativamente y no al administrativo, anterior. Además, en dicho voto no analizó el tema del juez legal o natural sino sólo lo referente a la imparcialidad y el derecho al recurso. En todo caso, a mi juicio, el pronunciamiento de esa Sala sobre el tema debe hacerse con magistrados o magistradas que no integraran Corte Plena en la sesión en que se discutió la creación de esos tribunales, pues ello podría generar no sólo que se hubiera adelantado criterio sino que al votarse administrativamente el acto, el mismo órgano que lo creó o avaló sea quien luego lo escrute.

¹⁵ El mismo voto N° 2009-11099 de la Sala Constitucional, redactado por el magistrado Mora Mora señala, en el considerando III que la naturalidad, como característica de la jurisdicción alude a que, respecto del juez/a: “...su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la comisión del hecho sometido a juicio” aunque no alude a la principal nota diferenciadora según la cual todo ello ha de ser dado por ley previa. Por su parte, el voto N° 2009-869 del Tribunal de Casación Penal (Jorge Arce, Sandra Zúñiga y Alfredo Chirino) determinó que si bien superar los quince días hábiles por causas ajenas a la investigación (como, por ejemplo, la declaratoria de rebeldía) no implicaban la conversión del proceso de flagrancia en ordinario, dicho proceso no podía aplicarse a hechos producidos antes de la vigencia de la ley.

¹⁶ El proyecto se discutió en el actas de Corte Plena 33-08 en que, por doce votos (Mora, Rivas, González, Escoto, Aguirre, Villanueva, Varela, Vega, Chaves, Arroyo, Bresciani Quirós y Bogantes Rodríguez), se acogió el informe del Magistrado Arroyo en que se pusieron de manifiesto algunos de los problemas que aquí se apuntan. Los Magistrados Solís, Ramírez, Pereira y Chinchilla votaron en contra. Posteriormente se volvió a discutir en el acta 02-2009 (artículos II y IV), ocasión en la cual muchos de los acuerdos adoptados antes fueron revertidos.

¹⁷ El derecho procesal penal costarricense es muy deficiente en cuanto al lenguaje técnico, lo que revela la formación de sus operadores. Para la teoría general del proceso hay una diferencia entre ambas denominaciones. Mientras plazo alude a un lapso, un tiempo en el que se puede hacer válidamente un acto ya sea en el día inicial, en el intermedio o en el final (por ejemplo el período de

horas para que el defensor prepare la defensa una vez que es nombrado. Ese lapso puede afectar el derecho de defensa del encartado y así fue señalado cuando el tema se discutió en Corte Plena.¹⁸ Se parte del gravísimo error conceptual de creer que en materia de flagrancia “no hay nada que investigar” olvidando que, conforme al artículo 236 del Código Procesal Penal, es flagrancia tanto que el autor del hecho haya sido sorprendido en el momento de cometerlo, inmediatamente después o sea detenido mientras es perseguido, como el caso de que se le encuentren objetos o presente rastros que hagan presumir, vehementemente, que acaba de participar en el hecho punible. Así, por ejemplo, hay antecedentes de conflictos familiares entre un hombre y su compañera. A ella se le escucha pedir auxilio y cuando vecinos ingresan observan a su compañero, ensangrentado, arrodillado sobre ella con un arma en la mano. La mujer está tendida en el piso. El arma posee las huellas del hombre; la bala homicida proviene del arma; él está ensangrentado. Es claro que una situación de esa naturaleza hace surgir la presunción, vehementemente razonable, de que él es el autor del homicidio y que esa detención es en flagrancia. Al margen del tiempo que requieren las pericias a las que se ha hecho alusión él puede alegar que un sujeto se introdujo a la casa, le disparó a su compañera y, cuando él lo sorprendió, forcejearon logrando quitarle el arma pero el sujeto oyó. Dicha tesis requerirá mucho tiempo de investigación. Supeditar el tipo de proceso al tiempo de la investigación es relativizar el principio de juez legal o natural y manipular la

interposición de un recurso), el término apunta a una fecha fija, fuera de la cual el acto procesal no puede efectuarse válidamente. Cfr.: entre otros muchos VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. Temis, Bogotá, 1984, p. 284.

¹⁸ Cfr.: sesión 02-2009. En esa ocasión se reconoció que se había mejorado la redacción de la propuesta pues la anterior daba sólo dos horas para el nombramiento del defensor y dos para la preparación de la defensa. Sin embargo se dijo, en el informe redactado por Arroyo, que el plazo fijo de 24 horas “...nos sigue pareciendo excesivamente rígida pues no todos los casos que podrían tratarse mediante la flagrancia son sencillos. La fórmula de ‘dar un plazo razonable que no pueda exceder las 48 horas’ nos parece mucho más adecuada” No obstante, los magistrados Rivas, Solís, González, Escoto, Chinchilla, París Rodríguez, Carro Hernández y Bogantes Rodríguez mantuvieron la norma en tanto que Chaves, Aguirre, Varela, Arroyo y Pereira, emitieron su voto por aprobar esa propuesta. Villanueva, Calzada, Vargas, Araya y Abdelnour se abstuvieron de votar. En la sesión 33-08, sin embargo, el Magistrado Mora señaló, en torno a las causales directas de prisión preventiva por tipo de delitos “Me parece que sería conveniente que por lo menos se señalara a la Asamblea Legislativa que medite lo que está haciendo, porque eventualmente pueden encontrarse roces de constitucionalidad en esos nuevos procedimientos.”

competencia jurisdiccional. En todo caso lo que conviene rescatar es que es posible que quien presente rastros del hecho no sea necesariamente su autor y, para poder ejercer adecuadamente la defensa, requiera más plazo que el indicado. Conociendo un caso similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que: *“La Corte observa que el artículo (...) establece que una vez producida la acusación fiscal se pondrán los autos en conocimiento de la defensa por espacio de doce horas. **En el presente caso, la acusación fiscal fue presentada el 2 de enero de 1994 y los abogados pudieron consultar el expediente el 6 de los mismos mes y año por un lapso muy reducido.** La sentencia se dictó al día siguiente. De acuerdo con la legislación aplicable, la defensa no pudo interrogar a los agentes (...) que participaron en la fase de investigación. 139. El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación 141. La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada. 142. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención.”*¹⁹

¹⁹ Caso Castrillo Petruzzi contra Perú, Nº 138, citado incluso en la primera ocasión en que se discutió el proyecto, que estipulaba plazos más cortos que el actualmente previsto. Cfr.: Corte Plena, acta 33-08. No obstante el argumento se desechó bajo el argumento efectista de que el

b.2 las causales de prisión preventiva: En el artículo 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal se prevé la prisión preventiva sólo por el hecho de que se esté en presencia de un delito cometido en flagrancia si estos son contra la vida, delitos sexuales, contra la propiedad y en delitos relacionados con narcotráfico. El error contenido en dicha norma, al prescindir de criterios procesales para el dictado de la medida cautelar y atender sólo al tipo de delito por el que se acusa a la persona fue, sin embargo, avalado en Corte Plena.²⁰ La norma defendida bajo argumentos ajenos a lo que en realidad subyacía en la discusión²¹ que era si es posible decretar prisión preventiva automática, sin causales procesales. Aunque tal proceder fue avalado por Corte Plena, desconoce lo que al respecto indicara la Sala Constitucional, en forma vinculante, en los votos N° 688-91 y N° 193-92 en que declara la inconstitucionalidad de normas que establecen la prisión preventiva en atención sólo al tipo de delitos (en esos casos de narcotráfico). Además es

caso de la CIDH se refería a asuntos políticos en tanto que en Costa Rica hablábamos de “cadenazos” como si sólo ese tipo de delitos fueran susceptibles de conocerse a través de esta vía.

²⁰ Cfr.: sesión 02-2009 en que votaron a favor de aprobar esa norma los magistrados Rivas, Solís, González, Escoto, Aguirre, Varela, Ramírez, Pereira, Chinchilla, París Rodríguez y Bogantes Rodríguez. Mientras tanto, Mora, Chaves, Arroyo y Carro Hernández, emitieron su voto por aprobar la redacción propuesta en su informe el Magistrado Arroyo que reconducía el tema a las causales procesales. Villanueva y Armijo se abstuvieron de votar.

²¹ Así lo evidencia la intervención de Carlos Chinchilla Sandí en la sesión 02-2009 al indicar *“resulta ser que todos los clásicos ya no dan soluciones, simplemente dejen a la libre a la sociedad lo que quiera hacer y ver cómo se comporta, o sea, llegan a un estado caótico, a un estado de anomia casi sin regulación, eso es lo que se pretende, bueno, esas ideas son las ideas que hemos combatido desde hace muchos años por lo menos otras personas y yo que es ese minimalismo dentro de la regulación en el campo del derecho penal, y ese evolucionismo galopante que viene detrás de ese minimalismo, eso es lo que asusta, porque no podemos pensar al día de hoy que un estado pueda mantenerse sin derecho. Importante es dentro de esto identificar algunos problemas, muchas de las partes que podríamos decir dieron solución a algunas soluciones resultaron importantes en aquel momento, hoy día la identificación de la criminalidad es distinta”* Mientras tanto, el argumento del magistrado Arroyo –según el cual todos esos casos podían tratarse con la normativa entonces vigente que no se detiene en el tipo de delito pero sí en las causales procesales- no fue abordado. Según Arroyo la norma, tal y como está, *“...propone la prisión preventiva en cierto tipo de delitos, cuando media flagrancia. Este tipo de excepciones rompe con el sistema general que contiene el Código Procesal penal vigente, de manera que puede estarse ante un quebranto del principio de igualdad frente a la ley y la presunción de inocencia que tutela el numeral 33 de la Constitución Política (ya que se estaría haciendo discriminación por tipo de delito, así como los artículos 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, todos referentes al mismo principio de igualdad)”* criterio que comparto. Cabe destacar que Corte Plena, en un acta anterior sobre este tema, había aceptado –por mayoría- este criterio que se dejó aquí sin efecto sin mayor argumentación jurídica que fundamente las razones del cambio.

abiertamente contraria a lo indicado por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez contra Ecuador²² y Suárez Rosero contra Ecuador²³ por lo que es previsible una condena del estado sobre esta base sustentada.

Aunque recientemente, la Sala Constitucional en el voto Nº 2009-9346 (Vargas, Mora, Armijo, Jinesta, Abdelnour, González y Salazar) señaló *“La norma transcrita adiciona algunas causales que hacen procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, las cuales no son de aplicación automática sino que para ese efecto el juzgador tiene la potestad (véase que dice ‘podrá ordenar’) de hacerlo previa valoración y resolución fundada que (...) implicaba – entre otros- el análisis de la existencia de la flagrancia”* lo cierto del caso es que dicho pronunciamiento es criticable en el tanto si bien la norma señala un ámbito de discrecionalidad sólo la circunscribe al tipo de delitos y no a los presupuestos procesales que, según lo referido, se requiere para la emisión de las medidas

²² Se determinó allí: *“93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”*

²³ *“77...el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.”*

cautelares. Es decir, la discrecionalidad jurídica está dada por si hay, o no, flagrancia en el caso concreto, sin que la resolución constitucional aborde la cuestión de fondo que concierne a si basta el tipo de delito, aún en flagrancia, para decretar medidas cautelares.

b.3 la falta de apelación de la prisión preventiva: En la nueva legislación sobre flagrancia no se prevé el recurso de apelación contra la resolución que decreta la prisión preventiva. El tema fue ratificado, en su constitucionalidad, por el voto N° 2009-11099 de la Sala Constitucional,²⁴ ocasión en la que se evidencia el cambio de criterio de dicho órgano quien, anteriormente, había referido la necesidad de que todo acto administrativo con efectos propios (actos separables) tuviera derecho al recurso.²⁵ En la práctica el problema que se presenta es que,

²⁴ En donde se citan, como apoyo, los votos N° 2003-4925, N° 2004-100040, N° 2008-8259, N° 2009-10547, todos de la Sala Constitucional.

²⁵ En el voto de la Sala Constitucional N° 300-90 se indicó: *"...si bien el derecho a recurrir de un fallo ante un tribunal superior, en general o para determinados supuestos, no se encuentra consagrado expresamente por ningún texto constitucional, sin embargo, los artículos 1° y 73 inc. d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 48 de la propia Constitución reconocen, como parámetros de constitucionalidad, tanto las normas como los principios, y tanto de la Constitución misma como del Derecho Internacional vigente en Costa Rica, de manera que si de alguna de dichas fuentes cupiera deducir la existencia del derecho fundamental que se invoca, la disposición cuestionada, o su interpretación, serian, efectivamente, inconstitucionales en la medida en que lo nieguen o excluyan (...). Sin embargo, como se dijo, la misma Ley (arts. 1° y 2°) obliga también a considerar la cuestión desde el punto de vista de los principios, tanto constitucionales como del Derecho Internacional aplicables, situación en la que adquieren especial relevancia, tanto los valores y principios implícitos en la propia Constitución como los generales del derecho de los Derechos Humanos, con los criterios de interpretación recogidos por el artículo 29 de la Convención, criterios que, entre otras cosas, integran los derechos consagrados en el texto con cualesquiera otros reconocidos (...). Lo anterior incide particularmente en la correcta interpretación y aplicación de los principios del debido proceso, que tienen asiento en los artículos 39 de la Constitución, 8 y 25 de la Convención Americana (...). En efecto, **un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal (...).** Tesis similar es la que prevalece hoy e **n el Derecho Público en general, el cual reconoce, de principio, el derecho de impugnar los actos de procedimiento o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan "efecto propio", es decir, los que en Derecho Administrativo se conocen como "actos separables" en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que esperar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar (V., p. e j., art., 163.2 Ley General de la Adm. Pública). Al nacer, pues, ese derecho a recurrir contra los actos separables, de un principio general de Derecho Público, ergo lo es del derecho de la Constitución, con el mismo rango que sus normas expresas (como lo reconoce el art. 7.1 de la***

en los casos en los que no hay flagrancia, el reglamento emitido por la Corte Suprema de Justicia con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley señala que ha de ser el tribunal de flagrancia quien debe decidir la situación jurídica del encartado respecto a las medidas cautelares decretadas,²⁶ cuando la ley²⁷ dispone que, en tales casos, el competente para decidir es el juez penal. Es evidente que la ley predomina sobre el reglamento pero el conflicto de normas pretende neutralizar la afectación a principios constitucionales, sin lograrlo. Por una parte, téngase en cuenta que por vía reglamentaria se está modificando la competencia del juez penal para conocer de la causa, lo que roza con el principio de juez legal o natural y, por la otra que también se dispone, con una norma administrativa, que el criterio de una autoridad jurisdiccional vincula a otra lo que afectaría el principio de independencia judicial. Por la otra, actuar como lo establece la ley implicaría que el detenido pueda pasar varios días (mientras se le nombra defensor y se le otorga el plazo a éste para preparar la defensa) sin estar a la orden de una autoridad judicial competente, conforme se analizará luego, lo que implica que la detención sea ilegítima.

*misma Ley General) (...) En el caso de marras (...) le rechazaron su recurso de apelación y su apelación de hecho, precisamente estimándolos inadmisibles por no hallarse dentro de los previstos en el artículo (...) todo lo cual le ha significado, efectivamente, una grave limitación en sus derechos al debido proceso, rayana en la indefensión, al verse impedido de obtener que un tribunal superior revisara lo actuado, a su juicio erróneamente, por el inferior (...) Si a todo esto se añade el hecho de que el pago de dicha pensión provisional está garantizado mediante apremio corporal, es decir, mediante una privación de libertad con las mismas características y gravedad que una penal, sin serlo, se comprenderá **por qué en estos supuestos el derecho a recurrir contra tales resoluciones resulta esencial y su ausencia produce la indefensión del demandado, con violación de los principios del debido proceso, implicados, como se dijo, entre otros, en los artículos 39 y 41 de la Constitución, 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica ...**" (el destacado es suplido). En sentido similar los votos de la Sala Constitucional Nº 1704-90 y Nº 4099-94 y CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *En los linderos del ius puniendi*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2005, pp. 351-352 y 355.*

²⁶ Dispone la citada normativa emitida en la sesión de Corte Plena 14-2009: "3.4. Se valorará en primer lugar si la detención obedece a una de las hipótesis de flagrancia. **De no ser así, la audiencia resolverá sólo sobre medidas cautelares y se ordenará el trámite ordinario del asunto;** en estos casos el juez penal de la etapa preparatoria receptor quedará vinculado por lo resuelto y los recursos se formularán ante el Tribunal del Procedimiento Ordinario según corresponda."

²⁷ Artículo 430 párrafo segundo del Código Procesal Penal: "Cuando deba solicitarse por un plazo superior, así como en los casos donde el fiscal o el tribunal de juicio, considere que no corresponde aplicar el procedimiento expedito, por no estar ante hechos cometidos en flagrancia o al ser incompatible la investigación de los hechos, procederá la prisión preventiva, si existe mérito para ello, según las reglas establecidas en este Código. El juez penal será el encargado de resolver acerca de la solicitud dirigida por parte del fiscal."

b.4 el exceso de 24 horas para indagar al encartado: El artículo 423 del Código Procesal Penal señala que una vez detenido al sospechoso se trasladará hasta el Ministerio Público. Conforme al artículo 425 del mismo cuerpo normativo el fiscal puede concederle hasta 24 horas para que nombre defensor de su confianza. Una vez nombrado dicho defensor, éste cuenta con 24 horas para que prepare su defensa al tenor de esa misma norma. El fiscal hace la acusación y traslada el caso al Tribunal de Flagrancia en que se pueden decidir las medidas cautelares (artículo 427 CPP) y determinar si se está, o no, ante un caso de flagrancia. Sea que se acepte o no el procedimiento, habrán transcurrido, a lo menos, 48 horas desde la detención sin que el juez competente decida su situación lo que a todas luces riñe con lo establecido en el artículo 37 de la Carta Magna.²⁸ Sin embargo, pese a la literalidad y claridad de la norma y a que ella no hace excepciones, ya la Sala Constitucional ha avalado que el lapso –en algunas ocasiones- se amplíe,²⁹ por lo que es previsible que resuelva igual máxime la presión socio-política que se encuentra detrás y el que antes los textos fueran conocidos en Corte Plena.

b.5 denegación acceso a la justicia a la víctima: Si bien el artículo 432 del Código Procesal Penal posibilita que la víctima se constituya en actora civil o querellante, prevé plazos muy cortos para que haga tal apersonamiento, a más de que los requisitos normales (que incluyen el patrocinio letrado) se mantienen. Ambos factores hacen que, en la práctica, tales derechos sean nugatorios. Esa misma norma establece que *“La acción civil no procederá en el procedimiento*

²⁸ “Artículo 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente *infraganti*; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.” Nótese que si bien la norma constitucional exceptúa al “delincuente *infraganti*” del mandato escrito de juez, previo a la detención, sí exige para todos los supuestos (“*en todo caso*”) que la detención no se prolongue más allá de las veinticuatro horas sin ser puesto a la orden del juez.

²⁹ Cfr.: votos Nº 728-01 y Nº 308-01 en que se resuelve la situación jurídica de la persona acusada fuera de las 24 horas pero se declara sin lugar el *hábeas corpus*. No obstante, la Sala Constitucional en los votos Nº 1029-01 y Nº 1070-01, entre otros muchos, había señalado la improrrogabilidad de dicho plazo.

expedito, cuando existan terceros demandados civilmente y no se encuentren presentes” lo que representa una verdadera denegación de justicia porque la remisión que luego se hace a la vía civil no soluciona el quebranto al principio de igualdad que se produce. Es decir, este es el único caso en que la parte no tiene el derecho de *elegir la vía* que sí opera en todos los demás procesos y la excepción no obedece a criterios sustentables jurídicamente. Por último, en el párrafo segundo de ese artículo se dispone, también contra lo que es usual en todos los procesos, que la acción civil se acogerá en abstracto, lo que implica que la víctima deba recurrir a un largo proceso de ejecución de sentencia. Así las cosas, so pretexto de darle mayor protección a las víctimas estas normas, en realidad, se las niegan y las cosifican como testigos del estado, sin respetarles sus derechos resarcitorios.

b.6 juez legal o natural dependiendo de la hora de detención: En la sesión 14-2009 de Corte Plena se aprobó una reforma reglamentaria según la cual: *“c.- Las oficinas especializadas de Trámite de Flagrancias, durante el horario de las 7:30 horas a las 16:30 horas, tendrán competencia para atender únicamente los hechos cometidos en la circunscripción territorial del II Circuito Judicial de San José. Estos mismos despachos en horario de las 17:00 horas a las 23:00 horas, ampliarán su competencia para atender los casos acaecidos en la circunscripción territorial del I, II y III Circuito Judicial de San José. (...) d.- Las detenciones en flagrancias que sean presentadas a las autoridades judiciales en horario de las 23:00 horas y hasta las 7:30 horas del próximo día, serán atendidas bajo el procedimiento ordinario.”* Es decir el juez legal o natural ni siquiera depende de la materia (flagrancia), lo que ya habría sido bastante poroso dada la dificultad de determinar cuándo se está en tales supuestos, sino de la hora de comisión del hecho o de aquella en que se detuvo a la persona acusada. Esa práctica, sin respaldo jurídico de ninguna índole atenta contra el principio de juez legal o natural y relativiza otras garantías constitucionales como, inclusive, el derecho mismo al recurso pues dependiendo del órgano competente así será, también, la forma en

que se computen los plazos para interponer el recurso de casación³⁰ y la posibilidad que se tenga, o no, de recurrir la detención o las medidas cautelares adoptadas.

b.7 imparcialidad del juez: Este principio se ve afectado, desde mi perspectiva, no sólo porque los jueces y juezas que intervinieron en la discusión, administrativa, de las normas en Corte Plena sean algunos de los que deban conocer, jurisdiccionalmente, de los reglamentos que haga surgir la ley sino porque, además, hay una falta de definición legal en torno a la intervención de los cuatro jueces del Tribunal de Flagrancia. Dependiendo de la forma en que cada grupo de jueces asuma la normativa, podrían generarse afectaciones al principio de imparcialidad, dado que los jueces de juicio podrían haber comprometido previamente su imparcialidad al estar presentes en negociaciones (para reparaciones integrales, conciliación, suspensión a prueba o abreviados) o al haber dictado resoluciones sobre medidas cautelares. Por ello es necesario que, empíricamente, cada integración intente no comprometer dicho principio evitando que quien ya conociera del caso lo vuelva a conocer. Así lo determinó la Sala Constitucional en el voto N° 2009-11099 en que señaló “...la Sala reconoce que el hecho de que sea la misma integración del tribunal la que realice la primera y segunda parte de la audiencia, podrá facilitar que en determinados supuestos, se vulnere el principio de imparcialidad. Ello hace necesario, que en protección a ese principio, se requiera la organización del Tribunal de Flagrancia, de manera que un juez realice la primera parte de la audiencia y sean otros miembros del Tribunal los que integren en la segunda parte, a fin de evitar cualquier posible contaminación, medida ésta de corte administrativo que bien podrá ser dispuesta, sin necesidad de norma legal que la imponga”. Aunque en el voto referido la Sala Constitucional no encontró que se afectara el principio de imparcialidad con la valoración que el

³⁰ La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia indicó que en el procedimiento expedito para los delitos en flagrancia, el plazo para interponer recurso de casación se computa en días naturales pues como el recurso de casación se presenta ante el tribunal de Flagrancia, que trabaja todos los días del año, todos los días resultan hábiles. Cfr.: voto N° 367 de las 10:58 hrs. del 25 de marzo de 2009. Ello representa, en la práctica, menos tiempo para la interposición del recurso y afectaciones a la seguridad jurídica por lo variable de los plazos dependiendo de la autoridad que conozca.

tribunal hace de si el caso es de flagrancia o no, sobre la admisión de la prueba o sobre la corrección de defectos formales, discrepo de esa posición en tanto me resulta claro que el juez que resuelve esos extremos compromete, de alguna forma, su criterio de fondo (aceptando que el detenido fue el sorprendido en la escena, con rastros del hecho, en plena persecución; que para acreditar el hecho acusado se requiere más prueba que él mismo señala, que para poder acoger la acusación en cuanto al fondo ésta debe ser corregida en ciertos extremos) por lo que nada obsta que, al margen del criterio constitucional, se extremen medidas para que quienes hagan esos pronunciamientos no sean quienes integren el tribunal de juicio.

b.8 afectación del principio de legalidad: El artículo 434 del Código Procesal Penal establece que la Corte definirá, mediante reglamento, la localización y horarios de los tribunales de flagrancia. No hay ámbito de discrecionalidad en cuanto a la entrada en vigencia de la ley que se fija desde la publicación. Sin embargo, contrario a esa norma, Corte Plena, en sesión 14-09 (artículo XIX), estableció: *“La Corte Suprema del Poder Judicial definirá los circuitos y los momentos a partir de los cuales se aplicará el procedimiento especial de flagrancias, antes de esta definición se continuará aplicando el procedimiento ordinario, fiscales, defensores, jueces penales y jueces de juicio mantendrán sus roles, según cada etapa procesal y la competencia para conocer sobre los hechos delictivos cometidos en cada circunscripción territorial.”*³¹ Es altamente criticable dicha disposición porque por norma administrativa prácticamente se deroga o se supedita el cumplimiento de la ley a la existencia de recursos económicos, cuando el legislador no lo previó así. El reglamento es para establecer el horario y localización de los tribunales de flagrancia no para hacer inaplicable la normativa en buena parte del país. Por otro lado, el artículo 422 del Código Procesal Penal es claro en indicar que la totalidad de lo actuado en este proceso es oral, incluida la sentencia, lo que armoniza con la política institucional que, inclusive, ha sido defendida y aplicada, aún en sede constitucional, contra normas legales expresas

³¹ Circular 50-09 publicada en el Boletín Judicial Nº 94 del 18 de mayo de 2009.

en contrario, como son las establecidas en el Código Procesal Penal. Sin embargo, inexplicablemente, Corte Plena establece: “4.2. *La sentencia se dictará oralmente. Caso de ser impugnada en casación, se agregará al acta de debate una transcripción fiel de los hechos probados y de la fundamentación intelectual del fallo (el “por tanto” ya constaría en el acta original)*” Esa previsión no se ampara en ningún principio jurídico o norma alguna pues entre los requisitos legales señalados para el acta de debate no se encuentra ese (cfr.: artículo 370 del Código Procesal Penal). Tiende, me parece a mi, a facilitar el trabajo del órgano contralor pues no podría pensarse que es de cara a las personas usuarias desde que ello sólo aplica a las sentencias condenatorias en que se interponga recurso, es decir, no es para todas las sentencias, ni siquiera para todas las condenas. La pregunta que surge, entonces, es ¿tendrá alguna relación este requisito con que la mayoría de hechos tramitados en flagrancia son, a esta fecha, de competencia, en casación, de la Sala Tercera? El reglamento, también en ese punto, desconoce la jerarquía de las fuentes del Ordenamiento Jurídico y modifica el texto legal.

b.9 principio acusatorio: Pese al vaivén jurisprudencial que, en sede constitucional, ha tenido el principio acusatorio,³² el proceso penal costarricense – hasta antes de la aprobación de esta ley- parecía haberse decantado por asignarle al juez/a la función de juzgar y establecer que corresponde al Ministerio Público acusar y ofrecer prueba y asumir la carga por las deficiencias en ambas funciones. No obstante, el párrafo segundo del artículo 428 del Código Procesal Penal faculta, ahora, al juez a que “*verifique que la acusación sea precisa, clara y circunstanciada y que el hecho sea típico*” y que, de no serlo, le prevenga al fiscal la corrección, con lo que asume una posición en favor de una parte, generando desequilibrio procesal. La misma disposición faculta a que sea el juez que califique la prueba. Aplicar tal cual está la norma implicaría un retroceso importante al

³² La Sala Constitucional ha indicado, mediante jurisprudencia vinculante (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) tanto que el principio acusatorio integra el debido proceso como que no lo integra, a efectos de determinar si proceden ciertas actuaciones oficiosas del juez (ver, entre otros, los votos Nº 4833-99, Nº 5432-99 en tanto dan potestades oficiosas a los juzgadores y los votos Nº 2550-2005 y Nº 3568-2005 que limitan al juez a lo pedido por el ente fiscal).

sistema inquisitivo. Aunque la Sala Constitucional no lo determinó así,³³ los razonamientos son muy endeble porque usa argumentos circulares y analiza la constitucionalidad de esa disposición no frente a las normas y principios constitucionales, como era lo obvio, sino a partir de las posibilidades que da el Código Procesal Penal, lo que es ajeno a la función de dicho órgano e implica confundir legalidad con constitucionalidad.³⁴ Por ello lo recomendable es que, si se llegaran a ejercer esas potestades legales, quien las asuma no integre el tribunal decisor de la causa en juicio.

COROLARIO

El derecho penal y procesal penal es el barómetro de una sociedad. La contestación que se le dé a las preguntas ¿qué conductas se reprimen?, ¿siguiendo cuáles procedimientos? y ¿cómo se castiga el delito en cada lugar? nos da oportunidad de medir, de manera bastante aproximada, el nivel cultural, socio-económico y político que impera en cada latitud. Pero la respuesta está dada no sólo por lo que las preguntas evidencian sino, también, por lo que esconden.

El juzgamiento expedito o diferenciado por tipo de delitos y circunstancias en que estos suceden, en flagrancia o no, es una exigencia constitucional que dimana de la justicia pronta pero nunca puede conducir a neutralizar lo cumplido de la justicia o a emitir serios cuestionamientos de lo que ella puede ser, sobre todo cuando se hace en función de las presiones de sectores políticos, de prensa o de la opinión pública. El tratamiento que, administrativa y legalmente ha recibido

³³ Voto Nº 2009-11099.

³⁴ Indicó la Sala Constitucional en el voto Nº 2009-11099: *“No estima la Sala que el control de legalidad que ejerce el juez al verificar que los elementos de la acusación se encuentren completos y claros, afecte o vulnere su deber de objetividad e imparcialidad. El artículo 15 del Código Procesal penal dispone (...) Le corresponde al juez o tribunal ser un contralor del cumplimiento del principio de legalidad (...) lo que él debe es señalar el defecto, pero no le corresponde corregirlo, esa es función del fiscal, en consecuencia su imparcialidad en relación al caso no se puede ver afectada por esa exigencia legal.”* Nótese que no se dijo nunca por qué no se afectaba la objetividad con tal proceder. ¿Se compromete la imparcialidad si el juez le dice a un fiscal que acuse a alguien por un hecho, aunque no sea el juez quien haga esa acusación? Parece evidente que sí. Valga añadir que el citado voto fue redactado por el magistrado Mora Mora quien participó ampliamente en todas las sesiones de Corte Plena en que se discutió sobre la flagrancia.

el juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia implica, desde mi perspectiva, importantes retrocesos del Estado democrático de Derecho y nos puede implicar responsabilidad internacional.

Todo ello conduce a una crisis de legalidad que se manifiesta en una doble vertiente: por un lado mediante la emisión de leyes que, como la comentada, minimizan garantías procesales cuya conquista ha implicado un difícil proceso histórico y, por la otra, en ver a la ley como un obstáculo para el cambio que, entonces, puede modificarse aún mediante disposiciones de rango inferior. Si a ello se suma el que, en la Costa Rica actual se confunde la función del juez – ordinario o constitucional- con la del legislador y que la jurisprudencia actual de la Sala Constitucional evidencia una importante retirada respecto a la protección de derechos fundamentales,³⁵ el panorama resultante es realmente desalentador y nos convoca a una profunda reflexión...si la crisis económica produce recesión ¿estaremos frente a una recesión democrática producto de la crisis de legalidad que parece que enfrentamos?

Aunque los criterios de autoridad se impongan quedará, para la Historia, el determinar si nos acomodamos al estado de cosas imperantes o si, por el contrario, contribuimos a denunciarlas y a salvar nuestra responsabilidad. Por ello quiero cerrar estas áridas letras jurídicas dándole espacio al poeta que indicó:

*“La primera noche ellos se acercan y cogen una flor de nuestro jardín, y no
decimos nada.*

La segunda noche ya no se esconden

pisan las flores, matan nuestro perro y no decimos nada.

*Hasta que un día el más frágil de ellos entra sólo en nuestra casa, nos roba
la luna,*

y conociendo nuestro miedo nos arranca la voz de la garganta.

Y porque no dijimos nada ya no podemos decir nada.”³⁶

³⁵ Cada vez son menos las resoluciones que declaran con lugar algún *hábeas corpus* o acción o consulta de constitucionalidad mientras que, paralelamente, abundan los votos de dicha Sala en que se varía una posición otrora emitida.

³⁶ Vladimir Maiakovski (1893-1930). Otra versión atribuida al dicho poeta indica “Por protestar las

REFERENCIAS

Sala Constitucional, votos N° 2009-11099; N° 2009-9346; N° 300-90; N° 1704-90; N° 688-91; N° 193-92.

Sala Tercera, votos N° 1066-2009 y N° 2009-367.

Tribunal de Casación Penal de San José, votos N° 2009-294 y N° 2009-869.

Actas de Corte Plena 28-08; 33-08; 02-2009; 14-09.

Votos de la CIDH en los casos: Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador; Suárez Rosero vs. Ecuador y Castrillo Petruzzi vs. Perú.

injusticias, vinieron por mí//por defender mis principios, vinieron por mí//por ver la vida de manera distinta, vinieron por mí//por proteger lo más querido, vinieron por mí//por no ser su cómplice, vinieron por mí//la democracia, la libertad y la justicia no se vieron vulneradas porque vinieron por mí//lo fueron porque nadie dijo nada.”

JUSTICIA RESTAURATIVA Y PERSONAS MENORES DE EDAD IMPUTADAS
POR DELITOS SEXUALES.
(ANÁLISIS JURÍDICO Y SIQUIÁTRICO FORENSE)

FRANZ VEGA Z¹

Este artículo pretende dar una visión general sobre la conflictiva en torno a las personas menores de edad, involucradas como imputados en delitos de índole sexual. Para ello se hará una revisión del concepto de Justicia Restaurativa en relación con el de Justicia Retributiva (fines de la pena) , además de brindar un panorama sicosocial de estos menores infractores por delitos sexuales, basados en el análisis de pericias siquiátrico forenses. Por último tomaremos posición en relación a las posibilidades de reincersion social de esta población.

1. 1- DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA DOCTRINA
DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

2.

La *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada en 1989 sembró la semilla del cambio en toda Latinoamérica respecto del *status quo* del niño, niña y adolescente²generando un crecimiento exponencial de reconocimiento y protección de los derechos de los menores.³Se logró pasar, en un proceso lento pero constante, de la *Doctrina de la Situación Irregular* a *La doctrina de la Protección integral*,⁴ asegurando los mismos principios garantistas del adulto al

¹ Médico Forense-Abogado. Profesor Maestría en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica.

² Se entenderá de ahora en adelante por *Niño: toda persona menor de 18 años, sin distingo de género, salvo que intencionalmente se pretenda lo contrario.*

³ En este sentido ver Cillero Bruno, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, en documento electrónico recuperado el día 23/10/07 a las 14:39 en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

⁴ En este sentido ver a García Méndez, Emilio. *Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral. 1994. Pag. 17-31.*

menor infractor y “dotando a la sanción de sentido, como elemento que ayude a educar al adolescente infractor en el respeto de la ley-lato sensu.”⁵

A. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Para hacer efectiva esta conversión, se echa mano del concepto de *Justicia Restaurativa* nacido en los años 70 en EEUU y Canadá, que otorga un mayor valor a la conciliación víctima -autor, que a la imposición de una pena⁶, pretendiendo con ello reducir la privación de libertad al mínimo (derecho penal mínimo⁷) para los menores infractores, todo en aplicación del principio del Interés superior del niño, lo que implica una diversión o diversificación de formas de sanción penal distintas al encarcelamiento de menores.

En Costa Rica, este cambio de paradigma implicó una transformación (aunque fuera parcialmente) de la mentalidad inquisitiva de los jueces y del legislador de la época, a una mentalidad moderna, acorde a los principios de la Justicia Restaurativa.

El cambio fue aceptado con relativa facilidad, sobre todo cuando de delitos no graves se trató, pero cuando se tuvo que aplicar a delitos de mucha mayor gravedad, como el homicidio o los delitos sexuales, la situación se tornó difícil. Prueba de ello fue la modificación que hiciera el legislador del proyecto original de la Ley de Justicia Penal Juvenil, imponiendo penas de prisión de hasta 15 años, toda vez que en un inicio se había definido topes mucho menores.

⁵ Durán Chavarría, D. El nuevo derecho penal del adolescente. En: **Curso de formación para jueces, defensores y fiscales penales de la adolescencia. Cuarto módulo instruccional. Derecho penal juvenil. Ley 40/99. Del régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia.** Escuela Judicial, 2000. Pag 14.

⁶ En este sentido ver Llobet Rodríguez, J. Justicia Restaurativa en la justicia penal juvenil. En: **Libro en Homenaje a Julio Maier.** Buenos Aires (Argentina), Editores del Puerto, 2005, pp. 873-886.

⁷Sobre Derecho Penal Mínimo ver: Ferrajoli, L. **Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.** Editorial Trota. Pag 103-116.

3. 2- DEL SISTEMA TUTELAR A UNO DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

4.

Este proceso de transformación se materializa, sobre todo, a partir de marzo de 1996, cuando entra en vigencia la Ley de Justicia Penal Juvenil N. 7576⁸ dejándose de lado el sistema tutelar, para dar paso a uno de responsabilidad.⁹

El primero caracterizado por la carencia de derechos y garantías, en donde el juez de menores tenía una “competencia omnímoda y discrecional” y existía una “negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho, incluso aquellos contemplados en la propia Constitución Nacional como derecho de todos los habitantes.”El segundo, el sistema de responsabilidad, caracterizado por revestirse de características democráticas y garantistas, que “...se apoya en un concepto de derecho penal especial y mínimo, en donde se reconocen especialmente los principios de legalidad y de culpabilidad por el hecho. Incluyendo garantías procesales como, por ejemplo, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el derecho al juzgamiento por una justicia especializada en razón de la condición personal de los destinatarios de la norma.”¹⁰

3- SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL¹¹ Y JUSTICIA RESTAURATIVA.

En relación al tema de la Justicia Restaurativa, nos dice Llobet que “*las ideas de justicia restaurativa tienen como principal fundamento el principio educativo, que debe llevar a combatir la estigmatización del joven, evitándose la imposición de una sanción propiamente dicha. A lo anterior se agregan los efectos positivos que tiene el hecho de que el joven asuma la responsabilidad por el hecho*

⁸ De ahora en adelante LJPJ.

⁹ Durán Chavarría, 2000, pag. 16.

¹⁰ Tíffer Sotomoayor, C, **La ley de justicia penal juvenil dentro de los modelos teóricos de política criminal y fuentes legales**. En: De la arbitrariedad a la justicia: Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Serie de políticas N.5. UNICEF, 2000. Pag 98.

¹¹ Llamado también *Punitivo Garantista*. Ver Durán Chaverri, 2000, pag 23

que cometió. Esto no debe llevar a desconocer que la justicia restaurativa también opera en el Derecho penal juvenil en interés de las víctimas, siendo por ello expresión de la protección de sus intereses.»¹²

Por esta razón, la ley de Justicia Penal Juvenil promociona institutos como la Conciliación¹³ y la Suspensión del Proceso a Prueba¹⁴ en pro de la solución del conflicto social. Aunque el Código de la Niñez y la Adolescencia desestimula la primera, en casos de niños infractores por delitos sexuales, se echa mano más bien del segundo instituto e incluso, en otros tipos de delitos, se promueve la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, según el artículo 121 a.3¹⁵, pretendiendo con ello la prevención de la conducta criminal.

El sistema de responsabilidad penal juvenil es producto de la influencia de una serie de instrumentos internacionales como: La convención sobre los derechos del niño, Las reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil (Pautas de Riad) y Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores (Reglas de Pekín).

Estos instrumentos sumados a los que Costa Rica fue produciendo a lo largo de los años, en su derecho interno, ponen énfasis en el principio del *Interés superior del niño*, como un sujeto y no un objeto del Derecho, al que debe respetársele el debido proceso.

Este sistema de responsabilidad penal juvenil, pretende una prevención general positiva instrumentalizada a través de una justicia restaurativa, en la que se prefieren medidas no privativas de libertad en lugar de la prisión como sanción penal, contrario a lo que se estila en el sistema punitivo del adulto.

¹² Llobet Rodriguez, J. 2005. Pag 877

¹³ Artículo 61 Ley N. 7576

¹⁴ Artículo 89 ley 7576

¹⁵ En este sentido ver: Burgos Mata, A. **La pena sin barrotes**. CONAMAJ, 2005, pag. 78-82.

1. A. FINES DE LA PENA Y JUSTICA RETRIBUTIVA

2.

En materia penal de adultos, existe un eufemismo en relación a la razón de ser de la sanción penal, en el sentido que la misma se impone, básicamente con dos fines: por un lado “*rehabilitar*” al trasgresor de la norma y “*reincorporarlo*” a la sociedad y por otro lado, lograr una prevención general al mantener el orden jurídico y desestimular a otros a delinquir. Nada más alejado de la realidad. La verdad es que la prisión no rehabilita a nadie, mucho menos lo ayuda a reincorporarse socialmente y por su puesto, tampoco es efectiva la prevención general, pues la historia demuestra que ni se ha dejado de delinquir, ni se ha evidenciado en el delincuente una desestimulación a hacerlo por un verdadero temor a sufrir una pena de prisión.

La reincidencia del delincuente demuestra que esos fines de la pena no se cumplen en la realidad y que lo que sí se logra es que quien delinque lo haga cada vez más sofisticadamente para no ser apresado.

B. EL CASO DE LOS MENORES INFRACTORES POR DELITOS SEXUALES

La pregunta que surge en este momento es si en delitos de orden sexual, sea violaciones o abusos sexuales de cualquier otra índole, es *conveniente* para la persona menor de edad imputada, para la víctima y para la sociedad, desaplicar la tradicional pena privativa de libertad y utilizar otros métodos de sanción, (*diversificación*).

Tómese en consideración que quien es imputado en la causa es un adolescente y que en tratándose de este particular conjunto de personas, existen una serie de fenómenos sociales y psicológicos que pueden estarlo induciendo a cometer este tipo de delitos y que por la edad que tienen, podrían ser susceptibles de tratamiento rehabilitador, que sumado a una sanción penal, (pero no privativa de libertad), produzca un efecto sinérgico, que logre desestimular este tipo de conductas a futuro, toda vez que la cárcel, esta demostrado, no lo rehabilita.

4- POLÍTICA CRIMINAL Y PREVENCIÓN DE REINCIDENCIA DE DELITOS SEXUALES EN PERSONAS INFRACTORAS MENORES DE EDAD

A. FINES DE LA PENA¹⁶

Una de las finalidades de la política criminal es la prevención del delito. La doctrina nos habla de tres tipos de prevención¹⁷: *Primaria*, que hace referencia al período anterior a cometer un delito, por lo que los medios de control social informal (escuela, trabajo, familia) juegan un rol esencial. *Secundaria*, que es posterior a la comisión del hecho delictivo y puede ser de tipo general y especial. *Terciaria*, que se refiere a la lucha político criminal contra la *reincidencia*. Presupone la previa comisión de un delito, y no es de extrañar, dice Kaiser, que se agote con la represión a través de una agravación de la medida de la pena.

En la *Prevención Secundaria*, hay dos formas de prevención: la General y la Especial.¹⁸ La primera dirigida hacia la comunidad en general, la segunda hacia el trasgresor de la norma. La prevención general es positiva cuando los actos que lleva a cabo el Estado, mediante sus políticas criminales restauran la paz jurídica y devuelven a la sociedad la confianza en el ordenamiento jurídico. Por otro parte, la prevención general será negativa, cuando lo que se busca es amenazar a posibles delincuentes. Por su parte, la prevención especial (característica de la LJPJ) va dirigida al sujeto infractor de la norma. Es positiva cuando las políticas criminales influyen en el delincuente para reintegrarlo a la comunidad y será negativa cuando mediante el internamiento se pretende “lavarlo” apartándolo de la sociedad.

Este tipo de prevención es el que priva en el derecho penal de adultos, más sin embargo, se han hecho importantes esfuerzos para que en materia penal juvenil, específicamente en delitos sexuales, los menores infractores no reincidan. Para ello se acude a los principios de una Justicia Restaurativa, a la que ya se ha

¹⁶ Sobre este punto ver: Arrollo, J.M (1995). El sistema penal ante el dilema de sus alternativas págs 13 a 40.

¹⁷ Kaiser, G. **Introducción a la Criminología**. 7ma edición. Traducción J.M. Rodríguez Devesa. Editorial Dykinson. 1988. Pag 125-127.

¹⁸ Sobre el tema ver: Tiffer Sotomayor, 2005, pág 98-101.

hecho referencia y la LJPJ¹⁹ prevé la realización de un estudio psicosocial del menor de edad en los casos, en que prima facie, se estime posible la aplicación de una sanción privativa de libertad. Lo que se pretende con ello es que *“la utilización de peritos, en los campos de Psicología y Trabajo Social ayude a determinar las posibles causas que llevaron al menor de edad a cometer el hecho delictivo con el fin de imponer la sanción más adecuada y, en ningún caso, para la determinación de la culpabilidad.”*²⁰

B. PREVENCIÓN INTEGRAL

Una verdadera política criminal orientada hacia la prevención del delito sexual perpetrado por personas menores de edad, debe llevarse a cabo tomando en consideración no sólo aspectos jurídicos, sino más bien, y más importante aun, aspectos sociales, culturales, económicos y psicológicos del menor infractor. Creo que las causas de la criminalidad infantil por delitos sexuales, obedecen a un conjunto multifactorial de situaciones que confluyen para llevarlo a delinquir.

Excluyendo los casos de patología orgánica siquiátrica (esquizofrenia o estados de psicosis), no se trata de un problema de conducta antisocial, o de clases sociales, o de identidad sexual, o de franjas etáreas, o tan sólo de una conducta aprendida (aunque creo que es uno de los factores predictivos más fuertes)²¹. En nuestro criterio, es algo mucho más complejo, en donde están de por medio muchísimos factores, y entre ellos, la *psiquis* de cada menor infractor individualmente considerado.

Otro aspecto importante de considerar es qué porcentaje de jóvenes están siendo acusados por este delito en Costa Rica. Es muy posible que las cifras vayan en aumento año con año. En el caso de Francia, Johnson (citado por Soutil

¹⁹ Art. 92 LJPJ.

²⁰ Tiffer Sotomayor, C. **Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada**. Editorial Juritexto, 1996. Pag.9

²¹ Según Echeburría, “el origen de estas tendencia anómala puede estar relacionada con el aprendizaje de actitudes extremas negativas hacia la sexualidad o con el abuso sexual sufrido en la infancia, así como con sentimientos de inferioridad o con la incapacidad de establecer relaciones sociales y heterosexuales normales” Ver: Echeburría, E & Guerricaechevarría, C. *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores*. 2da Edición. Editorial Ariel. 2005, pag 84.

y Chevrant-Breton, 1994) reportó en 1982, que el 20% de las violaciones estaban siendo cometidas por adolescentes, y para 1994, Gilby et Ryan (también citados por Chevrant-Breton) indicaban que esa cifra había subido alrededor del 30%, siendo hasta de 50% para otros tipos de abuso sexual.

Ante estas alarmantes cifras surge una interrogante:

1. C. ¿CÓMO AFRONTAR LA POSIBLE REINCIDENCIA DEL MENOR INFRACTOR POR DELITOS SEXUALES, PARA QUE NO RECAIGA EN EL MISMO DELITO, DESDE LA ÓPTICA DE UNA JUSTICIA RESTAURATIVA?

2.

Si bien es cierto, los fines tradicionales de la pena (corrección, intimidación individual y seguridad)²² supuestamente sirven para prevenir el delito, lo hacen desde una perspectiva orientada hacia la *represión*, pero ¿realmente en delitos de esta naturaleza se logra la prevención a través de la represión, sobre todo tomando en consideración que se trata de adolescentes?

Para llevar a cabo una prevención terciaria implementada desde la óptica de una política criminal *científica* y no la tradicionalmente irresponsable que vemos normalmente en Costa Rica, es indispensable conocer la situación de nuestros menores infractores por delitos sexuales, a fin de establecer redes de apoyo, no sólo a la víctima sino también al victimario, quien debe asumir la responsabilidad por los hechos que cometió, a la luz de la doctrina de la protección integral, teniendo como principio rector de la sanción penal el principio de *educación* y el de *ultima ratio*, pero siendo celosos de no aceptar nunca el *permisivismo judicial* con el único interés de eliminar del escritorio del Fiscal y del Juez, un expediente más generando en la población víctima una sensación de desamparo y en el victimario, una de empoderamiento y burla del sistema penal juvenil costarricense.

²² Kaiser, G. 1988. Pag 125.

5- CARACTERIZACIÓN SITUACIONAL DE LA PERSONA OFENSORA SEXUAL JUVENIL EN COSTA RICA

1. A. PERFIL DEL AGRESOR SEXUAL VS FACTORES DE RIESGO DE SER UN AGRESOR SEXUAL
- 2.

Antes que todo, debe aclararse que ningún autor ha descrito un “perfil” de agresores sexuales con características claramente definidas²³ que permita identificarlos, esto obedece a que -en términos generales- estos individuos cuentan con características de personalidad que están dentro de la normalidad síquica²⁴. No dudamos que existan casos de patologías siquiátricas que hagan más propenso a una persona a delinquir en este tipo de actos, pero no es el caso en estudio, pues ellos podrían ser o ininputables, o parcialmente ininputables y en todo caso serían la excepción a la regla. En este estudio, nos interesa el individuo promedio que ejecuta algún tipo de acto sexual en contra de un tercero, considerado reprochable para el derecho y que sea tributario de una sanción penal.

Ivette et al (2006, pag 80), citando a Bolaños y otros (2001), indican que lo que existen, más que perfiles, son *guías de factores de riesgo* que permite ubicar a estos jóvenes en diferentes niveles, básicamente para propósitos de reincidencia y abordaje terapéutico. Estas mismas autoras, citando a Echeburría (2000), indican que se distinguen dos grandes tipos de agresores sexuales.

²³Aguilar, I, Chacón, L, et al. **La intervención de trabajo social y psicología en la administración de justicia costarricense**. Poder Judicial. Comisión de Género. Departamento de Trabajo Social y Psicología. 2006. pag.81.

²⁴Soutoul, J.H et Chevrant-Breton, O. (Coordination) 1994. **Les agressions sexuelles de l'adulte et du mineur**. Ellipses. France. Pag 157.

3. B. TIPOS DE AGRESORES SEXUALES DE MENORES

4.

Los agresores sexuales pueden ser: primarios o secundarios. Aquellos tienen una orientación sexual dirigida sobre todo a niños, con un interés casi nulo por parejas de similar edad. Perciben su conducta como apropiada. Estos, tienen contacto sexual con niños (as) como algo aislado, ante situaciones de soledad y estrés. Suelen percibir sus conductas como anómalas lo que se asocia con un posterior sentimiento de culpa y vergüenza. Indican además, que hay dos factores que puedan explicar este tipo de delitos: *Factores Causales* y *Factores Precipitantes* del fenómeno.

Entre los primeros, nos dice, destacan “*los referidos al control de los impulsos, el desarrollo de una auto imagen deficiente, una educación sexual culpabilizadora y negativa, aunados a modelos familiares inadecuados.*”²⁵» y entre los segundos mencionan: “*una alta motivación para tener conductas sexuales con un menor; la superación de las inhibiciones internas, como la búsqueda de la oportunidad propicia, y finalmente, la superación de la resistencia de la víctima.*”

Esas mismas autoras mencionan, (pag 83), citando un estudio de las terapeutas norteamericanas -Isaac y Lane- , que “*las conductas y pensamientos sexuales son controlables, manipulables y pueden ser cambiadas. Se puede enseñar a los ofensores y ellos pueden aprender a controlar las conductas sexuales abusivas*”. Esto basado en la tesis que la conducta sexual abusiva en adolescentes debe ser analizada como una reacción compensatoria, desadaptativa y progresiva, en el contexto de su historia particular de vida.

²⁵ Aguilar, I, 2000, pag 81.

5- ESTUDIO DE CASOS SIQUIÁTRICO FORENSES DE OFENSORES SEXUALES JUVENILES

Para conocer un poco más de acerca los factores síquicos y sociales que pueden influir en un menor para llevar a cabo conductas desviadas de tipo sexual contra terceros, pasaremos ahora a un análisis detallado de 23 pericias siquiátrica forenses, realizadas en la Sección de Siquiatría y Psicología Forense del Departamento de Medicina Legal, practicadas durante los años 2005 a 2007 y que fueron estudiadas por el autor, con la finalidad de conocer la realidad nacional de fuente propia.

- 1.
2. A. LA MUESTRA
- 3.

La Sección de Psiquiatría y Sicología Forense del Poder Judicial de Costa Rica, nos facilitó una muestra de 22 expedientes forenses, de menores acusados por delitos sexuales (sin poder determinar si habían recibido algún tipo de sentencia por el delito imputado), los cuales fueron analizados, con el rigor científico y ético, dentro de las estrictas normas que ese Departamento cuenta para el resguardo de la informacion contenida en los dictámenes médico legales, con el fin de determinar si era posible encontrar factores de riesgo comunes en estos jóvenes que los hicieran susceptibles de identificar como posibles agresores sexuales, así como intentar establecer una caracterización de esa población de personas menores de edad, teniendo claro las limitaciones en el número de la muestra. Los dictámenes fueron realizados tanto por siquiabras forenses como por sicólogos forenses.

4. B. LOS RESULTADOS

5.

B.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES

El 100% de la muestra resultó ser de varones²⁶ costarricenses que cuyas edades oscilaron entre los 12 y los 18 años, con una edad promedio de 15²⁷ y una escolaridad promedio de 6to grado. Ninguno de ellos tenía antecedentes judiciales y a ninguno de ellos se les determinó que sufrieran algún tipo de trastorno antisocial de la conducta.²⁸ (ver Tabla N. 1)

Tabla N. 1. Caracterización de la población juvenil denunciada por delitos sexuales contra menores, según estudio de 22 casos, valorados en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Depto de Medicina Legal de Costa Rica, durante los años 2005 a 2007.

Característica	Resultado
Porcentaje de ofensores según sexo	100% varones ²⁹
Edado promedio al momento de ocurrir los hechos	15 años
Escolaridad promedio al momento de los hechos	6to grado
% de menores que tenían antecedentes judiciales al momento de la valoración siquiátrica	0%
% de menores a los que se les diagnosticó algún trastornos antisocial de la conducta al momento de la valoración siquiátrica.	0%

²⁶ En el caso de adultos agresores sexuales, la literatura reporta que el 13% de los casos es llevado a cabo por mujeres que abusan de adolescentes. (Echeburría, pág 80).

²⁷ El 20% de las agresiones sexuales son cometidas por adolescentes y el 50% de los abusadores sexuales mayores han llevado a cabo sus primeras conductas cuando tenían menos de 16 años. (Echeburría et al, pag 80).

²⁸ Echeburría reporta que el abusador sexual es un individuo de apariencia normal, de estilo convencional, de inteligencia media y no psicóticos. (pag 81) En nuestro estudio, el 82% tenían inteligencia dentro de límites normales y 12% fueron clasificados entre Retardo Mental leve y moderado.

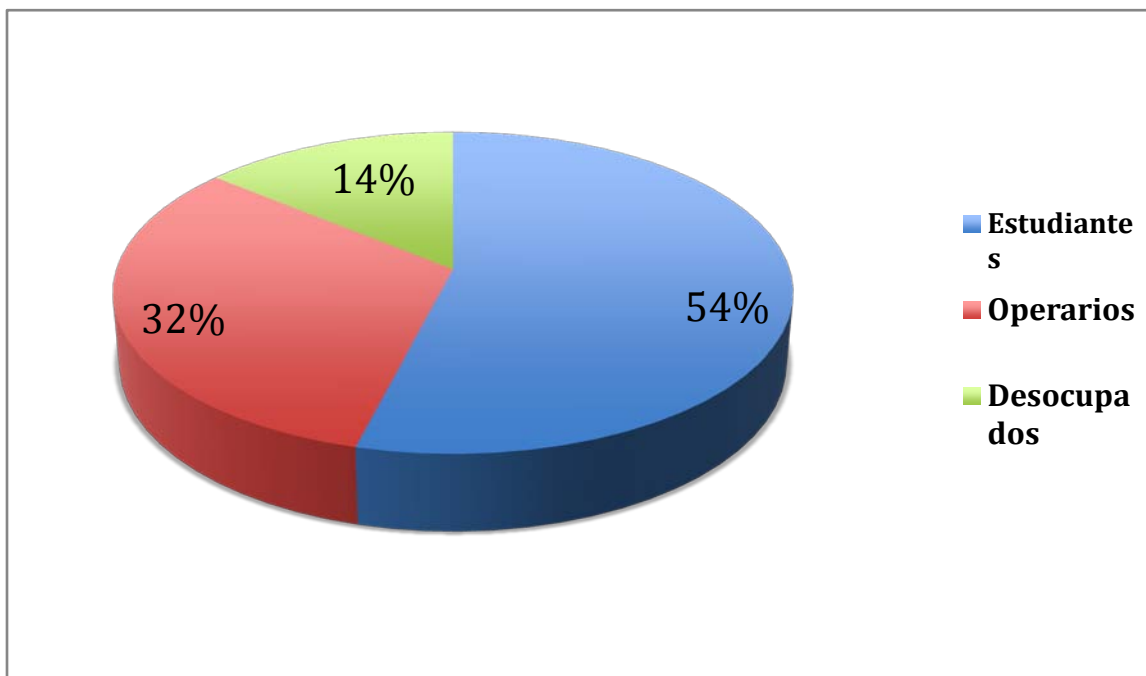
²⁹ Soutoul et Chevrant-Breton, 1994, indican que 1 de cada 4 agresores sexuales menores de edad, son mujeres.

B.2 OCUPACIÓN

Básicamente los jóvenes imputados se distribuyeron en tres grupos: estudiantes, operarios en general y desocupados. Ver gráfico N.1.

Gráfico N.1

Distribución porcentual de la ocupación de los menores imputados por delitos sexuales, según estudio de 22 casos, valorados en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Depto de Medicina Legal de Costa Rica, durante los años 2005 a 2007.



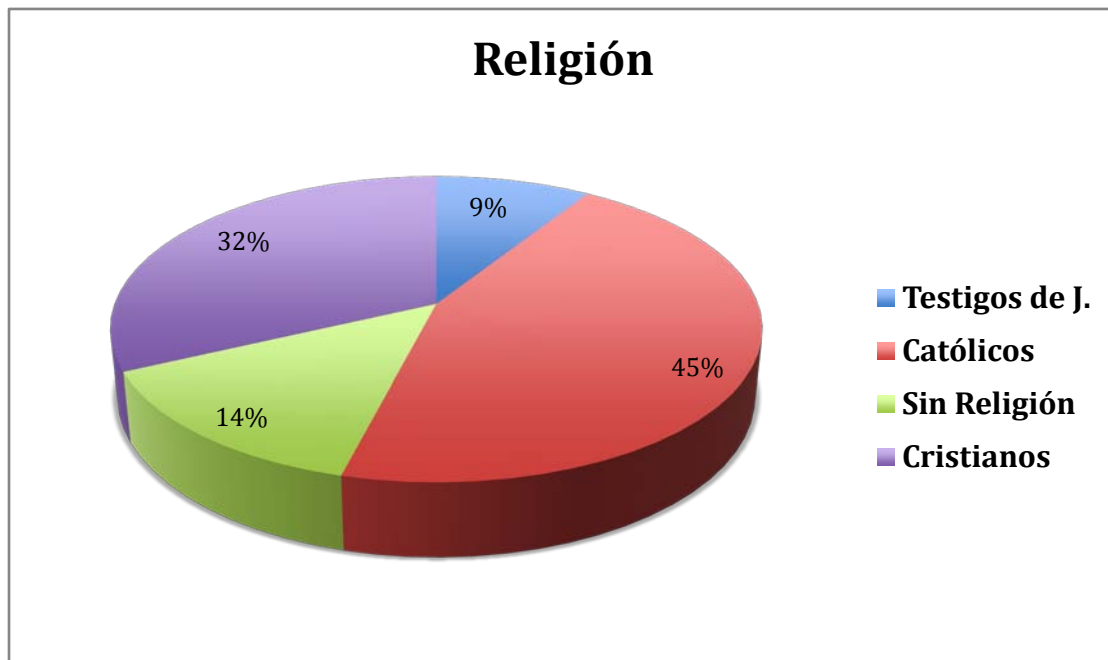
Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes psiquiátricos del Depto. de Medicina Legal, Sección de Psiquiatría Forense.

B.3 RELIGIÓN

La mayoría son católicos y protestantes distribuyéndose estos, entre cristianos y Testigos de Jehová, sólo un escaso porcentaje no practican religión alguna. (Ver gráfico N.2).

Gráfico N.2

Distribución porcentual de la religión de los menores imputados por delitos sexuales, según estudio de 22 casos, valorados en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Depto de Medicina Legal de Costa Rica, durante los años 2005 a 2007.



Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes psiquiátricos del Depto. de Medicina Legal, Sección de Psiquiatría Forense.

B.4 LUGAR DE PROCEDENCIA.

El 41 % de los casos provenía de la provincia de Puntarenas, seguida por un 27% que residen en Alajuela, un 18% de San José, un 9% son de Heredia y un 5% de Limón. Como vemos hay una distribución de casi todo el país. Debe hacerse la aclaración que los casos de Cartago son valorados por los siquiátras forenses de esa localidad

B.5 ACOMPAÑANTES EN LA VALORACIÓN.

El 59% de los jóvenes, se presentaron a la valoración siquiátrica acompañados por sus respectivas madres, el 13% de su padre, un 18% fueron acompañados por abuelos, tías y por funcionarios del PANI³⁰. En dos de los casos (9%) no se registró el dato.

B.6 SEXO DE LA PERSONA MENOR DE EDAD VÍCTIMA

Respecto de las víctimas y recordando que la totalidad de los casos analizados correspondieron a varones³¹ que fueron acusados de agredir sexualmente a personas menores de edad, hubo 2 casos en que la supuesta víctima fue una niña y 6 en que fue un varón, en el resto de los casos no se aportó información al respecto. (ver gráfico N.3).

³⁰ PANI: Paronato Nacional de la Infancia.

³¹ Anteriormente se indicó que el 25% de los casos el agresor es una mujer, por lo tanto, un 74% son varones, otros autores hablan de porcentajes que oscilan entre 80 y 92% de varones agresores (Cantón Duarte y Cortés Arboleda, 2004, pag.181).

Gráfico N.3

Sexo de la víctima según estudio de 22 casos de menores imputados por delitos sexuales, valorados en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Depto de Medicina Legal de Costa Rica, durante los años 2005 a 2007.



Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes psiquiátricos del Depto. de Medicina Legal, Sección de Psiquiatría Forense.

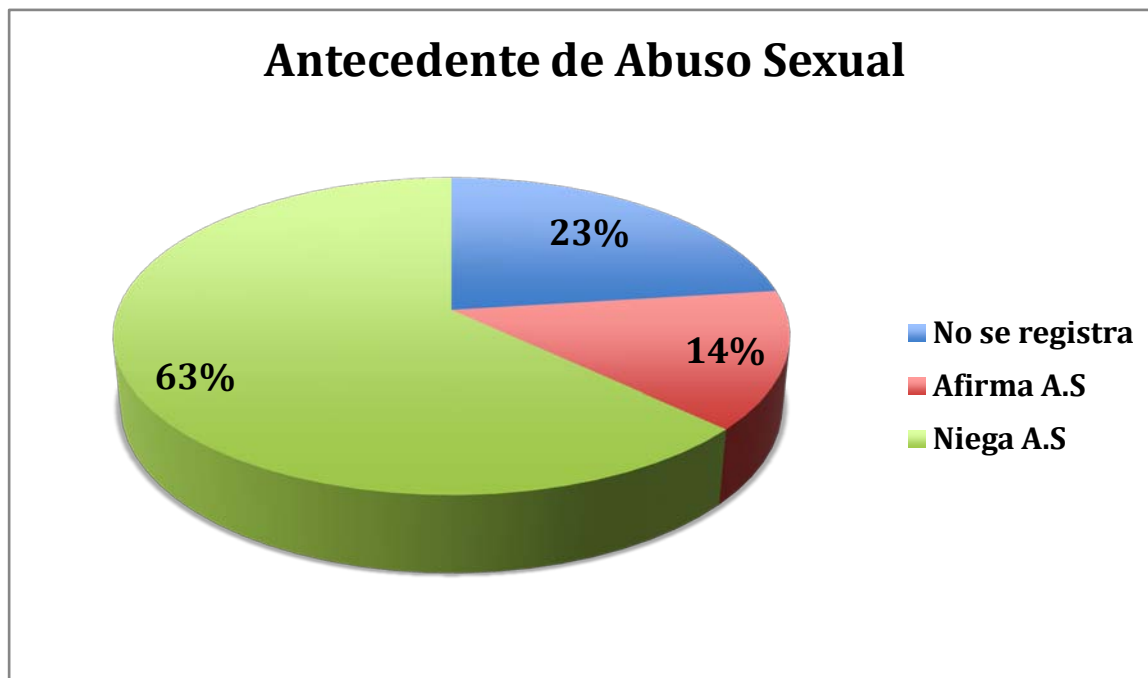
B.7 ANTECEDENTES DE RELACIONES SEXUALES NO CONSENTIDAS

Al analizar los antecedentes de estas personas menores de edad, implicados en acusaciones por delitos sexuales, se desprende que una gran mayoría negaron abuso sexual previo, sólo tres niños relataron haber sido agredidos sexualmente. (Ver gráfico N 4). Entre quienes relataron el abuso, uno de ellos indicó haber sido agredido por una persona de su mismo sexo (varón) de unos 22 años, cuando él tenía nueve. Los otros no dieron detalles al respecto. La

literatura menciona que una tercera parte de los niños y niñas que han sufrido algún tipo de agresión sexual, el agresor ha sido de sexo femenino³².

Gráfico N. 4

Distribución porcentual del antecedentes de Abuso Sexual referido por los menores imputados por delitos sexuales, según estudio de 22 casos, valorados en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Depto de Medicina Legal de Costa Rica, durante los años 2005 a 2007.



Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes psiquiátricos del Depto. de Medicina Legal, Sección de Psiquiatría Forense.

³² Rubinstein, M., Yeager, C.A, et al. (19993) Sexually assaultive male juveniles: a folow up. AmericanJournal of Psyquiatry. 150, 262-265.

B.8 ANTECEDENTES DE RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS.

Al investigar si estos adolescentes habían mantenido relaciones sexuales consentidas previas al hecho investigado, cuatro lo negaron, en 16 casos no se consigno esa información y dos sí lo refirieron, siendo que ambos tenían 16 años al momento de su primera relación sexual y se llevó a cabo con personas de sexo opuesto y sin que mediara diferencia de edad. (Ver Gráfico N.5)

GRÁFICO N. 5

Distribución porcentual del antecedentes de relaciones sexuales consentidas referido por los menores imputados por delitos sexuales, según estudio de 22 casos, valorados en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Depto de Medicina Legal de Costa Rica, durante los años 2005 a 2007.



***Fuente:* Elaboración propia a partir del análisis de expedientes psiquiátricos del Depto. de Medicina Legal, Sección de Psiquiatría Forense.**

B.9 USO DE DROGAS Y RELACIONES INTRAFAMILIARES

Respecto del uso de drogas, 18 de los 22 jóvenes negaron su consumo y 4 dijeron haber ingerido drogas. De estos cuatro, todos afirmaron también el uso de drogas en sus respectivas familias y el hogar del que provenían estaba absolutamente desintegrado. De estos mismos cuatro jóvenes, tres tienen antecedentes psiquiátricos. De estos cuatro muchachos, uno fue considerado, desde el punto de vista siquiátrico, inimputable por un retardo mental moderado y otro con imputabilidad disminuida por un retardo mental leve. (ver Tabla N. 2).

Por otra parte, otro dato que se pudo extraer del análisis de los expedientes psiquiátricos es que el 41% de estos jóvenes provenían de una relación de matrimonio que se mantenía hasta el día de la valoración pericial. Un 23% eran hijos de madre soltera y no conocieron a su padre. Otro 23% son producto de una relación de pareja de Concubinato que terminaron separados y hay tres casos que representan un 4,5% cada uno, en los que la relación de pareja inició y terminó en unión libre, otro en que inició con un matrimonio y terminó con una separación y un caso en el que la información es omisa al respecto.

Al correlacionar el estado civil actual de los padres con el tipo de relaciones intrafamiliares y con la permanencia o no dentro del núcleo familiar del menor imputado, se obtiene la siguiente información (Ver tabla N. 3).

Vemos que un 36% (8 casos), para el momento de la valoración forense, no vivían con sus núcleo familiar (mamá o papá y hermanos) sino que estaban en casas de familiares, que esencialmente eran las abuelas o tías. Prácticamente la totalidad de ellos eran procedentes de un hogar desintegrado.

Tabla N. 2

Resumen de cuatro casos que fueron catalogados desde el punto de vista psiquiátrico forense como inimputables o con imputabilidad disminuida.

Caso N.	Imputabilidad	Uso de Drogas	Ant. De Abuso Sexual	Tipo de relaciones intrafamiliares
1	Inimputable	+	+	Hogar Desintegrado
2	Inimputable	+	+	Hogar Desintegrado
3	Imputabilidad disminuida	-	-	Hogar Estable
4	Inimputable	No registra	No registra	Hogar Estable

Tabla N.3

Percepción de las relaciones intrafamiliares de los jóvenes imputados por delitos sexuales y correlación con el estado civil de sus padres y su permanencia en el núcleo familiar.

Tipo de relación intrafamiliar	Relación actual de los padres	¿Actualmente vive con su núcleo familiar?	
		SI	NO
Estable	Casados	9	1
Estable	Unión Libre	1	0
Estable	Separados	1	0
Hogar Desintegrado	Separados	3	7
	TOTAL	14	8

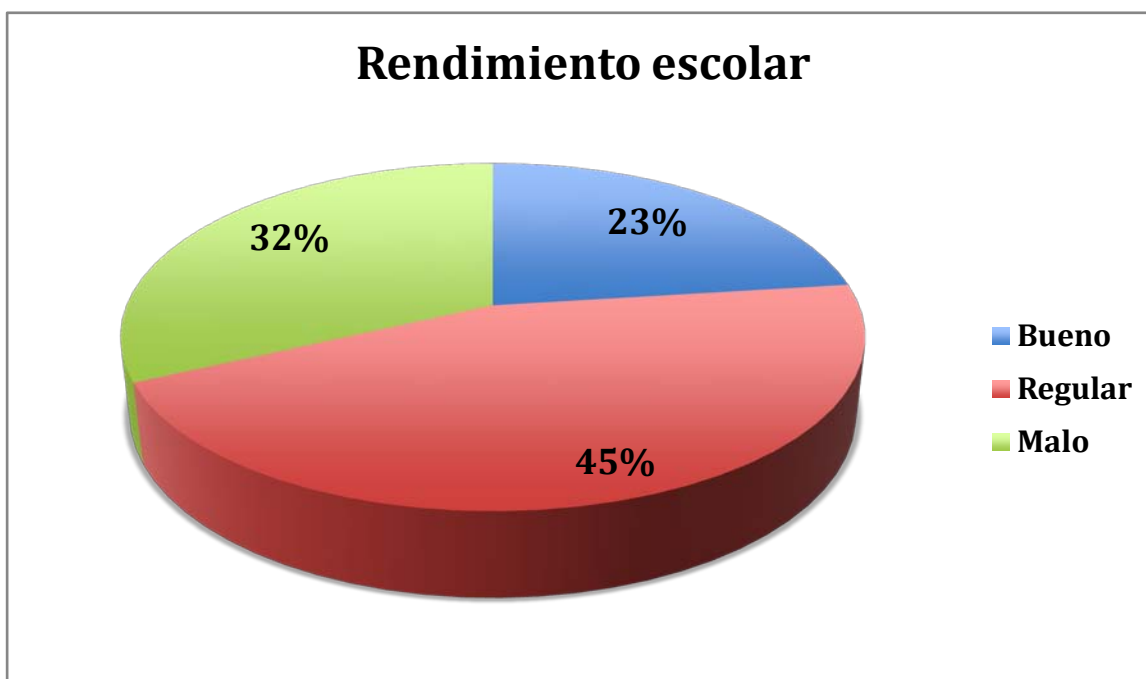
B.10 RENDIMIENTO ESCOLAR

En lo que respecta al desempeño escolar, fue catalogado como bueno en 5 casos, regular en 10 y malo en 7 casos. (ver gráfico N. 6)

Vemos que el desempeño escolar en un 77% de los casos no es adecuado. En el 23% restante (5 casos) en que se consideró como adecuado, las relaciones familiares de esos jóvenes era estables al momento de los hechos, sólo un caso no convivía con su núcleo familiar, sino que lo hacía con su abuela materna donde se mantenía una relación familiar adecuada, aunque su núcleo familiar estaba desintegrado

Gráfico N. 6.

Rendimiento escolar de las personas menores de edad imputas por delitos sexuales, según estudio de 22 casos, valorados en la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Depto de Medicina Legal de Costa Rica, durante los años 2005 a 2007.



Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de expedientes psiquiátricos del Depto. de Medicina Legal, Sección de Psiquiatría Forense.

En quienes el desempeño escolar fue catalogado como Malo (32%), provenían de un hogar desintegrado, excepto en un caso cuyas relaciones familiares eran estables, pero el joven tenía un retardo mental leve a moderado que no le permitía un desempeño óptimo en la escuela.

CONCLUSIÓN

El resultado del estudio practicado y descrito antes, documenta que no existe un perfil típico del menor de edad, acusado de abusar sexualmente de otros niños, sin embargo, sí comparten algunas características psíquicas generales que los enmarcan dentro de la **normalidad intelectual**, así como otras características de orden social en los que predomina sobre todo el **mal desempeño escolar**, pero no como consecuencia de una discapacidad mental, sino más bien, de una conflictiva familiar de fondo. No se debe deducir de aquí que un niño con problemas en la escuela sea un posible agresor sexual. Lo que sí se puede es considerarlo como un factor de riesgo, dentro de un contexto específico.

En un número importante de casos no se evidencia una conflictiva familiar ni tampoco un mal desempeño en la escuela. En estos últimos casos, quizá el factor desencadenante más importante a tomar en cuenta sea una conducta sexual previa y aprendida prematuramente dentro de un medio familiar estable.

Las relaciones intrafamiliares destruidas no son la norma, pero en los casos en los que se da esta situación, se evidencia un mayor riesgo de abuso sexual y de repetición de la conducta.

Así pues, teniendo de antemano este panorama psicosocial de la persona menor de edad, acusada de abuso sexual; en caso que se demuestre su culpabilidad, la sanción penal deberá ser muy bien analizada en el caso concreto, debiendo orientarse a corregir los factores predictivos arriba mencionados, según le afecten a cada niño en particular, sea: desempeño escolar inadecuado, hogares desintegrados con conflictiva intrafamiliar y posible conducta repetitiva, en jóvenes con una capacidad intelectual dentro de límites normales.

Es muy posible que los medios de control social informal, como la familia, la escuela e instituciones rehabilitadoras de orientación socio psicológicas, puedan llevar a cabo mucho más beneficio al menor infractor por abuso sexual y a la sociedad misma, que la pena privativa de libertad, en aplicación de los principios rectores de la sanción penal juvenil, cuales son el principio educativo y el interés superior del niño.

Creemos que la solución³³ para este tipo de delitos de gravedad suma, no es la cárcel, pues ésta, es tan solo un medio de paliar la frustración de los padres de las víctimas, de no poder hacer justicia con sus propias manos. No obstante, la «salida de circulación» de un menor infractor durante un tiempo mínimo adecuado, sumando a la aplicación de criterios de justicia restaurativa, puede ayudar a que disminuya la reincidencia (es sabido que la reincidencia en este tipo de delitos, es alta.,³⁴

Pareciera que la tasa de reincidencia varía según las características del delito sexual. Jiménez (2001), citando a Proulx, señala, para el caso de los adultos, una tasa de reincidencia entre el 15 y el 40% en casos de pedófilos homosexuales y entre el 13 y el 20% en pedófilos heterosexuales ambos para delitos extrafamiliares. En las agresiones incestuosas se ubica entre el 0 y el 11%.³⁵

Insistimos, en los casos en que se aplique la pena privativa de libertad, esta debe ser por un tiempo muy prudencial y complementada con sanciones alternativas como las que promueve la Ley de Justicia Penal Juvenil, siempre orientadas a evitar la reincidencia del menor infractor por delitos sexuales. Al caracterizarse este tipo de delitos por la reincidencia, las políticas criminales deben tener como norte, que estos mismos jóvenes serán, a la vuelta de unos años, los adultos agresores sexuales de niños, sino reciben una atención

³³ Sabemos que la cárcel no solucionará el problema, solo lo agravará, pues podría afirmarse que sin un adecuado tratamiento intracarcelario, cuando el menor de edad salga de prisión, volverá a repetir la misma conducta delictiva, esta vez con mayor rapacidad.

³⁴ Echeburúa, pag 100

³⁵ Jiménez G, F. Evaluación Psicológica forense. 2001. Ediciones Amarú. Pag 209.

adecuada en el momento en que empiezan a llevar a cabo estas conductas desviadas.

Un problema que se debe prever en esta forma de sanción penal juvenil que aquí se insiste, es lograr involucrar a la familia afectada para que perciba, cómo, por medio de la justicia restaurativa, se puede lograr una solución del conflicto duradera en donde la víctima se vea resarcida y la sociedad favorecida a futuro.

Esto no es fácil de conseguir, pues pocas familias por no decir, ninguna, que hayan visto a su hijo o hija pasar por el sufrimiento y el trauma de un abuso sexual lograrán aceptar de buena gana, “ver libre o incluso vivo, a quien tanto sufrimiento les causó”.

Para agravar la situación, en los ofensores sexuales juveniles (y en los adultos peor aun) existe una escasa motivación para la modificación de la conducta y en consecuencia para la terapia,³⁶ pues el primer paso para someterse a ella consiste en aceptar el tratamiento y reconocer el abuso (como se hace en los grupos de alcohólicos anónimos).

A pesar de lo anterior, no es imposible la rehabilitación de estos jóvenes, y en la medida en que las políticas criminales utilicen criterios científicos y sociales en la búsqueda de una integración a la comunidad de estos jóvenes, en esa medida, el futuro de nuestra sociedad será prometedor.

³⁶ Información suministrada por la Lcda. Chacón, Psicóloga del Depto de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial. Ver en este mismo sentido a Echeburría, pag 100.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar, I, Chacón, L, et al. (2006). **La intervención de trabajo social y psicología en la administración de justicia costarricense**. Poder Judicial. Comisión de Género. Departamento de Trabajo Social y Psicología. pag.81.
2. Arrollo, J.M (1995). **El sistema penal ante el dilema de sus alternativas**. Colegio de Abogados de Costa Rica.
3. Burgos Mata, A. (2005). **La pena sin barrotes**. CONAMAJ, pag. 78-82.
4. Cillero Bruno, Miguel. **El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño**, en documento electrónico recuperado el día 23/10/07 a las 14:39 en [http://www.iin.oea.org/Cursos a distancia/el interes superior.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos%20a%20distancia/el%20interes%20superior.pdf)
5. Cantón Duarte, J., Cortés Arboleda, M. (2004) Malos tratos y abuso sexual infantil. 5ta edición. Editorial Siglo veintiuno. España
6. Durán Chavarría, D. (2000). El nuevo derecho penal del adolescente. En: **Curso de formación para jueces, defensores y fiscales penales de la adolescencia. Cuarto módulo instruccional. Derecho penal juvenil. Ley 40/99. Del régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia**. Escuela Judicial. pag 14.
7. Echeburúa, Enrique y Guerricaechevarría, Cristina. (2000). **Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores**. Editorial Ariel. España.
8. Ferrajoli, L.(1995). **Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal**. Editorial Trota. Pag 103-116.
9. García Méndez, Emilio (1994). **Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral. Pag. 17-31.**
10. Jiménez G, F. (2001). **Evaluación Psicológica Forense**. Ediciones Amarú. Pag 209.
11. Kaiser, G. (1988). **Introducción a la Criminología**. 7ma edición. Traducción J.M. Rodríguez Devesa. Editorial Dykinson. Pag 125-127.

12. Llobet Rodríguez, J. (2005) Justicia Restaurativa en la justicia penal juvenil. En: **Libro en Homenaje a Julio Maier**. Buenos Aires (Argentina), Editores del Puerto, pp. 873-886.
13. Rubinstein, M., Yeager, C.A, et al. (1993) Sexually assaultive male juveniles: a follow up. **American Journal of Psychiatry**. 150, 262-265.
14. Soutoul, J.H et Chevrant-Breton, O. (Coordination) 1994. **Les agressions sexuelles de l'adulte et du mineur**. Ellipses. France.
15. Tiffer Sotomoayor, C, (2000). **La ley de justicia penal juvenil dentro de los modelos teóricos de política criminal y fuentes legales**. En: De la arbitrariedad a la justicia: Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica. Serie de políticas N.5. UNICEF. Pag 98.
16. Tiffer Sotomayor, C. (1996). **Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada**. Editorial Juritexto. Pag.93.

LA CRIMINALÍSTICA Y SU IMPORTANCIA EN EL CAMPO FORENSE

ÁLVARO BURGOS M.¹
DOCTOR EN DERECHO

RESUMEN: La Criminología y la Criminalística son dos cosas distintas. La última, ha tenido una influencia crucial en los casos forenses.

ABSTRACT: Criminology and Criminalistic Sciences are two different things. The second one, has had a crucial influence in forensic cases.

PALABRAS CLAVE: Criminología, Criminalística, Forense

KEY WORDS: Criminology, Criminalistic, Forensic.

¹ Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

Título primero: Criminalística y Criminología

Capítulo Primero: Criminología

- a) Antecedentes
- b) Definición, objeto, sujeto y método
- c) Algunas especialidades de la criminología

Capítulo Segundo: Criminalística

- a) Antecedentes
- b) Consideraciones sobre su definición
- c) Sujeto, objeto, método y principios
- d) Diferencias entre Criminalística y Criminología

Título Segundo: Campo de acción de la Criminalística y su Aplicación en la búsqueda de prueba. Limitaciones y recomendaciones.

Capítulo Primero: Criminalística y ramificación clásica

- a) Balística
- b) Lofoscopía y Dactiloscopía
- c) Accidentología vial
- d) Documentología
- e) Toxicología y toxicomanía
- f) Sistemas de identificación humana

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Incluso en nuestros días, es reiterada la confusión entre los términos "Criminalística", "Criminología", "Policía Científica", "Policía Técnica", "Policiología", entre otros, los cuales tienen significados diferentes a pesar de que se refieren a disciplinas que se encuentran relacionadas entre sí y cuya aplicación y campo de estudio resulta semejante.

Con el transcurrir del tiempo y la convivencia del hombre en sociedad, además del enorme progreso tecnológico experimentado en la presente sociedad del riesgo y de la información, ha acarreado el nacimiento de nuevas "ciencias" cuyos orígenes se remontan muchos siglos atrás. La Criminalística y la Criminología son ejemplo de lo anterior, consecuentemente surgidas por la necesidad del hombre de explicar ciertos fenómenos y de buscar siempre la resolución de los conflictos en sociedad, la primera como colaboración directa al descubrimiento de la verdad real sobre los hechos presuntamente punibles acaecidos, y la segunda como forma de remediar estos, de "enderezar" el comportamiento desviado del hombre y la mujer en sociedad, con el fin de entender el fenómeno de la conducta desviada.

En el presente trabajo se establecerán aspectos generales del desarrollo práctico de la criminalística en nuestro país.

CRIMINOLOGIA Y CRIMINALÍSTICA

CAPÍTULO PRIMERO: CRIMINOLOGÍA

A) Antecedentes

La criminología es una disciplina que posee sus raíces en las concepciones científico-filosóficas del Iluminismo. Fue Cesare Beccaria el pionero que formuló los principios de la denominada Criminología Clásica, cuyos supuestos se

basaban en las teorías del control social de Hobbes, Montesquieu y Rousseau. La base de la teoría clásica de la criminología estaba apoyada sobre la teoría del contrato social, que sostenía que los hombres se reunían libremente en sociedad conforme a una serie de acuerdos que garantizaban el orden y la convivencia². Es decir, se aplicaban castigos según la ley creada, para aquellos individuos que realizaban conductas consideradas como desviaciones, ya fueran perjudiciales o hasta peligrosas para el buen funcionamiento de la sociedad.

Esta criminología clásica o jurídica se sustentaba básicamente en el derecho, sobre todo aquel de tradición indoeuropea que se basaba en un derecho que controlaba con rigidez y rectitud la vida del pueblo y que admite al Estado como centro de las relaciones comunitarias.

Sin embargo, la criminología ha sufrido desde sus inicios una serie de cambios de paradigma vinculados a la concepción dependiendo del momento histórico que atraviesa, cambios sobre la acepción del "delito" y la "conducta delincuente", por lo que se subdividen tres etapas; la Criminología Clásica (ya mencionada), el Revisionismo Neoclásico (que revisa algunas concepciones clásicas e incorpora otras figuras como el psiquiatra y el trabajador social) y la revolución Positivista, que en términos generales refiere a la aplicación a los fenómenos sociales, en general, y al comportamiento humano, en particular, de los instrumentos y técnicas que se estipulan como fundamentales y eficaces para el estudio del mundo físico –cuantificación del comportamiento.-

Del positivismo nace la llamada "antropología criminal", su creador Cesare Lombroso, autor de *El Hombre Criminal* en 1876, obra fundamental para el posterior desarrollo del concepto de la Criminología, de la cual se ve estrechamente relacionado el desarrollo como ciencia de la Criminología y del trabajo de otros italianos, Enrico Ferri autor de la famosa *Sociología Criminal* en 1831 y de Raffaele Garófalo magistrado que publicó la obra *Criminología* en 1885.

Se analizó en esa época, no solamente el cuerpo humano, sino también la manera de ser de los sujetos y sobretodo la psicología, tanto así que la primera explicación que da Lombroso del delito es el atavismo, según lo cual el

²Basaldúa, Marcelo Jorge. Sobre la relatividad de la idea de delito. Disponible en <http://>

delincuente representaba una regresión a estados evolutivos anteriores, caracterizándose la conducta delincuente por ser innata (la vuelta al salvaje), tesis que considera al criminal como una subespecie anormal del género humano (como por ejemplo asesinos, ladrones y prostitutas) y que hoy ha recogido en forma muy profunda y diferente el psicoanálisis. Este criminal atávico podía ser reconocido debido a una serie de estigmas físicos o anomalías, como por ejemplo, el excesivo desarrollo del cerebelo, asimetría del rostro, dentición anormal.

No les bastó estudiar solo al hombre criminal o su psique, sino también el medio en que se desarrollan los individuos y es cuando Ferri se refirió a la sociología criminal. Es entonces como se observan tres aspectos que de cierta forma determinan la Criminología, no obstante para formar una ciencia tendrían que integrarse, lo que es aceptado por la mayoría de criminólogos.

Para la evolución de la entonces llamada ciencia (criminología), se desarrollaron desde 1885 los Congresos Internacionales de Antropología Criminal (Roma, Paris, Bruselas, Ginebra, Ámsterdam, Torino, Colonia) y se mantuvo hasta 1914 bajo ese mismo nombre. Asimismo, los Archivos de Antropología Criminal publicados en Lyon por Lacassagne, fueron verdaderos archivos de criminología y de gran valor para los estudiosos de la época³, en 1934 se crea la Sociedad Internacional de Criminología, cuatro años después se celebra el primer Congreso Internacional de criminología en Roma y paralelamente en Buenos Aires el primer Congreso Latinoamericano de Criminología. En el año 1947 se celebra el primer Congreso Panamericano y el segundo en 1949 en México. Ese mismo año se reorganiza la Sociedad Internacional y al siguiente se efectúa el segundo Congreso Internacional, en el que se decide la creación de un Instituto Internacional de Criminología, el cual es oficialmente consagrado en el tercer Congreso en el año 1955. Una sección especializada del Instituto se creó conjuntamente por la Universidad de Montreal y la Sociedad Internacional, bajo el título de Centro Internacional de Criminología Comparada⁴.

www.monografias.com

³ Pinatel, Jean. Tratado de Criminología. Ediciones de la Biblioteca, Caracas, Venezuela, Segunda Edición, año 1984, p. 18

⁴ Pinatel, Jean. Tratado de Criminología. op. cit., p. 20

B) Definición, objeto y método

El concepto de Criminología no es un punto idéntico entre los estudiosos de ella y aunque se considere que puede llegar a ser una ciencia autónoma y única su contenido aún es bastante variable, se considera una combinación o integración de varias ciencias según los autores y por ello no ha operado una fusión como se esperaba hace ya mucho tiempo. A pesar de ello, para muchos, lo que Lombroso –considerado como el auténtico fundador de la criminología- creó fue una verdadera ciencia que estudia las causas del delito y la naturaleza del delincuente (ciencias naturales y morales o sociales).

Se considera que la Criminología estudia a los hombres como criminales (delincuente), su entorno social, características físicas, psicológicas y el tratamiento que se les debe dar en caso de que no cumplan o violen lo establecido en la ley (penología, rehabilitación, reinserción, etc). Es la disciplina que se ocupa del estudio del fenómeno criminal, con el fin de conocer sus causas y formas de manifestación. En la virtud, según lo expresado, se trata fundamentalmente de la ciencia causa-explicativa.⁵

Una de las más “completas” definiciones la ha dado Beristarain al decir que la “criminología contemporánea a dejado atrás su originaria concepción unidisciplinar para constituirse en una ciencia -aunque este carácter es aún muy discutido- de índole multidisciplinaria, basada principalmente en las ciencias sociales. Su punto de partida no es el derecho sino la sociedad, adoptando de esta manera una inclinación sociológica. Si bien esta última representa una ventaja respecto de la etapa clásica anterior, todavía no es plenamente satisfactoria en tanto y en cuanto hay aún presentes en ella concepciones que

⁵ Beristarain Ipiña, Antonio. "La criminología comparada y su aportación a la política criminal: una reflexión tercermundista". Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre el tema "La Comparación como Método Científico en el Derecho Penal y el la Criminología", realizado en Friburgo de Brisgovia (Rep. Federal de Alemania) del 23 al 26 de octubre de 1978, disponible en www.pericias-caligraficas.com

privilegian la posición del Estado y del derecho como rector de las relaciones interpersonales y comunitarias”⁶

En el libro *Criminalística* el autor remite a lo expuesto por los Criminólogos De Tavira y Vergara quienes trazan el objetivo general de la Criminología de la siguiente forma “es la ciencia que se encarga del estudio del delito como conducta humana y social, de investigar las causas de la delincuencia, de la prevención del delito y del tratamiento del delincuente (...) e indican (...) que los campos de acción de la Criminología, están considerados en tres ramas: en la administración de justicia, en el campo penitenciario y en la prevención del delito (...) expresan también que: es de suma importancia que éstas tres grandes áreas tengan especialistas que deseen conocer los factores de la personalidad criminal, con el fin de que se logre impartir la justicia de forma más adecuada, justa e individualizada, así como (...)terapia idónea al infractor (...) y el prevenir que se den o repitan determinadas conductas consideradas como criminales”.⁷

Para Hassemer y Muñoz Conde⁸, es comprensible que la Criminología no quiera que su objeto sea dado por el Derecho Penal, pues no puede depender de los cambios de las normas legales y judiciales sobre la punibilidad, por lo que debe diferenciar las infracciones de las normas penales de las de otras normas de conducta. Por lo tanto, establecen los autores que el objeto es la criminalidad como una forma de conducta desviada, como concepto clave de la moderna Criminología, a la que no le interesa que conductas deben ser consideradas como desviadas, sino a las condiciones que dan origen o inciden en la evolución de lo que se entiende como desviación y su significación social.

En relación con su sujeto de estudio⁹, tradicionalmente se entendía como el estudio de la etiología (causas) del delito y de la persona del delincuente, sin embargo actualmente se reconoce la necesidad de incluir a la ley, los tribunales y

⁶ Beristarain Ipiña, Antonio. "La criminología comparada y su aportación a la política criminal: una reflexión tercermundista", op. Cit., disponible en www.pericias caligraficas.com

⁷ Montiel Sossa, Juventino. Criminalística. Editorial Limusa, México, Primera Edición, año 1984. p 30.

⁸ Muñoz Conde, citado por Hassemer, Winfried y Otro. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 1989. p 51.

⁹ Burgos Mata, Álvaro. Revista de Medicina Legal de Costa Rica. Criminalística y Criminología, año 1994, volumen 10, número 2, p 46.

el Estado. Se ha dicho que los esfuerzos del criminólogo han de centrarse en explicar él por qué de las constantes de la delincuencia como fenómeno social. Además se menciona en el citado artículo, al autor Alfonso Reyes y su obra *Criminología* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, séptima edición, 1984), el cual señala que la Criminología tiene por objetivo el estudio de la criminalidad, de las personas a ella vinculadas y de la reacción social que pueda suscitar.

El método de la Criminología, según Jean Pinatel,¹⁰ obedece a reglas precisas, la primera de ellas la regla de los niveles de interpretación que estipula que existen tres niveles, el de delincuencia (conjunto de infracciones que se producen en un tiempo y lugar dados), el del delincuente (el autor del hecho delictivo estudiado individualmente) y el nivel del delito (el acto delictivo considerado con un inicio, un desarrollo y un fin). La segunda la regla de la primacía de la descripción, que establece que antes de efectuar una interpretación a un nivel dado o en el plano de las relaciones de esos niveles entre ellos, es necesario que la descripción de los hechos sea completa; es necesario saber como evoluciona la delincuencia, cómo se presenta el delincuente, cómo se realiza el delito, pero al mismo tiempo es indispensable describir las especialidades de delincuencia, los tipos particulares de delincuentes y las diversas conductas delictivas. La tercera es la regla de la eliminación de los tipos definidos, es decir la exclusión de los delincuentes de tipos psiquiátricamente definidos (enfermos propiamente dichos, afectados por psicosis orgánicas o funcionales o neurosis, débiles mentales, alcohólicos, entre otros, que forman el grupo poliformo de los enfermos y anormales mentales), que en la medida de lo posible deben ser separados de los que no pertenecen a estos tipos. Por último se presenta la regla del enfoque diferencial, que refiere que el objeto esencial de la investigación criminológica parece residir en la individualización de las diferencias de grado que existen entre delincuentes y no delincuentes o entre delincuentes entre sí.

¹⁰ Pinatel, Jean. Tratado de Criminología. op.cit. p 93.

C) Algunas especialidades de la criminología

- 1) Biología Criminal: estudia los aspectos genéticos o hereditarios de la persona del delincuente, extendiendo sus investigaciones a los aspectos anatómicos, fisiológicos, patológicos y bioquímicos del delincuente.
- 2) Psicología criminal: estudia la inteligencia, el carácter, las aptitudes sociales y morales del delincuente, desde la perspectiva de la psicología experimental, igualmente se interesa en los procesos psíquicos del delincuente, en los motivos de su acto desde el punto de vista subjetivo de la Psicología introspectiva. Con el psicoanálisis, se estudia la vida profunda del delincuente y sus motivaciones inconscientes e igualmente aborda los motivos psicopatológicos por medio de la Psiquiatría.¹¹
- 3) Sociología criminal: se convierte en una Criminología sociológica, que orienta su estudio hacia una visión del fenómeno criminal tomado en su conjunto.

CAPITULO SEGUNDO: CRIMINALISTICA

A) Antecedentes y surgimiento

Desde épocas remotas se practicaban investigaciones empíricas para la averiguación de un determinado hecho. En este afán de determinar ¿Qué sucedió?, ¿Cómo sucedió?, ¿Quién fue el sujeto que lo realizó?, ¿Con qué objeto se produjo?, ¿Cuál es la evidencia que existe?, entre otras interrogantes, la persona interesada (en la actualidad investigador criminal) debía acudir a los conocimientos de otras ciencias –en sentido amplio- y disciplinas para lograr sus objetivos trazados y contestarse las citadas preguntas preliminares, consecuentemente la historia de la Criminalística innegablemente surge precedida del desarrollo de otras ciencias de las cuales se nutre su nacimiento, disciplinas todas que han venido a constituir lo que en la actualidad es la Criminalística, que sin temor a equivocarnos, se trata de una de las disciplinas con conocimientos más amplios y generales, lo que explica su carácter dinámico, pues evidentemente

¹¹ Pinatel, Jean, op. cit., p. 30

se fortalece de los nuevos conocimientos y adelantos tecnológicos para lograr su cometido. Según los antecedentes históricos, una de las primeras disciplinas precursoras fue la Dactiloscopia, ya que se tienen rastros de escritos del año 650 del historiador chino Kia Kung-yen, de la Dinastía Tang en los cuales se constatan comentarios sobre la identificación de personas mediante las impresiones dactilares en documentos legales.¹²

Asimismo el autor español Maza Márquez refiere que “las antiguas leyes chinas exigían la impresión de la palma de la mano y del pie en las partidas de matrimonio y otros documentos, pero tales son simples borrones y manchas que carecen de detalles con valor identificativo.”¹³. No obstante estos registros, es menester aclarar que el padre de la Criminalística es Hans Gross, quien por primera vez fundamenta los métodos de investigación criminal como criminalística, elaborando en 1892 la obra “Handbuch fur Untersuchungrister aks System der Kriminalistik” “Manual del Juez, todos los sistemas de Criminalística”, la cual fue traducida en España por el jurista Máximo Arredondo, y en Latinoamérica editada por Lázaro Pavía en el año 1900. Prácticamente se trata de una obra que su contenido significa el campo de la Criminalística en un todo, por lo que se trató de “heterogéneo material de conocimientos útiles al juez, al agente de policía y al gendarme”. Dicho manual le tomó 20 años de experiencias e intensos trabajos, donde formuló orientaciones que debe reconocer la instrucción de una averiguación para la aplicación de la técnica del interrogatorio, el levantamiento de planos y diagramas, utilización de los peritos, la interpretación de escrituras, conocimiento de los medios de comunicación entre los participantes de un mismo delito para el reconocimiento de las lesiones, etcétera, siendo un manual útil para los jueces en el esclarecimiento de cualquier caso penal.¹⁴

La mencionada obra marcó el nacimiento formal de la Criminalística. A partir de este momento a raíz de las necesidades de la policía se realizaron estudios especializados afines, lo anterior con el objetivo de lograr ocupar puesto

¹² Montiel Sossa, Juventino Criminalística, op.cit. p. 19.

¹³ Manuel Maza. Manual de Criminalística Editorial ABC, Santa Fé Bogotá. Colombia. Cuarta Edición, año 2000. p 45.

¹⁴ Hans Gross citado por Montiel Sossa, Juventino Criminalística. op.cit. p. 24.

de mando en las diferentes policías, lo que sirvió para que la Criminalística tomara el resultado de los nuevos descubrimientos y continuara su desarrollo. Así en 1896 Juan Vuceti desacredita el Método Antropométrico de Bertillón y profundiza el estudio de los dactilogramas; en 1899 Ottongeli y Alongó crearon la revista "Polizia Scientifica", y en general ya para 1904 los países latinoamericanos se integraban a este campo, creando policías científicas y departamentos relacionados a la Criminalística. Esta disciplina ha venido ha disminuir la equivocación y el empirismo de las investigaciones, se ha fortalecido de diversas investigaciones europeas y latinoamericanas como Bridges, Bryan, Borri, Burrard, Ceccaldi, Hofftman, Abreu Gómez, Benítez Castellanos, Luque, Vucetich, entre muchos otros.

B) Consideraciones sobre su definición

Conceptualizar la Criminalística no es tarea sencilla, toda vez que existen variadas definiciones de la misma, algunas de ellas son amplias y se acercan mucho al criterio propio sobre la disciplina, sin embargo como se dirá adelante toda definición de criminalística gira en torno a una temática clara y sobre todo se resalta que las diferentes acepciones poseen rasgos de interés para formular una definición lo más completa posible. Para el investigador criminal, Montiel Sossa la Criminalística "es una ciencia penal auxiliar que mediante la aplicación de sus conocimientos metodología y tecnología, al estudio de las evidencias materiales descubre y verifica científicamente un hecho presuntamente delictuoso y al o a los presuntos autores, aportando las pruebas a los organismos que procuran y administran justicia."¹⁵ Al igual que Hans Gross que indicaba que era una disciplina jurídica auxiliar,¹⁶ lo cierto del caso es que se trata de una disciplina que ayuda al esclarecimiento de los hechos al juez, y que genera impacto prácticamente en todos los elementos y partes del sistema penal. La criminalística ha sido definida como "La profesión y disciplina científica dirigida al reconocimiento, individualización y evaluación de la evidencia física, mediante la

¹⁵ Montiel Sossa, Juventino. *Criminalística*, op.cit. p. 24.

¹⁶ Burgos Mata, Álvaro. *Criminalística y Criminología*, op.cit., p. 46

aplicación de las ciencias naturales, en cuestiones legales”¹⁷. En un sentido estricto consiste en las técnicas de estudio del crimen, el cual implica desde luego no sólo la investigación en abstracto, sino en concreto, es decir un comportamiento determinado.¹⁸ Otros autores se limitan a señalar que la Criminalística es la ciencia del pequeño detalle, porque posiblemente este se convierte en la clave de la solución del hecho. Para el capitán de la policía chilena, Jorge Aguirre Hrepie, “la investigación criminalística es una función de policía que cada día cobra mayor vigencia en el ámbito mundial para ocupar el verdadero sitio que le corresponde como ciencia, en la determinación de la existencia del delito y la averiguación del delincuente”¹⁹.

La California Association of Criminalistic define a la criminalística como “la profesión y la disciplina científica dirigida al reconocimiento, identificación, individualización y evolución de las evidencias físicas, mediante la aplicación de las ciencias naturales en el campo de las ciencias legales”.²⁰ A la anterior definición se le debería agregar el término autónomo y modificar ciencias naturales por ciencias auxiliares, formándose una definición que resumiría el alcance y competencia de la criminalística. Por su parte Nicéforo la define diciendo que “es la aplicación de los conocimientos a la investigación del procedimiento criminal, encaminados a determinar la parte que un individuo u objeto tiene en el asunto criminal.”²¹

Otro destacado autor refiere que la Criminalística se trata de “la disciplina que aplica fundamentalmente los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen del material sensible significativo relacionado con un presunto hecho delictuoso con el fin de determinar en auxilio de los órganos encargados de administrar justicia, su existencia o bien reconstruirlo, o bien señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el

¹⁷ Guzmán, Carlos. Manual de Criminalística. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, año 1997. p 37.

¹⁸ Maza Márquez Miguel. Manual de Criminalística. Año 2000. op.cit. p. 5.

¹⁹ López Calvo, Pedro y Otro. Investigación Criminal y Criminalística. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Segunda Edición, año 2003. p 151.

²⁰ Zajackowski, Raúl Enrique. Manual de Criminalística. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, año 1998, p. 20

²¹ López Calvo, Pedro y Otro. Investigación Criminal y Criminalística., Año 2003 op.cit. p 152

mismo”²². El español López Rey Arrojo manifiesta que “la criminalística es la disciplina auxiliar del derecho penal y del proceso penal que se ocupa del descubrimiento y verificación del delito y del delincuente.”²³ Asimismo Maggiore expresa que “la Criminalística constituye una de las ciencias auxiliares no jurídicas a las cuales el derecho presta la noción técnica del delito, o conjunto de los medios sugeridos por varias ciencias para la comprobación del delito y el descubrimiento del reo”²⁴. En igual sentido Manzini cuando afirma que se trata “del conjunto de conocimientos prácticos que son necesarios al juez, nociones que éste como peritus peritorum, no debe ignorar”. Después del análisis de las anteriores definiciones, se concluye que la Criminalística es una ciencia auxiliar al derecho, cuyo fin primordial es la averiguación de hechos presuntamente delictivos, pues será posterior a la investigación criminal cuando otros actores del mecanismo procesal penal determinen si se está ante un delito o no, para que la Criminalística logre éxito en esta averiguación se torna necesario recabar e investigar la prueba o material significativo en el sitio del suceso y en el respectivo laboratorio, para luego descifrar con base a los conocimientos técnicos-científicos de manera convincente y verificable el clásico heptálogo de ¿QUÉ...?, ¿CÓMO...?, ¿DÓNDE...?, ¿CUÁNDO SUCEDIÓ?, ¿CÓMO SE REALIZÓ?, ¿POR QUÉ SE SUCEDIÓ?, ¿QUIÉN LO REALIZÓ?, confirmando respuestas a dichas interrogantes por medio de la búsqueda de la verdad a través de la aplicación del método científico, reconocimiento, evaluación y análisis de la evidencia física.

Al definir Criminalística implícitamente conlleva relacionarla con conocimientos técnicos-científicos, averiguación de lo acontecido, identificación de personas vivas o fallecidas, manejo del sitio del suceso, métodos científicos utilizados en el laboratorio para el examen de la evidencia, siendo que esta última resulta la materia prima de la Criminalística para lograr recabar la información requerida para responder el heptálogo de interrogantes precitadas.

²² Moreno González, Luis. Manual de Introducción a las Ciencias Penales, La Criminalística, op.cit. pp. 344

²³ Ibidem., p.151

²⁴ Maggiore, citado por Burgos Mata, Álvaro. Criminalística y Criminología, op.cit, p 46.

C) Sujeto, objeto, método y principios

Evidentemente tras la exposición de las diferentes definiciones de los autores con relación a la Criminalística y del consecuente examen minucioso de las mismas, se adelantó el sujeto, objeto, método y fin de esta disciplina, toda vez que son elementos importantes para definirla. En el presente acápite se profundizará en los aspectos acotados anteriormente, dejando constancia que lo primordial para la Criminalística es la evidencia física, entendida esta como todo aquel material significativo importante para la determinación de un hecho que se investiga, o claro está con la intención de seguir vinculados a la definición de esta disciplina precedente, la evidencia física es aquel material que permita de manera aislada o asociado con otra prueba despejar la incógnita del heptálogo mencionado. El sujeto de estudio de la Criminalística no es sólo el ser humano como potencia participante de un aparente hecho delictivo, sino también de todo aquel material de importancia relacionado.²⁵ Específicamente se considera que si bien la Criminalística estudia al ser humano lo esencial para esta disciplina es la evidencia física que las personas dejan en el sitio del suceso, de conformidad con el “Principio de Intercambio de Lockard”, es decir al hablar de Criminalística y sujeto cabe destacar que este el ser humano desde el punto de vista que se constituya en evidencia física significativa para el esclarecimiento de los hechos, le interesa descubrir quién actuó y sobre quién, cómo lo hizo y con qué, individualizar al responsable y a la víctima, entre otras detalles a recabar. Consideramos que el sujeto de la criminalística no agota su objeto de estudio, pues en algunos casos coincide en que la aplicación de esta disciplina se agota en el sujeto, no obstante en la gran mayoría existe otra evidencia física a analizar por la Criminalística que no es parte del sujeto propiamente.

Es aquí donde surge el objeto material de la Criminalística, el cual consiste en los elementos materiales de prueba que se utilizan y que son producto de la comisión de los hechos. Juventino Montiel detalla que el objetivo material es el estudio de las evidencias materiales o indicios que se utilizan y que se producen

²⁵ Burgos Mata, Álvaro. Criminalística y Criminología, op.cit, p 46

en la comisión de los hechos.²⁶ En relación con el método utilizado por esta disciplina, es menester señalar que utiliza el método científico.

Se utiliza el método inductivo, a partir de premisas particulares se llega al conocimiento de una verdad general o premisa general, lo anterior a partir de hipótesis, observación y experimentación.²⁷ Por su parte el objetivo general de la Criminalística ya sea de campo (en el sitio del suceso) o en el laboratorio consiste en las siguientes asignaciones: “1.- Demostrar de manera técnico científica la existencia de un hecho particular, probablemente delictivo. 2.-Determinar los fenómenos y reconstruir el mecanismo del hecho, precisando los instrumentos u objetos utilizados en su ejecución, sus manifestaciones y las maniobras que se emplearon para realizarlo. 3.-Aportar pruebas o coordinar técnicas o sistemas para identificar la víctima, si existiese. 4.- Establecer las pruebas técnico-científicas necesarias para vincular a los autores. 5.- Con el empleo de técnicas y procedimientos, aportar pruebas indiciarias sobre la responsabilidad de los presuntos autores y demás involucrados.”²⁸ . Por su parte el autor Carlos Guzmán refiere que los objetivos de la Criminalística son los siguientes: “colección o acopio de evidencia física, reconstrucción del hecho, identificación y eslabonamiento del sujeto con el escenario del suceso y establecimiento de la causa probable de arresto”²⁹ .

Además de los anteriores fines u objetivos la Criminalística es considerada como medio eficaz de represión y un arma para la prevención en la medida en que, permitiendo llegar al descubrimiento de la verdad y al juzgamiento de la verdad y del culpable, ella es un medio de disuasión general.

Con relación a los principios que rigen en la Criminalística y consecuentemente en su investigación cabe destacar los siguientes: A) Principio de uso: el sujeto utiliza una gran variedad de agentes mecánicos, químicos, físicos o biológicos. B) Principio de producción: al utilizar los citados agentes se producen elementos materiales también de gran variedad morfológica y estructural que

²⁶ Montiel Sossa, Juventino. Criminalística, op.cit. p. 35.

²⁷ Burgos Mata, Álvaro. Criminalística y Criminología, op.cit, p 44.

²⁸ Montiel Sossa, Juventino. Criminalística, op.cit., pp. 35-36

²⁹ Guzmán, Carlos. Manual de Criminalística, op.cit. p. 39.

representan elementos identificadores y reconstructores. C) Principio de intercambio: al consumarse el hecho se origina un intercambio de elementos materiales de prueba entre el autor, la víctima y el lugar de los hechos o entre el autor el lugar del suceso. D) Principio de correspondencia de características: derivado de la acción dinámica de los agentes mecánicos vulnerables sobre determinados cuerpos, dejando impresas sus características, reproduciendo la figura de su cara que impacta. E) Principio de reconstrucción de hechos o fenómenos. F) Principio de probabilidad: la reconstrucción de los hechos se realiza con distinta probabilidad. G) Principio de certeza: las identificaciones cualitativas, cuantitativas y comparativas de los medios vulnerables que se utilizan se logran mediante la utilización de metodología, tecnología y procedimientos adecuados, que brindan certeza sobre su existencia y procedencia.³⁰

D) Diferencias entre Criminalística y criminología

Después de establecido el marco teórico sobre las principales consideraciones de la Criminalística y la Criminología se debe plasmar los aspectos diferenciales entre las mismas así como el papel que desempeñan al ser ciencias auxiliares del derecho. Es menester resaltar que los vocablos citados algunas veces se utilizan indistintamente, no obstante las diferencias son radicales. Asimismo se confunden con otros términos como policía científica, policología, entre otros. Primeramente, es necesario partir de que la Criminología es una ciencia causal explicativa, mientras que la Criminalística se sitúa dentro de las Ciencias de las Pesquisas, según el doctor Luis Jiménez Azúa y la Enciclopedia de Ciencias Penales, no obstante otros autores como el doctor Luis Rodríguez Manzanera ubican la Criminalística dentro del eslabón de las Ciencias Criminológicas, sin embargo lo importante es que son independientes y ambas se aplican en la investigación de los delitos y en el tratamiento del delincuente, en el estudio del delito y de la delincuencia, con sus propios métodos, técnicas y conocimientos, pero lógicamente sin dejar su ubicación dentro de las ciencias

³⁰ López Calvo, Pedro y Otro. Investigación Criminal y Criminalística. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Segunda Edición, año 2003, pp. 111-113

penales. Por ende se determina que la Criminalística se sitúa en una zona cercana a la Criminología pero no integra a esta, ni viceversa.

Otra de las diferencias está relacionada al sujeto mejor dicho al objeto de estudio. Así se sostiene que la Criminología estudia la causa del delito y de la persona del delincuente. “Para Exner, es una ciencia que estudia el delito como aparición en la vida del pueblo y en la vida del particular”³¹, es decir trata de explicar el por qué de las constantes delincuencias como fenómeno social, mientras que el objeto de estudio de la Criminalística es la evidencia física, vista como cualquier material sensible significativo importante para la averiguación y verificación de un hecho presuntamente delictivo, es decir la Criminología responde las interrogantes ¿por qué cometió el hecho?, ¿Qué factores lo impulsaron a dicha decisión?, ¿Cómo prevenir dichos comportamientos?, ¿Cuál es la etiología del hecho presuntamente delictivo?, entre otras, mientras que la Criminalística descifra otra serie de cuestiones relacionadas a la individualización del responsable de los hechos y el ofendido, la forma y dónde sucedieron, quién los realizó entre otras interrogantes citadas.

Entre otras diferencias funcionales en razón del especialista y la finalidad, se establece que el especialista en labores criminológicas se le denomina criminólogo a diferencia del criminalista, perito o investigador criminal, que es el especialista en Criminalística. Ahora bien existe plena diferencia en sus objetivos, pues la Criminología estudia el delito como conducta humana y social, investiga las causas de la delincuencia, de la prevención del delito y del tratamiento de la persona que delinque, mientras que la Criminalística busca aportar datos científicos y técnicos para el ejercicio de la acción penal, lo que también la diferencia de la Policía Científica o Policía Técnica, que aunque posee fines semejantes a la Criminalística no logra alcanzar la científicidad del laboratorio; al igual que la Policiología, que se trata más que todo de reglas prácticas encaminadas a la adecuada realización de las funciones propias de la policía, tales como la persecución y la aprehensión.

³¹ Burgos Mata, Álvaro. Criminalística y Criminología, op.cit, p. 46.

TÍTULO SEGUNDO: CAMPO DE ACCIÓN DE LA CRIMINALÍSTICA Y SU APLICACIÓN EN LA BÚSQUEDA DE PRUEBA. LIMITACIONES Y RECOMENDACIONES.

CAPÍTULO PRIMERO: CRIMINALÍSTICA Y RAMIFICACIÓN CLÁSICA

A) Balística

Es la ciencia que estudia los movimientos, el cálculo del alcance y la dirección de los proyectiles, entendido así, todo cuerpo de peso y forma determinadas, que se lanzan con velocidad, elevación y dirección cualquiera. Presenta tres clasificaciones según: 1) Balística interior, que estudia los fenómenos desarrollados desde que el percutor incide sobre el fulminante, hasta que el proyectil abandona la boca del arma y los movimientos del proyectil en el corto espacio que media entre el desprendimiento de la vaina y el abandono del arma; 2) Balística exterior, que estudia los movimientos y fenómenos que afectan al proyectil en el espacio y su trayectoria desde que sale de la boca del arma hasta que llega al blanco o hace explosión en el aire y; 3) Balística de efectos, que contempla lo referente a las fragmentaciones, efectos explosivos y rebotes desarrollados por el proyectil al terminar su recorrido o al impactar.³²

Por otro lado, la Balística Forense, es el estudio de las heridas causadas por proyectil de arma de fuego, determinación de los orificios de entrada y salida, presencia de tatuaje, examen de las armas, confrontación de proyectiles, trayectorias, entre otros.

Se puede establecer una clasificación de armas las que a manera de ejemplo serían de mano como las blancas (cortantes – cuchillo - punzantes-daga- y corto punzantes-espada-) y las contundentes (garrote), arrojadizas (piedra, dardo), de proyección (arco y flecha, ballesta, honda) de fuego (pistola, revólveres, cortas – ametralladoras-, largas – escopetas, fusiles, carabina-, de artillería-cañón, mortero-, de propulsión, químicas, biológicas, nucleares).³³

³² Maza Márquez Miguel. Manual de Criminalística, op.cit. p. 17

³³ Ibídem, p. 18.

Asimismo cada arma de fuego posee una personalidad bien definida que permite diferenciarla y distinguirla de todas y cada una de las armas de la misma marca y calibre, aunque sean de serie y numeración sucesiva, la cual radica en el estriado que presente el ánima del cañón y en las características que imprimen el percutor y espaldón en el revolver y la pistola (en estas se incluye las del extractor, botador y recámara).

Al realizarse un disparo, se sigue un determinado proceso, la aguja percutora hiere el fulminante, es decir lo golpea, y este a su vez genera la llama que da comienzo a la combustión de la pólvora, la que sufre un proceso de sublimación (pasa de estado sólido a gaseoso) produciendo un gran volumen de gases que interactúan con los químicos y le proporcionan el proyectil una energía y velocidad determinadas. La aguja deja en el fulminante un fondo de percusión, los gases generan desplazamiento del proyectil, el que a su paso por el ánima recibe las huellas que poseen las estrías y macizos cuando el proyectil abandona la boca del arma origina un retroceso violento de gases que determina un choque de culote de la vainilla con el espaldón del arma, recibiendo las características que este posee los gases desplazados.

Existen determinadas evidencias balísticas con ciertas características que son los objetos de estudio de esta ciencia. Las primeras, las armas de fuego que definen como aquel ingenio mecánico que realiza la función de lanzar a distancia y con gran velocidad proyectiles, utilizando la energía explosiva de la pólvora. Cuando un determinado "sitio de suceso" se encuentra un arma de fuego debe ser detalladamente descrita, especificando clase, tipo, marca, calibre, tomando fotografías de conjunto y detalle del arma, etc. También se incluyen los cartuchos, que es la unidad de carga de un arma de fuego y que se integra por una vainilla, que contiene las demás partes que lo integran, del proyectil que será el cuerpo arrojado, la carga propulsora cuya combustión libera la energía necesaria para impulsarlo, el fulminante que es la cápsula provista de explosivo externo que inicia la reacción del anterior.³⁴

³⁴ Villavicencio Ayala, Miguel José. Procedimientos de Investigación Criminal. Editorial Limusa, México, Primera Edición, año 1974, p.80

Además se contemplan las llamadas vainas que son un recipiente de papel, plástico o metal que contiene los demás elementos del cartucho y pueden ser abotelladas, cilíndricas o cónicas y de fuego central, anular y de agua. Al remitirse el estudio de una vainilla debe establecerse su calibre, clase, tipo, constitución, peso, longitud, diámetro y leyenda sobre el culote, además de remitirse en bolsas de polietileno sellada con sus respectivos rótulos registrándose el sitio donde se encontró.

De igual forma se encuentran los proyectiles, que es el cuerpo lanzado al espacio por la acción de los gases de la deflagración de la pólvora, pueden ser cilíndricos (postas y perdigones) y alargados (comunes y especiales). Lo anterior no excluye los proyectiles especiales como el de punta expansiva, los perforantes, los trazadores, los incendiarios, explosivos, de reglaje, de fragmentación, entre otros. Asimismo por ser portadores de la personalidad del arma a través de las características microscópicas deben ser adecuadamente embalados y forrados en algodón. El fulminante por su parte, es una pequeña cápsula que es detonada para dar inicio a la combustión de la pólvora. La pólvora, se define como mezclas y combinaciones químicas generadoras de gases que impulsan el proyectil, pudiendo ser negras o sin humo. La descomposición que sufren los componentes de las pólvoras, permiten localizar sus residuos tanto en el arma de fuego como en la vaina, en los vestidos de la víctima, como en las manos del tirador, lo que permite el estudio de tiempo de disparo en las dos primeras, de la distancia del disparo en la tercera y determinar si se ha disparado recientemente un arma de fuego en la cuarta. También es importante mencionar que el calibre se define como el diámetro interno del cañón de un arma de fuego de ánima estriada, medido de estría a estría en el cañón y de macizo a macizo en el proyectil disparado.

B) Lofoscopia y Dactiloscopia

La primera de ellas es la ciencia que estudia los diferentes dibujos papilares que aparecen en las yemas de los dedos, palmas y plantas de los pies³⁵. Se divide en Quiroscopia (estudio de crestas papilares en las palmas de las manos) y Pelmatoscopia (crestas en las plantas de los pies).

Por su parte la dactiloscopia es el procedimiento que lleva a cabo el estudio de las impresiones dactilares como medio de identificación persona, de cadáveres hallados sin documento alguno, de personas que no pueden suministrar sus datos como un sordomudo o analfabeto o para descubrir el autor de un hecho punible mediante el estudio y cotejo de sus impresiones dactilares halladas en el lugar de los hechos.³⁶

Dentro de esta ciencia se puede ubicar la llamada "impresión papilar" que es la reproducción que se deja el contacto de los dedos con una superficie apta para recibir impresiones la que se presenta porque cada cresta papilar tiene una serie de poros por los cuales segrega el sudor, al tocar un objeto la película de grasa y sudor quedan transferidos al mismo y podrán revelarse mediante la utilización de reactivos. Se entiende por dactilama el conjunto de crestas papilares que se encuentran en las yemas de los dedos de las manos. Puede ser natural (dibujo que todos tenemos en la yema de los dedos), artificial (queda impreso luego de haber sido entintado), latente simple contacto de un dedo con cualquier superficial liza tersa y pulimentada) o moldeado (cuando es impreso en materiales como cera, grasa, jabón, entre otros).³⁷

Los dactilogramas se constituyen de crestas papilares (relieves epidérmicos que formando variados dibujos son visibles en las palmas de las manos y plantas de los pies) poseen las cualidades de inmutabilidad, que significa que no se pueden alterar, ni patológicamente ni por voluntad de las personas. La perennidad puesto que aparece en el ser humano desde el sexto mes de vida intrauterina

³⁵ Maza Márquez Miguel. Manual de Criminalística, op.cit. p. 48

³⁶ Brenes Acuña, Rafael y Otros. Huellas digitales y Proceso Penal. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, Primera Edición, año 1998, p.13

³⁷ Maza Márquez Miguel. Manual de Criminalística, op.cit., pp. 49-50

hasta la putrefacción cadavérica y la diversiformidad que establece que es imposible hallar dos dactilogramas iguales.

Según Miguel Maza Márquez para la toma de impresiones se requiere un estante o mesa que tenga un porta fichas, una plaqueta encromada para entintar, tinta de reseña, rodillo, toallitas, entre otras. Además expone que para obtener buenas reseñas, se deben seguir normas tales como correcta distribución de la tinta, limpieza de las manos del reseñado, completo rodamiento de los dedos para que queden impresos los puntos focales de los dactilogramas, evitar el “patinaje” que causa manchas o borrones, ejercer adecuada presión y aplicar la tinta necesaria. En caso de que una persona tenga una incapacidad temporal (heridas, ampollas), no se puede reseñar y se debe esperar a que la superficie dactilar regrese a su condición normal, si es permanente (amputación) la situación debe quedar registrada.³⁸

Por último es necesario aclarar que en casos de toma de impresiones o reseña de cadáveres por medio de la Dactiloscopia, (Necrodactilia), en los cuales la muerte es reciente se entinta la yema del dedo y se efectúa el rodamiento, si ya se encuentra en rigidez cadavérica se deben estira los dedos por la fuerza mediante flexiones bruscas, después se introduce en agua caliente repitiendo los movimientos hasta que quede dócil y se utiliza la “planchuela acanalada” que es cóncava y le dá el efecto de rodamiento sin hacerlo con el cadáver. Cuando ya se encuentra en estado de descomposición, si aún la piel está firme se debe limpiar con agua y jabón, si por el contrario ya está blanda y frágil se debe cortar la piel o el dedo a la altura de la segunda falange se coloca en una solución de formaldeíno al 15% para su endurecimiento, se seca y se realiza el proceso normal de entintado. La mayor dificultad que se presenta es la piel dura y arrugada (desezada o momificada), para lo cual se ablanda la misma con una solución de hidróxido de sodio o de potasio al uno o tres por ciento y de igual forma los dedos se cortan a la altura de la segunda falange para colocar cada dígito en un frasco rotulado, se dejan una veinticuatro horas en glicerina, para luego de haberlos

³⁸ Maza Márquez Miguel. Manual de Criminalística, op.cit. p. 74

lavado y limpiado, someterlos de nuevo a una solución de hidróxido de sodio con el propósito de suavizar los dígitos.³⁹

C) Accidentología Vial:

Cuando se trata la investigación de un determinado suceso vial se tiene como objetivo fundamental la determinación científica de las causales que le dieron origen. La accidentología vial se define como el estudio y tratamiento integral de los accidentes de tránsito, sin excluir- aunque no pertenezcan a la categoría de accidentes- a los hechos dolosos⁴⁰. Es una técnica que se nutre de las ciencias clásicas, física, matemática, ingeniería, psicología y otras, en las que se apoya tecnológicamente. El estudio de un accidente se basa en determinar científicamente cuales fueron los factores básicos en su realización, siendo estos factores elementales el vehículo, el hombre y el camino (entre lo que se puede contemplar el conocimiento de las normas de tránsito, el estado físico o psíquico del individuo, la conservación del vehículo, en estado del camino, las emociones la actitud, las distracciones, el consumo de algún tipo de drogas como el alcohol, las fatigas, el cansancio, factores ambientales y la prevención.

Los límites de alcoholemia reconocidos o la cantidad de alcohol permitida en la sangre constituyen únicamente un elemento de diagnóstico legal y se determina así: alcoholemia inferior a 0.5 centímetros cúbicos % (0.37g) es igual a intoxicación inaparente, la comprendida entre 0.5 y 2 centímetros cúbicos % (0.37 a 1.5g) es igual a presumir trastornos tóxicos mas o menos graves y superior a 2 centímetros cúbicos % (0.15g) es igual a estado de ebriedad.

La reconstrucción de los hechos ocurridos en sucesos viales no puede considerarse un parámetro entre un mínimo y un máximo sobre el análisis de muchos elementos que se deben considerar para obtener conclusiones. Debe tomarse en cuenta que los accidentes no ocurren por una sola causa sino por un

³⁹ Montero Loría, Luis. Compilación Curso Sistemas de Identificación Humana con énfasis en Lofoscopia, Colegio Universitario de Cartago, año 2002, pp. 23-26

⁴⁰ Guzmán, Carlos. Manual de Criminalística. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1997, p.565

conjunto de factores, las que son relativas al conductor, vehículo, carretera y tránsito y al examinarse en su conjunto puede llegarse a conocer no solo como se produjo el accidente sino el motivo de por que ocurrió. Es por lo anterior que se requiere una buena reconstrucción del accidente y del análisis de la solución obtenida, puesto que de ella se derivaran las afirmaciones que demostraran que el accidente se produjo por un conjunto de factores que de no haber coincidido en el tiempo y el espacio no hubieran devenido en el siniestro.

La reconstrucción de un accidente tiende a explicar como la dinámica y cómo sucedió el mismo, para ello existen cinco clases de datos necesarios, a saber, itinerarios según la versión de los conductores, detalles sobre los desperfectos de los vehículos o lesiones de los individuos, marcas o huellas en la carretera, ruta, camino o en objetos fijos, posición final de los vehículos, principios científicos relacionados con la mecánica y la psicología.

D) Documentología:

Es la parte de la Criminalística que sirve para determinar en forma precisa a través de los grafismos las características fundamentales de identidad y rendir los informes periciales. Es necesario conocer los diversos elementos que lo constituyen, entre los que se destacan: el trazo que es el recorrido que realiza la pluma en un solo impulso y puede ser recto, curvo y mixto, el pleno o grueso que es todo moviendo de arriba abajo en posición de flexión, el perfil que es todo trazo ascendente y fino, el óvalo que es el ojo que conforma las letras, el hampa que es el movimiento de descenso de ciertas letras, el jamba que es el palo de descenso, el bucle que es el trazo ascendente de las hampas y jambas, o sea, todo movimiento que asciende cruzando y uniéndose al hampa, las partes esenciales que son el esqueleto de la letra indispensable para su reconocimiento, las partes secundarias son los revestimiento innecesarios y por ultimo se encuentran las zonas que se subdividen en zona inicial (donde se inicia la letra), zona final (donde termina), zona superior (el punto mas alto de la letra), zona media (parte

central ocupada por todas las letras minúsculas) y zona inferior (prolongaciones inferiores o jambas de las letras).⁴¹

Existen las leyes de la escritura que dominan el grafismo, entre las que se encuentran:

1. Cada persona posee una escritura.
2. No se puede modificar voluntariamente la escritura natural sin dejar en el trazado la propia marca del esfuerzo del cambio.
3. Cada personalidad escritural este expuesto a cambios en el curso de la vida del escritor.
4. Pueden producirse cambios transitorios en la escritura de una persona por razones físicas o mentales, sin embargo volvera a la normalidad, al desaparecer las causas que provocaron los cambios.
5. La variación de la escritura esta relacionada con las condiciones bajo las cuales fue ejecutada.
6. El que escribe en circunstancias difíciles trata formas de letras que le son más sencillas, habituales y fáciles de construir.⁴²

Es difícil establecer normas generales acerca de la forma en que debe realizarse los dictámenes manuscritos, pues influirá en ello la clase de pericia que se desee practicar. En toda confrontación de firmas y manuscritos se deben valorar ciertos aspectos, tales como el orden que es la forma como el sujeto maneja el espacio gráfico, márgenes, líneas, precisión, exactitud y orden de letras, la dimensión que se refiere a los movimientos de altura y extensión, ya sea normal, pequeña, creciente o decreciente, la rapidez que es la velocidad con que se ejecutan los grafismos, la presión que es la fuerza con que se aplica sobre el papel el instrumento con el que se escribe, la dirección que puede ser rectilínea (se sigue una trayectoria recta pero sin rigidez absoluta), ascendente (las líneas en su recorrido de izquierda a derecha son ascendentes), descendente, serpentina (las líneas presentan ondulaciones mas o menos intensas), de líneas cóncavas (líneas forman un arco abierto hacia arriba), líneas convexas (líneas ascienden

⁴¹ Maza Márquez, Miguel, Manual de Criminalística, op.cit. p. 165.

⁴² Maza Márquez, Miguel, Manual de Criminalística, op.cit., p. 168

primero y luego descienden hacia la mitad de la pagina, la regularidad que es la simetría, firmeza y uniformidad en el trazado de las letras, palabras, líneas y márgenes, la inclinación que es el ángulo formado por los ejes literales y la limitante basal correspondiente y la forma de la escritura que es la expresión externa de la escritura, es decir, la relación espacial que configura cada uno de los grafismos.

E) Toxicología y toxicomanía

La toxicología es la ciencia que trata de los venenos⁴³. Refiere Ángel Vélez a una definición dada sobre “veneno” que lo define como una sustancia que cuando se introduce en la boca, en el estómago o es absorbida por la sangre, es capaz de afectar seriamente la salud o destruir la vida por su acción sobre los tejidos con los que entra en contacto.

Existen tres tipos de venenos e igual número de efectos. Los primeros, el agudo cuando se toma una dosis excesiva como en el caso de los suicidas, el crónico en el que se ingiere una pequeña dosis de veneno durante largo tiempo por ejemplo el arsénico y el acumulativo que es causado por un repentino aumento en la intensidad del efecto después de lentos aumentos del veneno. En cuanto a los segundos (efectos), se encuentra los locales que dañan o destruyen únicamente los tejidos con los que tienen contacto directo, los remotos que actúan solamente cuando son absorbidos por la sangre y un tercero combinación de los anteriores. Los síntomas que pueden presentarse son generalmente vómitos, convulsiones, coma, parálisis, respiración acelerada o lenta, etc.

Es necesario indicar que para buscar la causa del envenenamiento y determinar la clase y cantidad de veneno (análisis toxicológico), se emplean algunos métodos que pueden dividirse en cuatro clases:

1. Métodos físicos: se utilizan diversos instrumentos ópticos para descubrirlos y cuantificarlos
2. Métodos microscópicos: se realiza un examen microscópico en pequeñas partículas para identificarlos.

3. Métodos biológicos: son de gran sensibilidad y corroboran la presencia del veneno, se realizan generalmente con sustancias menos puras que las químicas
4. Métodos químicos: el exámen del toxicólogo consiste principalmente en un análisis químico de los órganos, excreciones o tejidos. Como los venenos son compuestos químicos, tienen propiedades en cuya base pueden ser aislados, purificados e identificados, cabe destacar que lo recolectado en el lugar donde se dio un envenenamiento o lo que se conserva después de la autopsia, deberá ponerse en recipientes limpios de vidrio.

Por otra parte la Toxicomanía se define como un estado de intoxicación periódica o crónica, engendrado por el consumo repetido de una droga natural o sintética (por ejemplo opio, heroína, morfina, cocaína, marihuana, entre otras).⁴⁴ Sin embargo, es indispensable diferenciarla de la habituación, pues en la toxicomanía se siente un deseo irresistible de seguir consumiendo droga y obtenerla de cualquier forma, una absoluta dependencia y efectos muy nocivos no solo para quien la consume sino también para la sociedad. Por el contrario la habituación sí se deriva del consumo repetido de una droga y un deseo de seguir tomándola, pero no se convierte en una necesidad irresistible.

E) Sistemas de identificación humana

Identificación es la acción de individualizar, acto que en relación con las personas equivale a reconocer de manera indubitable la personalidad física de un sujeto a partir de la primera reseña, ya sea esta antropométrica, fotográfica, dactiloscópica, odontoscópica, entre otras.⁴⁵ Es una necesidad social, una función primordial, una tarea diaria y constante, cuya importancia radica en que si no pudiéramos identificarnos habría un caos mundial y no sabríamos quien es quien o como se ubica dentro de un determinado ámbito social. Con el paso del tiempo y los adelantos en la Criminalística, surgieron nuevos métodos de identificación de

⁴³ Vélez Angel, Angel Criminalística General. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Segunda Edición, año 1983.p. 242

⁴⁴ Vélez Angel, Angel. Criminalística General, op. cit. p. 258.

⁴⁵ Ibídem., p. 116.

las personas y propiamente para quienes cometían un hecho punible, para que no pudiera escapar de la justicia.

La Dactiloscopía es el único medio de identificación en el mundo que puede llamarse infalible (claro está sin valorar los nuevos y aún en estudio –en etapas de experimentación e investigación- avances científicos y tecnológicos), no obstante, siendo que ya esta ciencia fue analizada en el presente trabajo, se hará referencia a otros métodos distintos.

También se encuentra otro sistema de identificación que se denomina antropométrico, que deriva su nombre de una serie de medidas óseas del cuerpo humano que surgió por no existir otro medio más práctico y ante una necesidad apremiante de un método de identificación⁴⁶. Se proveían de un equipo de medición muy heterogéneo y nada confiable, pues eran obvios los continuos cambios en el cuerpo humano y los mismos no eran valorados, además de un sistema de archivo con apenas generalidades (por ejemplo el tamaño de las cabezas eran grandes, medianas o pequeñas) datos muy poco creíbles y menos funcionales. Este sistema fue descartado con el tiempo por sistemas mucho más certeros y seguros como los dactiloscópicos, sin embargo hoy en día se emplean algunos datos de la filiación antropométrica para complementar la información sobre la persona en los documentos de identificación.

Además se contempla el sistema fotográfico, la necrodactilia y la identificación descriptiva o morfológica (también llamado retrato hablado), que si bien ambas presentan problemas tales como los cambios físicos que pueda realizar una persona, o las condiciones de un individuo a la hora de realizar un reconocimiento o una descripción (temor), o bien lo poco práctico que resultan archivos de ésta índole, debe valorarse la buena utilidad y el valor imprescindible que tienen por ejemplo en la emisión de tarjetas de crédito con lo que se reducen las estafas por medio de ellas, o también una identificación descriptiva clara y detallada de un individuo sospechoso de cometer un delito, puede esclarecer el caso y le serían de gran utilidad (auxiliar) a la justicia, incluso para detener otros ilícitos que se pueden dar a futuro.

⁴⁶ Vélez Angel, Angel. Criminalística General, op. cit. p. 142.

En los registros que deben tenerse de las personas y sobretodo de los delincuentes, es importante tener en cuenta además de lo supra mencionado, el consignar las características somáticas de los mismos (estructura, grosor, peso, cutis, cabello, barba, ojos, nariz, etc), así como sus datos personales como fecha y lugar de nacimiento, el nombre de sus padres, estado civil, profesión, domicilio exacto, entre otros.⁴⁷

CONCLUSIONES

El operador del derecho debe conocer las distintas disciplinas científicas y las ciencias que sirven a la Criminalística y a la Criminología en el afán de concretar exitosamente su objetivo. Con relación a la Criminología, cabe destacar que Lombroso se considera el padre o fundador de la misma, debido a que creó una verdadera ciencia que estudia las causas de la desviación de conducta y la naturaleza del sujeto desviado (ciencias naturales y morales o sociales), por lo que se considera que la Criminología estudia no solo los hechos delictivos sino las conductas desviadas del hombre en sociedad, su entorno social, características físicas, psicológicas y el tratamiento que se les debe dar en caso de que no cumplan o violen lo establecido en las reglas de conducta del conglomerado en el que están inmersos, o bien si transgreden la ley (penología, rehabilitación, reinserción, etcétera). Por otra parte, tal y como se desarrolló en la presente investigación, la Criminalística incluso desde su surgimiento y su evolución, ha recopilado una serie de procedimientos y técnicas para formar las disciplinas que las constituyen científicamente, dándole riqueza intelectual para aplicarla en la práctica, primero en el sitio del suceso, con los procedimientos indicados, los cuales provienen de la Criminalística de Campo y luego en el Laboratorio de Criminalística, ya sea en el área de Balística, Documentología, Sistemas de Identificación Humana, (Dactiloscopia, necrodactilia, fotografía, etc.) Hechos de Tránsito, entre otras técnicas forenses, en las cuales se utiliza la Química, Biología

⁴⁷ Gaspar, Gaspar. Nociones de Criminalística e Investigación Criminal. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, año 1993. p. 310.

y la Física para obtener información del testigo mudo que es la evidencia encontrada en el escenario del crimen, cumpliendo así con el principio de intercambio de Lockard. Por otra parte se analizó cada una de estas importantes disciplinas y su contribución esencial a la Criminalística y consecuentemente a la averiguación de la verdad de los hechos.

También es importante acotar las diferencias existentes entre ambas ciencias, la Criminología es una ciencia causal explicativa, mientras que la Criminalística se sitúa dentro de las Ciencias de las Pesquisas, por otra parte la Criminología estudia la causa del delito y la desviación de la conducta como aparición en la sociedad y el estudio de la persona, mientras que el objeto de estudio de la Criminalística es la evidencia física, otras diferencias son las denominadas funcionales en razón del especialista, por un lado identifica al criminólogo a diferencia del perito o investigador criminal, por último cabe destacar que existe plena diferencia en sus objetivos, pues la Criminología estudia no solo el delito como conducta humana y social sino que sobre todo estudia la conducta desviada y su aparición en la sociedad, investiga las causas de esta conducta desviada, factores positivos y negativos que ayuden a la prevención del delito y al tratamiento de la persona que presenta una conducta desviada, mientras que la Criminalística busca aportar datos científicos y técnicos para el ejercicio de la acción penal.

Para finalizar es menester resaltar que estos Departamentos auxiliares a la administración de justicia deben ser independientes, gozar de autonomía y mayores recursos humanos, técnicos y económicos, en general lo más importante es considerarlos como fuente de conocimiento importantísima en el proceso penal, ya que a través de sus resultados (dictámenes) se logra encaminar o descartar un eventual proceso que podría tardar muchos años, y así evitarse los gastos de los operadores que intervienen en él, además de la función que desempeñan esclarecedora de los hechos, claro está con la independencia de la interpretación del juez sobre los dictámenes y pruebas que evacúan.

BIBLIOGRAFÍA

- Baratta, Alessandro. Criminología y Sistema Penal. Compilación in memoriam. Director Carlos Alberto Elbert. Editorial IB de F, Buenos Aires, Argentina, año 2004.
- Brenes Acuña, Rafael y Otros. Huellas digitales y Proceso Penal. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, Primera Edición, año 1998.
- Burgos Mata, Álvaro. Revista de Medicina Legal de Costa Rica. Criminalística y Criminología, volumen 10, número 2, año 1994,
- Fraraccio, José Antonio. Medicina Legal. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, año 1997.
- Gaspar, Gaspar. Nociones de Criminalística e Investigación Criminal. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, año 1993.
- Guzmán, Carlos. Manual de Criminalística. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, año 1997.
- Hassemer, Winfried y Otro. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 1989.
- Jiménez de Asúa, Luis. Derecho Penal, Criminología y otros temas penales. Volumen II, Editorial Jurídica Universitaria, México, año 2001.
- López Calvo, Pedro y Otro. Investigación Criminal y Criminalística. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Segunda Edición, año 2003.
- Manual de Procedimientos de Investigación Criminal. Organismo de Investigación Judicial, Poder Judicial, San José, Costa Rica, año 1997
- Manual sobre el manejo del sitio del suceso, Policía Carabinera, Chile, 1999, material poligrafiado
- Maza Márquez, Miguel. Manual de Criminalística. Editorial ABC, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Cuarta Edición, año 2000
- Montero Loría, Luis. Compilación Curso Sistemas de Identificación Humana con énfasis en Lofoscopia, Colegio Universitario de Cartago, año 2002
- Montiel Sossa, Juventino. Criminalística. Editorial Limusa, México, Primera Edición, año 1984.

Moreno González, Luis, Manual de Introducción a las Ciencias Penales, La Criminalística, México, año 1988

Pinatel, Jean. Tratado de Criminología. Ediciones de la Biblioteca, Caracas, Venezuela, Segunda Edición, año 1984.

PC Ceccaldi. El aporte del Laboratorio de Criminalística a la Búsqueda de la Prueba, material poligrafiado.

Vélez, Angel. Criminalística General. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Segunda Edición, año 1983.

Villavicencio Ayala, Miguel José. Procedimientos de Investigación Criminal. Editorial Limusa, México, Primera Edición, año 1974.

Zajaczkowski, Raúl Enrique. Manual de Criminalística. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, año 1998.

<http://www.poder-judicial.go.cr> Información obtenida el día 22 de marzo del 2005. Folleto de Presentación del Departamento de Ciencias Forenses creado por: Consejo Consultivo DCF

<http://www.poder-judicial.go.cr-Medicatura Forense>. Información obtenida el día 22 de marzo del 2005, Medicatura Forense

LA PRUEBA INDICIARIA

*RONALD CORTÉS COTO*¹

ANTECEDENTES

Establecer el concepto, requisitos y valor del indicio en el proceso penal resulta indispensable para poder realizar una correcta valoración de la prueba penal.

El artículo 37, de la Constitución Política costarricense, establece la necesidad de la existencia de un indicio comprobado de haber cometido delito para poder mantener detenida a una persona.

No existe a nivel del Código Procesal Penal ninguna referencia a la prueba indiciaria en concreto, pues incluso el numeral 239 del Código citado al establecer las exigencias para el dictado de la prisión preventiva nos habla de elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente, que el imputado es con probabilidad autor de un hecho punible o partícipe en él. De manera que el Código no sigue la nomenclatura de “indicio comprobado” del que habla la Constitución Política.

Resulta necesario precisar este tipo de prueba, para establecer cuál es la naturaleza jurídica de este elemento probatorio. A partir de estos conceptos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, pretendemos determinar el alcance del significado del indicio, así como su valor probatorio.

a) Concepto:

Se entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí sólo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación

¹Juez de Casación Penal. Magister en Ciencias Penales Universidad de Costa Rica.

lógica basada en normas generales de la experiencia o principios científicos o técnicos especiales¹.

El reconocido jurista italiano Dei Malatesta señala que el indicio es una de las especies de la prueba indirecta, y se diferencia de la presunción en cuanto ésta presenta una forma de raciocinio que va de lo conocido a lo desconocido, con el auxilio del principio de identidad, en tanto el indicio va de lo conocido a lo desconocido pero a través del principio de causalidad².

Algunos autores identifican los conceptos de presunción e indicios, tal es el caso de Mittermaier, quien sostiene que estas expresiones son sinónimas en el fondo, y que el legislador y los prácticos las emplean indiferentemente. Por su parte Gianturco, se inclina por la similitud entre los indicios y las presunciones de hombre, e indica que ambos son nexos de causalidad unívoca entre el hecho conocido y el hecho desconocido o ignorado que se debe probar³.

Por otra parte, Reyes Alvarado concluye que presunciones e indicios son iguales en tanto poseen los mismos elementos estructurales, dado que están compuestas por una regla de experiencia, un hecho conocido, una deducción y una conclusión, y si la presunción es de hombre, la fuente es la misma, el Juez⁴.

Nos acogemos a la tesis mayoritaria sostenida por Dei Malatesta, y Devis Echandía, quienes sostienen que los indicios operan como base o supuesto de hecho de las presunciones y que éstas concurren en la valoración de aquellos, puesto que son principios lógicos basados en la experiencia común o en conocimientos especializados que guían el criterio del juzgador al apreciar el mérito probatorio de aquellos.

El indicio es una prueba que consiste en el hecho conocido, y la presunción judicial o de hombre consiste en el argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados que le permiten al

¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Pruebas Judiciales. Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, p. 301.

² DEI MALATESTA, Framarino Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. 4 ed, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1988, p. 252.

³ Citados por REYES ALVARADO, Yesid, La Prueba Indiciaria., Editorial Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1989, pp. 56-57.

⁴ REYES ALVARADO, Yesid. Op cit, p. 63.

juez darle valor probatorio a aquél, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata⁵.

Deben distinguirse también los indicios de las pruebas imperfectas o incompletas, que son aquellas que no llegan a formar un pleno convencimiento en el juez. Ha sido un error común incluso en nuestro ordenamiento jurídico y en algunas resoluciones, el llamar indicio a una prueba que simplemente resulta inverosímil o insuficiente para el convencimiento del juez.

Es así como no deben considerarse indicios varios testimonios sin suficiente razón de su dicho, el testimonio único, o como indica Devis Echandía, la confesión, dado que ésta es una prueba histórica representativa, al paso que el indicio es una prueba crítico-lógica⁶. Podría ser la confesión, eso sí, la prueba del hecho indiciario, lo propio ocurre con un testimonio, que dé lugar a un hecho conocido del cual mediante el proceso de raciocinio, conforme a las reglas de la experiencia, se llegue a conocer el hecho desconocido que se investiga.

La confusión que deriva del llamar indicio a la prueba imperfecta, conduce a la más oscura y tremenda confusión en el campo de las pruebas. De acuerdo con esta opinión, una misma prueba puede ser indicio o dejar de serlo, sin que nada de su naturaleza cambie. Tomando esa significación al indicio sería algo indeterminado, útil solamente para originar confusión. Al decir de Dei Malatesta, esta confusión se originó en algunos artículos de La Carolina, que enumeraban entre los indicios, la declaración de un testigo único y la confesión extrajudicial, sin tener en cuenta desde luego la naturaleza de la prueba de estos medios, sino su valor probatorio⁷.

⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit, p. 303.

⁶ *Ibid.*, p. 307.

⁷ DEI MALATESTA, Fraimarino. Op cit, pp. 252-253.

a.1. Elementos del indicio

a.1.1. El hecho indicador:

Es el hecho o fenómeno que se encuentra probado dentro del proceso judicial o dentro de la etapa investigativa previa; constituye la base fáctica del indicio con la que cuenta el abogado para empezar a elaborar la prueba indiciaria⁸.

La Sala de Casación Penal costarricense lo ha definido “*como el hecho, la cosa, circunstancia, la huella, rastro, el fenómeno, en síntesis la base fáctica, a partir de la cual puede comenzar a elaborarse toda la construcción compleja de la prueba indiciaria. Dentro de la estructura del silogismo indiciario, como ya se dijo, funciona como la premisa menor a la cual se aplica la regla de la experiencia. Al principio, cronológicamente hablando, es lo único conocido respecto de la prueba indiciaria, a lo cual se le aplica luego una regla de experiencia y se realiza el proceso de inferencia lógica. Es el hecho del que se parte para realizar la inferencia indiciaria*”⁹.

a.1.2. La regla de experiencia:

Este elemento también llamado deducción lógica requiere, para darlo por cumplido, que la deducción del hecho desconocido al conocido encuadre en un procedimiento lógico inspirado en el máximo rigor y en la más absoluta certeza¹⁰.

La Sala de Casación Penal lo concreta, con referencia a importante doctrina, como aquellas definiciones o juicios hipotéticos “*de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para*

⁸ REYES ALVARADO, Yesid. Op cit, p. 42.

⁹ Sentencia No. 1050-03 de la Sala de Casación Penal.

¹⁰ REYES ALVARADO, Yesid. Op cit., p. 50.

otros nuevos (Así, STEIN (Friedrich), El conocimiento privado del juez, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1ª edición, 1973, p.30.; en igual sentido GIANTURCO (Vito), Los Indicios en el Proceso Penal, Bogotá, Julio Romero Soto editor, 1ª edición, 1974, p.33)”¹¹.

a.1.3. El hecho indicado:

El hecho indicado no es más que la conclusión extraída como consecuencia de la deducción hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador. Es, recordando la estructura silogística del indicio, la conclusión propia de esta figura lógica¹².

Como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal: *“Para que pueda afirmarse de manera suficiente que el indicado, que la conclusión sobre la existencia de un hecho, es el resultado de una inferencia construida a partir del indicador y la regla de experiencia, debe exigirse que la relación entre indicador e indicado aparezca como clara y cierta, y no como aparente, obra de la casualidad o del azar, así como desecharse la posibilidad de que el indicador haya sido falsificado. En ese sentido, respecto de la conclusión siempre se debe plantear la pregunta de si no puede darse otra explicación posible sobre su existencia, o no existe la posibilidad de que las cosas fueran de otra manera o hubieran acontecido de manera diferente. Debe determinarse al concluir, al deducir el hecho desconocido, si no existen otras posibles conclusiones, en cuyo caso la certeza requerida para fundamentar una condenatoria decaerá, precisamente como consecuencia de que la prueba indiciaria estaría señalando solo probabilidades, en decrecimiento de su fuerza probatoria”*¹³.

¹¹ Sentencias No. 1050-03 y No. 1408-04 de la Sala de Casación Penal.

¹² REYES ALVARADO, Yesid. Op cit, p. 51.

¹³ Sentencias No. 1050-03 y No. 1408-04, de la Sala de Casación Penal.

b) Naturaleza Jurídica

La doctrina es dominante en cuanto a que el indicio es una prueba indirecta. La prueba indirecta es definida por Dei Malatesta, como aquella que tiene por objeto inmediato algo distinto del delito, y de ese objeto, mediante raciocinio, se llega al delito, refiriéndose así a este de modo mediato, o puede consistir completamente en algo diverso; entonces la prueba se llama indirecta¹⁴.

Como indica Devis Echandía, los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta. No pueden ser una prueba histórica no representativa y mucho menos directa, porque su función probatoria consiste únicamente en suministrarle al juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inferir indirectamente y mediante razonamientos crítico- lógicos, basados en normas generales de la experiencia, o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia está investigando¹⁵.

La razón o fundamento del valor probatorio de los indicios radica en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido que investiga. Este poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experiencia humana y en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos¹⁶.

El Tribunal Supremo Español le ha llamado a esta prueba indirecta, circunstancial o indiciaria, y la considera capaz de destruir la presunción de inocencia (Así sentencias del Tribunal Supremo del 18 junio de 1998 y 22 de junio de 1998)¹⁷.

¹⁴ DEI MALATESTA, Framarino. Op cit, p. 179.

¹⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit., p. 302.

¹⁶ Ídem, p. 308.

¹⁷ Citadas por PASTOR ALCOY, Francisco. Prueba de Indicios, Credibilidad del Acusado y Presunción de Inocencia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2003, pp. 38-39.

c) Requisitos para su eficacia probatoria.

c.1 Pluralidad:

La pluralidad de los indicios ha sido uno de los requisitos que con mayor énfasis han exigido la doctrina y la jurisprudencia, para darle validez como prueba y capacidad de fundar con base en estos juicios de certeza.

En este sentido, el Tribunal Supremo Español, ha establecido que *“han de existir unos hechos básicos que, como regla general, han de ser plurales, concomitantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a este medio probatorio su eficacia, ya que ordinariamente de ella (de esa pluralidad) depende su capacidad de convicción. Todos y cada uno de estos hechos básicos, para que puedan servir como indicios, han de estar completamente acreditados”*. Este mismo Tribunal ha establecido la necesidad de al menos dos o más indicios no constitutivos en sí de delito, de los que racional y lógicamente, no de manera arbitraria, puedan inferirse (la deducción no es suposición) la realidad de los hechos criminales objeto de la correspondiente investigación (Así sentencias del Tribunal Supremo Español del 30 de abril de 2001 y 31 de enero de 1994)¹⁸.

Nuestra Sala de Casación Penal ha seguido el mismo criterio, con relación a la necesidad de una pluralidad de indicios; es decir, que sean graves, precisos y concordantes para arribar a un juicio de certeza. Refiriéndose específicamente al indicio de la huella digital del imputado encontrada en el lugar del hecho, se dijo lo siguiente: *“El único elemento probatorio que se encuentra en el expediente es la existencia de huellas dactilares del imputado en una ventana de la casa en donde habita la ofendida, lo cual es un mero indicador equívoco, anfibológico y aislado, que sometido al análisis lógico requerido para la prueba indiciaria, no permite*

¹⁸ Ídem, pp. 40-41.

arribar a una conclusión de certeza sobre la autoría del ilícito acusado...: Generalmente se afirma que los indicios para servir de base a una sentencia condenatoria deben ser graves, precisos y concordantes. En realidad con ello se hace referencia a requisitos respecto del hecho indicador. En el caso de indicadores de carácter contingente, es decir de aquellos que no permiten un proceso deductivo concluyente, mediante el cual se excluya la duda respecto de la conclusión sobre el hecho desconocido, se exige un concurso, una pluralidad de indicadores para poder arribar a la certeza sobre la comisión del delito... En cuanto al punto concreto que acá se analiza, la huella digital localizada en la celosía, como indicador, debe ser sometido a una regla de experiencia propia de un conocimiento técnico sistematizado (la dactiloscopia o lofoscopia), para extraer una conclusión sobre un hecho desconocido, en este caso la autoría o participación del imputado H. H. M. en el delito de robo acusado. La regla de experiencia aplicable puede ser enunciada de la siguiente manera: las huellas digitales son prácticamente únicas e irrepetibles para cada ser humano, su impresión en un objeto determinado evidencia la presencia del sujeto que las porta en el lugar donde ese objeto se encuentra (BRENES ACUÑA (Rafael), CHAVARRÍA GUZMÁN (Jorge) y RESCIA CHINCHILLA (Juan), Huellas digitales y proceso penal, San José, Editorial Jurídica Continental, 1ª edición, 1998, pp.75-76). Si se realiza la operación lógica antes mencionada, la huella en la celosía (coincidente con las muestras tomadas al imputado H. H. M.) del domicilio de M. A. Z. M., al ser sometida a la regla de experiencia referida, sí permite concluir, sin lugar a dudas, que el imputado H. H. M. estuvo en el lugar donde se encontraba la celosía. Sin embargo, de ella no se puede concluir indubitablemente, el momento en que estuvo en dicho lugar, ni mucho menos su intervención en la sustracción acusada¹⁹.

El mismo criterio ha externado el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Al respecto en un caso en que el imputado poseía los semovientes sustraídos consideró lo siguiente: “Se agrega, además, que otra

¹⁹ Sentencia No. 1050-03 de la Sala de Casación Penal.

circunstancia indiciante " ...lo es entonces el hecho de que el imputado tubo (sic) bajo su poder desde el momento mismo de la sustracción los animales que fueron sustraídos al ofendido, y hasta que este (sic) los recuperó " (mismo folio). Como resultado de lo anterior, estima el juzgador que la prueba es unívoca, o sea, no da opción de fijar conclusiones alternativas, pues según su criterio todos los elementos conducen a demostrar la conducta del reo y su participación en los hechos. No obstante, al examinar las argumentaciones del a quo, considera esta Cámara que si bien se acredita que el imputado tenía las reses del ofendido en su poder, sin embargo, no se explican con claridad las razones por las cuales se determinó que fue él quien sustrajo ese ganado. Nuestro sistema jurídico-procesal permite, sin lugar a dudas, la demostración de un hecho a través del método indiciario y el Tribunal no pretende restarle validez como posible sustento de una condenatoria, pero es indispensable contar con indicios claros, precisos y concordantes entre sí, que conduzcan a una conclusión unívoca, ajustada a las reglas del correcto entendimiento humano. Sin embargo, en el presente caso, el Juez se limitó a enumerar algunas circunstancias que consideró relevantes para resolver el asunto por la vía indiciaria, pero sin relacionar esos aspectos suficientemente entre sí, omitiendo consignar los motivos por los cuales estimó que conducen en forma unívoca a la conclusión de que el imputado fue quien sustrajo las reses. Nótese que ni siquiera se indica de qué manera fueron sacados los semovientes de la finca donde se hallaban, ni se afirma -con certeza derivada de la prueba- que los animales que iba arriando el encartado en horas de la noche fueran los del ofendido, extremo que, pese a ser medular, está basado en una mera suposición. En otras palabras, los indicios no aparecen analizados en su conjunto, ni vinculados lógicamente entre sí, omitiéndose demostrar más allá de toda duda razonable que el acusado Peña Pomares es la persona que hurtó las reses propiedad del ofendido²⁰.

Asimismo, Devis Echandía justifica esa necesidad de pluralidad de los indicios dado que es una prueba que se basa en principios de causalidad y la analogía, de acuerdo con la manera ordinaria o corriente (pero no inexorable)

²⁰ Tribunal de Casación Penal Segundo Circuito Judicial de San José, Voto 21-f-1999.

como se suceden ciertos hechos físicos o actúan las personas humanas (según se trate de fenómenos materiales, morales o síquicos), es lógico que uno solo representa apenas un argumento de probabilidad, más o menos mayor, según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga, negándole la doctrina al indicio contingente el valor de plena prueba. Aunque este autor indica acertadamente, que no es posible imponer un número determinado de indicios para que opere la eficacia probatoria del indicio, eso sólo lo podrá decidir el juez en cada caso concreto²¹.

Una pluralidad de indicios, puede convertirse si apuntan todos ellos en una misma dirección, en una prueba inequívoca, en la medida que su conjunto coherente elimine toda duda razonable sobre el hecho consecuencia y genere un estado de certeza moral objetivamente justificable sobre la realidad de tal hecho.

En la valoración de los indicios hay que cuidarse de no contar como indicios diferentes, hechos similares de los que se extraen las mismas presunciones. Así, dice Gorphe, si varias huellas encontradas en un cierto número de objetos se refuerzan sin duda, como ya lo hemos observado; pero sí son similares, sólo repiten la misma presunción de presencia sin que su número permita ir más adelante. En estos casos, dice Gorphe, hay varios indicios mediatos, que sólo dan un indicio inmediato; refuerzan el mismo motivo de sospecha, pero no hacen adelantar la prueba de culpabilidad²².

La única excepción a la regla de la pluralidad de los indicios resulta ser el caso del indicio necesario, el cual se da cuando dado tal hecho indicador, necesaria e inequívocamente se produce como efecto –o tiene como causa– otro hecho. Son aquellos que revelan ciertamente, una determinada causa, cuando existiendo el uno categóricamente tiene que afirmarse que también existió el otro; es decir, que al partir de la base de su prueba, no puede este tipo de indicios dar margen a dubitaciones, dudas e incertidumbres, sino que la conclusión fatalmente tiene que ser así y no de otra manera²³. Se trata en resumen de un indicio que por

²¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit, p. 323.

²² GORPHE, Francois. La Apreciación Judicial de las Pruebas. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1967, pp. 360-361.

²³ REYES ALVARADO, Yesid. Op cit., pp. 82-83.

sí solo pueda llevar a la certeza del hecho investigado, lo cual es sumamente extraño.

El Tribunal Supremo Español, da un ejemplo de ellos, e indica que *“Excepcionalmente pueden existir supuestos concretos en que al efecto baste con un solo indicio por su especial valor de convicción, como ocurre en los casos en que, para el delito de posesión de drogas para el tráfico, es necesario acreditar ese destino (el tráfico), y se utiliza como hecho básico en la correspondiente prueba de indicios, el de la cuantía de la sustancia tóxica poseída que, cuando rebasa determinados límites diferentes según la clase de droga y demás circunstancias concretas vale por sí solo para dejar de manifiesto ese destino”* (Sentencia Tribunal Supremo Español del 21 de noviembre de 2000)²⁴.

c.2. Hechos obtenidos por prueba:

Existe coincidencia en la doctrina, en el sentido de que el hecho base del indicio (hecho conocido o indicador) debe estar debidamente demostrado para que podamos hablar de un indicio.²⁵ Lo anterior, tiene sustento en tanto no podríamos deducir de un hecho no probado con certeza, un hecho desconocido a través del proceso de razonamiento lógico que implica la utilización de este tipo de prueba.

Sin embargo, la doctrina está dividida en cuanto a la naturaleza de la prueba exigible para demostrar el hecho indicador. Algunos afirman que el indicio debe estar demostrado por prueba directa, de manera que un indicio no puede ser la prueba de otro indicio²⁶. El fundamento de esta afirmación es que el indicio de ordinario es contingente, es decir sólo lleva a la probabilidad y no a la certeza.

La doctrina más moderna sostiene en cambio, que no existen razones válidas para sostener que el indicio no pueda ser demostrado con otros indicios²⁷.

²⁴ Citada por PASTOR ALCOY, Francisco. Op cit, p. 41.

²⁵ GORPHE, Francois, Op cit, p. 262; PASTOR ALCOY, Francisco, Op cit, p. 42; DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit, p. 311; REYES ALVARADO, Yesid. Op cit, p 42; DEI MALATESTA, Framarino. Op cit, p. 279.

²⁶ DEI MALATESTA, Framarino, Op cit, p. 279; PASTOR ALCOY, Francisco, Op cit, p. 42.

Al respecto, Devis Echandía sostiene que bien con un indicio necesario o con varios indicios graves, precisos y concordantes, un indicio puede adquirir carácter de plena prueba en cuanto a un determinado hecho. Este autor, cita como ejemplo, el caso del hecho indiciario de enemistad grave del imputado o sindicado con la víctima de un homicidio. Ese hecho puede aparecer demostrado por otros indicios plenamente demostrados, que hagan inferir con certeza aquella enemistad, por ejemplo: injurias graves cruzadas una vez, agresión de hecho ocurrida en otra ocasión, amenazas serias producidas en otro momento, etcétera²⁸.

Igual posición sostiene Reyes Alvarado, cuando indica que tanto los indicios necesarios que suponen una conclusión absolutamente cierta a partir de premisas verdaderas e indiscutibles, como los indicios no necesarios, cuando son valorados en conjunto pueden alcanzar categoría de plena prueba, y por ende demostrar de forma irrefutable un hecho indicador²⁹.

c.3. Inferencia o razonamiento:

Es la operación de razonamiento que debe realizar el juzgador para extraer de un hecho conocido y como dijimos demostrado, un hecho desconocido, lo cual se logra a través de las reglas de la experiencia y de los conocimientos científicos. Entre el hecho indiciario y el hecho delictivo ha de existir una conexión natural que permita efectuar la inferencia sin ninguna otra posibilidad, y según la jurisprudencia española, se ha de expresar por qué se acepta una y se rechaza la otra. El Tribunal Supremo español ha dicho en cuanto a ese razonamiento: *“Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas del raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios. Todo puede valer en*

²⁷ DOHRING, Erich. *La Prueba, su Práctica y Apreciación*. Editorial EJEA, Buenos Aires, Argentina, 1972, p. 322; REYES ALVARADO, Yesid. Op cit, p. 50; DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit, p. 312; MUÑOZ SABATE, Luis. *Técnica Probatoria*. Editorial Praxis, Barcelona, España, 1983, p. 191.

²⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit, pp. 312-313.

²⁹ REYES ALVARADO, Yesid. Op cit, p. 50.

cada caso para establecer este raciocinio. Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar, a fin de aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba. Para ello ordinariamente, como antes se ha dicho, se necesita una pluralidad de hechos básicos que todos ellos, apreciados en su globalidad, no estudiados uno a uno, nos conduzcan al hecho consecuencia, por ser concomitantes entre sí y por hallarse relacionados unos con otros en esa perspectiva final que es la acreditación de un dato que de otro modo no puede quedar probado” (Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 30 de abril de 2003)³⁰. El mismo Tribunal citado ha establecido que “ ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa, que pudiera reputarse razonablemente, compatible con esos indicios, y a tal fin normalmente habrán de examinarse la coartada o explicaciones ofrecidas por el acusado” (Sentencia del Tribunal Supremo español, del 10 de junio de 2003)³¹.

Un ejemplo del razonamiento que debe emplearse al construir un indicio, es citado por Reyes Alvarado, quien refiere que si en la escena del delito, se encuentra la huella digital de una determinada persona, puede esgrimirse en su contra el indicio de presencia en el lugar de los hechos, pues al colocar la primera falange de un dedo de la mano sobre una superficie lisa (lo cual sería una causa), quedan sobre ella pequeños surcos y crestas que conforman la huella digital (efecto del contacto entre dedo y soporte).

c.4. Que el hecho tenga alguna significación probatoria respecto del hecho investigado:

Dado que el silogismo que se debe seguir en la valoración de la prueba indiciaria parte de un hecho conocido del cual a través de una regla de experiencia

³⁰ Citada por PASTOR ALCOY, Francisco. Op cit, p. 43.

³¹ Ídem, p. 43.

se va a determinar un hecho desconocido, como indica Devis Echandía, resulta obvio que si a pesar de haberse probado plenamente un hecho el juez no encuentra conexión lógica entre éste y el otro hecho desconocido que investiga, el primero no puede tener el carácter de indicio porque ninguna significación probatoria puede tener respecto del segundo. Es indispensable que de él sea posible obtener la inferencia lógica que conduzca al hecho que se investiga (en virtud de la conexión necesaria o probable que entre ellos exista). Precisamente la mayor o menor fuerza probatoria del indicio depende del mayor o menor nexo lógico que exista entre aquél y el hecho desconocido que se pretende demostrar³².

Esa significación probatoria respecto del hecho investigado varía en cada indicio desde el mínimo hasta el máximo grado, en escala imposible de predeterminar. El hecho indicado puede aparecer en virtud de los indicios válidamente probados, como apenas remotamente posible, o como menos probable que improbable, o como tan probable como improbable, o como muy probable, o como seguro y cierto³³.

d) Fuerza probatoria del indicio

d.1. Contingentes:

La doctrina en general clasifica principalmente los indicios en CONTINGENTES Y NECESARIOS. Los indicios contingentes son aquellos que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto, se fundan en una relación ordinaria de causalidad³⁴.

Hemos mencionado ya que, con excepción del indicio necesario, el cual resulta ser particular, el indicio contingente para arribar a la certeza de la existencia del hecho investigado requiere de una pluralidad de indicios.

Así lo entiende la Sala de Casación Penal, cuando indicó. *“En el caso de indicadores de carácter contingente, es decir de aquellos que no permiten un*

³² DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit, p. 314.

³³ Ídem, p. 316.

³⁴ DEI MALATESTA, Framarino. Op cit, p. 259.

*proceso deductivo concluyente, mediante el cual se excluya la duda respecto de la conclusión sobre el hecho desconocido, se exige un concurso, una pluralidad de indicadores para poder arribar a la certeza sobre la comisión del delito*³⁵.

No basta con la existencia de varios indicios contingentes para establecer la existencia del hecho desconocido o indicado. Se requiere que esos indicios sean graves, precisos y concordantes. Siguiendo el criterio de nuestra Sala de Casación Penal, podemos decir que la *gravedad* del hecho indicador *“hace referencia al efecto serio que este tenga en el ánimo del juzgador porque existiendo el hecho conocido, puede deducirse la existencia del hecho desconocido o indicado”*³⁶.

Para Reyes Alvarado, la gravedad no es un requisito necesario, por cuanto se trata solamente de una de las varias categorías que con base en su apreciación pueden mencionarse, y agrega el autor que incluso los indicios leves pueden llegar a tener gran fuerza probatoria suficiente para dictar providencias de fondo³⁷.

En cuanto a la *precisión*, la Sala de Casación Penal también ha indicado que para que los indicadores sean precisos *“y puedan permitir una sentencia condenatoria por vía deductiva deben conducir de manera inequívoca a una sola conclusión, a un mismo resultado, y no a varias conclusiones. Es lo que se denomina univocidad del indicio, en tanto que el hecho indicador no puede relacionarse con otro hecho que no sea el “indicado” o juzgado. Si el hecho indicador permite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado, o no es obstáculo para ella, nos encontraremos ante un indicio anfibológico”*³⁸.

Así también, Reyes Alvarado indica que la precisión no es un requisito del indicio, dado que sólo los indicios necesarios conducen a conclusiones inequívocas, y que por el hecho de que un indicio no conduzca a ese tipo de conclusiones, no pierde el carácter de prueba, simplemente nos llevan a meras probabilidades³⁹.

³⁵ Sala de Casación Penal, sentencia No. 1050-2003.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ REYES ALVARADO, Yesid. Op cit, p. 70.

³⁸ Sentencia No. 1050-03 de la Sala de Casación Penal.

³⁹ REYES ALVARADO, Yesid. Op cit, p. 70.

Coincidimos con Reyes Alvarado en cuanto a que la falta de gravedad o de precisión en un indicio no le quita el carácter de tal al mismo; sin embargo, nuestra Sala de Casación Penal, y en general la doctrina, exigen la gravedad, la precisión y la concordancia entre varios indicios contingentes para poder arribar a la certeza sobre la existencia del hecho indicado, no para que exista un indicio.

La *concordancia*, por su parte, quiere decir que los hechos indicadores estén encadenados o en íntima conexión con el hecho por probar que dentro de ese fin esos hechos no se confundan, rechacen o contradigan unos con otros, que cada uno de ellos en forma lógica y por distinta vía confluyan a lo que se quiere demostrar⁴⁰.

La Sala de Casación Penal coincide con esta definición e indica que *“la concordancia de los indicios se hace referencia a que ante una pluralidad de hechos indicadores estos no deben contradecirse entre sí. Un hecho indicador debe concordar o ensamblar entre sí de manera coherente con otros indicadores, sólo puede explicar al indicado, si no contradice los otros indicadores existentes”*⁴¹.

d.2. Necesarios:

Como ya adelantamos, los indicios necesarios son aquellos que por sí solos pueden llevar a la certeza de la existencia del hecho investigado. En este sentido, Dei Malatesta los define como aquellos que revelan en forma cierta una causa determinada y que se fundan en una relación constante de causalidad⁴². Son sumamente raros de observar y, de existir, se basarán principalmente en reglas técnicas o científicas que lleven a que, de un solo indicio, se derive una conclusión inequívoca.

⁴⁰ Ídem, p. 71.

⁴¹ Sala de Casación Penal, sentencia No. 1050-2003.

⁴² DEI MALATESTA, Framarino. Op cit, p. 259.

d.3. Contraindicios:

Otro de los requisitos para la eficacia probatoria de esta prueba es la ausencia de contraindicios y de motivos infirmantes de las inferencias que de ellos se obtienen, que le quiten convicción a los primeros. Según Devis Echandía, se entiende por contraindicios los hechos indicadores de los cuales se obtiene una inferencia contraria a la que suministran otros indicios; por ejemplo, éstos indican la responsabilidad del sindicado y aquellos la disminuyen o la hacen improbable o crean la probabilidad de que el verdadero autor del delito sea otra persona o indican más concretamente su inocencia. Cuando resultan probados hechos indicadores y contraindicios respecto del hecho desconocido que se investiga, sin que sea posible desechar razonablemente unos u otros en virtud de su calidad intrínseca, el conjunto queda desarticulado, se rompe su conexión y unidad, desaparece su concurrencia y convergencia y no podrá obtenerse de ellos el pleno convencimiento⁴³.

Para Dei Malatesta, el contraindicio no es solamente un indicio que se opone a otro, sino una prueba cualquiera que se opone a un indicio; en resumen, es la prueba que infirma el indicio⁴⁴. Para el mismo autor, los motivos infirmantes son aquellos que son inherentes al indicio en sí mismo considerado y surgen a veces de la consideración de la subjetividad del indicio, y siempre de la consideración de su contenido. Son los motivos para no creer⁴⁵.

Debe indicarse, que Devis Echandía ilustra de manera precisa los motivos infirmantes, e indica que es frecuente que un mismo hecho indiciario se preste a diversas inferencias que conduzcan a distintos resultados, por ejemplo, el hecho probado de que en determinada máquina de escribir se haya elaborado la misiva utilizada para un chantaje o una extorsión, puede significar que ésta fue escrita por el dueño de esa máquina, por uno de sus empleados, o por un tercero que visitó la oficina donde se encontraba. Lo propio se aplica a la pluralidad de indicios, deben

⁴³ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit, p. 326.

⁴⁴ DEI MALATESTA, Framarino. Op cit, p. 273.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 273.

descartarse razonablemente las otras posibles conclusiones que de ellos puedan inferirse, para darles valor de plena prueba.

Es obvio, que mientras no se hayan descartado razonablemente esas diversas hipótesis probables y esos argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, mediante la crítica de cada indicio y contraindicio y de su conjunto, no puede el juez adquirir el convencimiento indispensable para darles valor de plena prueba, porque no se cumplirán los requisitos de que sean graves, precisos y concordantes⁴⁶.

Concluyendo, podemos decir que el indicio por no ser un elemento de prueba independiente, sino que deriva a su vez de otros elementos probatorios (testimonios, documentos, pericias), no fue objeto de regulación en nuestra ley procesal, lo cual a nuestro juicio no genera consecuencia alguna, pues dentro de un sistema de libre convicción o sana crítica en la valoración de la prueba, corresponderá al juzgador extraer de los elementos de prueba recabados, hechos ciertos que analizados bajo la luz de un razonamiento lógico, den lugar al conocimiento de un hecho desconocido.

⁴⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op cit., pp. 327-328.

BIBLIOGRAFIA

DEI MALATESTA, Framarino. Lógica de las pruebas en materia criminal. 4 ed, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1988.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de pruebas judiciales. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina

DOHRING, Erich. La prueba, su práctica y apreciación. Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1972.

GORPHE, Francois. La apreciación judicial de las pruebas. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1967.

MUÑOZ SABATE, Luis. Técnica probatoria. Editorial Praxis, Barcelona, España, 1983.

PASTOR ALCOY, Francisco. Prueba de indicios. Credibilidad del acusado y presunción de inocencia. Editorial Tirant to Blanch. Valencia, España, 2003.

REYES ALVARADO, Yesid. La prueba indiciaria. Editorial Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1989.

Sentencias

1050-2003 Sala Tercera.

1408-2004 Sala Tercera.

21-F-99 Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.

Sección de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-León)

UNIVERSIDAD DE LEÓN DE NICARAGUA
(BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN)

LA SUJECCIÓN ESPECIAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD EN LA
LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE
(BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN)



UNIVERSIDAD DE LEÓN DE NICARAGUA

BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN

DOCTOR EN DERECHO

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NICARAGUA (UNAM-LEÓN)

El origen de la Universidad de Nicaragua se remonta al año 1680 con la fundación de del Colegio Seminario San Ramón, el 15 de diciembre de 1680 gracias al celo del Obispo Andrés Navas y Quevedo, nacido como fruto del Concilio de Trento, en actitud defensiva contra el protestantismo europeo (Arellano (1973, p.43), el cual era sostenido por los diezmos y contribuciones del obispado de León y el producto de una encomienda de Nindirí, luego que se crearan en León las cátedras de Latinidad y Lenguas Indígenas impartidas por los Presbíteros y Licenciados Antonio Díaz de Expliella y Cristóbal Gutiérrez en 1678. Con el apoyo de los obispo del siglo XVIII, el dominicano Agustín Morel de Santa Cruz, los españoles Esteban Lorenzo de Tristán y Juan Félix de Villegas y los nicaragüenses Juan Carlos Vílchez y Cabrera y José Antonio de la Huerta y Caso, se aumentan sus cátedras y se proyecta a las demás provincias del Reino de Guatemala, especialmente en Costa Rica (Salvatierra, 1939. P.214).

En Nicaragua, al igual que el resto de países Latinoamericanos, la Universidad nació y dio sus primeros pasos por la Iglesia, pues el Obispo Navas y Quevedo, desde Baza, España, no sólo llegó a gobernar la Diócesis sino también, a derramar empeñosamente la luz de la enseñanza, la difusión de los conocimientos humanos y divinos y no sólo fundó el Colegio sino que lo mantuvo mediante la contribución de los clérigos de su Diócesis. Además, hizo gestiones ante el Rey Carlos II para que dotara la cantidad de doscientos pesos anuales para las cátedras de Gramática y Moral mediante Cédula expedida el 15 de julio de 1683 (Montalván, 1950.p. 9).

El Colegio se estableció en un edificio construido para su funcionamiento, con una arquitectura propia de la época, pero fue destruido por un temblor el 7 de marzo de 1752; su reconstrucción fue inmediata y el 8 de junio de 1753 fue inaugurado el nuevo edificio siendo su primer Rector don Bernardino Valdivia

quien mantuvo un progreso ascendente tanto en la cantidad de estudiantes como en como en el aumento de cátedras, pues ya se impartía Gramática, Moral, Latín, Teología, Filosofía, Leyes, Sagrados Cánones, Aritmética, Álgebra, Geometría, Física y se llegó a establecer la cátedra de Medicina y Cirugía. El empeño del Seminario era grande por su enseñanza, sus cátedras para aquellos tiempos fueron eficientes, pero como no estaba autorizado para extender títulos, todo el que estaba bajo sus aulas si quería obtener el grado superior debía ir forzosamente a la Universidad de Guatemala, ya que era la única autorizada legalmente para extender título de licenciatura.

Entre los estudiantes de aquella época se destacan los nicaragüenses Rafael Agustín Ayestas, Francisco Chavarría, Tomás Ruiz, Francisco Ayerdis, Nicolás Buitrago, y Manuel López entre otros, quienes primero fueron discípulos y luego profesores, muchos de ellos fueron alma y nervio de la Universidad naciente. En 1787 asume el rectorado Rafael Agustín Ayestas, con él, el Seminario Conciliar recibió un nuevo impulso y en 1799 cuando ya el Seminario contaba con varias cátedras se pedía para él la facultad de dar grados académicos con las mismas prerrogativas de la Universidad de San Carlos de Guatemala; el 3 de noviembre de 1799 el Ayuntamiento de Cartago aprobó la iniciativa expuesta por Francisco Ruiz de Santiago, Procurador General de la Provincia de Costa Rica (Blanco, 1967.p.215), a fin de que el Seminario expidiera grados menores, previo los exámenes correspondientes, por medio del Señor Obispo.

Se hizo la consulta a Guatemala y el 19 de noviembre de 1803 emitió un informe muy favorable el que fue elevado a la Real Audiencia el 20 de octubre de 1804, luego el 18 de agosto de 1806 el Rey Carlos IV emitió el Decreto en el que se autorizaba la petición y la Real Audiencia procedió a reglamentarlo y a ordenar su cumplimiento. El Rector Ayestas satisfecho por su logro, solicitó el 7 de julio de 1807 usar como sello del plantel las armas reales y fabricar una cátedra de caoba para ser usada en las solemnidades públicas (Montalván, 1950.p.10), quizás por esto se pueda pensar que la Universidad de León nació el 18 de agosto 1807.

La primera preocupación del Rector Ayestas, dice Carlos Tünnerman Brnheim, (presentación a la obra de Jorge Eduardo Arellano), fue tratar de superar las grandes limitaciones económicas de que adolecía el Seminario desde hacía más de un siglo, con grave perjuicio para la enseñanza, pues ya en 1803 habían dejado de existir las cuatro cátedras creadas y sostenidas por el Obispo Huerta y Caso entre ellas la de Medicina y Cirugía, de ahí que se dedicó a buscar recursos para la dotación de las cátedras, la reparación y ampliación del edificio, la adquisición de mobiliario, el enriquecimiento de la biblioteca, etc. Después vendrían sus infatigables gestiones para que se autorizara al Seminario extender grados mayores, con la finalidad de transformarlo en Universidad.

Desde 1807 León comenzó a tener una vida universitaria continua y ya en 1808 se empieza a extender título de bachiller en Filosofía al mulato Francisco Fonseca. Pero el 4 de julio de 1809 muere el Rector Ayestas, sin embargo, el obispo Fr. Nicolás García Jerez, activo propulsor de la Universidad, continúa la gestión para convertir en completa la Universidad que funcionaba, como Universidad Media, en el Seminario.

Examinado el testimonio remitido por García Jerez a fine de 1811, se expidió el Decreto el 10 de enero de 1812, el cual en su parte esencial decía que atendiendo las Cortes Generales y Extraordinarias a las circunstancias particulares en que se halla el Seminario de León de Nicaragua y las ventajas que en general resultan a la nación de fomentar los establecimientos de educación pública decretan que en el Seminario de León de Nicaragua se erigirá en Universidad con las mismas facultades de las demás de América (Arellano, 1973.p.56) y agregaba que el Consejo de Regencia de la misma Corte ordenaría el plan que regiría dicha Universidad.

De la fecha de expedición del Decreto y su reglamentación en 1813, transcurrieron tres años para que la Universidad funcionara a plenitud, ya que el Decreto exigía requisito indispensables que debían subsanarse para su funcionamiento, los cuales superados satisfactoriamente la Universidad de León quedó plenamente en funciones a partir del 24 de agosto de 1816, según acta de fundación de esa fecha, siendo su primer Rector de la Universidad plena el Pbro.

Francisco Ayerdis (Montalván, 1950. P.12 y ss.). Su organización, como se desprende de la lectura del Acta era semejante a la de las Universidades europeas y latinoamericanas como la de México, Guatemala, Perú que fungieron bajo el supremo mando de un Cancelario.

Esta institución no pudo obtener sus propias constituciones durante el período transcurrido desde 1816 hasta 1921 y se rigió con las de la Universidad de Guatemala; sencillamente respondía a nivel ideológico a la base productiva del país, aún inalterable. Ante la segunda intervención de los marines en 1926 los universitarios leoneses respondieron patrióticamente protestando por ella y apoyando la resistencia nacionalista del General Augusto C. Sandino entre 1927 y 1932.

El 27 de marzo de 1947, mediante Decreto, fue elevada la Universidad, al rango nacional y en 1949 se transforma en Universidad Nacional de Nicaragua (UNN) conservando su estancamiento estructural, pues dependía en forma directa del Estado, lo que obstaculizaba el desarrollo de nuevos valores e inquietudes, ya que era servil con el partido y las personas del gobierno de los Somoza y ajena a los problemas nacionales, es decir, permanecía cerrada a una renovación. Sin embargo se dieron en ella algunas iniciativas, siendo la más importante la creación del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales (CEJIS).

El CEJIS que desde 1952 se había enfrentado a la Rectoría e incluso al mismo Presidente de la República (Arellano, 1973. P.164), se propuso plantear la necesidad de la autonomía docente, económica y administrativa que fue autorizada, dentro del contexto de modernización económica que impulsaría el auge algodonero de los años cincuenta, por Decreto Ejecutivo del Presidente Luis Anastasio Somoza D, quien había nombrado como Rector en 1957 al Dr. Mariano Fiallos Gil un destacado intelectual, condicionando éste, su aceptación al cargo, si se le otorgaba la autonomía a la Universidad.

El otorgamiento de la autonomía llevó a la Universidad a iniciar un auténtico proceso de transformación orgánica e ideológica y una decidida apertura humanística, cambiando el viejo lema **“Sic itur ad astra”** que aún se conserva en la entrada principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por el

comprometido y progresista lema **“A la Libertad por la Universidad”**. Paralelamente con la autonomía, surgió el movimiento estudiantil revolucionario, que tendría entre sus líderes a Carlos Fonseca Amador fundador del Frente Sandinista de Liberación Nacional en 1961.

La Universidad de León desde sus orígenes siempre mantuvo una estrecha relación con la educación costarricense. Entre los graduados costarricenses sobresalieron Florencio del Castillo, Juan de los Santos Madriz, José María Peralta, Félix Esteban de Hoces y Calvo, José María Esquivel, Manuel Alvarado, Joaquín Rivas, José Argueda, Joaquín García, José María Porras, Luciano Alfaro, Félix Romero, Joaquín Flores y otros (González, 1921. P. 22), muchos de los cuales fueron destacados profesores de la nueva Universidad y del Seminario como Florencio del Castillo quien fue profesor de Geometría en 1802 y de Filosofía en 1803, donde también ocupó el cargo de Vice-Rector del Seminario.

Actualmente esa relación se ha profundizado desde el punto de vista académico e investigativo con la UCR, principalmente con la Maestría en Ciencias Penales que coordina el Profesor Dr. Javier Llobet y la Maestría en Criminología y Seguridad Ciudadana que recientemente terminó en nuestra Universidad, la que contó con el apoyo de los académicos de la UCR. Hoy la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales le ha asignado, a la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN-León), una sección para que pueda difundir su pensamiento científico y jurídico

BIBLIOGRAFÍA

- Arellano, Jorge Eduardo (1973). *Reseña Histórica de la Universidad de León*. León, Editorial Universitaria.
- Blanco Segura, Ricardo (1967). *Historia Eclesiástica de Costa Rica*, San José. Imprenta Lehmann.
- González, Luis Felipe (1921). *Historia de la influencia extranjera en el desenvolvimiento educacional y científico de Costa Rica*. San José. Imprenta Lehmann.
- Montalván, José H. (1950) *Vida Universitaria de Nicaragua*, Managua, Talleres Nacionales.

- Salvatierra, Sofonías (1939) La fundación del Seminario San Ramón y la Universidad de León, Managua, Tipografía Progreso.

LA SUJECIÓN ESPECIAL DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN

DOCTOR EN DERECHO

*PROFESOR TITULAR DE TIEMPO COMPLETO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
NICARAGUA (UNAN-LEÓN)*

I. INTRODUCCIÓN

La materia penal y penitenciaria es especialmente rica en principios informadores derivados de las grandes declaraciones de derechos humanos y no puede ser de otra forma, si se toma en cuenta que la pena y especialmente la pena de prisión, son las intervenciones estatales más duras sobre los derechos fundamentales. Por eso sus límites, deben ser especialmente rigurosos y se establecen en textos, tanto nacionales como internacionales, que tienen su referente último en el respeto de la dignidad humana (arto.5.Cn.).

Es desde esta perspectiva, que se producen las primeras reformas de las leyes penales en nuestro país, creándose la figura del juez de ejecución de la pena y vigilancia penitenciaria (arto.403 C.P.P), a fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 27 de la Constitución; en atención al estado de privación de libertad en que se encuentran las personas que cumplen este tipo de condenas y admite que los derechos constitucionales de la mismas, pueden ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes, a esto se debe a que exista una relación de sujeción especial sobre los privados de libertad (arto.407 C.P.P.).

Se ha identificado una relación especial de sujeción, dice Gómez Pavejeau (2007,p.27) que surge entre el Estado y las personas privadas de libertad internadas en un centro carcelario, la cual tiene ya una importante configuración en la jurisprudencia constitucional.

II. RELACIÓN DE SUJECCIÓN ESPECIAL SOBRE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD

La Administración Pública dispone de potestades, que no son más que poderes de acción para la satisfacción de los intereses públicos que las normas atribuyen a aquella y que implica sujeción jurídica para los administrados destinatarios de los actos dictados, en el ejercicio de esas potestades. La doctrina ius-administrativa ofrece múltiples clasificaciones y clases: reglamentaria, sancionadora, organizativa, etc.; una de esas clasificaciones responden al criterio del grado de incidencia que la potestad tiene en la esfera jurídica de los ciudadanos y distingue entre potestades las siguientes:

- De supremacía o sujeción general. La que deviene de la condición general de ciudadano y en las que éste tiene, frente a la administración, todas las garantías que se deducen del marco de derechos que le otorgan la Constitución y las Leyes (arto.407.4.C.P.P).
- De supremacía o sujeción especial. En ésta, el administrado se encuentra frente a aquella, en una situación de especial dependencia, que permite a la administración unos títulos de intervención más amplios en su esfera jurídica, para la más adecuada prestación o ejercicio de una actividad o servicio público que, en cuanto a tales, son de especial relevancia pública y exigen además, una inserción duradera del administrado en la organización administrativa. Los ejemplos típicos de este tipo de relaciones son los funcionarios públicos, militares, estudiantes y presos.

Esta construcción jurídica en definitiva (Racionero Carmona 1998.p.40), no sirve más que, para que la administración pública tenga, sobre determinados grupos, mayores poderes, si bien con el límite que esos poderes se ejerzan en función de las necesidades indispensables, para el cumplimiento de los fines que son inherentes a la actividad calificada como su supremacía especial.

En relación con las personas privadas de libertad, señala García (2005, párrafo 20) el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a estos privados de libertad, considerando que las autoridades encargadas de la custodia, ejercen un fuerte control o dominio sobre aquellas. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción, entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizado por la particular intensidad con que el Estado puede regular y afectar los derechos y las obligaciones del detenido, y por las circunstancias propias de la detención, que priva a los reclusos de la posibilidad de atender, por cuenta propia diversas necesidades, cuya satisfacción es esencial para el desarrollo de una vida digna.

Como administrador de los establecimientos de detención, el Estado debe asumir diversas responsabilidades específicas y tomar ciertas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos, las condiciones que les permitan desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de los derechos que no deben ser restringidos en ningún caso o cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad.

La práctica jurídica dice Alberto Bovino (1,999), hasta hace poco tiempo, recurría a diversos argumentos para negar la protección de los derechos fundamentales de los presos. Hasta 1960, los tribunales estadounidenses se declaraban incompetentes para resolver peticiones interpuestas por personas privadas de libertad, referidas a las condiciones de detención. Esta política de no intervención parece haberse originado en la antigua opinión, vigente en el siglo XIX, que consideraba que el condenado no era más que un esclavo del Estado, sin posibilidad de reclamar por el ejercicio de sus derechos.

Otras razones alegadas por los tribunales federales, de ese país para justificar su política de no intervención ha sido, por ejemplo, dice el mismo autor, la doctrina de la separación de poderes, que le atribuye el control sobre las prisiones al Poder Legislativo, lo que provocaba que los tribunales otorgaran una presunción de legalidad casi incuestionable a los actos de los órganos administrativos penitenciarios. También se alegaban cuestiones de federalismo, impericia judicial sobre los temas penitenciarios, temor de debilitar los sistemas

disciplinarios de la prisión y la distinción entre derechos y beneficios. Tal situación dejaban a los prisioneros completamente indefensos, sin acción judicial alguna para reclamar la protección de sus derechos constitucionales.

En España y otros países europeos, se acudió a la doctrina de la relación de sujeción especial, entre el interno y la administración penitenciaria para restringir los derechos fundamentales de los reclusos. Esta doctrina ha sido definida como aquella construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida y que a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor de los ciudadanos afectados por tal institución. Se ha señalado que las instituciones jurídicas más afectadas por estas categorías son el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial de los mismos.

La exigencia del Derecho Penitenciario con autonomía dentro del ordenamiento jurídico, autonomía que es tanto sustancial, por su contenido específico, como formal, por la competencia exclusiva en esta materia de una jurisdicción especializada, tiene una consecuencia inmediata : la relación entre la administración penitenciaria y los internos en su relación jurídica, la relación jurídica penitenciaria, y como tal constituye un haz de derechos y obligaciones en que las dos partes interesadas aparecen recíprocamente como sujetos activos y pasivos de poderes y de responsabilidades jurídicas.

Podría decirse como punto de partida señala Ferré Olivé (2001, p.223) que entre lo interno y la administración penitenciaria se crea una situación jurídica peculiar llamada de Sujeción Especial, esto es, un entramado entre derechos y obligaciones que afecta a reclusos y funcionarios. Esta doctrina considerada aplicable a la relación penitenciaria en España por, el Tribunal Constitucional, ha sido fuente de una importante polémica, afirma Ferré Olivé, que es conveniente al

menos mencionar, pues se procura dejar claro el papel y las competencias de cada uno de los intervinientes en la relación de Derecho Penitenciario.

Si bien puede llegar a aplicarse la relación penitenciaria como un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas entre reclusos y funcionarios, los orígenes de esta doctrina provienen de la facultad disciplinaria respecto a los funcionarios y empleados públicos. Tratándose una relación tan particular, se permiten que desaparezcan los controles jurisdiccionales en dicha relación.

Esta doctrina, trasladada al Derecho Penitenciario, supone restringir los derechos de los internos, sujetos que no son funcionarios ni empleados del Estado. Pues como ha señalado Mapelli Gaffarena (Pág.225), se crea un ámbito de indeterminación que permitiría a la Administración Penitenciaria resolver según su exclusivo criterio en los ámbitos no contemplados expresamente en la legislación Penitenciaria; por lo que no se puede admitir que existan ámbitos propios de la administración, sin control jurisdiccional alguno, cuando se trata de la ejecución Penitenciaria. Sin embargo conviene aclarar que el Tribunal Constitucional Español señala Ferré Olivé ha dado un giro sustancial a sus planteamientos, ya que ha establecido expresamente que la relación de sujeción especial no supone la pérdida de derechos fundamentales, y que, en palabra de Mapelli Gaffarena (Pág.228), hoy la única relación especial de sujeción de que con propiedad pueda hablarse es la que vincula a la Administración Penitenciaria con la administración pública.

En cuanto los reclusos el Tribunal Constitucional Español, (SSTC 57/1994,129/1995 Y 35/1996,119/1996) ha indicado que la retención y custodia por la administración Penitenciaria en virtud de mandamiento judicial hacen dimanar de ella el deber de garantizar y velar por la seguridad y la convivencia ordenada, de establecer sistemas de control y vigilancia, así como de corregir la inflación disciplinaria de los reclusos. La relación jurídica penitenciaria entre reclusos y sujeción especial, conformada por un entramado de derechos y deberes recíprocos indicando, en su sentencia 120/1990 del 23 de junio que es el Estado de reclusión que se encuentran las personas que cumplen pena preventiva de libertad, los Derechos Constitucionales de los que las mismas son titulares, los

que pueden ser objetos de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes. No obstante esta relación de sujeción especial debería ser entendida con un sentido reeducativo y compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales.

Así se dirá que el recluso se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia la modificación de su statu de libertad, adquiere el statu específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que con carácter general, existe sobre el ciudadano libre. Dicha relación de sujeción especial tiene que resultar respetuosa con los fundamentales, lo que ha producido que el tribunal Constitucional Español examine los límites de actividad penitenciaria, así como la acomodación de ésta y de la actuación de los jueces de vigilancia penitenciaria a los principios Constitucionales. Respecto a las declaraciones constituciones legales y reglamentarias que se acaban de mencionar, es, preciso aclarar, como primera manifestación de carácter genérico que el Tribunal Constitucional Español ha declarado que la situación de Sujeción Especial de un interno, en un establecimiento penitenciario puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales. Así mismo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su resolución 2000-84 en el punto 5 señala entre otras cosas que añejan doctrinas de la desprotección de los internos a los que se les consideraba sometidos a una relación de Sujeción Especial que reducía la relación interna administración a la simple ejecución de la pena, a base de un tratamiento elemental para preservar la vida y la salud, dejó de ser hace bastantes años el régimen jurídicos de los sistemas penitenciarios.

La figura del juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria no puede entenderse como si se le ve como un elemento aislado a la reforma de la justicia penal latinoamericana; por esta razón es importante explicar cómo ingresa la figura del juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria en el Derecho Procesal Latinoamericano y en especial en el Nicaragüense (arto.407C.P.P.). Esta figura o la idea de judicialización, como expresa la doctrina científica, está enmarcada en la idea del proceso integral de los sistemas penales

latinoamericanos con el advenimiento de la democracia y la reforma del Estado; en la cual Nicaragua no fue la excepción. La idea reformista en el continente vino a cambiar un sistema inquisitivo por un sistema acusativo, con la introducción de instituciones modernas del Derecho europeo como es el juez de vigilancia penitenciaria; e incluso el derecho anglosajón, como la justicia negociada y el tribunal de jurado, que llevaron a que en Latinoamérica tuviéramos códigos pioneros, incluso más modernos que los europeos.

La creación del juez de ejecución de sentencias y vigilancia penitenciaria es sólo una herramienta para que el principio de judicialización pueda operar y ser más efectivo, pero lo peor sería hacer identificar principios con herramientas. El proceso de judicialización es una derivación obligatoria del principio de legalidad penal en la etapa de ejecución, lo que significa que las características que tendrá la pena deben estar determinadas antes de la comisión del hecho delictivo.

Tradicionalmente hemos entendido el principio de legalidad como necesidad de que estén determinadas las conductas punibles y las consecuencias jurídicas del delito. Por necesidad de determinación de la consecuencia jurídica del delito se ha entendido que el Código Penal establezca, por ejemplo en su arto.52 que la prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años y deberá cumplirse en establecimientos penitenciarios destinados para tal efecto, en concordancia con el arto.37Cn. y el arto. 39Cn.que establece el carácter y objetivo del sistema penitenciario. Además, el principio de legalidad penal constitucional, establecido en el arto. 34 num.11Cn. exige que también esté determinado en la ley el control de cómo va ser esa pena, cómo van a ser esos años o meses de prisión, es decir, que haya una descripción de las condiciones cualitativas del cumplimiento de la pena y de la forma cómo la institución correctiva tratará a los internos, principios de ejecución. En este sentido, la mayoría de los Estados que respetan el principio de legalidad, han expresado que la institución de juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria, no es sólo una opción, sino que es una obligación que responde a la exigencia del principio de legalidad establecido en el arto. 34.11Cn. y el arto. 407 siguiente del CPP.

El tema del Juez de Ejecución de Sentencia y de Vigilancia penitenciaria, es de gran importancia, máxime en el Estado Social de Derecho que consagra nuestra Constitución Política, en su arto 130, en que rige absolutamente el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Nuestro sistema social se rige orgánicamente por el principio de legalidad y éste, como una de sus importantes manifestaciones, contiene el principio de que no puede ejecutarse pena que no se encuentre previamente establecida ni en forma distinta a la regulada normativamente. Así lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia en el acuerdo 111 del 20 de mayo del 2003 al configurar a este órgano jurisdiccional con un doble carácter: ejecutor de la pena y garante fundamental de los derechos de los internos. Pero el criterio que ha terminado por imponerse es el que considera a tales jueces como una rama especializada de la jurisdicción ordinaria, asumiendo el principio de que el propósito del legislador fue judicializar la ejecución de las penas privativas de libertad e inserta a los jueces de vigilancia dentro del orden jurisdiccional penal.

En el mismo sentido se orienta la jurisprudencia constitucional comparada, al declarar que la función de juez de vigilancia supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas, que en nuestro ordenamiento se realiza confiando a un juez, esto es, a un órgano dependiente del Poder Administrativo, el control sobre las diversas fases de la ejecución y en particular sobre la protección de los detenidos y atribuye al juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria el constituir un medio efectivo de control de la administración penitenciaria dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, siendo la vía normal para salvaguardar los derechos de los internos. Pues como expresa la doctrina científica, la creación del juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria responde a dos finalidades muy claras; por un lado, evitar los posibles excesos retributivos en la aplicación rigurosa del régimen de los establecimientos penitenciarios y por otro, atemperar las consecuencias y los riesgos del denominado fenómeno de flexibilización de la ejecución de la privación de libertad, que comienza a tener su momento álgido, a partir de la consagración en el arto. 39

Cn de una orientación de la pena privativa de libertad guiada por los principios de libertad de reinserción y rehabilitación social y que obliga a entender estas penas que van claramente más allá de lo puramente retribuido y regimentario, para pasar a un sistema en que las necesidades del régimen y custodia penitenciaria conviven con el tratamiento penitenciario y con modelos alternativos a la tradicional ejecución penitenciaria progresiva, convirtiendo la ejecución en una fase más del proceso penal, de complejidad continuada y variable.

Los jueces de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria son pues aquellas autoridades judiciales a quienes, por designación del Poder Judicial, se les confiere la potestad jurisdiccional penal especial de hacer cumplir las penas privativas de libertad, aparte de lo cual, se le atribuye la salvaguarda de los derechos Constitucionales de los que no se hallen privados, en la sentencia, los internados, así como de los derechos que le son otorgados por dichas disposiciones penitenciarias, corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse en la aplicación del régimen carcelario. Al igual que sucede en la intervención jurisdiccional, la intervención administrativa también presenta dos aspectos diferenciados en su actuación; por un lado, los supuestos en que la administración penitenciaria actúa como colaboradora en la ejecución de la pena privativa de libertad, emitiendo informes o dictámenes o desarrollando una labor técnica que ayudara a la autoridad judicial, con carácter no vinculante, a tomar sus decisiones; por otra, lo supuesto en lo que actúa como cualquier otra Administración Pública, dentro de sus propias y exclusivas competencias.

Dentro de esta segunda faceta se sitúa el régimen penitenciario, que se basa, como bien ha apuntado la doctrina administrativa en una relación de sujeción especial, en la que se encuentran los componentes del binomio básico en materia penitenciaria: Privado de libertad – Administración, entendida como una reciprocidad en el total del conjunto de los derechos y obligaciones respectiva plasmado en la ley, y que forman la relación jurídica penitenciaria sometida en el principio de legalidad en su vertiente ejecutiva. Cualquier limitación de los derechos fundamentales de los internos, tiene o alcanza validez a partir de su reconocimiento constitucional en el arto. 27 Cn, precepto que constitucionaliza la

relación de sujeción especial del interno, reconociendo y determinando la posibilidad de que el privado de libertad goce de todos los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, excepto los limitados por la ley penitenciaria con limitaciones en sus derechos fundamentales únicamente cuando la ley lo disponga expresamente. A consecuencia de la relación de sujeción especial del recluso, la Administración asume, entre otras cosas, los deberes asistenciales de velar por la vida, integridad y salud de los internos, la obligación de procurar el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

Esta relación se clasifica doctrinariamente, dice Racionero Carmona (1998, Pág.39) y así es admitida también por la jurisprudencia europea, como relación de sujeción especial, si se contempla desde el administrado, o de supremacía especial si se ve desde la administración. Esta referencia señala Racionero Carmona no es en absoluto, una disquisición teórica, carente de interés para quienes no son especialistas en Derecho administrativo, sino que tiene consecuencia de trascendencia menor.

Esta situación de relación de sujeción especial fue la que esgrimió el Lic. Mauricio Martínez Espinoza, defensor del Dr. Arnoldo Alemán Lacayo, en contra de las autoridades del Sistema Penitenciario Nacional cuando se le negó los beneficios del Régimen de Convivencia Familiar a dicho interno, bajo el argumento de lo preceptuado en la Ley 285, la que en su arto 78 establece que los reos procesados por la comisión de los delitos contemplados en la Ley, no serán excarcelados por ningún motivo bajo fianza y no gozarán de los beneficios de la condena condicional, ni el indulto o amnistía (Resolución N° 001-05), por lo que la defensa de Alemán Lacayo introdujo ante el Juzgado Primero de Distrito Penal de Ejecución Sentencia de Managua el recurso de queja el 25 de julio del año 2005, la Judicial en su calidad juez de ejecución de sentencia, en su Resolución N° 203-2005 otorgó al privado libertad Arnoldo Alemán el beneficio del Régimen de Convivencia Familiar.

III. CONCLUSIÓN

El artículo 407 del CPP dispone que las misiones del juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria, son entre otras, corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, además de salvaguardar los derechos de los internos, configurándose dicho órgano jurisdiccional, desde esta perspectiva, como la autoridad judicial que garantiza y controla el correcto funcionamiento de la relación de sujeción especial del interno y la administración penitenciaria, por lo que el juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria no tiene una naturaleza híbrida: Judicial-Administrativa, ni es un órgano consultivo de la administración, sino que es el órgano jurisdiccional, que además de ejercer potestad jurisdiccional en sentido estricto, controla específicamente la legalidad de las actuaciones administrativas y el sometimiento de éstas a los fines que la justifican.

Por esta razón, esa especialísima situación de sujeción especial, en la que se encuentra el interno, en un centro penitenciario, exige rapidez e inmediatez en la tarea de control y fiscalización de la administración en lo referente a los derechos fundamentales del interno.

BIBLIOGRAFÍA

- Bueno Arus, Francisco (1989). Lecciones de Derecho Penitenciario, 2a Edición, Salamanca, Artes Graficas S.A.
- Código Penal de la República de Nicaragua (2008). Décima Edición, Managua, BITECSA.
- Código Procesal Penal de la República de Nicaragua (2002). Managua, Editorial Jurídica.
- Constitución Política de la República de Nicaragua con sus reformas (2003). Managua, Artes Graficas.

- Ferré Olivé, Juan Carlos (2001). Consecuencia jurídica del delito. En ciencias penales. Monografías, San Salvador, Escuela de Capacitación Judicial.
- García Arán, Mercedes (2006). La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante. Congreso penitenciario internacional, Barcelona.
- García Valdés (1975). Régimen penitenciario de España, Madrid, Instituto de Criminología.
- Garrido Guzmán, Luís (1976). Compendio de ciencias penitenciarias, Valencia, Universidad de Valencia.
- Gómez, Carlos Arturo y Mario Roberto Molano (2007) La relación especial de sujeción. Editorial Cordillera S.A.C. Bogotá
- Hoyo Sánchez, Montserrat de (2004). El detenido y sus derechos. Managua, Hispamer.
- La Gaceta, Diario Oficial, N° 222, Ley N° 473. Ley de régimen penitenciario y ejecución de la pena, Managua 21 de noviembre 2003.
- La Gaceta, Diario Oficial, N° 54, Decreto N° 16-2004. Reglamento de la ley N° 473, Ley del régimen penitenciario y ejecución de la pena, Managua, 17 de marzo 2004.
- Larrauri Pijoan, Elena. et.al, (2001). Ciencias Penales. Monografías, San Salvador, Escuela de Capacitación Jurídica.
- Legislación Penitenciaria (1985). Biblioteca de legislación, Manuel Alonso Olea. et.al (directores). Madrid, Civita.
- Mapelli Cafarena, Borja (1998). Contenido y límite de la privación de libertad, Poder Judicial N° 52, Universidad de la Rioja.
- Racionero Carmona, Francisco (1998). El juez de vigilancia penitenciaria, Madrid, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología N° 12.
- Sambola i Cabrer, Francisco Xavier (2005). Los derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios. (en línea) Citado 07/30/2007. <http://noticias.juridicas.com/index.php?doc=http%3A//noticias.juridicas.com/articulos/55derecho%2520penal/2000110551591010043130.html>.

Comisión Interdisciplinaria de Violencia y Sociedad Vicerrectoría de Investigación UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

PRESENTACIÓN COMISIÓN INTERDISCIPLINARIA DE VIOLENCIA Y
SOCIEDAD VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN UNIVERSIDAD DE COSTA
RICA

VIOLENCIA Y SUBJETIVIDAD. ENTRE EL DESAMPARO Y LA NUDA VIDA
(MÓNICA VUL)

VIOLENCIA SIMBÓLICA Y EXCLUSIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO
EN UN COLEGIO DEL VALLE CENTRAL COSTARRICENSE
(RANDALL RODRÍGUEZ AMOR)

PALABRAS Y SILENCIOS QUE HIEREN: ALGUNOS HALLAZGOS DEL
INFORME DE LA NOTICIA DE LA PRENSA ESCRITA COSTARRICENSE Y LA
POBLACIÓN MIGRANTE Y REFUGIADA, 2008
(MÓNICA BRENES MONTOYA)

COMISIÓN INTERDISCIPLINARIA DE VIOLENCIA Y SOCIEDAD VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

La Comisión Interdisciplinaria de Violencia y Sociedad de la Vicerrectoría de Investigación fue creada desde el 2008, con el fin de poder reflexionar acerca de la forma de abordar la violencia y todos los entramados que ésta incluye, intentando al mismo tiempo, brindar soluciones y propuestas para lograr incidir en la formulación de Políticas Públicas en la materia. Es en este contexto y en total concordancia con la responsabilidad que la Universidad de Costa Rica tiene de aportar estudios e investigaciones y de poner en marcha acciones, que beneficien a la ciudadanía, que se plantea el trabajo de dicha Comisión en el entendido que la violencia forma parte de lo cotidiano y el malestar contemporáneo se evidencia en efectos tanto en el ámbito subjetivo como en la dimensión colectiva y social.

De esta forma, la Comisión Interdisciplinaria de Violencia y Sociedad ha realizado distintas actividades para llevar cabo su propósito. Tal es el ejemplo del / *Simposio Internacional: Violencia y Sociedad*, realizado los días 1° al 4 de diciembre de 2008, en el que uno de los objetivos fue constituir un espacio de reflexión sobre la emergencia de nuevas políticas de control (biopolítica) y su materialización en respuestas sociales como medidas disciplinarias de individuos y colectividades. Contó con expositores tanto nacionales, como internacionales y la participación de representantes de distintas instituciones, organismos gubernamentales y no gubernamentales, concernientes a esta temática.

Además de esto, ha organizado mesas redondas con enfoques multidisciplinarios e interinstitucionales, en diferentes temáticas referentes a la complejidad de la violencia y su impacto en la sociedad actual. En Costa Rica, los indicadores estadísticos de violencia, en general, van acompañados por un incremento en los indicadores de inseguridad social.

Con ese argumento, algunos medios de comunicación así como instancias legales y ejecutivas abogan por la aplicación de medidas represivas. De esta

manera, en el tejido de la discusión colectiva se inscribe una tendencia a la judicialización, criminalización, la justificación de medidas “excepcionales” y la instauración de una “cultura del miedo”.

No cabe duda que en las últimas dos décadas se vienen produciendo importantes transformaciones políticas, sociales, culturales y económicas en el marco de la llamada globalización. Por ello, la legítima preocupación hacia la prevención de la violencia debe ser orientada en la posibilidad real de afianzar políticas sociales y no estrictamente políticas criminales. La necesidad de un análisis serio y riguroso permite estudiar la violencia, sus diversas manifestaciones y realizar una deconstrucción de términos como violencia, delito y agresión, entre otros; con el fin de gestionar propuestas alternativas a las del discurso dominante.

En la misma línea, se desarrolló una serie radiofónica, llamada: “Una discusión sobre la violencia social y el malestar cultural”, de once programas temáticos.

Así mismo, dicha Comisión ha colaborado en la ejecución del *I Foro Institucional: Violencia, Delito y Desarrollo: Desafíos para Costa Rica*, realizado durante los días 15, 16, 23, 30 de junio y 7 de julio de 2010, con el fin de procurar una comprensión integral de la seguridad ciudadana en el contexto de un desarrollo social sin exclusión y aportar elementos esenciales para la formulación de políticas públicas dirigidas a la protección integral de los habitantes contra toda forma de violencia.

Dicho Foro pretendió la reflexión, análisis y propuesta a partir de un enfoque de desarrollo social. Todas estas actividades se llevaron a cabo para poder encaminar, desde una vía alterna: la violencia, sus causas y consecuencias; para pensar con criticidad, la manera de enfrentar esta(s) violencia(s), que ha(n) venido resquebrajando la democracia costarricense.

Integrantes Comisión Interdisciplinaria de Violencia y Sociedad

- *Dr. Henning Jensen* : Vicerrector de Investigación UCR
- *M.Sc. Mónica Vul*: Investigadora IIP, UCR
- *Licda. Giselle Boza*: Directora Radio Universidad, UCR
- *Lic. Carlos Jiménez*: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia
- *Licda. Teresita Ramellini*: Directora del CIEM
- *Dr. Javier Llobet*: Director de la Maestría en Ciencias Penales, UCR
- *Licda. Cristina Alvarado* : Jefa de Unidad de Promoción, VINV, UCR
- *Dra. Carmen Caamaño*: Directora IIS, UCR
- *Dra. Carmen Cubero*: INIE, UCR
- *Msc. Douglas Durán*: Director de la Maestría en Criminología, UNED
- *Dr. José Carlos Chinchilla*: Universidad Nacional
- *Msc. José Manuel Arroyo*: Magistrado de la Sala Tercera de Justicia
- *Dr. Rolando Pérez Sánchez*: Director del Instituto de Investigaciones Psicológicas

VIOLENCIA Y SUBJETIVIDAD. ENTRE EL DESAMPARO Y LA NUDA VIDA

MÓNICA VUL¹

Las palabras que siguen a continuación pertenecen al caso de investigación de un adolescente que, para efectos de confidencialidad, he nombrado W. quien contaba en ese momento con 15 años y cometió pasaje al acto homicida contra un compañero de colegio de su misma edad en la Institución Educativa de Segunda Enseñanza a la que asistían.

La propuesta fue escucharlo en su subjetividad, allí donde se cruzan las coordenadas propias de su historia de vida, con la expulsión y el dolor, para que, de alguna manera, se formule la pregunta de qué hacer con eso mediante la operación de producir un nuevo lazo que le permita incluirse en otro discurso, y ser testigo, entonces, de su propio relato de vida y de su pregunta en el inconsciente acerca del pasaje al acto homicida por él cometido.

“Me expulsaron de la escuela a los siete años. Minor me acusó de haber robado dinero a una profesora, por esa razón yo lo odiaba. (...) Yo me había trasladado del colegio X, adonde asistía mientras vivía con mi mamá para irme a vivir con mi papá. Eso no me gustaba pero no tenía más remedio que hacerlo porque en eso quedaron mis papás cuando se divorciaron y yo iniciara la secundaria. Entonces me fui al otro Liceo, llevaba un mes en él. (...) En el colegio me decían que allí algo malo me iba a pasar (...) Me lo topé en el colegio siete años después, a los catorce, no me reconoció. Le pregunté si recordaba que un güila lo amenazó una vez de muerte. (...) Desde que llegué al colegio, Minor me acusaba con un profesor (...) Él había dicho que si lo volvía a ver él me iba a matar (...) Él me seguía y decía: “o usted o yo tenemos que morir”. Nos iban a expulsar,

¹ Investigadora del Instituto de Investigaciones Psicológicas. Universidad de Costa Rica. Coordinadora de la Comisión Interdisciplinaria de Violencia y Sociedad de la Vicerrectoría de Investigación.

nos mandaron a cada quien para el aula. (...) Era el más guapo del colegio y él me quitó el campo. (...) No recuerdo exactamente porqué fue la pelea, un impulso de cólera: “uno llega al límite a veces”. (...) Yo no tenía arma, Minor andaba con un arma y mi amigo me dijo que si me hacía algo él lo mataba. Después me dio la pistola a mí, y yo disparé el gatillo sin querer, mientras me hablaban por detrás. Lo hice sin darme cuenta. Llegué al límite, vi todo negro, es como que no era yo, como que me salí de mí de repente. (...) La cargué y disparé, no se me escapó el tiro. (...) Así pasó todo, lo maté. O él o yo. Él me hubiera matado a mí. (...) Inmediatamente después de matar a Minor, corrí a tirarme a un tráiler para matarme. Un compañero evitó que me tirara y llamó del teléfono público a la Cruz Roja. Me trajeron de inmediato y encerraron junto a cuatro compañeros. Luego me sacan y entrevistan. (...) Él era muy problemático, un sapo, no me siento culpable, porque salvé mi pellejo, salvé mi vida, ya no estuviera aquí, estuviera tres metros bajo tierra”.

La investigación con W. intentó mostrar que, ante cada caso “vale la prudencia de Freud cuando afirmaba que él no abría puertas sin estremecerse”², también la necesidad de realizar el viraje del “no sé qué pasó”, frente al horror del episodio, hacia la posibilidad de formular una pregunta acerca del acto homicida desde su singularidad.

Fue necesario ir más allá de la descripción de las características propias de la adolescencia, dado que éstas por sí solas, no dan cuenta de la profunda complejidad de la subjetividad de la época que las atraviesa. Sin embargo es importante decir que la adolescencia es una época crucial, de extrañamientos, separaciones, silencios, dolores en lo imaginario, y en lo real, tiene que ver con la historia y la memoria de los padres. No es una etapa más en el desarrollo evolutivo de la vida, sino una puesta en cuestión de la ley y de las identificaciones.

² Tarrab, M. (2004) Producir nuevos síntomas. XIII° Jornada de la EOL. “Nuevos Síntomas, nuevas angustias” 26 de noviembre de 2004 .Mesa Plenaria. Versión digital.

También, un momento crucial en la humanización, vía el camino de la identificación.

La conformación de la construcción de la subjetividad de W. se enmarca en las características del lazo social atravesado por la subjetividad de la época. Por un lado, en el vínculo social contemporáneo del discurso de la globalización, existe la dominación exclusiva de la tecnociencia, el cientificismo y el mercado. Por otro lado, la lógica exclusión-inclusión y las políticas de excepción³, pesan sobre los jóvenes.

Para el caso que nos ocupa, la lógica *exclusión-inclusión* puso de manifiesto una concepción de la subjetividad que está directamente relacionada con el Estado de excepción que junto al *Homo sacer*, el musulmán y el campo de concentración son tratados por el filósofo italiano Giorgio Agamben, como paradigmas.⁴

Las expulsiones de W. fueron las siguientes:

1. La expulsión de la casa de su mamá para irse a vivir con su papá, a los trece años, edad en que culmina la educación primaria; situación que no le “gustaba”, “pero no tenía más remedio que hacerlo (...) en eso quedaron mis papás cuando se divorciaron y yo iniciara la secundaria”.
2. El encuentro con el compañero por el que había sido expulsado a los siete años, con quien habían prometido matarse cuando se encontraran frente a frente.
“M me acusaba con un profesor de ladrón y delincuente (...) desde que éramos güilas teníamos problemas (...) él había dicho que si lo volvía a ver él me iba a matar.”
3. El sentimiento de odio que lo lleva a cometer el acto homicida como efecto de corte con la pareja narcisista especular que ha servido de soporte de ese

³ Vul, M.,(2009) Jóvenes en riesgo: Una expresión del malestar social. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, No 1.

⁴ Agamben, G.(2008) Signatura rerum. Sobre el método. Ed Adriana Hidalgo. Buenos Aires.

sentimiento mortífero, sufrimiento especular por el otro, por el semejante. El sentirse expulsado del lugar que creía ocupar: “el más guapo.” “Era el más guapo del colegio y él me quitó el campo”.

4. El pasaje al acto homicida, lo instala en la cuarta expulsión en su historia de vida y en la nominación segregativa, “delincuente”, “homicida” que lo encierra en otra prisión tan fuerte como su propia prisión subjetiva.

W proviene de un espacio social donde la violencia y la exclusión son características predominantes, tanto para los jóvenes como para sus familias y el contexto social general. Es abandonado por su padre a los 5 años de edad. El ambiente afectivo, después de la salida del padre, cuando lo veía ocasionalmente, se caracterizó por la agresión de éste hacia W, en una ocasión llegó a tal extremo la violencia que W buscó ayuda en la policía.

“Mi padre era muy agresivo, hasta los ocho años, nunca me pude defender de las palizas que me daba (...) Una vez después de un pleito entre mis padres, a los ocho años tuve que pedir ayuda a la policía”.

A W le dolía mucho que el padre no lo aceptara como hijo, pensaba que tal vez ello se debía a que tenía otros hijos con la nueva compañera. Por tal motivo, le guardó un gran odio y resentimiento desde muy pequeño.

Su hermana tenía 2 meses de edad, en el momento del abandono y es justamente en ese momento que da su palabra al padre, hace una promesa. Sin embargo su padre lo deja caer, y le exige a W sostener y cumplir su “palabra de hombre.” Aparece así un mandato, un imperativo: cumplir su palabra, irse a vivir con su padre porque dio su palabra de hombre y cumplir consigo mismo cuando enunció que algún día iba a matar a quien provocó su expulsión de la escuela.

Enunciación en tiempo pasado que precipita su pasaje al acto y concluye en última instancia con un desaparecer y caída de W de la escena, identificándose allí como resto, como pura pérdida, en la pretensión de honrar su palabra y su

historia “Apuesta”, que más que una decisión pone en escena su empuje a la muerte. W se impone “perder todo” sin que vaya en ello una decisión más que el carácter de “cumplir su palabra” W dejando todo detrás, para huir de su propia historia.

Se partió del supuesto que la segregación, fue una de las marcas fundamentales que operó en el desarrollo de su construcción subjetiva, dejando al sujeto adolescente frente al desamparo y la errancia. Desde el psicoanálisis se habla de construcción subjetiva para plantear la “ubicación y la posición del sujeto en la dialéctica que se establece con el Otro”⁵, es decir en el marco de la estructura del discurso.

La construcción subjetiva alude a la localización del sujeto en la estructura psíquica, su particular forma de vivir, de desear y de gozar de acuerdo a sus pulsiones en el inconsciente, a su fantasmática, y aquellos significantes primordiales que representan al sujeto frente al campo del Otro. La construcción subjetiva es la forma en que estos elementos se conjugan y ubican en la particular estructura del sujeto.

El sujeto del que hablamos desde el psicoanálisis es el sujeto del Inconsciente y éste no es sin el Otro; con esto me refiero a que no hay sujeto fuera del lazo social. El estatuto del sujeto⁶ en la obra de Lacan es siempre en relación a la existencia del Otro y es en ese lugar de deseo del Otro, donde W, no ha encontrado otro lugar más que el de la expulsión.

En primer lugar conviene ubicar que lo que se está señalando no implica de ninguna manera psicologizar y por lo tanto desresponsabilizar a W por el pasaje al acto homicida.

El Juzgado de Ejecución de la Pena determinó homicidio simple y sancionó Cumplir condena de años de privación de libertad en el Centro Juvenil y dos años

⁵ Vul, M. (2009). Adolescencia y violencia. Homicidio en un colegio público. Una lectura desde el Psicoanálisis. *Tesis para optar al grado de Magister Scientiae en Psicología*, Universidad de Costa Rica, p. 134.

⁶ Por “sujeto” se entenderá lo que en francés designa sujeto (asunto, tema, materia) con el sentido que se lo encuentra en la obra de Lacan, lo que entonces podría ser mencionado como “el sujeto lacaniano”, el sujeto dividido \$. Puede ser designado el sujeto del deseo o del goce siempre producto de una suposición y consecuencia de una posición”, Citado por Eidelzstein, A. (2008). *Las estructuras clínicas a partir de Lacan* Vol I, Buenos Aires, Letra Viva, p. 48.

en el Programa de Libertad Asistida del mismo centro para menores infractores. Allí tenía que reportarse 48 horas después del egreso del Centro Juvenil para someterse a la atención y cumplimiento de las condiciones impuestas.

Podemos decir que su pasaje al acto implica el quebrantamiento del lazo social. y las consecuencias de su acción determinen efectos en su vida y en la de quienes le rodean.

Desde la tesis de 1932 hasta su *Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología*⁷ en 1951, Jacques Lacan, psicoanalista francés, analiza todo lo relativo al pasaje al acto criminal en el registro de las respuestas del yo (je) a la Ley, es decir a partir de las identificaciones.

En el momento de cometer el pasaje al acto prima en W. el “Yo no pienso”. Lacan, en el artículo mencionado, señala el estrechamiento del campo de la conciencia, “a la medida de una captación sonambúlica de lo inmediato en la ejecución del acto y su coordinación con fantasmas que dejan ausente a su autor”. Como si ese sonambulismo del “yo no pienso” hubiese determinado la irrupción fantasmática realizada en W. en ese acto, “*No recuerdo exactamente que pasó, cómo fue la pelea, un impulso de cólera (...) Uno llega al límite a veces*”.

Es el sujeto y su caída, como resto, lo que se juega como pura pérdida .W. se pierde en el pasaje al acto, por esto decimos que es pura pérdida, situación que va más allá de la pérdida de un sentido. Al cometer el pasaje al acto, el impulso de W. es desaparecer de la escena, caer como debiera caer o perderse el objeto que lo causa en su angustia. Objeto a quien va dirigido su pasaje al acto.

Inmediatamente después de su pasaje al acto mortífero, intenta arrojarlo bajo un trailer como el que conduce su padre, pero otro compañero lo salva. Tantas veces W. fue arrojado fuera del mundo que allí intenta arrojarlo por última vez, para morir, matar su existencia. Por ello siguiendo la línea propuesta por Freud, que todo suicidio es el homicidio de otro, podría decirse que el homicidio cometido por W. podría ser una forma de suicidio.

⁷ Lacan, J. (2002). *Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología, Escritos 1* (1950), Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, p. 127.

El pasaje al acto de W. revela la marca del odio, con la que estaba dispuesto a pagar con su vida. Representa una tentativa de separación. Es traspaso de la escena al encuentro de lo real, y lo que constituye la forma meditada, silenciosa de inscribirse simbólicamente en lo real deshumanizante.

Su pasaje al acto constituyó una solución ante el intento de la última expulsión propuesta por la víctima, “era el más guapo del colegio y él me quitó el campo”. Ante la posibilidad de que una vez más le “quiten el campo” prefirió caerse de la escena, salirse como resto, y así desprenderse del Otro. Éste representa una tentativa de inscripción, una posibilidad de nombre propio, una opción de ser, ante sus múltiples expulsiones sociales y subjetivas, desplazadas y errantes.

W no podía simbolizar ni poner en palabra lo que sentía, pasaba desconectado, consumiendo marihuana, con sueño, sin nada que lo despertara, ni lo “ligara a nada”. Su síntoma en el que tampoco pedía nada, era fijación de goce, rechazo del inconsciente y nominación. Al ser presa del odio que lo llevó a la autodestrucción, a la eliminación de su compañero y al fin del lazo social, dejó caer su subjetividad anulada por el horror que el otro suscitó en él y lo llevó a su verdadero ser para aniquilarlo.

Los significantes expulsión, nominación y odio, a los que hizo alusión en las primeras líneas de su testimonio, fueron los que, para el caso de W determinaron su construcción subjetiva y el pasaje al acto mortífero. Significantes que se entrelazaron e intercambiaron, poniendo de manifiesto una concepción de la subjetividad en W directamente relacionada con lo que Agamben⁸ denomina “estado de excepción”.

Ese estado de exclusión/inclusión (sacado fuera), se convirtió en regla, fue la regla de su vida. Un estado de excepción marcado por la expulsión de distintos lugares fundantes de la subjetividad a lo largo de momentos importantes para el desarrollo de su construcción subjetiva., “*inclusión forzada*” y “*exclusión impuesta*” muestra el relato de la vida de W. y evidencia lo teorizado por Giorgio Agamben.

⁸ Agamben, G., (2003). *Estado de excepción*. Buenos Aires, Editorial Adriana Hidalgo, p.7.

W fue expulsado del lazo simbólico subjetivante e instituyente de su lugar de hijo, en relación al vínculo filial. Así comienza un deambular en la vida por una serie de sucesos en el encuentro con la angustia, y con la muerte. Deambular que marcará no solo su historia, sino que pone de manifiesto el dolor y el sufrimiento con el que con el que construyó su subjetividad. Las omisiones, lo no dicho nos introdujo en su problemática estructural en relación a sus figuras primordiales de padre y madre.

Las múltiples expulsiones en W hicieron que pierda visibilidad, palabra, un lugar, una posibilidad de intercambiar con otros, de ser nombrado y reconocido; que transitara un universo de indiferencia y formara parte de lo que Agamben, retomando a Walter Benjamín, denomina “nuda vida”⁹, término técnico que connota al viviente en su mera vida desnuda, desde el punto de vista biológico. La Zoé es la vida meramente natural y Bios es la vida que se integra en la polis. Una vez señalada la depreciación de la categoría de lo humano, en lo que denomina nuda vida, “resta un paso más para comprender la articulación con el estado de excepción y la concomitancia con la exclusión-inclusión”¹⁰.

W se convirtió en un ser al que se le consumieron todas sus potencias y solo quedó en él la potencia del empuje al pasaje al acto homicida, dando cuenta que la “excepción de algunos constituye el resorte de los efectos de la segregación y de la exclusión”¹¹.

Sería un error muy contemporáneo, intentar hacer de W. una categoría homogénea y generalizable. Pero, ¿cuántos jóvenes serán aquellos para los que hoy pesa la segregación en una lógica de la exclusión/inclusión?

El recorrido por este caso desde el psicoanálisis planteó múltiples interrogantes, abrió la necesidad de favorecer la responsabilidad singular,

⁹ Agamben, G., (2003). *Estado de excepción*. Buenos Aires, Editorial Adriana Hidalgo, p.9.

¹⁰ Montessano, H. (2008). La subjetividad efecto de la lógica Excepción-Inclusión. El Discurso del Psicoanálisis Una respuesta más allá de la excepción. Conferencia dictada en el I Simposio Internacional Violencia y Sociedad. Organizado por Vicerrectoría de Investigación, IIP y OSPDH Versión digital.

¹¹ Nicoletti, E. (1999). *Tomar la palabra, Cuaderno 2*, Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre el Niño CIEN, Buenos Aires, Instituto del Campo Freudiano, p. 9.

cuando un sujeto es dejado a la deriva y dio cuenta de que “sin duda la muerte es el agotamiento de cualquier deseo, incluido el de morir”¹².

TIEMPOS MODERNOS

El mal estar de la civilización atraviesa al sujeto y a sus lazos sociales. Situaciones de crisis, en las subjetividades, en lo social, en las instituciones educativas, incertidumbre en la vida laboral, por solo señalar algunas, muestran que el capitalismo no inscribe vínculo social, pues solo inscribe, la relación del sujeto con los goces rentables para el mercado.

Así las cosas, el individuo cae en el desamparo y en afectos de apagamiento y tristeza que dan cuenta de su caída del lazo con el otro y producen violencias contra sí mismos y contra los otros Violencias del lazo social que invitan a la pregunta sobre la ética, y el malestar contemporáneo.

Ciertamente, los centros educativos están inmersos dentro de la sociedad y son también un reflejo de ésta. Están marcados por las características propias de la época, el desempleo, de las nuevas generaciones, la participación, para la supervivencia de los jóvenes en actividades de trabajo informal, también en la venta y distribución en los colegios de drogas, la violencia; una irrupción de lo real con devastadores efectos en la singularidad de los jóvenes.

Los hechos de violencia en el contexto educativo muchas veces son diagnosticados como "disturbios" "fracasos escolares", y/o "trastornos severos de personalidad" y caen en la amenaza concreta de la segregación y la exclusión., aplicándose para ellos medidas represivas. Atendiendo estas "clasificaciones" para abordar la violencia en Centros de Educación Secundaria se implementan dispositivos "contra violencia preventiva", enmascarando en sí mismos procesos y discursos represivos y segregativos.

También los medios de comunicación van en esa misma dirección. Administran y regulan la información, teniendo una función de formador de

¹² Semprún, J (1995) La escritura o la vida" Editorial Tusquets. Colección Andanzas, Barcelona, p. 55.

opiniones y llegan a los colegios donde ocurren manifestaciones de violencia mostrando los “sucesos” en forma sensacionalista. Todo esto contribuye a formar opinión “negativizada y estigmatizada” hacia los jóvenes, en lugar de propiciar una reflexión acerca de lo sucedido y plantear abordajes adecuados al problema.

La mirada mediática dominante nos presenta una infancia “dicotomizada”; por un lado un adolescente al que hay que cuidar y proteger y, por otro alguien al que hay que temer y desconfiar. En otras palabras un “enemigo” al que hay que encerrar y aplicarle políticas de “mano dura” y “súper dura” para preservar “nuestra seguridad.

Según el periódico La Nación: “Para luchar contra todos estos enemigos, en los últimos meses el Ministerio de Educación (MEP) y la Fuerza Pública se realizan continuamente operativos en varios colegios del país, donde perros entrenados y policías encubiertos han podido descubrir drogas”¹³.

Con profundo dolor asistimos en los últimos tiempos a la muerte de la directora de una institución educativa. Más allá de las características, estremecedoras de este hecho concreto, cabe formular una reflexión en torno a por qué se producen estas situaciones y, sobre todo, cuáles son los senderos para disminuirlas o prevenirlas.

Resulta evidente que no hay respuestas certeras ni generalizables, pero somos categóricos en sostener que intervenir solo punitivamente y convertir las escuelas, los colegios y a los adolescentes en general, en los nuevos objetos de la biopolítica.¹⁴, conduce a lo peor.

Cuando Foucault¹⁵ habla de biopolítica habla de todas aquellas acciones de la política que penetran, invaden y determinan a la vida en su totalidad y en ese sentido hay algo que me preocupa y es el escenario de la escuela y el colegio,

¹³ Varela, I. (2009). Una cultura que los bombardea .La Nación. *En Proa los adolescentes tienen la palabra*. 27 de septiembre.

¹⁴ En el planteamiento de Foucault, la biopolítica es el conjunto de acciones que el gobierno de un Estado ejerce sobre los seres humanos que habitan en su territorio, seres humanos que son concebidos y tratados como seres vivos sin atributos. Ver Foucault (1992)

¹⁵ Foucault, M. (1979). *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid.

como aquel donde el enemigo parece volver a aflorar, por ejemplo, bajo a “epidemia” de la droga.¹⁶

La búsqueda de la seguridad y conservación de la población, no pueden convertirse en el nuevo biopoder que intenta prever los peligros a través de la irrupción de las modalidades represivas, disciplinarias y de regulación. El desafío radica por un lado, en no poner el acento en lo inmunitario ni convertirnos en detectores de armas ocultas en los bultos, ni extremar las medidas de vigilancia, como en el modelo Panóptico.¹⁷

Por otra parte, los desafíos a que nos convoca la clínica, el dolor en todas sus manifestaciones, los que estallan en “accidentes de tránsito”, suicidios u homicidios, hasta los más extremos procedimientos “inmunitarios” que intentan reducir la vida a su desnuda base biológica, interrogan de manera particular la interrelación entre la subjetividad de la época y el campo de la singularidad.

Aparecen en los jóvenes síntomas: adicción, apatía, depresión, deserción, expulsión, en muchos casos en sujetos que no fueron alojados en ningún lado y que además el sistema rechaza. Es decir, sujetos jóvenes que son dejados caer por el Otro de lo social, llámense padres, educadores, adultos en general

La relación entre la exclusión social y la violencia en los y las adolescentes y jóvenes de nuestro tiempo trae aparejado un ineludible replanteo ético. Seamos cuidadosos de no importar modelos y repartir las nuevas etiquetas que podrían encarnar los nuevos nombres de criminalización de los jóvenes. Aceptemos el desafío de enfrentar las violencias del lazo social, convocando la pregunta sobre el lugar de la ética y la posibilidad de encontrar vías de reflexión entre las coordenadas que constituyen la subjetividad de la época y la singularidad de cada caso.

¹⁶ La Nación Editorial Epidemia de la droga 16 de julio 2009.

¹⁷ Bentham, J.(1979) El Panóptico. Ed La Piqueta Madrid.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, G. (2003). *Estado de excepción*. Buenos Aires, Editorial Adriana Hidalgo.

Agamben, G.,(2008) *Signatura rerum. Sobre el método* Ed Adriana Hidalgo. Buenos Aires.

Bentham, J. (1979) *El Panóptico*. Ed La Piqueta, Madrid.

Espósito, R. (2005). *Immunitas. Protección y negación de la vida*. Amorrortu, Buenos Aires.

Espósito, R. (2004). *Bíos. Biopolítica e filosofía*. Einaudi, Torin.

Foucault, M. (1979). *Microfísica del poder*. La Piqueta, Madrid.

Lacan, J. (2002). *Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología*. Escritos 1 (1950). Buenos Aires, Editorial Siglo XXI.

Montessano, H. (2008). La Subjetividad efecto de la lógica: Exclusión/Inclusión El discurso del Psicoanálisis. Una respuesta. Más allá de la excepción. Conferencia dictada en el I Simposio Internacional: Violencia y Sociedad Universidad de Costa Rica.

Nicoletti, E. (1999). *Tomar la palabra, Cuaderno 2*. Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre el Niño CIEN. Buenos Aires, Instituto del Campo Freudiano.

Sauret, M. (2006). *Aproximación Psicoanalítica a la Noción de Violencia*, Conferencia dictada en el Departamento de Teoría e Historia de la Educación, Seminario Juventud y Violencia. Universidad de Barcelona.

Semprúm,, J (1995) *La escritura o la vida*. Editorial Tusquets. Colección Andanzas, Barcelona

Silveira, G., et. Rivera B. (2008). La biopolítica contemporánea ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los “campos” en Europa, en *Violencia y Sistema penal*. Ediciones del Puerto, Buenos Aires.

Tarrab, M. (2004). Producir nuevos síntomas. XIII Jornada de la EOL. “Nuevos Síntomas, nuevas angustias” 26 de noviembre de 2004. Mesa Plenaria. Versión digital.

Varela, I. (2009). Una cultura que los bombardea. La Nación. *En Proa los adolescentes tienen la palabra*. 27 de septiembre.

Vul, M. (2009). Adolescencia y violencia. Homicidio en un colegio público. Una lectura desde el Psicoanálisis. *Tesis para optar al grado de Magister Scientiae en Psicología*, Universidad de Costa Rica.

VIOLENCIA SIMBÓLICA Y EXCLUSIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO EN UN COLEGIO DEL VALLE CENTRAL COSTARRICENSE

RANDALL RODRÍGUEZ AMOR¹

RESUMEN

El texto discute algunos hallazgos producto de una observación no participante realizada en una institución educativa de secundaria. Se establece una relación entre las condiciones encontradas y determinadas disposiciones emanadas del campo educativo costarricense lo cual explicaría parte de la exclusión del mismo mediante procesos insertos en prácticas sociales que se constituyen en violencia simbólica.

Palabras claves: Costa Rica, enseñanza secundaria, violencia simbólica, exclusión educativa.

INTRODUCCIÓN

La aspiración de algunas sociedades occidentales por construir un Estado de Bienestar que brindara a sus ciudadanos el disfrute pleno de determinados derechos sociales, choca frontalmente con la presencia de importantes sectores de la sociedad que se han visto imposibilitados, a pesar de las políticas sociales, para acceder a buenos servicios de salud, educación y formación, seguro social entre otros derechos. En este sentido, la exclusión de determinadas poblaciones no constituye un hecho residual que se puede combatir y eliminar de manera unicausal, sino que obedece a un hecho estructural, es decir, es un proceso que está relacionado con diferentes factores sociales, económicos y culturales (Quinti, 1997). Así, la exclusión

¹ Licenciado en Psicología y Sociología de la Universidad de Costa Rica. Esta ponencia surge del trabajo de investigación para obtener el grado de Licenciatura en Sociología.

del sistema educativo, lo que se ha denominado “deserción” obedece a un complejo número de factores que están enraizados en la dinámica social.

Mi intención es centrarme en algunos elementos de orden socio-institucional que están presentes y definen la cotidianidad del aula lo cual podría explicar algo de la exclusión estructural del sistema educativo dejando claro que existe una enorme complejidad de las relaciones sociales que se dan en el aula y que no se quiere dejar la impresión de simplicidad.

LA VIOLENCIA SIMBÓLICA COMO RECURSO ANALÍTICO

En su versión funcionalista, la educación ha sido conceptualizada como la acción ejercida por las generaciones adultas sobre las que no están todavía maduras para la vida social. Su función es desarrollar ciertas cualidades intelectuales, morales y físicas en la infancia, con el fin de preparar a los educandos para la sociedad política particular y sus respectivas condiciones sociales (Durkheim, 1976).

Hasta la década del 70 del siglo XX había un acuerdo más o menos generalizado que postulaba al funcionalismo-conductista como el marco general idóneo para el estudio de la educación (Kennis, 1998). Así, el éxito en el sistema educativo y el desarrollo de las capacidades cognitivas de las personas dependen de su esfuerzo y talento individual (meritocracia).

Una visión crítica a este modelo la encontramos en las teorías de la reproducción social (marco de análisis marxista), la educación, por tanto, obedece a una ideología particular que responde a los intereses de la clase dominante. En este sentido, cada formación social tiene un ideal de educación que se configura en la lucha de los grupos sociales por imponer su visión de mundo (de Azevedo, 1973). Según de Azevedo (op. cit), dichas tensiones dan forma y sustento a los sistemas pedagógicos (conjunto de instituciones educativas de una sociedad: escuelas, secundarias y universidades). La complejidad de los sistemas pedagógicos o escolares reflejan los intereses de las clases dominantes y las diversas capas y modalidades sociales – político - económicas de cada sociedad –.

En la primera versión de la educación se encuentra una aspiración de integración social, donde la escuela introduce la disciplina necesaria para el ejercicio de una plena autonomía (triunfan los que se esfuerzan, ya que hay igualdad de condiciones). En tanto, la postura de la reproducción enfatiza un sometimiento de los individuos a la “programación de la reproducción social” (Dubet y Martuccelli, 1996). La función de la escuela es contribuir al mantenimiento y reproducción de un orden social lo cual da cuenta del conflicto y desigualdades presentes en la sociedad. En un sentido radical, la escuela se constituye en un “aparato ideológico del Estado” (Althusser, 1970), perspectiva que aplasta la posibilidad de cambio y crítica de los agentes dentro del campo o institución educativa.

Contrario a este punto de vista, la escuela es un espacio donde se construye la cohesión social ya que se encarga de transmitir el consenso normativo y valores que requiere la sociedad, lo cual se sostiene en la creencia de igualdad de oportunidades en la que cada persona se forja su éxito según mérito y capacidades (meritocracia).

Ante ambas posturas es necesario hacer un balance a la luz de la masificación de la escuela a lo largo del siglo XX. La escuela pública, obligatoria y gratuita ofrece oportunidades a las clases bajas de acceder a una cultura que en el pasado se reservó a unos pocos, aunque es claro que dichas oportunidades no son iguales para todas las personas. Asimismo, puede ser un espacio que sirva para la formación del espíritu crítico y tomar conciencia de las desigualdades sociales (Taberner, 2009).

Ahora bien, en el quehacer de la escuela concurren una gran cantidad de situaciones y procesos los cuales definen en mucho el éxito y fracaso de las personas, lo cual está relacionado con las circunstancias personales, sociales y de género de la población estudiantil y de los agentes de la institución (docentes). Para Torres (1998), los y las alumnos van aprendiendo las rutinas que gobiernan la vida en la escuela lo que se constituye en representaciones y comportamientos acorde a lo exigido, permitido y deseable con respecto al género y posición social. En este sentido, la escuela es una institución de socialización secundaria que sirve para la inculcación de valores necesarios para naturalizar la estratificación de clase y los roles de género del patriarcado (Leiva, 2005), ya que las personas producen y

reproducen las relaciones de orden, subordinación y control, como procesos de aprendizaje socializador (Villareal, 2003).

Para Bourdieu y Passeron (1996), la estructura y funcionamiento de la enseñanza institucionalizada responde a la necesidad de producir las condiciones institucionales que le son necesarias para el ejercicio de su función (su propia conservación), y la reproducción de un orden cultural de la que no es productora. La reproducción en el ámbito del sistema educativo se refiere a los mecanismos complejos a través de los cuales “la institución escolar contribuye a reproducir la distribución del capital cultural y, con ello, la estructura del espacio social.” (Bourdieu, 1997, p. 125). De este modo, el sistema escolar es un espacio de luchas que sirve a la reproducción de la estructura social, y que a su vez es capaz de generar cambios (resistencias de los dominados). Para vencer las resistencias a su lógica el sistema escolar utiliza la “violencia simbólica”. La misma se refiere a la imposición de una arbitrariedad cultural, inculcación de una ideología que preserva y reproduce las relaciones de fuerza entre las clases sociales, traduciéndose en formas de dominio mediante la acción pedagógica (AP) (Bourdieu y Passeron, op cit.).

La AP se ejerce en el marco de las instituciones escolares y está destinada a preservar la arbitrariedad cultural que la sustenta, es un poder arbitrario cuya condición se instaura mediante la comunicación pedagógica. “Como poder simbólico, que no se reduce nunca por definición a la imposición de la fuerza, la AP sólo puede producir su efecto propio, o sea, propiamente simbólico, en tanto en cuanto que se ejerce en una relación de comunicación.” (Bourdieu y Passeron, op cit, p. 21).

La comunicación pedagógica oculta una relación de fuerza en la que la violencia es un hecho objetivo, al margen de la forma pedagógica que adopte esta comunicación (aunque suponga una relación horizontal). La escuela, como instrumento de transmisión de la cultura legítima, transmite la cultura de las clases dominantes, y tiene sin duda un efecto de clasificación social, que tiende a reproducir la clasificación social existente (Coulon, 1995).

LO PARTICULAR Y SU RELACIÓN CON LO ESTRUCTURAL

La posibilidad de comprender algo sobre la realidad social es condición, a decir de Bourdieu, de sumergirse en las particularidades de una realidad empírica concreta situada en un espacio y momento preciso. En este sentido, las condiciones socio-institucionales particulares podrían dar indicios de la forma en que la estructura se define y condiciona la acción de las personas en los espacios o campos sociales. La relación que se establece aquí tiene que ver con un conjunto de condiciones dadas de índole institucional-comunitario que dan cuenta de elementos socio-culturales presentes en las familias y entorno social en una institución educativa del Valle Central costarricense.

Para ello se consideró adecuado un acercamiento de lo particular sin perder de vista procesos y condiciones que surgen del campo educativo y que afectan lo cotidiano.

Al empezar mi inserción² en la institución me topé con un colegio en buenas condiciones, en un espacio de dos hectáreas se encuentran tres pabellones de diez aulas incluidas las oficinas administrativas, también tiene un comedor, una cancha de baloncesto al aire libre (patio) y una edificación a medio construir, las aulas tienen capacidad para albergar de treinta a cuarenta personas relativamente cómodas. Este colegio es de reciente construcción, con dos aulas de tecnologías muy bien equipadas.

Todas las aulas están bien iluminadas y ventiladas, lo que hace pensar que las condiciones son adecuadas para la población estudiantil y docente. Sin embargo, la población que atiende el colegio ha crecido enormemente en los últimos años, haciendo insuficiente las aulas, lo que provoca un aumento de grupos y del número de estudiantes por sección, especialmente en los primeros tres niveles, ya para décimo la población ha disminuido considerablemente resultado de la deserción y repitencia. A pesar de que las aulas tienen capacidad para más de treinta personas, la cantidad de grupos representa una sobrepoblación significativa lo que ejerce una

² Para la investigación se realizó una observación no participante de varios meses en una institución educativa del Valle Central costarricense (en una comunidad semi rural) durante el año 2009 en combinación con entrevistas semi estructuradas.

tremenda presión para impartir las lecciones, no es raro ver que algunas docentes anden buscando aula para dar sus asignaturas, ya que ese día por determinada razón no están disponibles dos o tres aulas del colegio. De este modo, la demanda educativa que la comunidad plantea no ha sido adecuadamente atendida debido al rezago físico del colegio, evidenciando deficiencias en la planificación cuyo resultado natural es sobrecargar las instalaciones. Esta situación se agrava cuando las lecciones se interrumpen y la docente necesita reponerlas en otro momento, lo que obliga incluso a tener a dos grupos en una aula, o cuando no es posible, las personas de uno de los grupos simplemente andan caminando por los corredores, situación que también se presenta por el ausentismo docente que en ocasiones es notorio. Dichos aspectos resultan comunes en el sobrecargado sistema educativo costarricense donde la inversión en infraestructura no cumple a cabalidad el crecimiento de la matrícula de las últimas décadas, lo que genera grupos de más de treinta personas e insuficientes aulas.

Para las docentes la institución cuenta con un espacio importante, sin embargo, tiene una sobrepoblación estudiantil considerable que afecta el rendimiento docente y estudiantil.

Por lo general, cuando los y las estudiantes no reciben lecciones o tienen alguna hora libre, caminan por los corredores hablando, “vacilando” o se van para la cancha de cemento del colegio, ahí juegan fútbol o “voleyball” (las mujeres juegan más esto último), es interesante observar que se mantiene una segmentación por sexo según los deportes que se practican, las mujeres tienden a involucrarse en deportes de menos choque físico, mientras que los varones los prefieren.

A pesar de estar bien equipada con salas de cómputo, biblioteca, laboratorio y un espacio importante para hacer algún deporte. No se observaron actividades de estímulo académico, intelectuales o culturales extra curriculares. Sólo fue posible identificar un grupo que participa en las olimpiadas de matemática donde asiste uno de los estudiantes entrevistados (Jorge). Él es un joven de diecisiete años está repitiendo décimo, su rendimiento ha sido particularmente destacado en matemática, a pesar de que el año pasado se quedó en casi todas las materias. Jorge proviene de una familia con baja escolaridad de una comunidad cercana, su papá es agricultor

y es el único ingreso económico del hogar. Su familia nuclear es numerosa (nueve miembros) y todos viven en la misma vivienda, su situación económica es relativamente estable de clase media (cuentan con vehículo, vivienda con tres habitaciones, televisión por cable y computadora). El entorno familiar no tiene estímulos académicos como libros, enciclopedias o la costumbre de leer, sin embargo, tiene Internet y televisión por cable medios que brindan información y algún conocimiento. Para Jorge el colegio representa una obligación que descuidó al punto de reprobar el año pasado.

A pesar de que él valora positivamente el estudio como una vía para mejorar su vida, mira la institución como un lugar carente de atractivo o estímulo que se contrapone a la satisfacción de otras actividades (jugar fútbol o videojuegos), esto hizo que perdiera el interés y se esforzara muy poco por mantener un rendimiento al menos aceptable para aprobar el décimo nivel. Este comportamiento revela una experiencia común de la población estudiantil donde la repitencia es particularmente elevada. En la misma se encuentran la falta de comprensión efectiva de los contenidos con un pobre estímulo e interés, elementos que se potencian en matemáticas donde el rendimiento es particularmente bajo lo cual no se diferencia mucho de los resultados a nivel nacional. Dichos aspectos se refuerzan con una metodología docente que deja de lado el atractivo y pone énfasis en la obligación. En el caso de Jorge su deseo de obtener el bachillerato “es importante para mí y mi familia” fueron los elementos que lograron mantenerlo en la institución, aunado a una buena valoración docente que lo motivó a mejorar.

Así, la notable mejoría de su rendimiento, que lo hace un caso atípico en este contexto, está relacionado con un espacio de reconocimiento y oportunidad docente y familiar, a pesar de las desventajas asociadas al bajo ambiente académico del hogar. Esta experiencia revela un aspecto importante en la forma de relacionarse las personas con este espacio escolar, cuando el o la estudiante encuentra la atención y recursos para desarrollar sus intereses, es posible mejorar la experiencia educativa cotidiana.

Es importante resaltar que la población estudiantil, a pesar de ciertas diferencias, concentra un segmento de bajos recursos económicos. La mayoría de

hogares de la comunidad con más escolaridad y recursos económicos envían a sus hijos a otros colegios que se consideran mejores.

La imagen de una institución que tiene como finalidad atender una población pobre influye el trabajo docente en el sentido de una labor necesaria para cubrir el programa, pero que no es importante desarrollar otras habilidades o aspiraciones en el estudiantado,

“Nosotras lo que hacemos es orientarlos a lo realista, el INA o una opción técnica más que una carrera.” (Orientadora Cynthia, 14 de mayo 2009).

De este modo, el trabajo docente es visto como “labor social”, a diferencia de otras instituciones educativas (públicas o privadas) que atienden a poblaciones de ingresos medios o altos, esto se constituye en un tipo de violencia simbólica que se instala en las creencias y prejuicios de los agentes sociales y tiene claras consecuencias en las prácticas educativas.

Esta imagen o percepción de la población y las condiciones dadas limitan el desarrollo de alternativas metodológicas que tomen en cuenta las características de este contexto en tanto no se considera importante o necesario hacer este tipo de trabajo “extra”. Esto último está asociado claramente por las disposiciones, condiciones y posibilidades de la institución la cual está, a su vez, dirigida y condicionada por las reglas, prioridades y políticas del campo educativo, que en este caso, hace del trabajo docente una labor rutinaria y apremiante para concluir los programas anuales del Ministerio de Educación Pública. La rigidez o estructura de la práctica educativa da muestra de una incapacidad real por pensar metodologías alternativas ya sea por la formación recibida o por un tremendo deseo de control autoritario por parte de la o el docente.

LA VIVENCIA COTIDIANA

Las condiciones y disposiciones de la institución y del sistema educativo pueden apreciarse en la cotidianidad del aula de diversas formas. En este sentido, se establece un análisis del entorno físico del aula relacionado con una práctica

educativa que surge y se alimenta del sistema educativo. Así, las aulas se estructuran en cuatro hileras con nueve pupitres cada una, el escritorio de la docente está ubicado a un costado lejos de la puerta y al lado de la pizarra, junto a los ventanales más grandes, donde se puede divisar todas las hileras, lo que hace más sencillo controlar el espacio con la mirada. Esta disposición controladora contrasta con la queja constante por parte de las y los docentes por lo inadecuado del ambiente para impartir lecciones ya que hay mucho ruido y distracciones.

Esta situación genera frustración docente en tanto el control asignado a su labor no puede ser ejercido plenamente desde su óptica, “es muy difícil avanzar”. Durante la observación la cantidad de ruido y movimiento de personas por los pasillos hacen difícil el trabajo en el aula, el ambiente genera muchas distracciones debido a la sobrepoblación estudiantil que se comentó anteriormente. Las condiciones particulares de insuficiente infraestructura afecta el proceso educativo, sobre todo si se toma en cuenta que las metodologías utilizadas privilegian la atención hacia el docente y su discurso; el alumnado, en este sentido, es presa fácil de las distracciones, las cuales están a la orden del día.

Es interesante resaltar que las docentes señalan la cantidad de distracciones como un elemento perjudicial para su trabajo, no obstante, el alumnado lo percibe como una forma de distraerse y escapar a lo “aburrido que es la clase”, como lo señala la estudiante Berta.

La docente lucha constantemente por la atención de sus estudiantes, sin embargo, no se utilizan recursos innovadores porque significa dedicar mucho tiempo a la planeación y ejecución de las lecciones diarias, lo que resta tiempo al verdadero objetivo cotidiano del trabajo docente, “terminar el programa”, como dice la docente Ivannia. Esto es motivo de crítica de todas las docentes entrevistadas, pero persiste como una práctica cotidiana que se justifica por la urgencia de ver todos los contenidos que emanan del Ministerio, aunque eso signifique una lectura completamente descontextualizada de las situaciones particulares de cada ambiente educativo.

Para los y las estudiantes entrevistadas, la institución no brinda posibilidades de una verdadera identificación, “el cole es algo aburrido, pero hay sacarlo para

estudiar una carrera” como lo dice la estudiante Ester. Esta valoración coincide plenamente con la posición del estudiante Jorge y confirma que la creencia en mejores oportunidades de vida con la obtención del bachillerato los mantiene en la institución a pesar de lo poco atractivo que resulta en su cotidianidad. Dicha creencia se produce en el entorno familiar inmediato y se refuerza según los recursos con que cuentan el hogar, a mayor escolaridad y recursos económicos se buscan alternativas que se consideran mejores o más “competitivas” como se mencionó anteriormente. Así, las poblaciones con menores recursos que acceden a la secundaria, como en el caso estudiado, sufren en mayor medida una práctica educativa que no resulta atractiva para el alumnado. Esto se resume en un trabajo docente que cumple el programa sin poder realizar otro tipo de práctica debido a las limitaciones y disposiciones institucionales.

Para ilustrar dichas afirmaciones es necesario analizar el momento del trabajo de campo el cual coincidió con el primer año de implementación de una serie de reformas de evaluación del aprendizaje en la educación secundaria. Estas permiten al estudiantado repetir sólo las asignaturas perdidas durante el ciclo lectivo y matricular el nivel siguiente en las asignaturas que aprobaron, reduciendo así el número de estudiante por grupo ya que sólo se repite lo perdido (Ministerio de Educación Pública, 2008). Esta reforma flexibiliza, en cierta medida, la organización administrativa en todas las secundarias del país y su objetivo es atacar la deserción mejorando las condiciones de enseñanza dentro del aula mediante grupos más pequeños. En el caso estudiado la implementación de las medidas revela aspectos que se consideran centrales para entender las deficiencias de la educación secundaria y los obstáculos particulares de la institución, las cuales han significado entorpecer el quehacer cotidiano,

“Esto es un desorden, una ocurrencia del ministro, lo que nos pone a correr y hace un problema más, no resuelve nada, sólo hace a los grupos más enredados.” (Orientadora Cynthia, 14 de mayo 2009).

Esta posición crítica da cuenta de los problemas que genera una estructura organizativa sumamente rígida que presta poca atención a las condiciones de aprendizaje.

Para los y las docente las disposiciones del Ministerio de Educación no toman en cuenta lo particular de la institución generando así confusión en docentes y estudiantes, es decir, no hay una lectura o evaluación de los diversos contextos del sistema educativo, lo que hace sumamente rígida una medida que se pretende flexibilizar su organización.

De los datos recolectados se pueden extraer dos elementos que limitan enormemente la flexibilidad e inclusión de la práctica educativa.

En primera instancia, no existe la suficiente apertura y tiempo para generar conocimientos significativos en el aula, debido a lo rígido de los programas y el poco tiempo que disponen las docentes para acometer esta tarea.

Por su parte, las posibilidades reales de la institución para proponer actividades de interés en el alumnado se concentra en una minoría de estudiantes que por lo general son quienes tienen los mejores resultados académicos, dejando en muchos casos de lado a las personas que requieren más refuerzo y motivación para permanecer en la institución. Esto último hace que se premie e incentive a las personas con más y mejores recursos materiales y de apoyo práctico y motivacional. Así, se crean limitaciones en la práctica educativa cotidiana para mejorar el interés estudiantil (esforzarse y mantenerse en la institución) en los y las rezagadas y repitentes que presentan más problemas en la comprensión de los contenidos, aspecto que se ve reforzado por la lógica organizativa del trabajo docente el cual se desarrolla mediante una metodología de la repetición sumamente estructurada. En este sentido, la violencia simbólica entendida en parte como exclusión dentro del aula se estructuró en la lógica del programa como una guía rígida y descontextualizada del trabajo docente, esto impide considerar los procesos de aprendizaje particulares ante la premura institucional para cubrir el mismo. Este fenómeno se apoya en un habitus³ docente que se acopla a las demandas

³ Formas interiorizadas de percepción y acción social de las personas que se construyen a lo largo de la socialización, en este caso de las creencias y aprendizaje pedagógico.

institucionales (burocráticas) y sobrecarga sus funciones⁴ lo que interfiere con el aprendizaje creativo, efectivo y crítico del alumnado.

REFLEXIONES FINALES

Lograr la inclusión, en este sentido, requiere un cuidadoso análisis de los supuestos, tiempo y sentido de los programas para desarrollar los contenidos de manera contextual, una tarea que involucra a la política educativa en sentido amplio (balance adecuado entre la cantidad de contenidos y el tiempo para su desarrollo). En la cotidianidad del aula fue posible identificar un proceso pedagógico autoritario y rígido lo que da cuenta de una acción pedagógica que impone un ritmo completamente descontextualizado. Según la perspectiva reproductiva esta arbitrariedad pedagógica condiciona una cultura de clase dentro del campo educativo que es reflejo de la sociedad y que se legitima como un orden natural y necesario (Bourdieu y Passeron, 1996). En el discurso docente se asume esta naturalización a través del mandato institucional como la única forma posible de llevar a cabo la docencia.

La legitimación de la exclusión o inclusión de determinadas personas en el campo educativo (en el aula específicamente) se da a través de las prácticas y relaciones sociales cotidianas que se concretan en *habitus*.

En el caso de estudio, el *habitus* docente estuvo enlazado al control absoluto del aula (espacio y alumnado), supeditado a una autoridad institucional que definió la cotidianidad. El ritmo y contenidos descansaron en el poder del programa como derrotero del trabajo diario. Dada la incapacidad metodológica y el tiempo con que se contó para desarrollar los contenidos la enseñanza resultó completamente descontextualizada (excluyente) lo que se constituye en violencia simbólica en la interacción y dinámica institucional traducido en acciones pedagógicas como disposiciones institucionales.

⁴ Los y las docentes están en muchos aspectos obligados a realizar una gran cantidad de actividades para el colegio que consume su tiempo y limita su trabajo pedagógico (recolección de fondos, organización de actividades, etcétera).

BIBLIOGRAFÍA

Althusser, L (1970). *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*. Medellín, Colombia: Editorial La Oveja Negra

Bourdieu, P. (1997). *Capital cultural, escuela y espacio social*. Madrid, España: Siglo Veintiuno Editores.

Bourdieu, P y Passeron, J.C. (1996). *La Reproducción*. (2ª ed). México: Fontamara

Coulon, A. (1995). *Etnometodología y educación*. Ediciones PAIDOS. Barcelona.

De Azevedo, F. (1973). *Sociología de la educación*. México. Fondo de Cultura Económica.

Dubet, F y Martuccelli, D. (1996). Teorías de la socialización y definiciones sociológicas de la Escuela. En *Revite Francaise de Sociologie*. 23.

Durkheim, E. (1976). *Educación como socialización*. España. Ediciones Sígueme.

Kennis, S. (1988). *Teoría crítica de la enseñanza*. Barcelona, España: Ediciones Morata.

Ministerio de Educación Pública (2008, 16 de noviembre). MEP elimina repitencia innecesaria. *La Nación*, 14 A.

Leiva, V (2005). Prácticas maternas en la docencia de la enseñanza básica: estudio de caso. *Revista de Ciencias Sociales*, No 109-110, 167-181

Quinti, G. (1997). Exclusión social: sobre medición y sobre evaluación. En Kruijt, D, Menjívar R. y Van Vucht Tijssen, L. *Pobreza, exclusión y política social* (pp. 71-90). Costa Rica: FLACSO.

Taberner, J (2006). Sociología y educación. *El sistema educativo en sociedades modernas. Funciones, cambios y conflictos*. (Cuarta edición). Madrid: Editorial Tecnos.

Torres, J (1998). *El curriculum oculto*. España: Ediciones Morata.

Villareal, A. L. (2003). *Comportamiento comunicacional de hombres y mujeres en el proceso educativo*. San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones para el mejoramiento de la educación costarricense.

PALABRAS Y SILENCIOS QUE HIEREN: ALGUNOS HALLAZGOS DEL INFORME DE LA NOTICIA DE LA PRENSA ESCRITA COSTARRICENSE Y LA POBLACIÓN MIGRANTE Y REFUGIADA, 2008¹

MÓNICA BRENES MONTOYA²

I. RESUMEN

Frente a la pregunta que articula la mesa, *¿Cuál es la posición de los medios de comunicación en el abordaje de la violencia?*, en esta ponencia mi interés es describir y problematizar el tratamiento que la prensa escrita digital dio, en el año 2008, a los procesos migratorios en Costa Rica, contemplando la inmigración y emigración. El escrito está sustentado en los resultados del Informe de la Noticia de la Prensa escrita costarricense y la población migrante y refugiada que, en compañía de Alexander Jiménez, elaboré para el Observatorio de Medios de Comunicación sobre la Población Migrante y Refugiada, en adelante Observatorio.³ El objetivo central de esta ponencia es evidenciar de qué forma la prensa escrita violenta a la población del país, y especialmente, a la migrante y refugiada con sus palabras y silencios, pues se parte de la premisa que los medios de comunicación como parte de los discursos, en cierta medida, crean y reproducen realidades, las cuales generan mucho dolor en las vidas de las personas migrantes.

El escrito se compone de cuatro apartados. En el primero realizo una breve descripción de del Observatorio y algunos aspectos centrales de la

¹ Ponencia presentada en las I Jornadas Interdisciplinarias de Violencia y Sociedad Vicerrectoría de Investigación

² Licda. en Psicología, Universidad de Costa Rica. Laboro en el Instituto de Investigaciones Sociales de la misma Universidad en temáticas asociadas a las migraciones.

³ Contamos con el apoyo del trabajo de Daniella Guevara y Ana Laura Meléndez, funcionarias de la Secretaría Ejecutiva del Observatorio y, además, con la ayuda de las estudiantes de la Universidad de Costa Rica: Patricia Vargas, Ana Cristina Araya y Osvaldo Ureña, quienes realizaron su trabajo comunal.

metodología utilizada en el estudio. En los siguientes apartados presento las dos principales tendencias en las que considero se establece una relación entre violencia y procesos migratorios en la prensa escrita. Así, en el apartado *El cuento de no acabar: migrantes como foco de violencia*, sintetizo las formas en que la prensa estableció una relación entre “la presencia”/el aumento de violencia y las poblaciones migrantes en el país; mientras en el cuarto apartado denominado *El dolor de lo no dicho: victimización, invisibilización y deshumanización de la población migrante*, analizo aquellas formas de violencia “no reconocidas” que se encuentran presentes en el abordaje realizado por los medios acerca los procesos migratorios en el país.⁴ Finalmente, expongo un balance que condensa algunas inquietudes y elementos que considero centrales a la hora de pensar en propuestas de intervención.

II. PUNTOS DE PARTIDA. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

Para empezar quisiera situar el lugar donde se efectuó el estudio. El Observatorio está conformado por instituciones especializadas en áreas concernientes a los procesos migratorios y de refugio en el país. La Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia (CONAMAJ) es su ente administrador y entre las instituciones contraparte se encuentran el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes (CIDEHUM), el Colegio de Abogados de Costa Rica, la Defensoría de los Habitantes de la República, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Dirección General de Migración y Extranjería.

El Observatorio tiene como objetivo principal

“provocar una mayor conciencia sobre las demandas de información de la ciudadanía y promover una mejor valoración social y pública de los

⁴ Estas dos tendencias y los títulos no son incorporadas como tales en el Informe; consisten más bien en una lectura a título personal del Informe.

temas migratorios, la puesta en práctica del derecho a la información, y el incremento de la participación social en la construcción y uso de esa información”.

(CONAMAJ, 2009).

Ahora bien, con respecto a los aspectos metodológicos, el período en estudio para realizar el informe fue del 1 de enero al 31 de diciembre del 2008. Dentro de éste, las personas que trabajan en el Observatorio realizaron un monitoreo, día a día, de la prensa escrita digital nacional como *La Nación*, *Al Día*, *La República*, *La Prensa Libre*, *Diario Extra* y *El Financiero*, otros como *Semanario Universidad*, *Informático* y *El País* y de diarios de otros países como Nicaragua y Colombia. Teniendo en cuenta criterios de selección del material, establecidos específicamente para realizar el informe, la muestra final fue de 1050 noticias. Para cada noticia se realizó una boleta con una serie de ítems a seleccionar como nombre del periódico, sección, mes, modalidad de la noticia, uso de fuentes, importancia del tema migratorio, contexto migratorio, tipo de migración, temática, perfil del migrante, etc. Las temáticas se clasificaron en cuatro grandes categorías, que a la vez sirvieron de guía para realizar el análisis cualitativo de la información; estas categorías son: *Mundo Legal e Institucional*; *Vida Sociocultural*; *Mundo Económico/Laboral*; *Seguridad Ciudadana*.

Al realizar la lectura y la boleta de cada una de las noticias, se prestó atención en el uso del lenguaje; la incorporación de juicios de valor por parte del o la periodista; la forma de nombrar la migración, a las personas migrantes y refugiadas; las diferencias entre las noticias según se tratase de inmigración, emigración, noticias sobre migración en/de Costa Rica o sobre otros países; la selectividad temática de los medios de comunicación; la cobertura de eventos; la información brindada para comprender mejor las dinámicas migratorias en el país; el cumplimiento de los derechos humanos de migrantes y refugiados en el uso de la información, entre otras. Estos elementos fueron retomados en el análisis cualitativo de las noticias seleccionadas.

Finalmente, como parte de las iniciativas para este informe, se tomó la decisión de incluir algunos ejemplos de material de secciones como deportes, humor, farándula y espectáculos, a pesar de que en la selección inicial realizada por el personal del Observatorio no se hacía. La decisión fue tomada pues consideramos que en muchas ocasiones ciertas formas de migración, como la emigración de deportistas o profesionales o bien, ciertas formas de narrar y opinar acerca de los procesos migratorios como las caricaturas son obviadas del análisis.

III. EL CUENTO DE NO ACABAR: MIGRANTES COMO FOCO DE VIOLENCIA

Como otros estudios en el país han registrado (Sandoval, 2002; Fonseca y Sandoval, 2006; Campos y Tristán, 2007, 2009; Urcuyo, 2008), los medios de comunicación suelen presentar noticias que sugieren una relación entre las personas migrantes y en condición de refugio, la violencia y la denominada inseguridad ciudadana en el país. Esta, desgraciadamente, es una tendencia que se presenta en los medios, y que se hace extensiva al resto de la sociedad. De hecho, los temas migratorios, en forma general, cada vez más se asocian a la seguridad pública; para muestra se encuentra la, casi aprobada, Ley de Migración General y Extranjería, la cual restringe aún más las posibilidades de las personas migrantes en el país y ubica el tema migratorio dentro del ámbito de la seguridad nacional.

El establecimiento y reproducción de la relación violencia-migrantes-inseguridad se constituye, sin duda, en una forma de violencia abierta ejercida hacia las personas migrantes y refugiadas. Si bien, como lo muestran Anyelick Campos y Larissa Tristán (2007, 2009) no se puede aducir que las audiencias retoman a cabalidad las imágenes producidas y reproducidas en los medios de comunicación, sí se puede alegar que éstos, como lo menciona Alejandro Grimson (2002:16), son “productores privilegiados de representaciones colectivas [que] coadyuvan en la fabricación cotidiana y reproducción de las categorías de pensamiento”, y por tanto, tienen un lugar central en la elaboración, distribución y mantenimiento de estas supuestas relaciones.

En este sentido, me gustaría retomar la pregunta acerca de cuál es el posicionamiento de los medios de comunicación en el abordaje de la violencia, específicamente sobre los datos que arrojó el estudio con la prensa escrita digital. En este caso particular, para mí, la pregunta más atinada es cómo los medios posicionan la violencia como la forma predominante de abordar los procesos migratorios, sobre todo inmigratorios, en el país. Lo anterior, debido a que la tendencia de la prensa escrita es presentar las noticias relacionadas con migración en el país desde una perspectiva sucesera (59 % de las noticias se encuentran en esta sección) y teniendo como temática principal la in-seguridad ciudadana (49 % del total de las noticias), registrando acciones como robos, narcotráfico, asesinatos, violaciones, detenciones administrativas, infracciones a la normativa migratoria vigente. Un aspecto central, como mencioné, es que esta tendencia tiene mayor intensidad cuando las referencias son de los procesos de inmigración en el país, es decir, cuando los Otros son los “personajes” asociados a la presencia e incremento de la violencia y la inseguridad. Hay que agregar que estos Otros criminalizados por los medios son grupos con ciertas características, como el país de procedencia, siendo Nicaragua, Colombia, China y República Dominicana los lugares más estigmatizados; las condiciones de empobrecimiento; la escasa calificación laboral; entre otros.

La inseguridad para la mayoría de los medios en estudio remite a hechos delictivos, de carácter penal o migratorio-administrativo, dejando de lado formas más integrales de concebirla que tienen en cuenta aspectos de macrosociales, intersubjetivos y subjetivos (PNUD, 2005:35). Así, la violencia asociada a la inseguridad ciudadana, es presentada por los medios como una tenencia (sé es o no violento), como dicotomía con tintes moralistas, no como un proceso social. Los medios en cuestión presentan una tendencia a adjudicarse el lugar de la no violencia, del bien, e incluso, estar más allá del bien y el mal y determinar qué es lo correcto y qué no. Un caso que merece atención es el seguimiento que *Diario Extra* dio una supuesta pareja de “estranguladores” procedentes de Nicaragua; el personal “investigó” y “denunció” a la luz pública dicho caso, bajo el título “ALERTA: ENTRÓ A COSTA RICA PAREJA DE ESTRANGULADORES”

(30.4.2008). En la nota el medio aseveraba que la pareja era la responsable, sin cuestionamiento, de un asesinato. *Diario Extra* menciona que gracias a su información las personas fueron identificadas y detenidas, adjudicándose cierta responsabilidad por la captura de los “nicaragüenses estranguladores”; dicha captura significaba una “contribución” a la seguridad en y del país. No obstante, no existía orden de captura de la pareja en cuestión. Ante la liberación de las personas, el diario mostró cierta indignación, pues a pesar de las pruebas presentadas, no se capturó a los asesinos. *Diario Extra* parece sugerir que hubo un error o bien negligencia y que se están “dejando libres” a criminales. Posteriormente llegó la orden de captura internacional para ambas personas, pero más allá de la responsabilidad de éstas en el crimen, es necesario preguntarse por la legitimidad que tiene un diario para provocar miedo en la población y adjudicarse funciones de las instancias judiciales en el país.

Por otra parte, en los medios, la violencia como posesión es presentada en términos de nacionalidad. En el estudio se encontró una tendencia muy fuerte a demarcar a las personas inmigrantes, asociadas o presuntamente asociadas, con hechos delictivos por su nacionalidad. El nombre de la persona quedaba totalmente desdibujado de la noticia, y su nacionalidad pasaba de adjetivo a sustantivo. La nacionalidad era lo que merecía atención de la persona, además, claro está, de la acción que cometió o se presumía ejecutó. Es decir, la persona en estos casos era presentada esencialmente en razón de su nacionalidad. Lo anterior, se asocia con el importante porcentaje de noticias donde la migración aparecía como un tema secundario, es decir, aquellas noticias donde se menciona de forma indirecta a la migración, siendo las referencias a la nacionalidad la forma más común de registro. El carácter indirecto y secundario con el que aparece el 60 por ciento de las noticias se relaciona con la predominancia de las noticias en la sección de Sucesos, pues en esta la condición de inmigrantes o refugiadas de las personas no es relevante, sino la nacionalidad de quienes se ven involucrados en diferentes eventos o situaciones. Con lo anterior, se puede sustentar la hipótesis de que la prensa tiende a abordar la temática migratoria de forma menos profunda,

dejando de lado aspectos de fondo y dando un enfoque de la migración basado en lo trágico, problemático y violento, elementos característicos de los sucesos.

Este manejo sostiene la imagen, construida históricamente en el país, de ciertos grupos migrantes como generadores de caos, violencia y ausencia de paz. El mensaje parece ser que la nacionalidad es la determinante de la posesión o no de violencia. “Muestras externas” de la nacionalidad como el acento fueron fundamentales en las noticias asociadas a la seguridad ciudadana. En algunas ocasiones las noticias de Sucesos aludían al supuesto acento extranjero de quienes habían cometido delitos; a pesar de que la información no era oficial sino era recolectada en el sitio, se hacía referencia a ésta. Un ejemplo presente en *La Prensa Libre* es: “Un hombre de aparente acento colombiano junto con un motorizado asaltaron ayer en horas de la mañana la joyería López ubicada en pleno centro de San José” (PL, 8.2.2008).

La referencia de las personas migrantes como violentas y generadoras de la inseguridad, se sustenta por medio de algunos recursos y mecanismos. Entre éstos se encuentra el uso recurrente de recursos visuales, en especial fotografías de personas detenidas, cadáveres, sangre, imágenes de representantes de la represión y el control social como la policía, entre otras. Otro de los mecanismos consiste en la tendencia de la prensa escrita digital a asumir el discurso de las autoridades gubernamentales que sostienen que las personas migrantes son de cuidado y que el manejo restrictivo de las fronteras es fundamental para mantener la seguridad nacional. Uno de los casos emblemáticos para el año 2008 fue el caso de las supuestas infiltraciones de las FARC en el país, donde la tendencia de la prensa escrita digital fue reproducir las declaraciones de diferentes personajes públicos que relacionaban directamente a la población refugiada en el país con las supuestas acciones de las FARC. En abordajes como el de las FARC se evidencia la responsabilidad, tanto de las autoridades gubernamentales como de los medios de comunicación, en la generación de imágenes estereotipadas sobre algunos grupos migrantes en el país.

En estas formas de abordaje de los procesos migratorios, los medios construyen y reproducen vínculos entre ciertos grupos migrantes, la violencia y la

inseguridad en el país, los cuales no sólo laceran a las personas implicadas en las noticias, pues se les desproveen de su condición de seres humanos, sino de quienes por razón de nacionalidad o de ser migrantes, claro con ciertas características, son rechazadas, discriminaciones y humilladas a diario. En palabras de Cecilia Hurtado y Carmenza Lara, refugiadas colombiana en el país: “podemos decir con conocimiento de causa, el daño y el efecto que ocasionan cuando somos objeto de palabras cargadas de xenofobia, discriminación y rechazo. En el silencio de nuestros hogares, al lado de nuestros pequeños hijos y familiares, incluso de nuestros amigos y vecinos costarricenses, escuchamos de altos jefes del Gobierno, presentadores de televisión, medios de comunicación escritos y ahora, por último, abogados que escriben y hablan sobre los refugiados (LN, 18.4.2008, “Refugiados colombianos”).

III. EL DOLOR DE LO NO DICHO: VICTIMIZACIÓN, INVISIBILIZACIÓN Y DESHUMANIZACIÓN DE LA POBLACIÓN MIGRANTE

Como lo señala, Blanca Aguilar (2006) la sociedad se desenvuelve ‘normalmente’ con acciones violentas como la discriminación, la explotación, la burla, la ofensa, la humillación, las cuales tienen como finalidad controlar y obtener ventajas sobre los Otros. Estas formas de violencia pueden ser ejercidas por medio de acciones físicas, por medio de las palabras que conforman los discursos que expuse anteriormente, pero también por medio de silencios. En éstos se condensan aspectos centrales de los discursos. Para este caso, los silencios presentes en las noticias de la prensa escrita muestran formas de violencia que no son consideradas como tales, sino más bien, son vías legitimadas y utilizadas por los medios para hacer realizar notas.

Una primera variante de esta forma de violencia silenciosa es la victimización. La prensa escrita utiliza esta forma especialmente en el caso de las personas migrantes que fueron asesinadas, robadas, o violentadas de alguna forma. El género es fundamental aquí, pues sobre todo las noticias relacionadas con violencia intrafamiliar contra adultas y niñas, recurren a este estilo. Parece ser

que los medios tratan de establecer empatía de los y las lectoras hacia la “víctima”, la cual siempre es presentada como “buena”, estableciendo claras diferencias con respecto al victimario, generalmente un hombre, visto como “malo”. La persona identificada como víctima es desprovista de cualquier tipo de agencia, tomando forma de un ente pasivo.

Por otra parte, para el caso de la población emigrante se presenta un caso interesante, pues personas que han ingresado y permanecido de forma irregular en Estados Unidos son presentadas como víctimas de “coyotes” o del personal corrupto de aquel país; mientras que en el caso de las y los inmigrantes no se realiza una victimización cuando se les relaciona con “infracciones” a las leyes migratorias, sino más bien, se les criminaliza.

La invisibilización de las personas migrantes y refugiadas es otra de las variantes en las que se manifiesta la violencia silenciosa en la prensa escrita. Como mencioné antes, en la prensa se presentó una tendencia a asumir los discursos de las autoridades gubernamentales y otras en las noticias asociadas con temas migratorios, en detrimento de las voces de las personas migrantes y refugiadas en el país. A pesar de que el promedio de noticias acerca de la migración fue 2.8 diarias durante el 2008, en pocas ocasiones los medios utilizan como fuentes a dichas poblaciones. Es decir, constantemente se habla de ellas, pero pocas veces se les escucha y muchas menos, se les pregunta acerca de temáticas que les conciernen directamente. Bajo la consigna de “hablar por la gente que no puede”, los medios de comunicación violentan a la población presentando versiones parcializadas sobre ciertos hechos o temáticas.

Otra de las formas en que se presenta la invisibilización como violencia es con la tendencia de la prensa escrita digital de omitir los aportes que han realizado y realizan las poblaciones migrantes al país, no sólo en términos económicos, sino también sociales, culturales, artísticos, entre otros. Las referencias a la riqueza que los procesos de emigración, inmigración y refugio brindan a la diversidad al país pasan, en la mayoría de los casos, desapercibidos para los medios de comunicación.

La invisibilización también se presentó cuando los medios cubrían noticias, siempre en la sección de sucesos, sobre accidentes o muertes de personas migrantes en sus lugares de trabajo, pues como tendencia la prensa omitía referirse a las condiciones de explotación a las que poblaciones inmigrantes sufren en el país. En ese sentido, uno de los casos más significativos del año 2008 fue la muerte de Rafael Antonio Pérez Sánchez, trabajador de construcción, de origen nicaragüense, quien laboraba para un empresa española encargada del proyecto del Hotel Riu en Guanacaste. Las condiciones de alojamiento caracterizadas por el hacinamiento y deficiencias sanitarias, el mal manejo de los alimentos y una serie de violaciones de garantías laborales y sociales básicas se asociaron a la muerte de esta persona. Los medios de comunicación dieron seguimiento al caso enfatizando en las irregulares condiciones laborales, de alojamiento y alimentación a las que eran expuestas las personas que allí laboraban.

Sin embargo, habría que anotar que en algunas ocasiones los titulares de las noticias de este caso no reflejaban la responsabilidad de la empresa en la muerte de Rafael Antonio Pérez y en las condiciones de trabajo de las personas, especialmente las migrantes. Los títulos y parte de los textos sustentan lo anterior, por ejemplo: “Brote en Guanacaste mata a nicaragüense” (LR, 17.11.2008). Este encabezado continúa con el siguiente texto: “Un peón nicaragüense murió debido a un brote infeccioso que ha afectado al menos 200 trabajadores en una construcción hotelera de una empresa española en Guanacaste”. Otros títulos son: “Autoridades denuncian trasiego diario: NICAS ILEGALES TRABAJAN EN CONSTRUCCIONES DE GUANACASTE • *De 1.500 nicaragüenses que trabajan en hotel donde se produjo brote, solo 100 tenían permiso de trabajo*” (DE, 19.11.2008) o “Amontonados en cuartos sucios vivían los trabajadores” (AD, 18.11.2008). En ninguno de ellos se alude a la responsabilidad de la empresa en la muerte y en la contratación de personas sin documentos. Es decir, los titulares a pesar de que señalan las deficiencias en la contratación y alojamiento de las personas trabajadoras, invisibilizan la responsabilidad de las personas o empresas empleadoras y presentan “el suceso” como un hecho aislado y excepcional,

negando así la cotidianidad de este tipo de situaciones en la vida de muchas personas, sobre todo quienes han migrado al país y fuera de él.

Otro caso es el de un joven nicaragüense que murió al caer de un vehículo, justo después de ser despido:

Los despidieron del trabajo

Sin embargo, pareciera que el destino les jugó una mala pasada, cuando los tres llegaron a trabajar a una finca dedicada a la recolección de naranjas, el capataz los despidió por aparentemente no estar satisfecho con el trabajo que hacían. “Un hombre, Miguel, se acercó y nos dijo que la forma en que recolectábamos las naranjas no le parecía, por lo que decidió despedirme a mí y a mis hijos, también a mi hermano Marco Antonio; nos trató mal aunque yo le dije que no era necesario, que mejor nos hubiera dicho cuál era el error para nosotros corregirlo, no quiso pagar ni tampoco montarnos en la carreta en la que siempre nos llevan para salir de la finca”, recordó el angustiado padre. En ese momento, Marco Antonio se ofreció a llevarlos hasta su casa en el sector de San Antonio, en su carro un Nissan D21 de color rojo y placa CL142601 por lo que los dos muchachos, su padre y los tres hijos del conductor se subieron en el cajón del pick up.

La situación de explotación y derechos laborales de las personas en cuestión no parece dentro de la noticia, es únicamente el contexto inmediato del suceso. Parecería parte del orden natural de las cosas; la referencia a los derechos laborales y humanos de las personas implicadas en el caso fueron totalmente invisibilizados por el medio de comunicación.

Por otra parte, en la cobertura de la emigración en el país que realiza la prensa se presenta algunas formas de invisibilización; una de ellas es la poca presencia de noticias referentes a este proceso (7.6 por ciento contra un 80 por ciento referido a inmigración) a pesar de la magnitud del proceso en el país, especialmente en algunos cantones alajuelenses y josefinos. Otra es la

invisibilización de los procesos sociales, económicos y políticos que, en las últimas décadas, han consolidado la salida de miles de costarricenses a otros países, especialmente hacia Estados Unidos. Los medios de comunicación suelen tratar el fenómeno de la emigración como un evento fortuito, es decir, los medios presentan la emigración como un asunto carente de relación causal con las dinámicas políticas y sociales del país, de esa manera Costa Rica es presentada como “un lugar de oportunidades” para todas las personas. Las razones para emigrar son remitidas a un plano individual que suele estar cargado de algunos estereotipos sobre las y los emigrantes, como ser madres y padres abandonados, ser personas aventuras o ambiciosas. Esta tendencia se evidencia más claramente en el reportaje realizado por *Al Día* con el título “Miles de ticos viajaron al norte y dejaron aquí sus familias. Todo empezó con el sueño norteamericano”, más bien adelante presenta las declaraciones de una niña cuya madre es emigrante: “Mis compañeros me dicen que yo no tengo a mi mamá conmigo porque soy una tonta, pero no les hago caso, porque no les creo”, cuenta la pequeña Vanessa, de 8 años, mientras juega con un peluche que su madre le envió desde Nueva Jersey, Estados Unidos, donde reside desde el 2004”.

Finalmente, una de las manifestaciones de violencia por medio de la invisibilización consiste en la escasa, y casi ausente, presencia de referencias de las experiencias de dolor que enfrentan las poblaciones emigrantes, inmigrantes y refugiadas en el país, así como de los grandes esfuerzos y acciones de resistencia para desplazarse y empezar sus vidas en el país.

La deshumanización de las personas migrantes y refugiadas es la tercera variante en que se manifiesta una violencia silenciosa en la prensa escrita; en esta variante, las personas migrantes se convierten en objetos para los medios de comunicación. Una de las formas más claras que se presenta es la alusión a los y las inmigrantes y personas refugiadas como material de desecho o bien como animales. *Diario Extra* es claro con su titular “Más de 15 detenidos, San José: POLICÍA LIMPIA TIERRA DOMINICANA” y continúa:

SAN JOSÉ.- La tarde y noche de ayer, los diferentes cuerpos policiales realizaron una exitosa barrida en “Tierra dominicana”. El saldo, más de quince personas detenidas, tres armas de fuego decomisadas, once tiros explosivos de calibre 40, que es prohibida en el país, además de varios puchos de marihuana incautados y mujeres dedicadas a la prostitución que fueron detenidas.

En el ejemplo anterior, las personas en cuestión son reducidas a basura que se puede barrer y eliminar, dejando una sensación de control sobre los Otros que se presentan como violentos.

Con respecto a las y los emigrantes, aquellos que se encuentran en la categoría de “prestigiosos” es decir, periodistas, artistas, futbolistas, entre otros, son presentados como trofeos o emblemas del país en el exterior: éstos son símbolo de la excepcionalidad costarricense en los países en que se encuentran.

IV. BALANCE

La violencia en los procesos migratorios se presenta en la prensa escrita siguiendo dos formas principales, aquellas abiertas, reconocidas, hasta cierto nivel, como violencias, y aquellas que son consideradas formas legitimadas de hacer noticias. Ambas impactan, en diferentes niveles e intensidades, las relaciones que se establecen entre las poblaciones migrantes y en condición de refugio y el resto de habitantes del país. Las palabras no sólo hieren al leerlas, sino al enfrentarse a los imaginarios y representaciones que circulan a diario en diferentes espacios y que decantan en prácticas concretas. Los silencios también forman parte integral de estos imaginarios y representaciones que condicionan el establecimiento de relaciones entre las personas que habitamos Costa Rica. Para mí, es necesario enfatizar en que estas formas de abordaje representan un ejercicio de violencia para todos y todas las habitantes del país, no solo para las personas migrantes, pues los procesos migratorios no solo atañen e influyen éstas. Pero al igual que las palabras y los silencios forman y reproducen imaginarios, representaciones y

realidades discriminatorias, también son capaces de transformarlas y de generar nuevas prácticas.

Para pensar en acciones transformadoras de los discursos mediáticos es necesario pensar en el proceso comunicativo en un sentido más amplio y no achacarle toda la responsabilidad al o la periodista. Un rasgo de los medios de comunicación que no puede ser olvidado es que éstos, en la mayoría de los casos, son empresas y, por tanto, en los mismos las ganancias cumplen un papel central. Es necesario entender las empresas informativas, como las denomina German Rey (2007), evidenciando su complejidad. Factores como el contexto, nacional o internacional, los intereses y dinámicas de la empresa como tal y las prácticas profesionales, las audiencias meta, la formación de profesionales, entre otros, pesan en la construcción del discurso mediático y por tanto, deben ser tomadas en cuenta a la hora de dibujar propuestas que tengan por finalidad la transformación de abordajes violentos por parte de los medios. Aquí surge la pregunta fundamental acerca de las ganancias, en el plano ideológico, que pueden percibir las empresas de los medios de comunicación con la denigración y violencia hacia la población migrante; es decir cuáles son las ganancias de realizar este tipo de abordajes más allá del incremento de las ventas.

Pero, sin lugar a dudas, un aspecto que no puede faltar es la escucha y el diálogo de los diferentes actores sociales insertos en los procesos migratorios; una escucha como principal carencia en el abordaje de la prensa escrita sobre los procesos migratorios es, para mí, la clave.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONAMAJ (2009). Información general. Recuperado en: http://www.conamaj.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=57

Grimson, Alejandro (2002). *El otro lado del río. Periodistas, nación y MERCOSUR en la frontera*. Buenos Aires: Eudeba.

Aguilar, Blanca (2006). "Introducción". En: *La violencia nuestra de cada día*. México: Plaza y Valdés

Campos, Anyelick y Larisa Tristán (2009, en edición). *Nicaragüenses en las noticias: textos, contextos y audiencias*. San José: Universidad de Costa Rica.

Campos, Anyelick y Larissa Tristán (2007). *Recepción de la información periodística sobre hechos de violencia y conflicto social, en los que se implica a la población inmigrante nicaragüense residente en Costa Rica*. Tesis para optar al grado de licenciatura en Psicología. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. Universidad de Costa Rica.

Fonseca, Karina y Carlos Sandoval (2006). "Medios de comunicación e (in)seguridad ciudadana en Costa Rica". En: *Cuadernos de Desarrollo Humano 3*. San José: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

PNUD (2006). *Venciendo el temor. (In)seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica*. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005. San José.

Sandoval, Carlos (2002). *Otros amenazantes. Los nicaragüenses y la formación de identidades nacionales en Costa Rica*. San José: Universidad de Costa Rica

Rey, German (2007). *Los relatos periodísticos del crimen*. Colombia: Centro de Competencia en Comunicación para América Latina. Recuperado en: www.c3fes.net.

Urcuyo, Carolina (2008). *El tratamiento informativo de la inmigración en la prensa escrita costarricense*. Tesis para optar por el grado de Máster en Estudios Latinoamericanos. Instituto Interuniversitario de Iberoamérica. Universidad de Salamanca.

Cátedra Alessandro Baratta

I Seminario sobre el Pensamiento de Alessandro Baratta

PALABRAS DE APERTURA I SEMINARIO SOBRE EL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO BARATTA
(PAULA DOBLES)

BARATTA Y LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA: UN FILÓSOFO QUE REVOLUCIONÓ LA CRIMINOLOGÍA Y LA ENCAMINÓ A SER TEORÍA CRÍTICA DEL CONTROL SOCIAL
(LOLA ANIYAR DE CASTRO)

LA LIBERACIÓN DEL PUEBLO EN EL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO BARATTA
(WALTER ANTILLÓN)

ALESSANDRO BARATTA FILOSOFO DEL DIRITTO
(PAOLO BECCHI)

“LA CRIMINOLOGÍA EN LA POSMODERNIDAD
(CARLOS ALBERTO ELBERT)

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA A DISTANCIA COMO ALTERNATIVA AL ENCIERRO: DESDE LA PERSPECTIVA DEL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO BARATTA, PARA QUIEN “LA MEJOR CÁRCEL ES SIN DUDA LA QUE NO EXISTE”
(CÉSAR BARROS LEAL)

PALABRAS DE CLAUSURA
(MARCO VARGAS CARRANZA)



Cátedra Latinoamericana de
CRIMINOLOGIA Y DERECHOS HUMANOS
Alessandro Baratta

PALABRAS DE APERTURA I SEMINARIO SOBRE EL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO BARATTA

PAULA DOBLES
DIRECTORA EJECUTIVA
CÁTEDRA DE CRIMINOLOGÍA Y DDHH ALESSANDRO BARATTA

Saludos a los presentes en la mesa inaugural:

Presidente de la Corte Suprema de Costa Rica: Dr Luis Paulino Mora Mora

Representante de la UNA : Msc José Carlos Chinchilla

Representante de IIDH: Directora Adjunto del IIDH Joseph Thompson.

Invitados especiales y profesores fundadores Profesora Lolita Aniyar de Castro, profesor Carlos Elbert, Prof César Barros Leal, Prof Walter Antillón, Prof José Manuel Arroyo.

Participantes todos y todas:

Como muchos de ustedes ya conocen la Cátedra tiene como objetivo el análisis crítico de la aplicación del conocimiento teórico y práctico, científico, relacionado con la criminología en América Latina en sus expresiones teóricas y prácticas, para lo cual genera espacios de discusión, formación, profundización y reflexión crítica de los diversos paradigmas para formular alternativas, generar pensamiento crítico que contribuya a disminuir el conflicto social, preservando la plena vigencia de los derechos humanos. Pero sobretodo, conservar, desarrollar y difundir, a través de los medios más idóneos, el legado literario, científico y filosófico del Maestro Alessandro Baratta.

El nuevo modelo criminológico que se quiere impulsar desde este espacio de reflexión, investigación y análisis, está basado en el marco de los derechos humanos, la seguridad humana y un modelo de control social democrático para conformar un modelo de desarrollo humano sostenible, que propone un desarrollo comunitario sustentable para la seguridad humana sin **exclusión y discriminación**, lo cual significa una política criminal basada la democracia participativa y que por ende, contribuye a la libertad.

En Costa Rica, pese a las reiteradas exhortaciones de Naciones Unidas, hasta ahora no se ha incorporado eficientemente la política criminológica a los planes de desarrollo del Estado. Es manifiesta la discordancia entre los modelos de control social y los modelos de desarrollo económico, lo que ha determinado una imprevisión en los costos sociales, humanos y financieros de toda adecuación a las nuevas estructuras, determinando la necesidad de mejorar cualitativa y significativamente el tema de seguridad de los habitantes. Los efectos de las imprevisiones mencionadas y el resultado adverso en las estructuras de la administración de justicia, se han hecho recaer en un desplazamiento de responsabilidades sobre las estructuras más vulnerables del sistema de control social, especialmente notorio en la policía, el sistema penitenciario y el sistema de niñez y adolescencia en conflicto penal.

La vulnerabilidad social de los más desposeídos hace muchas veces imposible garantizar –autogestionariamente - los recursos mínimos para la subsistencia, que es buscada entonces en formas no aceptadas socialmente (como la mendicidad y el delito menor, entre otras). Pero es evidente que formas predisponentes a esta última opción se van generando a partir de episodios de violencia de distinto tipo, tales como la violencia doméstica, contra la mujer, maltrato infantil, etc. Estos, en buena parte, se corresponden con aumentos de la ansiedad e inestabilidad generada por problemas vinculares y sociales que deben ser encarados en formas adecuadas, con la aplicación de nuevas metodologías de abordaje para la organización comunitaria, que sean eficaces para contener esas formas de vínculo generadoras de conflicto.

Toda estrategia de prevención y control del delito, entendido éste como manifestación de violencia o de conflicto con la ley, busca modificar las situaciones de vulnerabilidad (violación de derechos humanos) mediante programas tendientes a crear condiciones de vida que aumenten las oportunidades de comportamientos que disminuyan el conflicto social y por ende permitan un mejoramiento en la calidad de vida en las estrategias de supervivencia. Es necesario prever legalmente la posibilidad de actuación plena e integrada de la comunidad, la policía e instituciones del Estado y, según los niveles pertinentes de

la prevención, que conllevan necesariamente a la integración comunitaria. Las acciones de prevención y control del conflicto social constituyen un recurso de protección a las poblaciones más vulnerables para promover en ellas una organización comunitaria que les permita integrarse efectivamente en el contexto social.

Distintas experiencias latinoamericanas demuestran que cuanto más represivo se vuelve el sistema de control social, más se elevan los indicadores de violencia institucional y delito. Por ello, hoy desde este espacio debemos reflexionar desde una criminología basada en los derechos humanos y que pretenda la seguridad humana de todos los habitantes como una política criminal que debe ser eficiente, moderna y rápida dentro de una política social integrada. Violencia e impunidad se relacionan directamente con la inequidad social y ésta se haya conectada con la corrupción estructural. Todos sabemos que sin niveles mínimos de equidad, no es posible disminuir el delito en franjas poblacionales que lo tienen como estrategia de supervivencia, operando, de hecho, como redistribución salvaje de la riqueza.

Esto implica atender la pobreza restituyendo derechos, antes que reprimir o encerrar a algunos de los habitantes en pobreza extrema que, habiendo sido antes vulnerados, se han vuelto ahora peligrosos para la organización social.

Más que una reforma legal, se requiere una actualización de la forma de conceptualizar la dimensión *social*, que sin duda para el país es de la mayor importancia para la consolidación de opciones de diseño de políticas públicas en seguridad humana, en tanto seguridad ciudadana y prevención del delito que contrarresten los discursos maximalistas del derecho penal.

Hoy abrimos este nuevo espacio de reflexión, un espacio más como ya lo hemos venido haciendo desde la Cátedra, para que contribuyamos con un pensamiento crítico, a la búsqueda de alternativas para una nueva criminología de los derechos humanos para el siglo XXI.

Muchas gracias.

BARATTA Y LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA UN FILÓSOFO QUE REVOLUCIONÓ LA CRIMINOLOGÍA Y LA ENCAMINÓ A SER TEORÍA CRÍTICA DEL CONTROL SOCIAL

LOLITA ANIYAR DE CASTRO

De él hemos dicho que Baratta fue un hombre del Renacimiento: el antropocentrismo, el humanismo, el enciclopedismo, y la elegancia de su estilo literario y de su estética moral, su capacidad de envolver diferentes saberes en una sola, contundente, sólida masa teórica sobre el sometimiento y la liberación, lo hacen el más completo pensador de la época en nuestra área. Pocos filósofos se habían adentrado con tanta agudeza totalizadora en lo que hasta entonces fuera el submundo relegado del control penal institucional.

Y hemos dicho “estética moral”, pues el llevó a cabo la reunificación de saberes y valores dispersos, y lo hizo con la armonía restauradora que esa tarea solicitaba. Y porque ética y estética, vistas especialmente, aunque no exclusivamente, en el ámbito sociopolítico, son la misma cosa.

Aunque Pavarini, a quien hemos denominado compañero de ruta del Maestro, haya dicho que Baratta nació y murió como un filósofo del Derecho Penal, tenemos que decir que él fue un criminólogo de nuevo cuño, el criminólogo de la totalidad.¹ Sucede que a la criminología se insiste en enraizarla para siempre en la vertiente etiológica de sus orígenes. No se acepta que, con ese nombre tome la jerarquía de una nueva amplitud integradora de conocimientos y de perspectiva política.²

¹ Sobre estas anotaciones, ver Pavarini. Massimo: Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de A. Baratta, en Revista *Anthropos*. Alessandro Baratta, el Pensamiento Crítico y la Cuestión Criminal; Barcelona, 204, 2004 Ver también Baratta: Problemas Abiertos en la Filosofía del Derecho, Doxa, 1984 p.38). Pavarini nos refiere que el mismo Baratta dijo: “Inclusive mi participación actual en el movimiento de la Criminología Crítica representa sólo una lógica continuación de mis pasados estudios de filosofía jurídico penal”. En la obra juvenil de Baratta, la suya es una crítica del Derecho desde un punto de vista liberal y garantista, partiendo de la Filosofía del Derecho, tanto desde el interior de la dogmática, como desde el exterior.

² Inclusive Bergalli, criminólogo crítico aun cuando insista en denominar su área de trabajo “sociología del control penal”, la considera sólo causal-explicativa. Vid BERGALLI, Roberto:

Es cierto que Baratta dijo: “Inclusive mi participación actual en el movimiento de la Criminología Crítica representa sólo una lógica continuación de mis pasados estudios de filosofía jurídico penal”.

En la obra juvenil de Baratta, efectivamente, la suya es una crítica del Derecho desde un punto de vista liberal y garantista, partiendo de la Filosofía del Derecho, tanto desde el interior de la dogmática, como desde su exterior. Y, según cita Pavarini, es así como encuentra la Criminología Crítica en esos primeros años 70; y es así también como ese encuentro se produce “porque necesitaba un punto de apoyo para mover el mundo”: la Criminología Crítica vendría a ser, entonces, un punto de vista exterior que le permitiría hacer la crítica del Derecho Penal. Insiste en que Baratta nunca hizo criminología: no fue “criminólogo”, dice, pues, según él, nunca hizo investigación empírica sobre ese material. Como tampoco hizo Dogmática Penal (dice que “para ser panadero hay que amasar la masa, y no solamente revisar los hornos”)³.

Habría que aceptar, -si nuestro amigo Massimo tiene razón-, que sólo la investigación empírica hace un criminólogo, lo que no nos resulta fácil, en una época en la cual la necesaria interdisciplina, o, digamos mejor, transdisciplina, absuelve de la falta individual de la actividad empírica.

Y aunque el mismo Baratta advierte que su trabajo como criminólogo es “una continuación” de sus primeras inquietudes y trabajos, hay que decir que se trata más bien de “una verdadera evolución” que tiene acentos muy marcados, y los cuales van a desarrollarse intensamente en el tiempo.

Pues, más que como Filósofo del Derecho, Baratta siendo, por sus lecturas, también un sociólogo, un politólogo, y un jurista, se hundió en las mazmorras

“Sentido y Contenido de una Sociología del Control Penal para América Latina”, en Criminología Crítica, 1er Seminario, Universidad de Medellín, 1984.

³ Ver Pavarini, ob cit. en Revista Anthropos. Alessandro Baratta, el Pensamiento Crítico y la Cuestión Criminal; Barcelona, 204, 2004. Por supuesto, esta afirmación se basa en una particular definición o concepción de la criminología, como disciplina basada en estudios empíricos, y con metodología sociológica. Pero es evidente que los trabajos de la criminología y la sociología criminológicas, influyen en el encuentro de Baratta con la Criminología y su relación con el Derecho y la Dogmática Penal, a los que percibió afectados de “renquera” por su distanciamiento con la realidad.

teóricas de la cárcel, desmitificó las doctrinas penales referidas a la Escuela de la Defensa Social, y puso sobre el tapete de investigación académica nuevas formas de conducta antisocial, muchas de ellas más terribles y dañinas que las previstas en los códigos penales, como fuera el caso de los desaparecidos en el período de sombra autoritaria del Cono Sur. Fue él quien intentó, precisamente, descubrir la fórmula de las incriminaciones humanistas, al escudriñar los posibles parámetros de “lo criminalizable” o “referente material del delito”. Eso que los penalistas llamarían el “bien jurídicamente tutelado”. Redefinió conceptos criminológicos añejos, como el de “Seguridad”, al que consideró básicamente como la seguridad del acceso a los Derechos; e insistió para ello, y en términos generales, en rescatar los Derechos Humanos para una tarea que no podría denominarse sino criminológica. Lo que sucede es que las criminologías clínica y funcional-positivista, nunca se interesaron en realidad por sus repercusiones en los Derechos Humanos.

Como el Quijote, a su manera, Sandro topó con el Poder. Y todo eso hace de él un criminólogo crítico, quien es justamente el que se adentra en la crítica del poder, nunca mejor representado que en las instituciones del control social duro; y aún más allá, pues este control que la Criminología Crítica debe estudiar, -como hemos otras veces sostenido⁴-, es tanto el formal, que llamaremos “duro”, como el informal, que encubre su tara de ingeniería social bajo formas “ligeras” de ideologización o socialización.

Esta Criminología, y también Baratta, pues, asumen la crítica del Poder. En un primer momento, esquemáticamente marxista; y posteriormente aliñada con pinceladas posmodernas, frankfurterianas y garantistas, que enfocan también la crítica cultural. En el caso de Baratta, esto es claro: Habermas se encuentra aquí y allá en su obra.

En sus inicios, en la onda expansiva de los movimientos de ese tipo de los años 60 y 70, esa Criminología emerge de manera acentuadamente radical. Con

⁴ Vid ANIYAR DE CASTRO, Lola: CRIMINOLOGÍA DE LA LIBERACIÓN. Edic del Instituto de Criminología de La Universidad del Zulia, Maracaibo, 1987

matices importantes, la nombramos Criminología de la Liberación⁵, (nace con ese nombre, lógicamente, en América Latina) y se acogió a las ondas envolventes de todos los pensamientos regionales, tanto teológicos, filosóficos y comunicacionales, de raigambre profundamente latinoamericana, y característicos de sistemas políticos que, en sus esfuerzos por su evolución a otros más justos, en la segunda mitad del siglo pasado intentaron dar un vuelco a las denominaciones y contenidos de todos los controles. Esa liberación lo sería de la mentira, del ocultamiento, como si fuera un puñal que rasga la apariencia para encontrar la esencia del control penal. Esa liberación lo sería de la falsa resocialización, no voluntaria, sino represiva. Va a juntarse, históricamente, con viejos estudios como el de Bonger, con las relaciones entre cárcel y mano de obra excedente, de Rusche y Kirkheimer, y con otros, más nuevos, de Pavarini; y se encuentra con Foucault, quien, desde la historia y la filosofía, al describir el panóptico penitenciario, el Gran Encerramiento, y el universo disciplinario, lo relaciona con el panóptico social, y descubre que el estereotipo del delincuente pobre y marginado, es la función primordial y secreta de la cárcel. Se junta involuntariamente a la investigación de Chambliss sobre las leyes de Vagos en Estados Unidos e Inglaterra, donde el poder del sistema fordista de producción se encuentra retratado.

Allí, en ese “blanco” o *target*, que es el Poder, van a centrarse los certeros flechazos de Baratta, dándole una riqueza conceptual extraordinaria, propia de sus saberes múltiples. Y eso es criminología porque todas las teorías que tocan cualquier tipo de control, van a finalizar sus elucubraciones, -por no decir “sus días”-, en la cárcel, en las imputaciones, en los procesos penales, y en las persecuciones por parte de las policías, nacionales e interpoles.

Ya Baratta decía que había un continuo que comenzaba en la escuela y terminaba en la cárcel.

“Socializarse o re-socializarse, ese es el dilema”, diría Hamlet hoy. En el juego del Poder, todos los recursos son posibles: Gramsci señaló a los intelectuales orgánicos como uno de los más sofisticados instrumentos. Muñoz

⁵ ANIYAR de C., Lola: ibíd

Conde hoy desnuda las maniobras fascistas de Mezger. Podríamos decir que Baratta, en materia de control, es el intelectual inorgánico. Representa un pensamiento y también una práctica: como debe ser para quien cree, a la manera marxista, que el conocimiento es práctico. No sólo por su vocación difusora de la palabra buena, manifestada en las dos importantes, históricas, Revistas que hizo funcionar en Boloña: La Cuestión Criminal (“La Questione Criminale”) y De los Delitos y de las Penas (“Dei Delitti e delle Pene”), donde una nueva modalidad de la transdisciplina se instaló, con la presencia de semiólogos, historiadores, filósofos y penalistas, entre otros; sino porque, como puede verse a través de sus títulos, él insistió en temas que tenían que ver con la parte más dura del control.

Una práctica, también, porque, en Boloña participó con el gobierno local de la izquierda en el proyecto de La Ciudad Segura. Esta necesidad de continuar la seña de que no basta conocer el mundo, sino que es necesario transformarlo, y por lo tanto la conciencia de la necesidad de pasar a la acción, se vio en muchos de nosotros, criminólogos críticos, quienes optamos algún tiempo por el ejercicio de alguna forma de poder, para influir directamente en transformaciones concretas del mundo en que vivíamos.

Y yo pregunto, desde el corazón de la nueva criminología, después de todo ¿qué es un criminólogo? La única respuesta sensata y coherente es que un criminólogo es quien se ocupa de la “Cuestión Criminal” (definición de las normas desde el poder de definir); transgresión de las mismas (desde los gobernados), y sanción por la transgresión (para los subordinados a ese poder). En forma, sin duda injustamente resumida, Baratta se ocupa, precisamente, “de los delitos y de las penas”, que es lo mismo. Podríamos decir que también Foucault hace criminología cuando escribe su libro Vigilar y Castigar. Que para ello haga uso del conocimiento histórico y del pensamiento político, es lo que hace, precisamente que, en ese momento, Foucault se encuentre inmerso en lo mejor de las reflexiones criminológicas.

Pareciera que la pregunta sobre ¿qué es un criminólogo? podría responderse mejor con otra pregunta: ¿qué es la criminología? Lo abstruso de necesitar una respuesta inquisitiva, se resuelve simplemente proclamando que no

hay una criminología, sino muchas. Desde el positivismo clínico y funcionalista, - que siguen lamentablemente muy vivos-, pasando por el interaccionismo, hasta la Crítica, todo ha sido una sucesión de rupturas que construyen carreras , libros, y profesiones diferentes, para sorpresa e indignación de los teóricos de la llamada “Ciencia” criminológica, (por supuesto generalmente positivistas). Y en el mismo sentido en que, como hemos sostenido, cuando proponíamos una Teoría Crítica del Control Social, no estábamos construyendo una Teoría, sino una anti-teoría, para evitar que su congelamiento en un momento de la historia se convirtiera en una nueva forma de poder, así Baratta explica en su “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, que no hay una teoría única, un concepto único de delito, ni habrá propuestas únicas y para siempre en el historia. La “Ciencia”, -más bien el científicismo-, a la manera positivista, no tiene nada que ver con esta reunificación, por él ejercida, de la ciencia (como coherencia y pertinencia lógica) y la filosofía.

Baratta totalizador: Sin embargo, Sandro hace propuestas metodológicas concretas para definir la Criminología Crítica⁶. En ellas podemos ver más claramente la vocación enciclopédica de Baratta, y a él mismo como un producto de múltiples experiencias en el campo de la filosofía, de la sociología, del Derecho, y hasta de la investigación empírica, la cual él reconoce fue el inicio de su interés creciente por profundizar el tema de la llamada, desde el ámbito funcionalista, “conducta desviada”.⁷ Pero no es sólo por haber abrevado en diferentes ángulos del conocimiento: su vocación globalizadora, característica del intelectual, -tan ponderado como desacralizador, que él fue-, lo hizo asumir, de sus debates, desencuentros y críticas, -con otros y sobre otros-, pensadores progresistas, todo lo que era recuperable para un mosaico razonablemente comprensivo de un tema tan complejo como el del poder, la transgresión, la

⁶ >Tal como lo dijo en el Congreso Internacional de Criminología que se llevó a cabo en Medellín, en 1984

⁷ Ver , sobre esto y otras cosas en la entrevista que el autor hiciera A Baratta, MARTÍNEZ, Mauricio, QUÉ PASA EN LA CRIMINOLOGÍA MODERNA?. Ed. TEMIS, Bogotá, 1990, p 128

emancipación, el castigo, el abolicionismo, el garantismo, y hasta las condiciones internas de los seres humanos.

Esto es fácilmente discernible de las propuestas suyas expuestas a continuación, y que serán los pilares de la criminología que intenta construir:

1- No es científico que la Criminología Crítica estudie causas a partir de definiciones por normas, convenciones o evaluaciones sociales o institucionales, so pena de *reificar* los resultados, como lo hiciera la criminología positivista, que terminó convirtiéndose en una instancia más del sistema penal.

2- Rechaza, por *idealista*, la teoría de la Reacción Social, pues al considerar que lo que referido a la criminalidad era sólo un resultado de las definiciones, negaría situaciones negativas y sufrimientos reales de la población que podrían ser considerados como un referente objetivo de esas definiciones.

Por lo tanto, propone el estudio de situaciones negativas, estén o no definidas en las normas legales, *en la medida en que se correspondan a construcciones teóricas científicas de los problemas sociales, y de las necesidades reales, construidas en una comunicación libre de poder.*

Este último elemento de la “comunicación intersubjetiva” demuestra, una vez más, la vinculación que tuvo, en su última etapa, con la Escuela de Frankfurt. Todo ello, por cierto, sería el inicio de su tesis, nunca exhaustivamente desarrollada, de la necesidad de delimitar aquel “referente material del delito” que fuera objeto de reflexiones colectivas en los inicios de su Revista “*Dei Delitti e delle Pene*”.⁸

Pero esta referencia a Habermas y a la acción comunicativa, que indudablemente influye en Baratta, lleva también a la larga a una reformulación de la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt. Se acepta que

⁸ La influencia que tuvo en su pensamiento la fenomenología, le serviría para evitar un relativismo historicista sin caer en la dogmática o el iusnaturalismo, dice MARAMBIO AVARIA, Alejandro, en su trabajo aparecido en SERTA, ob. cit..

el paradigma no es ya el de la observación, sino el de la interrogación, pues se trata de una comunicación en la que el sujeto que comunica debe introducir partes susceptibles de control, de manera que pueda encontrar al otro que va a constituir, con aquel, la inter-subjetividad; de manera que, entre ambos factores, haya un posible entendimiento general. Y es que al dar cuenta del significado de etiquetas, signos, o metáforas institucionalizadas, si la interpretación de estas estructuras simbólicas, o incluso de su forma, no es el resultado de procesos históricos, sino que es, hasta cierto punto, libre, o relativa, parece obvio que sobre los fundamentos ideológicos de la Teoría Crítica, basada en el materialismo histórico, se cierne la amenaza de disociarse de la Praxis.

Esto entra en el gran campo de batalla donde, en distinto grado, y por diferentes razones, se enfrentan Garantistas, Minimalistas y Abolicionistas. Baratta confiesa, de manera tangencial, su corazón abolicionista, pero se acoge al garantismo y al minimalismo por razones de pertinencia práctica.

- 3- A la vez, rechaza a los realistas de izquierda de la Criminología Crítica, -los tres evangelistas británicos de The New Criminology (quienes hicieron famosa la frase “*to take seriously crime*”)-, por regresar tanto a una concepción objetiva como a una concepción naturalista de la objetividad, las cuales, dice, estarían orientadas por el “sentido común”.
- 4- Se opone a la “*radical non intervention*” porque ésta niega la posibilidad de que haya alguna intervención socialmente útil y oportuna.
- 5- Reivindica, sin embargo, la necesidad de estudiar los procesos de la definición propios de la Criminología de la Reacción Social. De esta manera reconoce que hay tanto una dimensión comportamental como una definicional. Por lo tanto, la criminología crítica debería hacer uso de un método interdisciplinario.

A su entender, habría una interdisciplinariedad **externa**, como proceso de colaboración y remisión recíproca de conocimientos entre la criminología, y las disciplinas de la conducta (como la psiquiatría, la psicología, y la antropología, las cuales, sin embargo también han sido objeto de la Crítica por su anclaje definicional y científicista). Y una interdisciplinaridad **interna**, en el intercambio de conocimientos provenientes del estudio del control penal o de la sociología jurídico penal.

En definitiva, marxista o no marxista, liberal o garantista,- una discusión inútil porque la evolución del pensamiento, que debe ser libre, necesita de toda clase de ingredientes-, Baratta puede definirse, por su trayectoria y angustias, al final de su vida, como un criminólogo de los Derechos Humanos⁹. Lo demuestra que sea elemento de su propuesta para encontrar un “referente material del delito”, no sólo la identificación de las necesidades reales fundamentales, -de acuerdo a los bienes disponibles en un momento histórico determinado, en una comunicación que, para ser intersubjetiva, como reitera en forma habermasiana, debe ser libre de poder¹⁰-; sino también la condición de que “la emancipación de unos implique la emancipación de los demás”.¹¹

Esto último es una profesión de fe humanista que se resume en la frase “todos los derechos humanos para todos”. Y es, a la vez, una respuesta totalmente antiautoritaria. Pasa así, Baratta, en el decir de Becchi, de la cuestión criminal a la cuestión humana.

De hecho, aunque reconoce que el sistema penal no es el más idóneo para defender los Derechos Humanos, afirma que sólo la violación de los Derechos

⁹ Ver ANIYAR DE CASTRO, Lola: CRIMINOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

¹⁰ En esta parte de su propuesta, la tesis de Habermas triunfa sobre el planteamiento, que podríamos llamar sistémico o tecnológico, de Luhmann

¹¹ Este es el último Baratta, dice Paolo Becchi, en Serta. Alessandro Baratta,, In Memoriam, ob. cit. compilada por Fernando Pérez Álvarez : “al final la alternativa ya no reside en optar entre capitalismo y socialismo, sino entre un modo de producción humano y otro inhumano, entre una economía política al servicio del hombre, y una economía privada anti política y destructora para el hombre y el ambiente que lo rodea”. Una síntesis de este último Baratta se encuentra en una colección de ensayos dedicada a Gunter Ellscheid: “Bedurfnisse als Grundlage von menschenrechten”.

Humanos fundamentales puede ser objeto de tutela penal. Con esto fundamenta su asunción del Derecho Penal Mínimo, como conclusión de sus encuentros, con el pensamiento garantista de Ferraioli, sin duda una revalorización de los aportes liberales de la Criminología Clásica de contención y limitación del Poder. Esto se conjuga con el estilo antiautoritario presente en su vocación por las alternativas a la pena, y la respuesta restitutiva; en su afirmación de la necesidad de priorizar el control proactivo (Prevención) antes que el reactivo; en su llamado a acentuar la primacía de la víctima en el proceso penal; en su aseveración de que hay que prescindir metodológicamente de los conceptos de delito y pena, para mejor enfocar los orígenes del conflicto en busca de soluciones mejores que la pena (lo que constituye su aceptación de algunos postulados de Hulsman, como residuo de sus discusiones sobre la abolición del Sistema Penal)

Por ello, en cuanto a la cárcel y la pena de prisión, y ya en el campo de las Teorías de la Pena, nos dice que la teoría del castigo o neutralización es una **falacia naturalista**, pues eleva hechos a normas, en tanto que la teoría de la resocialización es una **falacia idealista**, pues se trata de una norma que no puede ser realizada. La alternativa entre esos polos, nos dirá, es una falsa alternativa. Hay que aceptar que la cárcel no resocializa; y mientras aconseja mantener la idea de la reintegración (para no dar cabida a las tesis neoclásicas y neoliberales), propone reconstruir la reintegración sobre bases diferentes. La reintegración del condenado no se producirá, pues, **a través** de la cárcel, sino **a pesar** de ella. Este sería su concepto sociológico de la reintegración.

Pero en definitiva, dice, la resocialización o tratamiento es un derecho,- y no una obligación-, ya que en un orden justo hay que dar espacio a la diferencia.

Por ello, se trata de buscar no sólo cárcel mejor, sino menos cárcel.

Claro que la mejor cárcel es la que no existe. Aunque hay cárceles peores que otras.

Con la unión de todos los elementos presentes en las discusiones que se produjeron en el ambiente finisecular, Baratta va realizando una hermosa y democrática tarea integradora. Con ella matiza los planteamientos de marxismo autoritario sobre los Derechos Humanos de los cónyuges Schwendinger, sin

apartarse de su compromiso con los sujetos desposeídos. Y arma un rompecabezas, en el cual, todas las posturas del pensamiento progresista van a encontrar un lugar de encuentro. Eso y no otra cosa es su planteamiento conclusivo: “En la articulación autónoma de la propia conciencia de los conflictos y de sus necesidades de derechos en una comunicación libre de poder, la idea de la democracia y de la soberanía popular es la guía para transformar el estado formal del Derecho en el Estado de los Derechos Humanos.”¹²

Es el Baratta integrador, igualmente, quien propone, en otras alianzas de intereses, una “Criminología Mestiza”. En oposición al etnocentrismo propio de los europeos y de algunos otros que, sin serlo, se mimetizan con ellos, abogaba por un Estado Mestizo, y por la globalización de los Derechos Humanos. Y es que, como sostuvo: el centro del mundo debía estar donde los conflictos de la sociedad capitalista se expresan con mayor nitidez; donde la represión de las necesidades reales es más evidente, donde el recurso al control punitivo es más descarado y presente. De alguna manera, como decía, donde subsistan condiciones pre-beccarianas¹³.

Sandro hacía uso de su conocimiento de las investigaciones latinoamericanas para proponer su Derecho Penal Mínimo, pues aquí existirían esas condiciones pre-beccarianas, tal como fue demostrado por el Proyecto Zaffaroni: Derechos Humanos y Sistemas Penales Latinoamericanos, donde en todos los países se violarían todos los principios del Derecho Penal Liberal. El de legalidad (ejecuciones extrajudiciales); el del juez natural (juzgamiento de civiles por militares, órganos administrativos y policiales); el del *non bis in eadem*, en el caso de los indígenas que recibirían doble penalidad; el del debido proceso (procedimientos secretos, incomunicación del detenido, y todas aquellas actuaciones insidiosas de lo que denominamos, hace ya algunos años, “el sistema

¹² En Dei Delitti e delle Pene, anno 3 n° 3, 1985. Versión en español: Requisitos Mínimos del Respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal, en Capítulo Criminológico, órgano del Instituto de Criminología “Lolita ANIYAR de CASTRO” de la Universidad del Zulia en Maracaibo,

¹³ Ver MARTINEZ, Mauricio El sur que amaba en Profesor Baratta. Latinoamérica como referente material para la construcción de la criminología crítica: en Revista Anthropos: Alessandro Baratta y la cuestión Criminal, Barcelona, núm 204, 2004. Ver también allí: ANIYAR de CASTRO, Lolita: Sandro, el Hombre, el Maestro, el amigo, en América Latina, pp 114ss

penal subterráneo” (detenidos sin condena, deficiente defensa pública, falta de acceso real a la justicia)¹⁴.

Esa conciencia, mejor dicho, esa sabiduría detectada por la investigación empírica latinoamericana, justificaba a su entender el Derecho Penal Mínimo, puesto que permitiría detectar las diferencias entre la operatividad real del sistema penal y el discurso legal.

Y también le permitiría justificar su enfrentamiento con el abolicionismo, pues, como se ha dicho, en América Latina el sistema estuvo siempre abolido; es precisamente lo que alega Hulsman, aunque éste señala que esa abolición está ya presente a todo lo largo de la geografía mundial, por cuanto la gente resuelve a su manera la mayor cantidad de los conflictos en los que está inmersa. Esta es precisamente una de las afirmaciones en las que Hulsman basa su propuesta abolicionista.

Con razón Pavarini dijo, en un acto dedicado a su memoria: “desde el análisis de las contradicciones económicas, políticas y sociales de aquellos países, Sandro leía más claramente nuestro mundo, el primer mundo. Porque, en definitiva, “más una sociedad está construida sobre la desigualdad, y más necesita de medios represivos para mantener el orden”¹⁵

Llamar a esta Criminología, como hicimos en el 87, con el calificativo de la Liberación, como bien dice Baratta al referirse a este nombre que le dimos, no tuvo la fuerza política movilizadora que otras corrientes, como la filosofía y la teología “de la Liberación”, llegaron a tener en nuestra Región. Y es que si no hay conciencia pública del significado del control penal, de su selectividad y de su simbolismo,- obstaculizada la misma, como está-, por el miedo al delito y la psicología colectiva de la inseguridad y del riesgo, no tiene capacidad para filtrarse en la opinión pública.¹⁶

¹⁴ Ver ANIYAR de CASTRO, Lola,: “Derechos Humanos, Modelo Integral de la Ciencia Penal y Sistema Penal Subterráneo” en SISTEMAS PENALES Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA (Primer Informe). Documentos y cuestionarios elaborados para el Seminario de San José, 1983) .Instituto Interamericano de Derechos Humanos Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, p 233 ss.

¹⁵ Ver su “Criminología Crítica e Política Criminale Alternativa” en LA QUESTIONE CRIMINALE, III,3:339-359

¹⁶ Ver la entrevista a Baratta en MARTINEZ Mauricio en “¿QUÉ PASA EN LA CRIMINOLOGÍA MODERNA?, ob. cit., 159 y160.

Que las clases subalternizadas sean las víctimas preferidas del sistema penal; que ellas no tengan la capacidad de verse reflejadas en la enorme diferencia que hay entre la criminalización de unas y la no criminalización de otras; que ello provocaría lo que Gerlinda Smaus llamó “distancia social”, y que a su vez generaría una “prohibición de coalición”¹⁷; muy semejante a lo que Chapman consideraría una “fractura de la solidaridad intra-clase”; lo que -en forma resumida- la criminología crítica llamó “selectividad del sistema de Justicia Penal”; todo lo que a su vez fuera demostrado en las investigaciones del Grupo Latinoamericano de Criminología Comparada en sus sucesivas investigaciones sobre Violencia, sobre Delitos de Cuello Blanco y sobre la Historia del Control Social, en América Latina, son una sucesión de razones que ponen grandes rocas en el camino de la emancipación.

Pero también se inició un camino a recorrer. Que aún está abierto. Más difícil ahora en la época de publicitación del terrorismo, de las tribalidades, de los fanatismos, de los pensamientos únicos, de la globalización de una vuelta a las represividades, de las discriminaciones, de los “enemigos” contruidos. De la contra-reforma, en fin, que se está implantando en la evolución del pensamiento criminológico.

¹⁷ Como se ve en las investigación realizada en 1977, en la Universidad del Sarre con Baratta y Fritz Sack . Vid también: “Problemi Sociali e percezione della criminalità” en *Dei Delitti e delle Pene*, 1, 1984, p 15-35; “Reazione Sociale e comporamento deviante con particolare riguardo al settore non istituzionale” en *La Questione Criminale*, 1, 1975, p 196-204; que deembocaron en el tema de las “Teorie del senso comune”

LA LIBERACIÓN DEL PUEBLO EN EL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO BARATTA

WALTER ANTILLON

1. En el arco de los muchos años de su etapa productiva, Alessandro Baratta transitó con amplio dominio por campos correspondientes a la Filosofía del Derecho, al Derecho Penal, a la Política Criminal, a la Historia del Derecho, a la Sociología Criminal, al Derecho de Menores, al Derecho del Ambiente, etc., y en todos ellos hizo valiosos aportes. Pero me parece que su pensamiento maduro culmina y queda sintetizado en el esbozo de una 'teoría en la liberación' (que es, a la vez, una 'teoría de la liberación') escrito para el 'Encuentro de Criminología Crítica' celebrado en Managua, Nicaragua, en 1985.

Las siguientes reflexiones sólo pretenderían ofrecer una modesta glosa, desde la periferia centroamericana, del pensamiento de nuestro recordado amigo sobre dicho tema; que me he decidido a abordar también porque se trata de un ángulo del pensamiento de Baratta que es muy poco conocido, a pesar de que se trata de un tema muy importante en sí mismo, y que ilumina aspectos fundamentales de dicho pensamiento.

Por lo demás, fue particularmente gratificante para mí conocer el planteamiento de Baratta sobre los procesos de liberación de los pueblos marginales (planteamiento visiblemente inspirado en el ideario de Antonio Gramsci y de Lelio Basso, y cercano en muchos aspectos a lo que postulaban en esa misma época, cada uno en su perspectiva específica, autores latinoamericanos como Paulo Freire y Enrique Dussel), por el hecho de que yo, también desde una posición marxista, pretendía en aquellos mismos años sumar mis limitadas fuerzas al proceso de la Revolución Sandinista de Nicaragua, el cual estaba llamado precisamente a ser, por definición, un proceso social, económico y cultural de auténtica liberación del pueblo nicaragüense; y una promesa de liberación para muchos otros pueblos.

Entonces, para empezar ¿Liberación de qué o de quién? ¿De qué liberación nos está hablando aquí el profesor Baratta?

Para responder debemos partir de varias premisas que doy por demostradas: que hoy los seres humanos vivimos en un mundo profundamente desigual, con zonas opulentas y zonas deprimidas; con países dominantes y países dominados; con una marcada separación de los miembros de la sociedad en el interior de los Estados; con millones de personas que cada año mueren de hambre y de enfermedades que sería fácil curar, etc. Que vivimos, además, en un mundo globalizado bajo el signo neoliberal, es decir, una globalización en provecho de unos pocos tan poderosos como peligrosos, frente a un Tercer Mundo agobiado por las deudas, etc.

Entonces vemos que se trataría, en primer lugar, de la liberación de las clases marginales, que Baratta define como “los portadores de necesidades reales”, es decir, esenciales para la mera subsistencia. Liberación que sería, en último término, también la de la Humanidad entera; y por ende, también la de los propios oligarcas (obtenida entonces, irónicamente, mediante y a través de la de las clases desheredadas: de estas mismas clases que son, no por casualidad, el objeto esencial y constante de la Criminología tradicional).

Y aquí es donde me parece ver claramente que la concepción de Baratta acerca del “proceso de liberación” se origina en gran medida y toma mucha de su fuerza de la reflexión crítica sobre la cuestión criminal y sobre la Criminología dominante que él había emprendido en aquellos años; y por ende es el resultado de una perspectiva que comprende, entre otras muchas, toda la problemática criminológica.

Quienes creemos que el sistema capitalista todavía dominante, y ahora globalizado bajo el signo neoliberal, podría de hecho y debería en justicia dar paso a un régimen enteramente distinto: democrático y solidario, nos sentimos cercanos a todo pensamiento que preconice la liberación de los pobres, y emprenda el estudio de las condiciones y los métodos para que sean esos mismos pobres los protagonistas de aquel proceso; porque un proyecto de socialismo democrático, que sería la meta a la que conduciría lógicamente dicho esfuerzo,

implica necesariamente un proceso de autoliberación de los pueblos.

2. Inspirado en un párrafo de la carta escrita por el joven Marx a Arnold Ruge en 1843, que dice: **“Nosotros leemos en el presente el principio del futuro”**, el profesor Baratta parte de la esencia y base de la teoría de los derechos humanos, que sería aquel derecho (que tenemos todos) a la satisfacción de nuestras necesidades reales fundamentales, entendidas históricamente; y de constatar por otro lado la situación de violencia estructural o injusticia social) en que viven los pueblos de la Tierra, debidas precisamente a lo que Johan Galtung (citado por Baratta) describió como **“la discrepancia entre potencialidad y actualidad de la realización de la existencia humana en una sociedad”**.

La liberación de los pueblos será entonces resultado del impulso de estos mismos pueblos para conseguir dominar las condiciones reales que les permitirían alcanzar y mantener un nivel suficiente de dignidad y de calidad de la vida. Se trata por cierto, nos dice Baratta, de una ‘utopía’, pero no en un sentido idealista y abstracto (un ‘imposible’, o un ‘no lugar’), sino de una ‘utopía concreta’, entendida en el sentido (marxista) de que en la actualidad existen y son accesibles todas aquellas condiciones materiales y sociales que nos abren la posibilidad –aunque no todavía la seguridad, ni la facilidad– de alcanzarla.

3. Ahora bien, ¿cómo realizar esa utopía concreta desde abajo, es decir, sin tener el poder? Baratta lo hace depender en parte de condiciones objetivas: la creciente complejidad de la propia sociedad moderna, que multiplica las posibilidades de intervención de los sujetos en la estructura de dicha sociedad. Pero advierte que una intervención en sentido liberador va a depender de dos factores: a) del conocimiento tanto de la lógica de aquella estructura social, como de los espacios de intervención que la misma deja vacíos; y b) de la capacidad que se adquiera para desmitificar prestigios tradicionales y articular los diversos intereses en juego.

“...Con el aumento de la complejidad de los sistemas sociales aumenta, como hemos visto, no sólo la necesidad sino, también, la contingencia del orden existente. Resulta así cada vez más difícil para los grupos interesados en el mantenimiento del statu quo y de sus propias posiciones de ventaja en la sociedad, imponerse a los grupos dominados, e incluso acreditar para su propia imagen de grupo una representación del orden, es decir, de la normalidad existente (relaciones sociales y jurídicas, moral dominante) como un orden natural y, por ello, necesario. Y entonces dicho orden puede ser interpretado más fácilmente como contingente por los diversos sectores sociales. Las reglas sociales, jurídicas y morales que lo constituyen aparecen como modificables y sustituibles; y, en efecto, la movilidad y el cambio de las reglas es característica de los sistemas normativos y, particularmente, del sistema jurídico de la sociedad moderna...”

Es cierto que la sociedad del capitalismo maduro conducida hoy por las oligarquías empresariales transnacionales se presenta como un mecanismo omnipotente, pertrechado con la tecnología más avanzada y contando con medios materiales casi ilimitados. Sin embargo, si se observa bien, pronto se advierte que su hegemonía y su estabilidad son cada vez más precarias. Y en este punto Baratta hace una breve referencia histórica para recordarnos cómo, por ejemplo, el llamado Derecho Natural fue un instrumento altamente eficaz para defender el statu quo durante siglos, al presentarse frente al pueblo como un conjunto de principios superiores e inmutables, que definían con sentido permanente las relaciones de poder entre soberano y súbdito, y las consiguientes relaciones de ordenación jerárquica en la sociedad... hasta que lo puso en crisis la mentalidad racional del hombre moderno, con la ayuda de los nuevos instrumentos de la Lógica y de las Ciencias Sociales.

Y esto se repite, en general, con relación a otros mitos homeostáticos que se propagan por medio de la religión, la familia, la escuela, la televisión y demás tecnologías destinadas a producir consenso; así como otros mecanismos diseñados para la represión y la desarticulación del disenso, entre

criminalizaciones, dosificadas y manipuladas desde el poder, según sean los intereses dominantes, y las instituciones del proceso judicial, del delito y de la pena.

4. Entonces, si por un lado, la posesión y el empleo de la ciencia y la tecnología oficiales dan a las oligarquías trasnacionales indudables ventajas sobre los grupos subalternos, por el otro lado, y en virtud de los mismos procesos tecnológicos que inevitablemente se difunden, a esas oligarquías cada vez les es más difícil mantener el consenso, lo mismo que reprimir el disenso en una sociedad sin valores. Sobre lo cual nos dice el Profesor Baratta:

“...frente a este horizonte sin vida y sin valores que es el horizonte de un saber instrumental y tecnocrático al servicio del proyecto de dominación, aparece la demanda irreprimida e irreprimible de vida y de dignidad de la cual son portadoras las grandes mayorías de los pueblos de todo el mundo; aparece la conciencia que tienen las masas acerca de la injusticia, y de la vigilancia de que son víctimas; la percepción del orden existente como desorden; la puesta en duda de la normalidad existente como la única posible; y aparece el proyecto de liberación de las potencialidades de existencia y desarrollo, frente a las condiciones que niegan y reprimen esas potencialidades. Ello significa la proyección, en el ser y en el valor, de una perspectiva de normalidad alternativa, a cuya construcción concurre un saber crítico sobre la sociedad al servicio de la articulación de los derechos de las clases y de los pueblos dominados...”

Sin embargo, a pesar de que, potencialmente, los dominados tendrían mayor capacidad que las oligarquías para desarrollar una conciencia de clase: una imagen real y colectiva de su propia situación (confr. Jean-Paul Sartre: ‘El ser y la nada’; Alianza, Madrid, 1984; pág. 451 y sigtes.), las segundas poseen, ante el peligro que las amenaza, gran capacidad de reacción; y entonces unen sus fuerzas, corrigen errores, perfeccionan sus instrumentos y sus tecnologías del poder (legales e ilegales), incrementan el uso de la violencia y el terror, etc.; y es

esto lo que les ha permitido hasta ahora superar sus crisis y mantener el poder y la hegemonía sobre las otras clases.

Pero su proyecto de dominación es, a la larga, indefendible, porque, dados sus objetivos, está construido para favorecer a pocos; de manera que si, camuflándolo y maquillándolo, puede engañar a algunas o incluso a muchas de sus víctimas durante un cierto tiempo, en cambio no podría engañar a todos todo el tiempo. Y además de eso tenemos que, al negarse a dar la igualdad de dignidad al dominador y al dominado, terminará negando a todos la propia condición de sujeto. En palabras de Baratta:

“...Un análisis profundizado puede demostrar que la historia de la dominación, en la formación social capitalista, más que ser la historia del dominio y de la conservación del dominio de ciertos individuos sobre otros, es la historia de una progresiva alienación de la subjetividad por parte del sistema...”

5. Ello se demuestra, en efecto, si reparamos en que las concepciones más acabadas del capitalismo maduro son, en el campo filosófico, la teoría sistémica; y en el campo económico la teoría del mercado; y la lógica inherente a ambas teorías conduce a que la persona humana pierda la subjetividad en beneficio del ‘sistema’ (plano filosófico), o del ‘mercado’ (plano económico).

En cambio, como los intereses de los dominados se identifican con las necesidades reales fundamentales de cualesquiera individuos históricamente situados (incluyendo a los miembros de las oligarquías), su horizonte es el hombre como fin en sí mismo, como subjetividad, y sus características definitorias son su generalidad y su universalidad.

Y hablando precisamente de la teoría sistémica observaba nuestro autor que la misma refleja la línea de desarrollo de la formación social capitalista, en la cual

“...todos los actores, los individuos en cada uno de los distintos roles jugados por ellos dentro de la lógica del sistema, se convierten en subsistemas funcionales de aquél. La teoría de la autoproducción (autopoiesis) de los sistemas no está equivocada, porque describe el último grado del proceso a través del cual la objetivación de la actividad humana se transforma en alienación de la subjetividad...”

Pero se equivoca al dar por sentado que la situación descrita por ella es ‘el orden natural de las cosas’, y no un desorden meramente contingente, corregible, como es en realidad. Y por eso la historia de la dominación solo puede ser reconstruida desde una perspectiva antihumanista. (lo cual es más notorio en sus fases más recientes: hace unos años tuvimos los intereses petroleros defendidos por el gobierno Bush a costa del ambiente y de la vida humana: su rechazo del Protocolo de Kioto, su ocupación de las reservas ecológicas de Alaska; su designio de atacar a Iraq; y ahora tenemos la imposibilidad de que Obama cierre Guantánamo y levante las sanciones a Cuba; y el riesgo enorme de que ataque a Irán y desencadene una conflagración nuclear, a pesar de las hermosas promesas hechas a sus compatriotas y al Mundo).

6. Resulta así evidente, según creo, la incompatibilidad entre la lógica del capital (o lógica del mercado) y la lógica humanista; y una prueba elocuente de ello la tenemos en que la prevalencia absoluta de la primera sobre la segunda durante los siglos XIX y XX es cabalmente lo que tiene al Mundo al borde del naufragio ecológico y humano. Resulta que el actuar propio de la formación capitalista tiene capacidad de corregirse tecnocráticamente (capitalísticamente), pero en cambio es incapaz de corregirse humanísticamente.

“...Sabemos –dice Baratta– que los movimientos de defensa contra la amenaza ecológica, nuclear, biológica; contra el Imperialismo y el hambre en el Mundo, se desarrollan en direcciones antagónicas al poder. Que los pequeños y grandes

centros del poder económico y político se mueven con cálculos y lógicas en los que la competencia dentro del grupo dominante, las exigencias de conservación y de expansión de los diversos centros del poder; la circulación y la acumulación internacional del capital, son más importantes que cualquier proyecto global de defensa de la vida y de la calidad de la vida en el Planeta. No existe una racionalidad del sistema que permita evitar que su autorreproducción se transforme en autodestrucción...”

En esta situación ¿cuál es el papel de nosotros los intelectuales ocupados de los saberes teóricos y prácticos relacionados con la sociedad humana: sociólogos, juristas, psicólogos etc.?

Citando a Gramsci ('Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno'; Nueva Visión, Buenos Aires, 1973) Baratta habla de esa encrucijada en que se encuentran los intelectuales de nuestro tiempo, en cuanto tienen que decidir a cuál 'Príncipe' sirven: al verdadero Príncipe, encarnado en el pueblo y su proyecto de liberación; o al usurpador, encarnado hoy en las clases gobernantes que sirven a la oligarquía transnacional y su proyecto de dominación y violencia estructural.

7. Como es sabido, Gramsci sostuvo la tesis, para muchos sorprendente, de que la obra que constituye el fruto más conocido del pensamiento maquiavélico no estaba destinada a los señores y potentados, sino que se dirigía al pueblo; que en la intención de Maquiavelo, 'el príncipe' a quien dirigía sus ideas en famoso libro es el pueblo. Oigamos entonces a Gramsci:

“...Maquiavelo anota que las cosas que escribe son aplicadas, y han sido siempre aplicadas por los más grandes hombres de la historia. De allí que no parezca querer sugerirlas a quienes ya las conocen. (...) Se puede suponer, por consiguiente, que Maquiavelo tiene en vista a “quien no sabe”; que intenta realizar la educación política de “quien no sabe”. No la educación política negativa de los hombres que odian a los tiranos, como parece entender Foscolo, sino la

educación positiva de quien debe reconocer como necesarios determinados medios, aunque propios de tiranos, porque quiere determinados fines. Quien ha nacido en la tradición de los hombres de gobierno, por todo el complejo de la educación que absorbe del ambiente familiar en el cual predominan los intereses dinásticos o patrimoniales, adquiere casi automáticamente los caracteres del político realista. Por consiguiente ¿quién no sabe? La clase revolucionaria de su tiempo: 'el pueblo' y 'la nación' italiana, la democracia ciudadana de cuyo seno surgen los Savonarola y los Pier Soderini y no los Castruccio ni los Valentino..." (Antonio Gramsci: Notas sobre Maquiavelo... cit., pág. 17)

Baratta observa que en la disyuntiva entre servir a uno u otro príncipe, ha venido creciendo el número de intelectuales que abrazan la causa popular, y que rechazan el sofisma de la 'neutralidad de la ciencia', a pesar de haberse formado en el corazón de los *stablishment* y haber conocido de cerca los *brain trusts* capitalistas, propiciadores de los proyectos hegemónicos de la oligarquía:

"...Para todos ellos ha sido decisivo reconocer la universalidad concreta de las necesidades y derechos de los cuales es portador el verdadero príncipe; reencontrarse a sí mismos y a la propia Humanidad en las peticiones de vida y justicia que viven en la conciencia, en la resistencia, en la lucha de las masas. Han reencontrado en la emancipación de los desposeídos y de los dominados el principio de su propia emancipación, los valores que pueden dar sentido y verdad a su propio trabajo intelectual y, más generalmente, a su propia existencia como hombres..."

8. Entonces, en el campo jurídico-político, que nos concierne a nosotros los juristas latinoamericanos, se trata de "devolver el cetro al príncipe" (Pasquino): de enseñar a nuestro pueblo a descubrir y practicar democracia, de ayudarlo a pensar acerca de un modelo de Estado que conduzca a una sociedad más justa, de crear conciencia de la dignidad y los derechos de las personas. En una palabra, se trata de que nos pongamos a enseñar al pueblo a razonar acerca de

su “derecho constitucional”; que nos empeñemos a fondo en la tarea de ayudarlo a descubrir y amar los valores por los que debe luchar, para que recorra por sus propios pies la distancia que va de la dependencia a la independencia, y a una interdependencia justa e igualitaria con los hermanos latinoamericanos.

Logrado lo cual ¿descansaremos en nuestros laureles? De ninguna manera: en este momento estamos asistiendo a la involución de la democracia en Europa, donde se suponía que se había instalado de una vez y para siempre. Pero nada es para siempre, y Europa vive un notorio retroceso hacia formas políticas autoritarias. Entonces ¿qué fue lo que estuvo mal en su atormentado proceso hacia la democracia? ¿Qué debemos hacer los latinoamericanos para evitar ese riesgo?

A propósito advertía Alessandro Baratta que no es fácil desempeñar acertadamente el papel de intelectuales al servicio del verdadero príncipe: para ello no basta sólo desearlo de buena fe; y muchas experiencias fracasadas, antiguas y recientes, son claro testimonio de ello. Al respecto recordaba el papel de los intelectuales en el movimiento estudiantil y obrero del 68, y mencionaba las aberrantes soluciones de una vanguardia intelectual que carecía de una relación orgánica con los portadores de las necesidades reales. Y en busca de una respuesta, recurría de nuevo a las fundamentales orientaciones elaboradas en su tiempo por Gramsci (‘El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce’; Juan Pablos, México, 1975, págs. 14 y sigtes., 20 y sigtes., 120, 125 y sigtes., 152), para impulsar el proceso de liberación del proletariado:

A) Guiar y estimular el desarrollo, en el pueblo, de una conciencia de su situación como clase, y de sus necesidades reales, frente a las clases privilegiadas y frente al poder; y

B) Organizar la producción y divulgación del conocimiento científico y de la percepción artística de la realidad, en el lenguaje de las clases populares.

9. Según esto, el intelectual que busca despertar la conciencia de las masas acerca de su condición y su destino (pero que generalmente está él mismo 'colonizado' por la cultura dominante), debe experimentar una verdadera cura de compasión y solidaridad humanas; debe acercarse al pueblo y aprender de él su lenguaje y su cultura de resistencia y de lucha. Entonces, sostiene Baratta, si quiere participar con un aporte fecundo en esta resistencia y en esta lucha junto al pueblo:

“...El intelectual...debe someterse a un largo aprendizaje; debe aprender a recorrer en sentido descendente la entera escala social, para reconocer finalmente, en el fondo de la misma, entre los más desdichados y marginados, dónde se esconde bajo sus harapos, pero con toda su dignidad, el príncipe usurpado al cual quiere servir...”

Por otra parte, tenemos que el mundo es cada vez más pequeño e interdependiente; y que por eso la solidaridad y la dignificación de los postergados a la larga resulta ser buen negocio para todos: En el día de hoy los norteamericanos, para citar un ejemplo, empiezan a experimentar unas restricciones a la libertad y a muchos otros de los derechos fundamentales que les parecían más seguros y consolidados; restricciones que ellos, por mucho tiempo, pensaron que eran propias de otros pueblos y de otras culturas. Pero lo cierto es que ningún pueblo, por muy alto que haya llegado su cultura y sus condiciones de vida, está completamente a salvo de retrocesos, si existen y mientras existan otros pueblos que vivan en condiciones de atraso económico, social o político.

10. En cuanto a la posición de los intelectuales críticos respecto de la adquisición y difusión del conocimiento científico, tal como antes lo recordé, ellos deberán:

Partir de la negación del mito de la neutralidad de la ciencia, reivindicando un específico interés cognoscitivo al servicio del proyecto de liberación;

Rechazar la quimera de las verdades absolutas, adoptando a cambio un

concepto de verdad entendida como proceso histórico; y

Profundizar en el conocimiento de la cultura popular. Porque la añeja visión de una vida de la comunidad organizada desde el Estado, nos ha llevado a pensar que la única cultura y el único saber existentes son los que ostenta y propaga el grupo dominante; y que los pueblos han vivido postrados en un marasmo de barbarie.

Pero esto es enteramente falso, según lo muestran cada día los progresos de la arqueología y la antropología: existe una auténtica sabiduría popular, probada y atesorada a lo largo de miles de años.

De modo que, como nos lo enseña Baratta en la página final de su ensayo,

“...aprender el lenguaje del pueblo e insertarse en el proceso de comunicación entre los portadores de necesidades reales, significa también, como se ha visto, salir de los límites de la tradición del saber abstracto oficial, y penetrar en la tradición de una cultura paralela que encuentra su propia raíz en la percepción de la realidad propia de las clases populares, de las resistencias y las luchas, pero también en las fiestas de la vida y del amor en las que se expresa la gran imaginación y sabiduría de los pueblos. Es en esta tradición que el estudioso halla una fuente inagotable para alimentar su propia contribución a la construcción del saber abstracto; para participar, no sólo y no tanto en su papel específico de siempre, sino y sobre todo como el hombre nuevo de hoy, en la historia de la liberación.”

ALESSANDRO BARATTA FILOSOFO DEL DIRITTO

PAOLO BECCHI*

A qualche anno di distanza dalla morte di Alessandro Baratta è giunto il tempo di riflettere sull'originalità del suo percorso intellettuale e sui meriti scientifici della sua opera.

In questo mio contributo vorrei soffermarmi soprattutto sugli esordi di quello che sin dall'inizio apparve come uno dei più promettenti filosofi del diritto della nuova generazione, tentando di collocarlo nel dibattito giusfilosofico (e più in generale nel contesto storico-culturale), di quegli indimenticabili anni Sessanta. Solo nella parte conclusiva cercherò, sia pure alquanto sommariamente, di delineare le tappe successive del suo percorso intellettuale¹.

Baratta era nato a Roma il 6 ottobre 1933 e lì aveva studiato filosofia e scienze giuridiche sotto la guida di Carlo Antoni, Tullio Ascarelli, Emilio Betti e Widar Cesarini Sforza, con il quale si laureò nel 1957 discutendo una tesi intitolata *Il pensiero filosofico-giuridico di Gustav Radbruch*. Nonostante che in un primo momento Baratta pensasse ad una sua pubblicazione, quel primo lavoro in quanto tale non fu stampato, ma i suoi risultati principali furono pubblicati due anni dopo, nell'articolo *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, apparso

1 *Sono grato a Heimke Baratta per avermi comunicato alcuni ricordi personali del marito, riguardanti il periodo di Freiburg che ho qui fedelmente ripreso. Ringrazio anche il direttore dell'Archivio dell'Università del Saarland, dottor Wolfgang Müller, per le notizie archivistiche concernenti il periodo trascorso da Alessandro Baratta presso l'Università del Saarland.

Una prima ricostruzione complessiva del cammino intellettuale di Alessandro Baratta ho cercato di offrirla nel mio *Alessandro Baratta (1933-2002)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXXIX, 2002, 4, pp. 589-600; apparso anche in castigliano *Alessandro Baratta (1933-2002). In memoriam*, in "Doxa", xxv, 2002, pp. 27-36. Il nome è stato di recente inserito anche nella prestigiosa *Enciclopedia filosofica*, Milano, Bompiani 2006, vol. II, pp. 1049-1050. A Baratta sono state dedicate in Italia due ampie raccolte di studi, che tuttavia non si soffermano sugli aspetti che verranno analizzati qui: AA.VV., *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, 2 voll., a cura di R. De Giorgi, Pensa Multimedia, Lecce 2002; AA.VV., *Filosofia e sociologia del diritto penale*, a cura di R. Marra, Giappichelli, Torino 2006.

sull' "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie"².

Che uno dei primissimi lavori di Baratta sia apparso in tedesco non deve sorprendere: in realtà già la tesi di laurea era stata in larga misura elaborata a Freiburg im Breisgau dove egli soggiornò stabilmente dal 1956 al 1960, in parte (1958/59) anche come borsista della Fondazione Alexander von Humboldt.

È questo un periodo decisivo per la formazione di Baratta. Allora insegnavano a Freiburg personalità di grande prestigio come Erik Wolf, Hans Heinrich Jescheck (che fu per molti anni direttore del Max Planck Institut für internationales Strafrecht) e Franz Wieacker. Baratta fu accolto da questi professori in modo amichevole e informale (cosa allora piuttosto rara in Germania) e strinse rapporti con gli allievi di quei professori, in particolare con Alexander Hollerbach (allievo di Wolf), Rudolf Leibinger (allievo di Jescheck) e con Heinrich End (nipote dell'editore Beck di Monaco), un giovane filosofo del diritto, morto in un incidente stradale un paio di giorni prima della sua *Habilitation*. Freiburg era altresì meta di molti studiosi italiani: Amedeo Conte, Sandro Calvi, Giuliano Crifò, Stefano Rodotà, Franco Briciola, Mario A. Cattaneo, per ricordare solo i nomi dei giuristi. Baratta frequentava in particolare le lezioni e i seminari di Erik Wolf e Hans Heinrich Jescheck, senza rinunciare tuttavia a incursioni in campo filosofico, rimanendo particolarmente colpito dalla personalità di Eugen Fink.

Erano gli anni in cui in Germania ferveva il dibattito sulla cosiddetta "Natur der Sache" (natura della cosa, o, come preferisce Baratta, natura del fatto) – tale idea rappresentava l'elemento di novità ed originalità all'interno delle tendenze neogiusnaturalistiche del secondo dopoguerra – e a Saarbrücken, nell'ottobre 1957 si era tenuto su questo tema un importante congresso della Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, in cui, tra l'altro, erano intervenuti i due maggiori filosofi del diritto di allora: Norberto Bobbio e Werner Maihofer, con due relazioni tra loro nettamente contrapposte e che diedero vita ad un acceso dibattito³. Le tesi di Maihofer avevano infatti incontrato l'opposizione di Bobbio, il

2 Cfr. A. Baratta, *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", XLV, 1959, pp. 505-537 (ora in A. Baratta, *Philosophie und Strafrecht. Ausgewählte Aufsätze 1959-1974*, Heymanns, Köln–Berlin–Bonn–München 1985, pp. 1-30; questo libro è dedicato a Hans Heinrich Jescheck).

3 Notizie sullo svolgimento del congresso saarbrückense si trovano nelle *Mitteilungen*

quale, ormai da qualche anno approdato alla filosofia analitica e al non cognitivismo etico, non poteva che ritenere inaccettabile il tentativo di superare la grande divisione tra essere e dover-essere, considerando indimostrabile la deduzione dei giudizi di valore dalla conoscenza dei fatti. Ma questo era soltanto lo sfondo teoretico in cui si situava una, come sempre limpidissima, presa di posizione critica sulla “natura delle cose” come concezione generale del diritto, come fonte del diritto e come mezzo interpretativo.

Poco tempo dopo il giovane Baratta esordiva sulla scena della filosofia del diritto presentando agli studiosi italiani un’ampia e illuminante rassegna (ancora oggi utilissima per ricostruire storicamente il dibattito di quegli anni) del pensiero tedesco sul problema: *Natura del fatto e diritto naturale*, pubblicata nel 1959 sulla “Rivista internazionale di filosofia del diritto” e tradotta pure in tedesco, alcuni anni dopo, nel 1965, con una significativa aggiunta, in una fondamentale raccolta di studi curata da Arthur Kaufmann (e realizzata ancora una volta a Saarbrücken): *Die ontologische Begründung des Rechts*⁴.

Se Bobbio aveva offerto una efficace sintesi di tutti i problemi giusfilosofici che allora erano sul tappeto, Baratta ci presentava un’analisi dettagliata di quei due autori sui quali in quegli anni si era andato focalizzando il dibattito: Gustav Radbruch e Werner Maihofer. L’impronta neokantiana (attinta alla Scuola di Heidelberg), perdurante anche nella fase del suo avvicinamento al giusnaturalismo, aveva portato Radbruch ad attribuire alla “natura delle cose” un

raccolte in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, XLIII, 1957, pp. 575-578. Le conferenze di Bobbio e Maihofer sono state pubblicate l’anno seguente. Cfr. N. Bobbio, *Über den Begriff “Natur der Sache”*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, XLIV, 1958, pp. 305-321; W. Maihofer, *Die Natur der Sache*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, XLIV, 1958, pp. 145-174. Entrambi i saggi sono raccolti nel volume collettaneo *Die ontologische Begründung des Rechts*, hrsg. von A. Kaufmann, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1965, rispettivamente alle pagine 87-103 (Bobbio) e 52-86 (Maihofer). Il contributo di Bobbio è apparso anche in lingua italiana con il titolo *La natura delle cose* nel volume N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1977, pp. 197-212. Nel medesimo volume si veda anche l’Appendice *La natura delle cose nella dottrina italiana*, pp. 225-238.

4 Cfr. A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, xxxvi, 1959, pp. 177-228; trad. tedesca *Natur der Sache und Naturrecht*, in AA.VV., *Die ontologische Begründung des Rechts*, cit., pp. 104-163 (ora anche in A. Baratta, *Philosophie und Strafrecht ...*, cit., pp. 89-135).

ruolo importante, ma limitato, di fonte sussidiaria del diritto e di strumento di interpretazione integrativa, non riconoscendole tuttavia la capacità di colmare l'abisso tra essere e dover essere, bensì semmai soltanto quella di aver gettato un ponte fra di essi. La natura dei fatti è – in ultima istanza – il risultato di un processo di costruzione giuridica dei rapporti vitali: un risultato oggettivo e razionale ottenuto peraltro sulla base della scelta di un'idea o valore mediante cui viene considerata la realtà effettuale. Non c'è una presenza ontologica del dover-essere nell'essere, del valore nel fatto, ma – in senso rickertiano – una relazione dei fatti ai valori⁵.

Ispirandosi invece all'ontologia heideggeriana, e facendo esplicitamente propria la tesi della deducibilità del dover essere dall'essere, Maihofer era invece giunto a concepire la natura del fatto in un senso molto più radicale, vale a dire come un "diritto naturale concreto" (*konkretes Naturrecht*), riconoscendole la funzione di fonte primaria del diritto accanto alla legge e di strumento non solo di interpretazione integrativa, ma anche di correzione della legge. La natura del fatto non è dunque soltanto un modo di pensare il fatto mettendolo in relazione al valore (come per Radbruch), ma indica la presenza del valore nel fatto medesimo, interpretato come l'insieme delle istituzioni della vita sociale, conosciute nel loro senso (*Sinn*) e nel *telos* in esse immanente⁶.

Baratta tuttavia non si limitava ad una esposizione di queste dottrine, ma contrapponeva ad esse quell'approccio neo-idealistico che egli aveva assimilato dal suo maestro Cesarini Sforza – un idealismo che, come egli in altra occasione

5 Il saggio radbruchiano, che allora era al centro dell'attenzione, era apparso originariamente in lingua italiana: G. Radbruch, *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XXI, 1941, 3, pp. 145-156 (in tedesco, in una versione più ampia, con il titolo *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in AA.VV., *Festschrift zur Ehren von Prof. Dr. jur. R. Laun*, hrsg. von G.C. Hernmarck, Toth, Hamburg 1948, pp. 155-176. Per Radbruch, forse è il caso qui di ricordarlo, la "Natur der Sache" è «il senso di un rapporto di vita riferito ad un'idea giuridica» (ivi, p. 162). Il senso non è un elemento della struttura del fatto, non è dunque insito nella realtà, ma è il risultato di un'operazione del pensiero: può essere elaborato solo nella relazione con un'idea. Da ciò Radbruch deduce che la natura delle cose «non è qualcosa di valido per propria forza, non è una fonte del diritto, essa vale soltanto nella misura in cui una fonte del diritto espressamente o tacitamente le concede spazio» (*ibidem*).

6 Mi sono qui limitato a riprendere le tesi fondamentali esposte da Maihofer in *Die Natur der Sache*, cit.

ebbe a dire, si coniugava con tematiche realistiche e che quindi venne da lui definito “idealismo realistico”⁷. Ebbene, proprio questo approccio mostrava «l'impossibilità di fondare nel *fatto* una normatività oggettiva indipendente dalla valutazione e dalla volizione del soggetto, e di scorgere nella *natura* del fatto un valore che precede l'atto e la qualificazione del soggetto: giacché la *natura* del fatto è l'attività del soggetto che lo pone e lo qualifica creandone e ricreandone il senso»⁸.

Muovendo da un punto di vista idealistico, Baratta individuava la radice normativa della natura del fatto non, come Maihofer, nell'oggettività sociale prodotta dall'attività umana, ma in questa medesima attività che attraverso se stessa costituisce sempre di nuovo quell'oggettività. Insomma, per riprendere una formula ad effetto di Baratta, «la *natura* del fatto risiede nell'atto»⁹. È in ultima istanza l'atto del soggetto a porre il fatto. La dialettica del mondo umano si risolve così – vichianamente – nella circolarità continua di atto e fatto, di soggettività che costituisce il fatto e continuamente nel processo storico lo supera.

Era evidente che in una simile prospettiva non ci potesse essere spazio per nessuna legge di natura precedente e al di fuori del soggetto stesso. Così nel momento in cui Baratta richiamava l'attenzione dei filosofi del diritto italiani sul vivace dibattito che avveniva al di là delle Alpi, egli segnalava altresì agli studiosi tedeschi la presenza di quella prospettiva soggettivistica dell'idealismo italiano che contraddistingueva l'approccio di Cesarini Sforza. E, indubbiamente, seguendo quell'approccio, e insistendo proprio sulla dialettica storica tra atto e fatto, Baratta non poteva che essere critico nei confronti di un movimento come quello della natura delle cose che sembrava riproporre una concezione oggettivistica e naturalistica del diritto.

Nondimeno Baratta resta sempre più attratto da Saarbrücken, vede infatti

7 Cfr. A. Baratta, *Tra idealismo e realismo. A proposito della Filosofia del diritto di Widar Cesarini Sforza*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, XLII, 1965, pp. 421-456 (adesso anche in A. Baratta, *Philosophie und Strafrecht*, cit., pp. 31-64).

8 A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, cit., p. 222 (trad. tedesca *Natur der Sache und Naturrecht*, in *Philosophie und Strafrecht*, cit., p. 131).

9 Ivi, p. 202 (trad. tedesca, p. 112).

qui nascere e svilupparsi un Istituto (l'Institut für Rechts- und Sozialphilosophie)¹⁰ e un "movimento filosofico-giuridico" – come egli stesso lo chiama – che ruota intorno ad esso e con il quale sin dal periodo della sua fondazione collabora attivamente. Accanto a Werner Maihofer vengono chiamati nella Facoltà di Giurisprudenza, all'inizio degli anni Sessanta, Arthur Kaufmann (nel 1960) e Günther Jahr (nel 1961) (un trio formidabile, che darà vita in quel periodo ad una delle migliori Facoltà giuridiche della Germania occidentale). Se a ciò si aggiunge che qualche anno dopo nella Facoltà di Filosofia furono chiamati Karl-Heinz Ilting (nel 1966) e Karl-Otto Apel (nel 1969), possiamo renderci conto dell'importanza che le facoltà umanistiche dell'Università saarlandese ebbero in quel periodo.

Baratta trovò in Kaufmann ciò di cui più aveva sentito la mancanza nelle discussioni intorno alla natura delle cose: vale a dire l'apertura alla dimensione della storicità del diritto. Kaufmann – scrive Baratta – «è stato il primo ad indicare nel problema stesso della storicità del diritto (...) il vero punto di partenza per la costruzione filosofica della natura del fatto»¹¹. Nonostante i suoi primi incarichi

10 Prima, o poi, credo, bisognerà fare la storia di questo Istituto che, anche grazie alla sua eccellente biblioteca, prima sotto la guida di Maihofer e Kaufmann e poi soprattutto di Baratta, diventò un punto di riferimento per diverse generazioni di studiosi provenienti da molti paesi. Sul tema si veda W. Maihofer, *Vom Universitätsgesetz 1957 zur Verfassungsreform 1969. Persönliche Erinnerungen an eine bewegte Zeit des Universität des Saarlandes*, in "Jahrbuch für Westdeutsche Landesgeschichte", xxii, 1996, pp. 373-402 (un articolo che deve molto alla collaborazione del dottor Wolfgang Müller) e G. Jahr, *Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Universität des Saarlandes: 1948-88*, hrsg. von A. Heinen und R. Hudemann, Buch-u. Kunstverlag d. Ottweiler Druckerei, Saarbrücken 1989, pp. 73-87. I più importanti lavori elaborati nell'ambito di questo Istituto e che segnano al contempo il superamento del dibattito sulla "natura della cosa" e l'apertura di nuovi orizzonti sono raccolti nei due seguenti volumi: AA.VV., *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlegendiskussion*, hrsg. von G. Jahr und W. Maihofer, Klostermann, Frankfurt a.M. 1971 e AA.VV., *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, hrsg. von A. Kaufmann, Müller, Karlsruhe 1971.

11 A. Baratta, *Natura del fatto e giustizia materiale (Certezza e verità nel diritto)*, Giuffrè, Milano 1968, pp. 89-90. Il riferimento va ovviamente soprattutto a A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Mohr, Tübingen 1957 (trad. it. *Diritto naturale e storicità*, in "Jus", Nuova Serie, x, 1959, 2, pp. 178-196). Per una ricostruzione del dibattito sulla "natura della cosa" restano ancora oggi fondamentali N.A. Poulantzas, *Nature des choses et droit: essai sur la dialectique du fait e du valeur*, Pichon, Paris 1965 e E. Garzón Valdés, *Derecho e "naturaleza" de las cosas*, Universidad Nacional de Cordoba, Argentina, voll. X-XI, 1970-1971.

universitari e la rapida carriera in Italia (nel 1968 vince il concorso nazionale a cattedra in Filosofia del diritto), Baratta è spesso in Germania – nell'estate del 1964 conduce a Marburg/Lahn studi sulla filosofia giuridica e sociale del neokantismo in vista di uno studio monografico che, in quanto tale, purtroppo, non vide mai la luce, nel semestre invernale 1964/65 egli ottiene persino la supplenza sulla cattedra di diritto penale e diritto processuale penale dell'Università di Göttingen lasciata vacante da Eberhard Schmidhäuser¹² –, ma ancora più spesso è a Saarbrücken: nell'estate del 1962 vi tiene una conferenza che starà alla base di un seminario svoltosi nel semestre invernale seguente sotto la guida di Kaufmann e Maihofer. È un testo – forse il più originale sotto il profilo filosofico – che circolò dattiloscritto per quasi un decennio: Baratta infatti si decise a pubblicarlo solo nel 1972¹³. Ma già nella prima versione egli sicuramente aveva istituito quella (per molti versi sorprendente) connessione tra analogia giuridica e natura della cosa che rappresentò l'impulso decisivo per un fondamentale contributo di Kaufmann (come lui stesso del resto pubblicamente ammise): *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*¹⁴. Il punto merita un approfondimento.

Le ricerche di Baratta sul tema dell'analogia giuridica cominciano con un

12 Anche se in realtà allora a Göttingen Filosofia del diritto era insegnata da Friedrich Schaffstein, Baratta in quell'occasione tenne un corso di lezioni introduttive alla filosofia del diritto, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (di cui è conservato un quaderno di appunti) e un seminario dal titolo *Über philosophische Grundprobleme der strafrechtlichen Schuld- und Unrechtslehre*.

13 Cfr. A. Baratta, *Juristische Analogie und Natur der Sache*, in AA.VV., *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, hrsg. von A. Hollerbach, W. Maihofer, T. Würtenberger, Klostermann, Frankfurt a.M. 1972, pp. 138-161 (ora in A. Baratta, *Philosophie und Strafrecht*, cit., pp. 175-195).

14 Cfr. A. Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1965), 2. verbesserte und durch ein Nachwort ergänzte Auflage, Decker und Müller, Heidelberg-Hamburg 1982. Nella Prefazione alla prima edizione di legge: «L'impulso decisivo per la mia personale ricerca mi è venuto da una conferenza (ancora inedita) di Alessandro Baratta su "Analogia giuridica e natura della cosa", tenuta nel 1962 presso l'Institut für Rechts- und Sozialphilosophie. In quella occasione Baratta ha mostrato con persuasiva coerenza di pensiero la connessione che sussiste tra analogia e "natura della cosa"» (pp. IX-X). Il testo di Kaufmann è stato tradotto qualche anno fa in lingua italiana con il titolo *Analogia e "natura della cosa", Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi, Vivarium, Napoli 2004.

saggio, pubblicato negli studi in onore di Emilio Betti¹⁵, che ha un evidente obbiettivo polemico: una monografia sull'argomento di Norberto Bobbio¹⁶. Pur riconoscendo l'importanza del lavoro dell'insigne maestro, Baratta non ne condivide uno dei risultati fondamentali. Per Bobbio era necessario distinguere in linea definitiva l'*analogia legis* dall'*analogia iuris*: la ragione della loro fondamentale diversità andava individuata nel fatto che mentre nell'*analogia legis* la massima di decisione si ottiene applicando una norma particolare sulla base dell'analogia che sussiste tra la fattispecie regolata e quella non regolata (dal caso simile al caso simile), nell'*analogia iuris* invece si verifica la sussunzione della fattispecie non regolata sotto un principio più generale dell'ordinamento giuridico.

Nella sua critica Baratta cominciava con l'osservare che la distinzione tra *analogia legis* e *analogia iuris* era un risultato piuttosto recente nella storia del pensiero giuridico: la si può in sostanza far risalire all'avvento della Scuola storica. Ma al di là di queste considerazioni in sede storiografica, ciò che maggiormente gli premeva sottolineare era il comune fondamento dei due procedimenti. Sia il ricorso alla norma che disciplinava casi analoghi o materie analoghe, sia il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico sono due procedimenti caratterizzati dalla sussunzione della fattispecie non regolata sotto un principio normativo dotato di maggiore (*analogia iuris*) o minore (*analogia legis*) generalità. Che la sussunzione del caso non regolato sotto il principio normativo avvenga reperendo questo principio nella norma che disciplina casi simili, eventualmente anche nel complesso di norme che disciplinano materie analoghe o nella totalità delle norme che formano l'ordinamento giuridico è una differenza quantitativa e non qualitativa, che non fa venir meno la comune natura dei due procedimenti. Essa è comunque sempre data dalla costruzione giuridica di un caso nuovo in modo che esso – con o senza passaggio attraverso una fattispecie legale – possa essere ricondotto ad un principio normativo.

Sin qui il ragionamento di Baratta – sebbene critico rispetto alle conclusioni di Bobbio – si muove ancora all'interno di quella riflessione: tanto quest'ultimo

15 Cfr. A. Baratta, *Note in tema di analogia giuridica*, in AA.VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano 1962, vol. I, pp. 569-593.

16 Cfr. N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della Regia Università, Torino 1938.

tende a differenziare, quanto il primo a unificare. Ma già in questo lavoro, soprattutto in una lunga nota, si presenta, sia pure in forma problematica, un'altra possibile connessione: quella tra il problema dell'analogia e quello della natura della cosa: «la sussunzione del fatto sotto il punto di vista assiologico dato da un principio normativo, che è alla base della sua costruzione giuridica e della sua assimilazione ad una fattispecie o ad una materia regolata e, in ultima analisi, della sua regolamentazione, avviene forse arbitrariamente senza alcun riferimento alla struttura pregiuridica del fatto»?¹⁷

A questa domanda Baratta cercherà di trovare una risposta proprio nella conferenza saarbrückense dell'anno seguente, *Juristische Analogie und Natur der Sache*, in cui egli sottolinea non più soltanto il nesso che sussiste tra *analogia legis* e *analogia iuris*, ma tra analogia in quanto tale e natura del fatto nella concreta creazione del diritto. La scelta di un principio normativo in vista del quale costruire (giuridicamente) il fatto non possiamo considerarla come qualcosa di puramente soggettivo e irrazionale. Attraverso l'analogia vengono qualificati fatti non previsti dall'ordinamento sulla base della loro somiglianza con quelli previsti: questa somiglianza a sua volta consegue dal comune riferimento dei due casi ad uno stesso principio normativo, che ne consente la regolamentazione assimilando la situazione non regolata a quella tipica. Quel fatto è stato sussunto sotto quel determinato principio normativo perché, sulla base della sua natura, era razionale farlo. Attraverso questa peculiare interpretazione della *ratio iuris* si riesce così a creare una connessione tra analogia e natura del fatto.

È l'intuizione di questo nesso che starà alla base della concezione di lì a breve sviluppata da Arthur Kaufmann nel suo fortunato saggio *Analogie und "Natur der Sache"*¹⁸. E Baratta che ne aveva ispirato la redazione, lo seguì poi nei suoi sviluppi, con particolare riguardo all'inscindibile rapporto tra interpretazione e applicazione del diritto. Analogia e natura del fatto non sono solo due particolari

17 A. Baratta, *Note in tema di analogia giuridica*, cit., p. 585.

18 Cfr. A. Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*, cit. È un vero peccato che Francesco Romeo, nel suo peraltro ottimo lavoro sul tema dell'analogia, abbia mancato di cogliere il nesso che sussiste tra il saggio di Kaufmann, che sta al centro della sua riflessione, e le riflessioni preliminari di Alessandro Baratta (che purtroppo non vengono mai menzionate). Cfr. F. Romeo, *Analogia. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Cedam, Padova 1990.

procedimenti argomentativi a cui ricorrere in caso di lacune. Essi costituiscono la struttura del processo attraverso il quale la legge astratta diventa diritto concreto, consentendo in tal modo di spiegare la complessità del fenomeno giuridico. Il diritto, infatti, potrebbe essere inteso nella sua concreta realtà come la sintesi fra l'interpretazione della legge e l'interpretazione della fattispecie. Nella loro attività i giuristi non hanno soltanto a che fare con l'interpretazione degli enunciati normativi e la sussunzione sotto di essi dei casi concreti, ma devono altresì occuparsi della costruzione giuridica dei casi reali, devono cioè qualificare normativamente la natura dei fatti, assimilando per via analogica il caso concreto così costruito alla fattispecie astratta prevista dagli enunciati normativi.

Con il suo originale contributo Baratta appare non solo l'ispiratore di Kaufmann, ma si inserisce a pieno titolo nell'ambito della ricerca metodologica tedesca più accreditata che insiste sull'importanza del momento applicativo; mentre in Italia l'attenzione della Scuola analitica resterà focalizzata soprattutto sul momento interpretativo¹⁹.

Non sorprende, quindi, che Baratta in quel periodo intensifichi i suoi rapporti con l'Università del Saarland: nel semestre estivo del 1966 egli è professore ospite ancora a Saarbrücken, dove tiene conferenze, un seminario insieme a Kaufmann e Maihofer e persino diverse lezioni del corso di diritto penale di Kaufmann²⁰. Quando egli, nel 1971, viene chiamato a succedere a Maihofer (che nel frattempo aveva accettato la chiamata dell'Università di Bielefeld) possiamo dunque dire che ciò stava effettivamente nella "natura delle cose".

In quegli anni Baratta opera come una sorta di cinghia di trasmissione tra Italia e Germania: cura l'edizione tedesca della *Filosofia del diritto* di Cesarini

19 Qualche spunto al riguardo nel mio articolo *Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neoscettica*, in "Analisi e diritto", IX, 1999, pp. 1-16.

20 Meritano di essere segnalate due conferenze: *Gedanken zu einer "naturrechtlichen" Apologie des Rechtspositivismus* e *Theorie und Ideologie in der strafrechtsphilosophischen Lehre von der Willensfreiheit* (entrambi i testi sono ora pubblicati nel volume A. Baratta, *Philosophie und Strafrecht*, cit., rispettivamente alle pagine 229-249 e 267-290). Il primo saggio è stato tradotto in italiano con il titolo *Per una apologia "giusnaturalistica" del positivismo giuridico*, in "Il politico", xxxi, 1966, 3, pp. 547-558; il secondo saggio è stato tradotto in italiano con il titolo *Per una concezione dialettica della libertà del volere come presupposto della pedagogia criminale*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Cedam, Padova 1964, pp. 77-102.

Sforza (1966)²¹, si dedica alla cura e alla traduzione italiana di *Der Geist des englischen Rechts* di Gustav Radbruch (1962)²², di uno scritto di Erik Wolf (1964)²³ e della *Einführung in das juristische Denken* di Karl Engisch (1970)²⁴. Nel corso di quel decennio escono anche le prime monografie di Baratta, in cui già si profila l'interesse per un ambito specifico del diritto, il diritto penale, che, del tutto in linea con la tradizione accademica tedesca che di solito accosta l'insegnamento della filosofia del diritto al diritto penale, diventerà con il passare degli anni l'oggetto principale della sua considerazione critica²⁵.

Il primo libro, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, pubblicato nel 1963²⁶, più che essere – come recita il sottotitolo – un contributo critico alla filosofia del diritto penale era in realtà – così avrebbe detto Giovanni Tarello – un contributo di storia della cultura giuridica, dedicato al modo di rapportarsi delle dottrine penalistiche tedesche dall'inizio del secolo al 1933 rispetto al problema dei conflitti di doveri e dello stato di necessità: un problema che in Germania si era posto in tutta una serie di processi del secondo dopoguerra soprattutto contro medici e giudici del Terzo Reich, ma che Baratta analizza a partire dal periodo che precede e prepara la svolta totalitaria del 1933. Esaminando le posizioni dottrinali e giurisprudenziali

21 W. Cesarini Sforza, *Rechtsphilosophie*, Beck, München 1966 (Nachwort von A. Baratta, S. 155-194; la traduzione si riferisce alla terza edizione del 1958).

22 G. Radbruch, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano 1962. Traduzione e introduzione di A. Baratta (pp. V-XXIV).

23 Cfr. E. Wolf, *Il carattere problematico e necessario della scienza del diritto*, in J.H. von Kirchmann-E. Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, a cura di G. Peticone, Giuffrè, Milano 1964, pp. 37-71.

24 K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970. Traduzione e introduzione di A. Baratta (pp. I-XXIV).

25 Anche se non vanno dimenticate alcune piccole, ma significative incursioni in altri settori del diritto. Su ciò si veda P. Becchi, *Alessandro Baratta e il nervo scoperto della responsabilità civile*, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", xxx, 2004, 2, pp. 277-281. Con qualche lieve variazione il saggio è stato riprodotto nel volume AA.VV., *Filosofia e sociologia del diritto penale*, cit., pp. 233-241.

26 Cfr. A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano 1963.

nella Repubblica di Weimar, Baratta vi individua i segni di un'involuzione nel senso di una eticizzazione delle categorie giuridiche (il passaggio dal diritto penale dell'azione al diritto penale dell'autore, la valutazione discrezionale del giudice, che può disporre dell'uso della *Güterabwegung* e del concetto di inesigibilità per dare soluzioni sovrappositive al conflitto di doveri, la quale porta con sé la legalizzazione della morale esistente, nella fattispecie quella del "*guter Volksgenosser*") e che ha come conseguenza il superamento del principio di legalità formale e la confusione tra la sfera giuridica e quella morale.

Il secondo saggio, complementare al primo, è intitolato *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*. Pubblicato nel 1966²⁷, il volume analizza la storia del pensiero penalistico tedesco nei tre decenni che precedono l'avvento della dittatura nazionalsocialista con l'intento di mettere seriamente in dubbio la responsabilità del positivismo giuridico nella degenerazione autoritaria dell'organizzazione giuridica tedesca. Una tale degenerazione, che subito dopo la guerra fu imputata al giuspositivismo da parte dei fautori del ritorno al diritto naturale, in realtà non faceva altro che portare alle estreme conseguenze quella crisi del positivismo giuridico che era maturata nella dogmatica tedesca nel periodo weimariano.

Il volume era interessante anche sotto il profilo specificamente filosofico-giuridico, poiché si inseriva nelle discussioni suscitate in Italia dall'uscita di due libri di Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli, rispettivamente, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* e *Cos'è il positivismo giuridico* (entrambi pubblicati nel 1965)²⁸. Secondo Baratta l'etica legalistica per la quale "Gesetz ist Gesetz", e il

27 Cfr. A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Giuffrè, Milano 1966. Il testo rielaborava un lungo articolo pubblicato nel 1964 sugli "Annali della Facoltà giuridica di Camerino" con il titolo *Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*.

28 Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965; U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965. Il libro di Scarpelli è stato ripubblicato, a cura di A. Catania e M. Jori, dalla casa editrice ESI di Napoli nel 1997. Baratta partecipò ad una tavola rotonda su questi due libri, organizzata da Bruno Leoni presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Pavia. Una traccia degli interventi è pubblicata in "Il politico",

giudice vi si deve comunque conformare, non identifica di per sé il giuspositivismo, ma semmai rappresenta una sua involuzione. Un atteggiamento autenticamente giuspositivistico avrebbe lasciato aperto il problema etico dell'obbedienza alla legge ingiusta, mantenendo ferma la distinzione tra sfera giuridica e sfera morale. In questo senso "Gesetz ist Gesetz" significa soltanto che la legge non è nient'altro che la legge e quindi l'obbligo giuridico non può sottrarsi ad un giudizio morale, il quale può pure portare alla decisione di disobbedire alla legge ingiusta. Insomma, anche per il giuspositivista, sia pure per una via diversa, non c'è necessariamente un dovere morale di obbedire alla legge ingiusta. Così Baratta poteva concludere sottolineando che il rapporto tra giusnaturalismo e positivismo giuridico andava ripensato, posto sotto una nuova luce: non più quella della contrapposizione e dell'alternativa, bensì quella della reciproca integrazione e della complementarità: due fratelli che avevano uno bisogno dell'altro.

Di lì a breve, nel 1968, Baratta pubblica ancora due studi monografici: un volumetto intitolato *Ricerche su 'essere' e 'dover essere' nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*²⁹ – che rappresenta il suo tentativo di avvicinarsi criticamente alla Scuola italiana analitica (lui che era di formazione idealistica) guidata da Norberto Bobbio – e un volume di più ampio respiro, *Natura del fatto e giustizia materiale*, che avrebbe dovuto portare a compimento le sue ricerche sull'argomento³⁰.

Questa dottrina viene ora messa a confronto con altri orientamenti filosofici che si stavano sviluppando in quegli anni (penso qui, in particolare, alla *Nouvelle rhétorique* di Perelman e alle molteplici influenze di questo approccio in ambito giuridico)³¹, ma Baratta è soprattutto attento agli sviluppi che tale dottrina aveva

xxxI, 1966, pp. 356-368 (l'intervento di Baratta si trova a pp. 359-360). Nel numero seguente della medesima rivista Baratta pubblicò sull'argomento la rielaborazione della sua relazione *Per una apologia "giusnaturalistica" del positivismo giuridico* (pp. 547-558), che poi utilizzerà anche per una conferenza saarbrückense (cfr. *supra*, nota 20).

29 Cfr. A. Baratta, *Ricerche su 'essere' e 'dover essere' nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968.

30 Cfr. A. Baratta, *Natura del fatto e giustizia materiale (Certezza e verità nel diritto)*, cit..

31 Alla "nouvelle rhétorique" Baratta dedicherà pure un contributo specifico: *La teoria della natura del fatto alla luce della "nuova retorica"*, in "Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino" (volume dedicato alla memoria di P.R. Caldogno), xxxII, 1968, pp. 39-72 (la versione

avuto nell'elaborazione datane da Maihofer. La natura delle cose si presenta sempre più come una dottrina dialettica e Baratta segue Maihofer nel suo spostarsi da un punto di vista genuinamente esistenzialistico per avvicinarsi al marxismo, specificamente nella sua versione umanistica e utopistica.

Criterio-guida del "diritto naturale concreto" diventa ora il principio della "dignità umana", l'idea marxiana-blochiana dell'umanizzazione della società: la "natura della cosa" indica ora la conoscenza di quella realtà sociale, di cui il diritto naturale, in quanto utopismo concreto, annuncia il superamento. Così "il diritto naturale concreto" è il continuo superamento del diritto positivo esistente verso un ordine giuridico giusto, cioè degno dell'uomo³². Il dualismo radbruchiano fra essere e dover essere, fra fatto e valore, appare così definitivamente superato da una dialettica che ha ormai perso il suo tratto idealistico: «Da questo punto di vista umanistico la dialettica realistica perviene, attraversando la critica idealistica di un dover essere che è estraneo al movimento concreto della realtà, al ristabilimento del dover essere come momento presente nello sviluppo dell'essere umano nel mondo. Compito della "critica di tutto l'esistente" – scrive Baratta citando una celebre lettera di Marx a Ruge del 1843 – è dalle forme *proprie* della realtà esistente sviluppare la vera realtà come loro dover essere e loro scopo finali»³³. La natura della cosa si trasformava così nel sogno di una cosa, di un mondo liberato dalle ingiustizie e dall'oppressione. Il vento del maggio francese e dell'incipiente autunno caldo italiano soffiava anche su questo filosofo "idealista" del diritto che aveva finito – anche con l'aiuto di Maihofer – per far proprio

tedesca si trova in A. Baratta, *Philosophie und Strafrecht*, cit., pp. 137-163).

32 Cfr. soprattutto, W. Maihofer, *Le droit naturel comme dépassement du droit positif*, in "Archives de philosophie du droit", VIII, 1963, pp. 177-194. Non bisogna dimenticare che nel 1961 Ernst Bloch aveva pubblicato *Naturrecht und menschliche Würde* (presso la casa editrice francofortese Suhrkamp) e nel febbraio del 1964 era stato invitato a Saarbrücken a tenere una conferenza su "Die Frage des Naturrechts". Molti anni dopo un allievo di Baratta, Hartmut Wagner, dedicherà la sua dissertazione dottorale proprio a Bloch. Cfr. H. Wagner, *Utopie, Menschenrechte, Naturrecht. Zur Rechtsphilosophie Ernst Bloch*, Nomos, Baden-Baden 1995.

33 Cfr. A. Baratta, *Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache*, in AA.VV., *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, hrsg. von A. Kaufmann, Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen 1968, pp. 173-181, a p. 178. Ora anche in *Philosophie und Strafrecht*, cit., pp. 165-173, a p. 170. Non mi risulta che il saggio in quanto tale sia mai stato pubblicato in lingua italiana.

l'insegnamento del materialismo storico³⁴. E a tale insegnamento egli resterà sino alla fine fedele.

Nel corso degli anni Settanta e Ottanta, spostando i suoi interessi dalla filosofia alla sociologia del diritto³⁵, Baratta giunge a sviluppare un'analisi della realtà sociale della devianza e del processo di criminalizzazione fatta dal punto di vista della classe operaia. E' la "nuova criminologia" o "criminologia critica"³⁶, sulla cui base Baratta ha prospettato una politica criminale radicalmente alternativa e – per il corto e medio periodo – un diritto penale minimo, capace almeno di

34 Nel corso degli anni Sessanta egli pubblica anche un saggio espressamente dedicato a Marx: *Recht und Gerechtigkeit bei Marx* (1974), ora in A. Baratta, *Philosophie und Strafrecht*, cit., pp. 197-211 (trad. it. *Diritto e giustizia in Marx*, in "Prassi e teoria", II, 1975, pp. 289-302). Originariamente questo saggio apparve nel volume *Karl Marx im Kreuzverhör der Wissenschaften*, hrsg. von F. Büsser, Artemis, Zürich-München 1974, pp. 91-113. La sua linea di pensiero si sviluppa soprattutto in un confronto critico con quella "critica del diritto" elaborata in quegli anni in Germania da D. Böhler e W. Paul. Cfr. D. Böhler, *Metakritik der Marxschen Ideologiekritik. Prolegomenon zu einer reflektierten Ideologiekritik und Theorie-Praxis-Vermittlung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1971 e W. Paul, *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts. Intention, Aporien und Folgen des Rechtsdenkens von Karl Marx*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1973. Per una visione generale cfr. P. Mazurek, *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, in AA.VV., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, hrsg. von A. Kaufmann und W. Hassemer, Müller, Heidelberg 1994⁶, pp. 404-421. Da notare: tutti gli autori menzionati erano in quel periodo operanti proprio a Saarbrücken: Hassemer dal 1964 al 1969 in qualità di assistente di Kaufmann, Paul dal 1965 al 1971 in qualità di assistente di Maihofer, Böhler dal 1969 al 1975 in qualità di assistente di Apel.

35 A questo periodo risale però un saggio di notevole importanza sotto il profilo filosofico-giuridico: *Über Juristenrecht*, in AA.VV., *Dimensionen der Hermeneutik*, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, hrsg. von W. Hassemer, Decker und Müller, Heidelberg-Hamburg 1984, pp. 57-75. Con alcune variazioni il testo è apparso anche in lingua italiana: *Le fonti del diritto e il diritto giurisprudenziale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XX, 1990, 1, pp. 189-210.

36 Le tesi fondamentali diffuse in molteplici articoli sono raccolte nel volume A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, il Mulino, Bologna 1982. Le origini di questo volume risalgono ad un ciclo di lezioni tenute nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna nella primavera del 1980 e pubblicate in forma di dispense nello stesso anno. Il libro, tradotto in francese (1983), in castigliano (1985), in ceco (1995) e in portoghese (1997, 1999²), ha avuto larga fortuna soprattutto in America Latina, dove Baratta ha avuto molti allievi.

promuovere una vasta e progressiva opera di decriminalizzazione³⁷. Non vi è dubbio che in questo ambito Baratta ha inciso in maniera profonda (forse – concretamente – più in America Latina che non da noi) e comunque se oggi esiste una criminologia non meramente clinica o amministrativa lo dobbiamo soprattutto a lui.

Ma Baratta nel corso degli anni Novanta si rese conto che quel movimento era entrato in crisi³⁸ e tentò di uscirne riscoprendo la tematica dei diritti umani e inserendola progressivamente in un discorso filosofico più ampio: quella dei bisogni e dello sviluppo umano. Dalla questione criminale si passa così alla questione umana³⁹. All'inizio del nuovo millennio, venute meno molte illusioni, sono i diritti umani che continuano ancora a gettare un raggio di luce nel regno delle tenebre: sono essi l'indicatore più importante dello sviluppo umano, interpretato come la somma delle relazioni tra i bisogni umani, le capacità umane e, appunto, i diritti umani.

Il concetto di sviluppo umano è collegato a quello di sviluppo economico, ma non si identifica con esso. C'è bisogno di un'economia che sia al servizio dell'uomo: ciò non comporta l'abolizione del mercato, né la negazione del suo tratto ormai globale, ma richiede – secondo Baratta – il superamento della logica selvaggia del mercato e del modello neoliberista di globalizzazione. L'ultima

37 Cfr. A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in "Dei delitti e delle pene", III, 1985, 3, pp. 443-473 (trad. tedesca, *Prinzipien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts*, in AA.VV., *Forschung in den 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von G. Kaiser, H. Kury, H.J. Albrecht, *Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Bd. 35/2, Freiburg i. Br. 1988, pp. 513-542.

38 Cfr. A. Baratta, *Hat die Kriminologie eine Zukunft?*, in "Magazin Forschung" (Universität des Saarlandes), VIII, 1997, 2, pp. 44-47. E, più diffusamente, in uno dei suoi ultimi contributi: A. Baratta, *Kriminalpolitik und Verfassung. Überlegungen zum minimalen Strafrecht und zur Sicherheit der Recht*, in "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", II, 2003, pp. 210-231.

39 Cfr. A. Baratta, *O paradigma do genero: Da questao criminal a questao humana*, in AA.VV., *Criminologia e feminismo*, Themis, Porto Alegre 1999, pp. 19-80. In italiano: *Il paradigma del genere. Dalla questione criminale alla questione umana*, in "Dei delitti e delle pene", XXVI, 1999, 1-2, pp. 69-111.

speranza (o illusione?) è di regolare il mercato attraverso il diritto e le istituzioni dello Stato e della comunità internazionale in funzione dello sviluppo umano. Alla fine l'alternativa non è più fra capitalismo e socialismo, ma tra un'economia *politica* al servizio dell'uomo e dei suoi bisogni e un'economia privata impolitica e distruttiva, per l'uomo e l'ambiente che lo circonda.

In questo contesto Baratta prospetta la teoria di uno Stato meticcio⁴⁰ e di una società androgina⁴¹, sviluppa l'idea di un nuovo diritto per l'infanzia⁴², fornisce alcuni elementi per un nuovo costituzionalismo internazionale⁴³, avanza l'idea di una nuova alleanza tra gli uomini e la natura⁴⁴. È l'ultimo Baratta, quello ancora oggi in larga parte da scoprire⁴⁵, che cerca di interpretare non più le dinamiche della devianza e della criminalità, ma quelle dei nuovi movimenti sociali e in cui ritornano prepotentemente temi e problemi schiettamente filosofici. Un nuovo mondo era per lui ancora possibile.

40 Cfr. A. Baratta, *Lo Stato-meticcio e la cittadinanza plurale. Considerazioni su una teoria mondiale dell'alleanza*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", xxviii, 1998, 1, pp. 25-48.

41 *Il progetto giuridico della differenza e il mito dell'unità. Prolusione* in AA.VV., *Il diritto e la differenza*, cit., pp. XXIX-XXXIX. Si tratta della prolusione tenuta da Alessandro Baratta il 13 dicembre 1999 in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* in Giurisprudenza presso l'Università di Lecce.

42 Cfr. A. Baratta, *The Child as Subject of Rights and Participant in the Democratic Process*, in AA.VV., *Rethinking Democracy and the Welfare State*, ed. by J. Milios, L. Katseli, Th. Pelagidis, Ellenika Grammata, Athen 1999, pp. 345-372.

43 Cfr. A. Baratta-Chr. Giannoulis, *Dal diritto europeo all'Europa dei diritti*, in AA.VV., *Diritto privato comunitario. Lavoro, impresa e società*, a cura di V. Rizzo, ESI, Napoli 1997, vol. II, pp. 32-64.

44 Cfr. A. Baratta, *Ecologia, economia, democrazia e il patto sociale della modernità*, in "Dei delitti e delle pene", xvii, 2000, 1-2, pp. 9-24.

45 Disseminato in una pluralità di contributi di cui, oltre a quelli menzionati nelle note precedenti, si può trovare una efficace sintesi in A. Baratta, *Bedürfnisse als Grundlagen von Menschenrechten*, in AA.VV., *Rechtsbegründung- Rechtsbegründungen*. Günter Ellscheid zum 65. Geburtstag, hrsg. von H. Jung und U. Neumann, Nomos, Baden-Baden 1999, pp. 9-18.

LA CRIMINOLOGÍA EN LA POSMODERNIDAD¹

CARLOS ALBERTO ELBERT
PROFESOR DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES

INTRODUCCIÓN

El título de este trabajo pretende ser provocativo, si bien la pregunta sobre lo que queda en pie de nuestra presunta ciencia o probable disciplina, está en discusión desde hace décadas. Trataré de aprovechar la casual circunstancia de que se cumplen once años de un congreso internacional del que fui promotor, y que tomaré como punto de partida de este análisis. Me refiero al congreso “*La criminología del siglo XXI en América Latina*”, celebrado en Buenos Aires en septiembre de 1999. En esa oportunidad, nos reunimos criminólogos de todos los países de América Central, del Sur y del Caribe, y el objetivo que entonces nos propusimos fue, justamente, analizar la naturaleza que podía asignarse a la criminología en el plano científico y, al mismo tiempo, hacer un resumen de lo acontecido en la materia en nuestros países, a lo largo del siglo XX. Los trabajos sustanciales que se presentaron, fueron publicados después, en dos volúmenes², a los que me remito.

Sintetizando en pocas líneas el recorrido histórico de la criminología, recordemos que **se constituyó** como ciencia a fines del siglo XIX, proclamando poseer un objeto y un método propios, presentados de modo tal, que pudieran ser admitidos en *el modelo de las ciencias naturales*, por entonces, dominante. Ese modelo se advierte en gran cantidad de textos básicos de formación criminológica, en las que el modelo naturalista se expone puro, o mezclado con modelos explicativos más actualizados, pero manteniendo el grueso de la obra fiel a un

¹ Este trabajo tiene por base el artículo: “*Qué queda de la criminología*”, que se encuentra en prensa en la revista *Iter Criminis*, de México.

² Elbert, Carlos, (Coordinador): “*La criminología del siglo XXI en América Latina*”, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1999.(parte primera) y con el mismo título (parte segunda) 2002.

desarrollo tributario del modelo etiológico, o causal - explicativo ³. Este enfoque recién fue puesto en cuestión a partir de 1970, por los criminólogos críticos, convencidos de que proponían un “nuevo paradigma criminológico” superador del positivismo previo y “anticientífico”. Hoy sabemos que tal pretensión epistemológica fue exagerada, y que, incluso, en el trasfondo de muchas explicaciones sociológicas famosas, subyace una búsqueda de **causas y efectos**⁴. Además, los críticos de América Latina, centraron el discurso en objetivos de cambio social, y dejaron de lado la coherencia en el método, avanzaron sin mucha claridad sobre el objeto a investigar, subestimaron las investigaciones empíricas y crearon, además, dicotomías estalinistas entre quienes se alineaban con el cambio social y quienes, “colaboraban al mantenimiento del statu quo”. En suma, se afirmó que coexistían una criminología revolucionaria, llena de futuro, y una reaccionaria, condenada a desaparecer junto con el capitalismo.

Aquella versión criminológica pasó por América Latina, entre 1970 y 1990, como una centella, desvaneciéndose sin mayores explicaciones ni una autocrítica seria, que hubiese sido valiosa para estos tiempos. Como consecuencia de los dos

³ Por ejemplo, limitándonos a obras aparecidas desde 1950, podemos verificar la afirmación en: *Criminología*, de **Luis Carlos Pérez**, Bogotá, Colombia, 1950; *Lecciones de criminología*, de **Hugo Cesar Cadima M.**, Oruro, Bolivia, I 1954, y II, 1957; *Objeto y método de la criminología*, **Francisco Laplaza**, Ed. Arayú, Bs. Aires, Argentina, 1954; la monumental traducción en seis tomos de la *Criminología* de **Alfredo Nicéforo**, publicada por Cajica, México, 1954; *Criminología*, de **Leonidio Riveiro**, Ed. Suramericana, Río de Janeiro, Brasil, 1957; *Compendio de criminología*, de **H. Veyga de Carvalho**, Ed. Forense, Río de Janeiro, Brasil, 1964, *Introducción a la criminología*, de **Elio Gómez Grillo**, *Introducción a la criminología*, UCV, Caracas, Venezuela, 1964; *Criminología*, de **Dante Valdivia Zegarra**, Gráfica Alvarez, Arequipa, Perú, sin fecha; *Criminología* de **Roberto Lyra**, 1a. edición, Río de Janeiro, Brasil, 1964, y segunda, actualizada por **Joao Marcello de Araújo Jr.**, Forense, R.J., 1990; *Criminología* de **Huáscar Cajías K.**, La Paz, Bolivia, 1970; *Curso de criminología*, de **José Rafael Mendoza**, Ed. El cojo, Caracas, Venezuela, 1970; *Criminología peruana*, de **Guillermo Olivera Díaz**, tomo I, 2a. Ed., Lima, Perú, 1973, y tomo II, 2a. Ed., 1978; *Criminología* de **Jorge Hugo Rengel**, tomo I, Loja, Ecuador, 1961; del mismo autor: *La concepción sociológica del delito*, Ed. Ecuador, Quito, Ecuador, 1980; *Criminología* de **Alfonso Reyes Echandía**, 6a. edición, Universidad Externado de Colombia, 1982; *Introducción al estudio de la criminología*, de **Michelángelo Pelaez**, Depalma, Bs. Aires, 3a. edición, 1982; *Criminología, panorama contemporáneo*, de **Alejandro Solís Espinosa**, EDDILI, Lima, Perú, 1984; *Criminología*, de **Roque de Brito Alves**, Ed. Forense, Río de Janeiro, Brasil, 1986; *Criminología*, de **Jason Albergaria**, Aide Editora, Río de Janeiro, Brasil, 1988; *Manual de criminología*, de **Octavio A. Orellana Wiarco**, Ed. Porrúa, 4a. edición, México, 1988; *Introducción a la criminología*, de **Pilar Sacoto de Merlyn**, PUCE, Quito, Ecuador, 1989; *Criminología* de **Rafael Márquez Piñero**, Ed. Trillas, México 1991; *Introducción al estudio de la Criminología*, de **Jorge López Vergara**, Textos ITESO, Tlaquepaque, tercera reimpresión, México 2000, y probablemente muchos otros autores, cuyos trabajos no han llegado a mi conocimiento.

⁴ Ver: Ceretti, Adolfo, “El horizonte artificial”, Nº 5 de la colección *Memoria Criminológica*, Editorial B. de F., Montevideo – Buenos Aires, 2008, capítulo V.

grandes intentos paradigmáticos citados, quedó establecida una atomización inconexa y difícil de abarcar. Por estas razones, pretendo, en este trabajo, examinar qué se ha hecho y hace hoy, en la búsqueda de una identidad para la criminología, como cuerpo de conocimiento e indagación⁵.

LO QUE SE HACE BAJO EL MEMBRETE DE “CRIMINOLOGÍA”, ¿ES CIENCIA?

Es público y notorio el trabajo que despliego desde hace más de una década⁶, en pos de bosquejar un perfil epistemológico viable para la criminología. Admito que mis esfuerzos, como otros similares efectuados en Europa, no parecen haber alcanzado resonancia⁷, y aquí veremos las posibles causas, evitando complejos análisis teóricos, y conformándonos con un repaso del estado actual del problema, para lo cual reiteraré conceptos expuestos en publicaciones previas⁸,

Comienzo recordando que, pese a los progresos alcanzados en el plano epistemológico, las ciencias sociales nunca conformaron un estatuto propio sólido, con objetos precisos y métodos específicos. Ahora bien, estas dificultades no causaron su desaparición, sino que ellas continúan valiéndose, hegemónicamente, de los paradigmas epistemológicos de la Modernidad, partiendo de objetos y métodos diversos. Esto podría deberse a una mera inercia, a la incapacidad de adaptarse a los cambios de la era global o al hecho de que no hay, por el momento, un paradigma sustitutivo consolidado. Sea cual fuere la causa, **considero vigentes**

⁵ Desarrollo en amplitud estos temas, en el libro *“Criminología, ciencia y cambio social”*, todavía inédito.

⁶ Además de mi *Criminología Latinoamericana* en dos tomos, y mis manuales (obras traducidas al portugués) he publicado, en castellano y otros idiomas, numerosos artículos sobre el tratamiento epistemológico de la criminología. Entre los más recientes pueden verse: *“La criminología ¿Es una disciplina autónoma o un apéndice de otras ciencias sociales?”*, en *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica del derecho penal en la actualidad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, y *“La criminología: ¿disciplina autónoma o apéndice del derecho penal?”*, en *La cultura penal, homenaje al profesor Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

⁷ Ceretti, Adolfo, *“El horizonte artificial”*, Nº 5 de la colección Memoria Criminológica, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2008.

⁸ Elbert, Carlos, *“Criminología Latinoamericana”*, Editorial Universidad, Buenos Aires, parte primera 1996, parte segunda, 1999 y *“Manual Básico de Criminología”*, Eudeba, Buenos Aires, 2007 (Cuarta edición argentina ampliada y corregida).

en el campo de las prácticas de la comunidad científica, las estructuras epistemológicas de la Modernidad, ya que, en el campo académico no advierto un establecimiento de la anarquía epistemológica, o de la teoría del caos, sino la permanencia de la **interrelación comunicativa**, como puente fundamental para intercambiar saber, por lo cual, toda proposición científica debería ser *razonable y justificada*.

La criminología comparte, por cierto, las dificultades propias de las demás ciencias sociales, en el marco de la crisis de los paradigmas científicos del fin de siglo. Puede decirse, entonces, que si se negó viabilidad a la ciencia misma y carácter científico a las sociales, es obvio que a la criminología se le puede negar - también - la pertenencia al cuadro de los estudios sociales de la Modernidad. Sin embargo, desde hace un par de décadas, la criminología subsiste, aunque atomizada en compartimientos estancos. Cada fragmento permanece ensimismado en temáticas específicas, tales como drogas, menores, cárceles, seguridad, víctimas, género, etc., sin esfuerzo alguno por trascenderlos e insertarlos en una visión teórica general. En suma, se ha instalado una dispersión por especialidades, similar a la que presenta la sociología, acumulando teorías que transformaron a la criminología en un espacio extremadamente complejo, a veces incomprensible, infestado de espantosos neologismos, accesibles sólo para “iniciados” pendientes de las publicaciones en inglés, a las que, en el apuro, se suele traducir literalmente⁹.

UN FANTASMA RECORRE LAS CIENCIAS SOCIALES; ES EL FANTASMA DE LA CRIMINOLOGÍA

En el último tramo del siglo XX se apeló a argumentaciones que proponían el destierro de la criminología, sin más trámites, del espacio científico Moderno. Es llamativo que esa descalificación epistemológica fuera decidida así, porque su carácter científico venía siendo sobreentendido, silenciado o explicado de manera oscura. Siendo el tema tan importante, no hubo, en la doctrina reciente, análisis

⁹ Creando, por ejemplo, los conceptos de “cientista social”, “modernidad tardía”, “deprivación”, “empoderamiento”, “justicia actuarial”, etcétera.

específicos del tema, si se exceptúan la obra de Adolfo Ceretti (publicada en Italia en 1992 y en castellano en 2008)¹⁰, la de García Pablos de Molina¹¹ y mis modestos intentos desde la periferia latinoamericana¹². Todo indica que la discusión del estatuto científico de la criminología en el terreno epistemológico no tiene poder de seducción, a juzgar por el espeso silencio que la ignora. Por el contrario, hay una *estrategia de evasión constante* de este debate, y cierta tendencia a estigmatizar a quienes pretendan darlo, con etiquetas de “positivismo”, “cientificismo”, “tentativa de coartar la libertad a la teoría social” o considerar a esas propuestas como “actos de autoridad”, sin valor vinculante para la libertad intelectual.

Pero ocurre que, mientras no se define la ontología de lo que estamos haciendo, nuestra disciplina resulta ser un fantasma errático, al que cada quien utiliza como mejor le place. Empero, recuerdo que, aún en ese estado contradictorio, su larga y vasta evolución teórica permite conocer una serie de problemas trascendentes, de manera especializada, combinando el aporte de diversas ciencias y espacios de conocimiento. Será por eso, probablemente, que en doctrina son minoría quienes se atreven a declararla formalmente “muerta” o “clausurada”; así lo prueba la continuidad - por parte de una abrumadora mayoría de autores y teóricos - en el uso del concepto, su presencia en congresos de criminología, o en la publicación en revistas y colecciones, de artículos ...¡”criminológicos”!

EL FANTASMA ¿DEBE SER AJUSTICIADO, IGNORADO O DEPORTADO?

A partir de la declinación de la criminología crítica, surgieron actitudes de alejamiento de los patrones previos de identidad más o menos común, optando por nuevos encuadres epistemológicos para la actividad que antes todos consideraban, pacíficamente, como “criminológica”. Creo que las principales *mutaciones* verificables podrían ser resumidas como sigue:

¹⁰ Ver la cita 7.

¹¹ García - Pablos de Molina, Antonio, “*Manual de Criminología*”, Espasa - Calpe, Madrid, 1988.

¹² Ver la cita 8.

- a).- *Considerar inviable a la criminología* (agnosticismo, o negación desde lo epistemológico) ,
- b).- recurrir *al subjetivismo gnoseológico* para negar la existencia de la criminología (y de la ciencia),
- c).- *apelar a las teorías filosóficas*, para reconstruir desde allí una criminología con capacidad crítica.
- d).- negar la existencia de la criminología, *denominándola en plural*,
- e).- *transferir* el estudio del delito y el control *totalmente a la sociología*.
- f).- *transferir* el estudio del delito y el control *totalmente a la ciencia política*.
- g).- *reformular la criminología, empleando elementos que fueron utilizados en las concepciones causal explicativas y sociológicas*, pero coordinados en un nuevo orden sistemático¹³. En este sentido, recientes análisis provenientes del campo de la psicología reavivan la posibilidad de perfeccionar el pluralismo de enfoques criminológicos, lejos ya de los viejos intentos mecánicos y causalistas del denostado positivismo originario¹⁴.

Entre los agnósticos (**postura “a”**), podemos mencionar a Máximo Pavarini, autor que había planteado su escepticismo en *Control y dominación*¹⁵. Por cierto, mi objeción a este enfoque se sustenta en la circunstancia de que, utilizando los mismos fundamentos de epistemología Moderna que él aplica para negar a la criminología, pueden ser negadas todas y cada una de las demás ciencias sociales.

La apelación al subjetivismo gnoseológico para negar la existencia de la criminología - y también de la ciencia - (**postura “b”**), se basó en los embates negadores , como la anarquía epistemológica de Fayerabend, y las corrientes

¹³ Ver de Elbert, Carlos, obras mencionadas en cita 5.

¹⁴ Ver: *“Criminología analítica”* (conceptos de psicología analítica para una hipótesis etiológica en Criminología” (sin traducción al castellano), del brasileño Velo, Joe Tennyson, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, segunda edición, 2009; *“Cosmologie violente”*, Ceretti, Adolfo y Natali, Lorenzo Raffaello Cortina Editore, Milán, 2009, y *“Criminología teórica (patologías del espíritu)”* de Sánchez Rodríguez, Sergio, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2008.

¹⁵ Siglo XXI, México, 1983, Pág. 93. Este autor ha mantenido su postura escéptica a lo largo del tiempo, sustentándola, en buena medida, en la obra de Ceretti. Ver el capítulo 9 de su libro *“Un arte abyecto”*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, aparecido antes en diversas publicaciones, como artículo, con el título de *“¿Vale la pena salvar a la criminología?”*.

posmodernas que, a partir de la obra de Lyotard, parecieron revolucionar las ciencias sociales a fines del siglo XX. Dicho con una forzosa síntesis, para Feyerabend el único método posible es la negación de cualquier conjunto de proposiciones, porque toda teoría resulta, a la larga, parcial o totalmente equivocada¹⁶. En suma, según estos autores, la ciencia no sería capaz elaborar un marco epistemológico apto para acceder a una verdad absoluta y definitiva, exenta de error o ilusión, que logre obtener un único acceso a la realidad. Entonces, ya que en materia metodológica fracasaron todos los intentos de ceñir los procedimientos científicos a un molde conceptual preciso y definido, *cualquier procedimiento de investigación sería adecuado (todo vale)*.

Lo cuestionable de la Posmodernidad es que no se quedó en el marco de la filosofía, sino que, tras la caída del muro de Berlín, brindó una plataforma al proceso político-económico de la globalización, como nuevo discurso explicativo de la realidad, sirviendo de modelo discursivo y pretexto filosófico al neoliberalismo (en el cual, casualmente, también, “vale todo”, sin frenos éticos de ningún tipo). Desde esa coalición de poder se descalificaron las fronteras racionales de la Modernidad, proclamando el fin de la historia, del hombre, de los grandes discursos, de la posibilidad humana de comprender lo que sucede, porque que la vida se desarrolla en un puro presente, sin posibilidad de interpretar pasado ni futuro, en medio de un gran caos de acontecimientos¹⁷. Así, para Lyotard, el fin del siglo XX fue también el de los **grandes relatos** que legitimaron los saberes y actos sociales durante la época moderna, del tipo de “la sociedad sin clases”, “la realización del espíritu” o la “emancipación del ciudadano”¹⁸. Lo posmoderno, en cambio, reconoce su **desencanto de la historia**, admitiéndola como *proceso sin finalidad alguna*. También se declaró el fracaso de los grandes relatos de la ciencia, porque su discurso legitimador, llamado *filosofía de la historia*, sería, en realidad, un meta-relato justificante; apenas un “juego de lenguaje” entre tantos otros, que no podría ya reivindicar un privilegio imperial por encima de las distintas formas de

¹⁶ Feyerabend, Paul, “Adiós a la razón”, Editorial Altaya, Barcelona, 1995.

¹⁷ Ver: Fukuyama, Francis, “El fin de la historia y el último hombre”, Ed. Planeta-Agostini, Barcelona, 1995, Lyotard, Jean-François, “La condición posmoderna”, Ed. Planeta-Agostini, Barcelona, 1993 y Gargani, Aldo (compilador), “Crisis de la razón”, Siglo XXI, México, 1993.

¹⁸ Lyotard, Jean François, “La condición...” obra citada.

conocimiento. La narrativa posmoderna se *miniaturiza* con unos lazos que - según ellos - podrían ser más abiertos, flexibles y creativos que los de la Modernidad.

Por cierto, los opositores al anti - relato posmoderno han identificado sus debilidades fundamentales, como su apelación encubierta a la razón, o la inhumanidad de eliminar toda perspectiva filosófica de futuro¹⁹.

Me temo que la propuesta de la Posmodernidad, más allá de su euforia libertaria, terminó al servicio de nuevas formas de esclavitud y sometimiento, que declararon muerta a la razón para imponer la razón de conveniencia de los poderosos. En tal sentido, la Posmodernidad **ha mentido y fracasado**, porque sus predicciones no se cumplieron: el hombre es menos libre que antes, y su visión lo reduce a la insignificancia, la desesperanza y la impotencia ante el futuro, haciéndole renunciar a utopías liberadoras. El fin de la historia ha sido, en realidad, el fin de las esperanzas, la renuncia a las expectativas de futuro, a la imaginación. Una herramienta así es, en esencia, reaccionaria. Por ello, aceptarla como fatalidad insuperable y definitiva, es, también una actitud reaccionaria; más aún, en nuestro contexto social latinoamericano. En tal sentido, creo preferible el rescate de la Modernidad con formulaciones más abiertas, y críticas, que permitan la continuidad del concepto moderno de “ciencia”, a la divertida confusión que excluye todo deber de interrelación comunicativa²⁰.

La apelación a las teorías filosóficas, para reconstruir, desde allí, una criminología con capacidad crítica (**postura “c”**), es un desarrollo propuesto en algunos países centrales, por enfoques abolicionistas, en la década de 1980²¹. Una versión más reciente de esa búsqueda, es retomada por Vincenzo Ruggiero, criminólogo italiano radicado en Inglaterra, quien, influenciado por principios de filosofía oriental (Takeyoshi Kawashima y otros), propone valerse, en criminología, de la “inmediatez empírica”. Este método de pensamiento rechaza la posibilidad de

¹⁹ Desde este enfoque, ver: Anderson, Perry, “*Los orígenes de la posmodernidad*”, Anagrama, Barcelona, 2000 y Marturet, Hernán, “*Visiones abiertas y cerradas de la Modernidad*”, Universidad Libros, Buenos Aires, 2002, entre otros.

²⁰ Desarrollo en amplitud este tema en el trabajo citado en la llamada 5.

²¹ Ver, de Scheerer, Sebastian, “*Hacia el abolicionismo*”, en el libro *Abolicionismo penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989, página 23, cita 7.

hacer generalizaciones y propone aprehender sólo las características de cada situación, mediante un ejercicio que llama “anticriminología”²².

Más recientemente, Ronnie Lippens, criminólogo belga radicado en Inglaterra, propone un retorno a Sartre y al existencialismo, rastreándolo en la influencia que, en su momento, tuvo esa obra en la psiquiatría y la psiquiatría forense, particularmente a través de David Matza (1969), con su análisis del proceso de desviación y su influencia en los trabajos de Mead y Herbert ²³.

Estas búsquedas se apoyan en la circunstancias del actual proceso global, que son definidas como “*contingentes, impredecibles, abiertas al cambio, no tradicionales, inmersas en un en caótico “proceso de transformación”*”. Esta sería una época en la que todo fluye, obligando a tomar decisiones sin las certidumbres ni autoridades de orientación del pasado. Tal situación - según sostiene Lippens – es la que motivó el recurso a la teoría de la complejidad, la “teoría del caos”, la teoría post - estructuralista y el “posmodernismo”. Como efecto, se abre camino al análisis frecuente de textos literarios, cinematográficos o pictóricos para el análisis criminológico²⁴. Entiendo que estos modelos son una búsqueda a tientas, una especie de recurso desesperanzado, para ver si la criminología aparece, mediante la meditación trascendental, debajo de las piedras o en los lejanos montes. No niego que el interés por las corrientes filosóficas occidentales u orientales sea un ejercicio enriquecedor, pero para eso están la filosofía y la historia de las ideas filosóficas (de las que reniega tajantemente la Posmodernidad).

Los que queramos persistir en la búsqueda de una identidad criminológica, deberíamos, en cambio, permanecer fieles a otro capítulo de la filosofía, cual es la epistemología. Considero, entonces, que estos enfoques

²² “*Delitos de los débiles y de los poderosos*”, (ejercicios de anticriminología), Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

²³ “*La filosofía existencialista y su vigencia permanente*” y “*La problemática actual de la criminología crítica*”, conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 13 y 15 de abril de 2009, publicadas en la Revista Digital de Costa Rica, N°1, año 2009. Ver también el libro “*Existentialist criminology*”, Routledge-Cavendish, Oxford , Nueva York y Canadá, 2009.

²⁴ Ver la obra citada de Ruggiero, las conferencias de Lippens, también citadas, y la obra de Wayne Morrison “*Criminology, civilisation and the New World Order*”, Routledge-Cavendish, Estados Unidos y Canadá, 2006.

recientes constituyen una búsqueda más bien esotérica, en el lugar equivocado y lo que es peor, asumiendo de modo complaciente el nihilismo introducido por la Posmodernidad, en lugar de elaborar un discurso de resistencia contra las ideas que descalifican definitivamente a la Modernidad.

Otra estrategia implícitamente negadora de la criminología, consiste en *tratarla en plural (postura “d”)*. Habría, entonces, numerosas “criminologías”, sin que se sepa cuál es la verdadera, o más bien, en la que cada cual puede elegir o combinar la que más le guste. Este criterio es, por una parte, una simplificación referente al quiebre teórico interno de una criminología dividida en teorías contrapuestas, y por otra, se justificaría por la necesidad de *“trascender las fronteras disciplinarias, ante la mirada compleja de versiones que se entrecruzan e influyen recíprocamente”*. Por cierto, la “pluralización” de la criminología representa, en el primer sentido, un recurso elemental, en medio del complejo panorama teórico de las ciencias sociales, que permitiría hablar también de “sociologías”, “psicologías”, “pedagogías”, etc.

En cuanto al objetivo de “trascender fronteras disciplinarias” tengo dos objeciones: en primer lugar, que el planteo suele provenir del campo sociológico, del cual conocemos su afán utópico e “imperialista” de abarcar “el todo social”²⁵; en segundo término, creo que, por la naturaleza indiscutiblemente interdisciplinaria de la criminología (que siempre ha permitido entrecruzamientos teóricos de disciplinas diferentes, y que nace, justamente, de tales intercambios), resulta obvio o superfluo el argumento de la “trascendencia de fronteras”, por ser inherente a la criminología, en cualquiera de sus paradigmas históricos conocidos.

En cuanto a la “transferencia” (o migración) de la criminología a otras regiones científicas (*postura “e”*), los intentos más conocidos deciden su pasaje a la sociología, convertida en “sociología del control social” (o penal, o del control). Para analizar las ventajas de esta propuesta, es necesario un análisis previo del estatuto epistemológico de la sociología, tarea que excede a este espacio. Sin embargo, sintetizando mis publicaciones, donde me he ocupado “in extenso” del

²⁵ Ver el tratamiento que doy al tema en mis trabajos mencionados en la cita 5.

tema²⁶, puedo afirmar que la sociología luce, internamente, como un calidoscopio de partes que se combinan sin una unidad general. Más que como una ciencia, la sociología se presenta como un conjunto de enfoques especializados sobre la realidad social, que no guardan relación teórica común, no tienen un objeto claramente idéntico, ni aplican una metodología específica. No se ve, en suma, que llevando la criminología hacia esos dominios se obtenga otra ventaja epistemológica que el provecho de los criminólogos que estudiaron esa especialización, entre los que se encuentran también juristas, que indagan hoy el fenómeno criminal, procurando “despegarse” definitivamente del derecho penal.

Recientemente, también se ha formulado una propuesta de transferencia de la criminología **a la ciencia política**, si bien de manera implícita (**postura “f”**). No obstante que los Nuevos Realistas ingleses habían planteado que el espacio de la criminología crítica debía pasar a la ciencia política, en la cual, de hecho, se habría situado²⁷, recientemente se reformuló esa posibilidad en nuestro ámbito. Me refiero al trabajo de un autor argentino, Julio Virgolini²⁸, quien sostiene que el problema del crimen y su castigo **tienen una raíz política** y que, al haberse abolido el pacto social en la aldea global, esos temas exceden a la *mediación técnica* del derecho o de la criminología. Los elementos ocultos en la relación Estado-delincuente coincidirían, en realidad, con la ecuación *gobernantes y gobernados*, quienes deberán resolver el actual problema de la ciudadanía efectiva. Es en ese ámbito, cuyas condiciones son dictadas por la política, donde debe discutirse lo relativo a la legitimidad de la pretensión de obediencia de los ciudadanos por parte del Estado²⁹.

Cierto es que Virgolini no propone expresamente un traslado de los temas criminológicos a la ciencia política. Sin embargo, pese a que autor procure situarse **más allá de la ciencia**, las categorías que utiliza en su trabajo (violencia, legitimidad del poder, ciudadanía, tiranía, derecho de resistencia, consenso, etc.), y la bibliografía de apoyo, son las empleadas habitualmente por la ciencia política, que,

²⁶ Ver obras referidas en la cita 5.

²⁷ Young, Jock: “*El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical*”, en revista *Criminología Crítica y control social* Nº 1, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 1993, Pág.23.

²⁸ “*La razón ausente*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005

²⁹ Obra citada, Págs. 261, 262 y s.s.

sería, además, la llamada a interpretar (teórica y prácticamente), el desarrollo y los resultados de una nueva “Asamblea Constituyente”, que debería resolver, según su propuesta, los problemas de la ciudadanía y el castigo. Y ello remite, circularmente, a la **cuestión del conocimiento de tales fenómenos**, respecto al cual, no puede negarse que la filosofía tiene la primera palabra. Y, justamente, una parte de la filosofía se ocupa del saber, y en lo que hace al científico, posee una rama especializada, llamada epistemología, en cuyo cuadro las ciencias políticas ocupan un lugar más, **entre numerosas otras ciencias o disciplinas sociales**, como vías de acceso al conocimiento. Más aún, el debate sobre la identidad epistemológica de las ciencias políticas es mucho más reciente que el de la criminología (data recién de mediados del siglo XX) y está ligado a la dependencia previa que esa disciplina tuvo (y tiene) respecto de la sociología y la filosofía. Cabe agregar, también, que en su interior compiten distintos enfoques teóricos, coexistentes, y frecuentemente incompatibles³⁰. Por último, el razonamiento del autor, para establecer la situación social en la era global, se apoya (aunque no lo advierta) en aportes interdisciplinarios, provenientes de la sociología, el derecho y la filosofía, o sea, el mismo tipo de intercambios de saber que, como señalamos, la criminología efectúa desde siempre.

En cuanto a la **postura “g”**, es la que comparto, asumiendo todos los riesgos y responsabilidades inherentes. Trataré de explicarla sumariamente en el punto que sigue.

LA CRIMINOLOGÍA COMO UNA DISCIPLINA SISTEMATIZADA

Desde hace tiempo sostengo que la criminología está legitimada como disciplina científica e interdisciplinaria, en tanto, *aún sin disponer de un objeto unívoco ni de un método propio, puede tratar temas relativos al crimen y el control social con coherencia científica, valiéndose de objetos parcialmente superpuestos*

³⁰ Ver el dossier: “La ciencia política: historia, enfoques, proyecciones”, por el grupo de investigación *Estatuto epistemológico de la ciencia política*, en Cuadernos de Ciencia Política, Bogotá, marzo de 2004.

con los de distintas disciplinas, y también de sus métodos³¹. No estoy solo en esta postura, que, en general, alcanzó un alto grado de coincidencia en el congreso de 1999 en Buenos Aires, y en los seminarios que dictamos conjuntamente con el Profesor Ceretti (Universidad de Milán), en las universidades nacionales de Buenos Aires y del Litoral, Argentina³².

Las disciplinas son saberes especializados, constituidos - como señala Ceretti - por racimos de teorías y técnicas de prueba, orientadas a solucionar problemas; las disciplinas estarían formadas, así, por un conjunto de teorías conectadas unas con las otras, de manera inestable³³. La necesidad de su existencia surge de la multiplicidad de los sucesos humanos, individuales y sociales, que hacen imposible abarcarlos en su totalidad e interconexión. La división (caprichosa, pero también indispensable) es una metodología con función científica práctica: separar los acontecimientos, en secciones o aspectos, para su mejor abordaje y análisis. De lo contrario, se haría imposible comprender el plexo general con claridad, o intercambiar conocimientos e hipótesis sobre él.

En consecuencia, si se parte de la *conclusión provisoria* de la existencia fáctica de las ciencias humanas y sociales, con un objeto general que se subdivide en aspectos parciales y metodologías diversas, es perfectamente legítimo ubicar, dentro de ese espacio a la criminología, como **disciplina científica** o *estudio especializado de un conjunto de temas, relacionados con el delito y el control social*. Por cierto, queda aquí por exponer cuál es el objeto de la criminología y cuáles son sus métodos, para lo cual, remito también a mis trabajos previos sobre el tema³⁴.

³¹ Ver: "El horizonte artificial", obra citada.

³² "Epistemología, ciencias sociales y criminología: ¿una relación imposible?", agosto y septiembre de 2004.

³³ Ver: "El horizonte artificial", obra citada, capítulo 6, punto 3: ¿Qué se puede entender por el término disciplina? .

³⁴ Ver Elbert, Carlos, obras citadas.

CONCLUSIONES

Entiendo que en el debate epistemológico es indispensable que sus participantes se sinceren desde el inicio, expresando si comparten o rechazan la construcción epistémica de la Modernidad. En la práctica, ocurre que muchos contendientes critican a la epistemología precedente - como si estuviesen fuera de ella - **pero luego operan con sus categorías, instituciones y discursos**, desatando una gran confusión conceptual. Mal que nos pese, dentro de la concepción Moderna de las ciencias, **no podemos prescindir todavía de parámetros tales como objetos de estudio y metodologías**, pese al bombardeo posmoderno y a las acusaciones de “cientificismo” que se nos dirijan. Creo que quienes no hemos abjurado de la razón, tenemos el derecho a preservar las categorías conceptuales, y seguir valiéndonos del razonamiento fundado y sistemático y del intercambio racional de ideas y postulados, respetando, por cierto, el derecho de quienes prefieran buscar su información mediante la teoría del caos, la música, el azar, o la más absoluta subjetividad. Oportunamente cotejaremos sus resultados con los nuestros.

Mi propuesta es, por cierto, que los problemas de identidad, objeto, método, contenidos, etc., de la criminología, **sean resueltos dentro del campo de la epistemología Moderna**. Dentro de este encuadre - y a fin de hacer comparaciones - puede verse lo que ocurre en otras ciencias sociales, por ejemplo, en la psicología³⁵, la ciencia política³⁶ y, por cierto, las importantes polémicas que se dieron en el campo de la propia sociología³⁷.

Con tantos y tan conocidos antecedentes, resulta asombroso que en la criminología se intenten toda clase de caminos alternos, para evitar ese debate en

³⁵ Ver la publicación Actualidad psicológica, Nº 209, dedicada al tema “Epistemología y psicoanálisis”, Buenos Aires, mayo de 1994.

³⁶ Ver el dossier: “La ciencia política...”obra citada.

³⁷ Ver: Michael J.-Adler, M.J., “Crime, Law and Social Sciences”, Harcourt, Brace & Co. New York, 1933, Gurvitch, George, “Dialéctica y sociología”, Alianza Editorial, Madrid, 1969, Boudon, Raymond, “La crisis de la sociología”, Editorial Laia, Barcelona, 1974, Wright Mills, C., “La imaginación sociológica”, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, Sidicaro, Ricardo, “Las sociologías después de Parsons”, en Revista Sociedad de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Nº 1, 1994, y Dogan, M.-Pahre, R., “Las nuevas ciencias sociales”, Grijalbo Interdisciplinaria, México, 1993.

el único sitio gnoseológicamente correcto, pese a que todos nos ubicamos- creo que hegemónicamente - dentro del campo de las ideas Modernas. Por momentos, pareciera que es más interesante buscar a la criminología mediante la astrología o la astronomía que en la Teoría de las Ciencias, posibilidad que no comparto ni justifico³⁸. Esa obcecada negativa debe tener una explicación; intentaré bosquejar algunas hipótesis, en mi afán de interpretar qué sucede.

Hipótesis 1: la epistemología es un terreno demasiado complejo e incluso inseguro, como para obtener de ella respuestas rápidas y sencillas a la cuestión del ser y la nada. En epistemología **todo** es discutible y **todo** ha sido cuestionado. No puede achacársele, entonces, falta de democracia o de elasticidad. Incluso, sabemos que hasta allí llegó la Posmodernidad, atacándola como un *relato engañoso*, al que pretende sustituir con su propuesta de atomización gnoseológica. De todos modos, un debate sobre la Posmodernidad, la anarquía epistemológica, el postestructuralismo, etc., puede y debe darse perfectamente en el campo epistemológico Moderno, que ha dado mil pruebas de amplitud filosófica.

Hipótesis 2: los intentos de resolver la naturaleza de la criminología **dentro del campo de cualquier otra ciencia social** podrían ser, lisa y llanamente, argumentos de conveniencia profesional, por parte de quienes, luego de hacer unos estudios (por ejemplo, jurídicos o psicológicos), desarrollaron interés por otras ciencias sociales, como la sociología o la ciencia política, y se sintieron cómodos trabajando en esos marcos epistemológicos, que no cuestionan, tal vez, porque bajo esas sombrillas consiguen desligarse de viejos debates internos de la criminología y también de los “parientes no deseados”. Esto les permitiría seguir adelante con sus interpretaciones, sin la molesta vecindad de psicólogos, juristas, médicos forenses, historiadores, pedagogos, economistas, y toda esa cohorte disciplinaria exótica, a la que se ignora desde una presunta

³⁸ Alguna vez, en torno de broma, he preguntado si la naturaleza de la criminología no será metafísica.

representatividad académica olímpica. Así, fuera del Walhalla de la investigación “importante”, quedarían los “enemigos ideológicos”, la prehistoria de los estudios sociales, y los estudios “subalternos” de la conducta humana. Lo que se dice, una situación armoniosa, sin conflictos de identidad, para un grupo selecto³⁹.

Hipótesis 3: embarcar a la criminología en variantes esotéricas, relativistas y anárquicas (al rescoldo de la Posmodernidad, pero sin asumirla) permite presentarla como gesta libertaria del pensamiento, como una *ampliación de horizontes*, un *enriquecimiento epistemológico*, un *abrir camino a la multiplicidad de desarrollos* y otras bellas frases seductoras, con connotación libertaria y “aggiornante”. Sin embargo, pese al impacto que provocan, y a los “restos del positivismo” que exorcizan, viene a la mente aquello de “a río revuelto, ganancia de pescador”. Lo digo, porque si se analiza a *quienes benefician* las proclamadas “rupturas con los viejos esquemas”, el objeto de investigación aparece como un bello prado sin maleza, listo para ser sembrado y cosechado, hasta alcanzar el autoabastecimiento. Vuelvo a lo antes señalado: estos planteos benefician sólo a quienes se entusiasman con el “ritmo de los tiempos”, y creen conquistar un espacio de trabajo a salvo de las molestas y “autoritarias” exigencias epistémicas de la Modernidad.

La escurridiza noción de “teoría social”, suele ser citada como el campo soñado de las búsquedas sin obstáculos, pero cabe recordar que esa es la forma de denominar a la “superciencia” del todo social, o sea, la *ballena sociológica*, dentro de cuyo vientre deberían terminar digeridas todas las demás ciencias sociales⁴⁰. En suma, pareciera que la defensa ardorosa de la “Teoría social” es una iniciativa en beneficio de quienes la proclaman.

³⁹ Es sabido que, en la tradición nórdica, aquellos que no consiguen méritos suficientes para ascender a Walhalla, terminan en el Nifheim, reino de la oscuridad y de las tinieblas, gobernado por la diosa Hela, o en otros sitios apartados.

⁴⁰ Ver Gurvitch, obra citada.

Resumo lo expuesto, a través de estos postulados básicos:

1.- Para ingresar en una discusión epistemológica (en general) es preciso adoptar previamente una postura ante las teorías de la Posmodernidad en esa materia: sea a favor, en contra, o aceptando críticamente algunos aspectos de la visión del mundo que nos proponen. Pero esta elección conduce a otra, que deja sólo dos opciones: reconocer o rechazar a la epistemología precedente. Quienes la rechacen, no podrán, según entiendo, trabajar luego a ambos lados de la línea demarcatoria; deberían permanecer fieles a la anarquía epistemológica, la teoría del caos o los modelos alternativos que elijan. (No se podría, por ejemplo, reclamar que una disciplina tenga objeto y método los lunes y viernes, y el resto de la semana afirmar que ello no es necesario en absoluto, o que “ya fue superado en ciencias”). Estoy convencido de que esto clarificaría completamente el punto de partida de cualquier debate sobre la cientificidad de nuestros conocimientos.

2.- La propuesta de legitimar epistemológicamente a la criminología no responde a una pretensión de “alambrar espacios de poder” o establecer dogmas, o achicar el espacio visual de nadie, sino al resistido propósito de **definir un contexto de validez genérica, dentro del que sea posible obtener coherencia, continuidad y lógica discursiva**. De lo que se trata aquí es, apenas, de oponernos al “vale todo” y a requerir que juguemos, sin exclusiones, con las mismas reglas teóricas, totalmente pluralistas y al margen de las búsquedas personales de poder político o académico.

3.- La sociología del control social, por historia y contenidos, está más integrada en el espacio criminológico, que a ningún otro campo sociológico general. Por eso, no es casual que en los Estados Unidos se la denomine “criminología”: por parecer algo distinto de la sociología, un enfoque demasiado especializado, en suma, para llevar el nombre genérico.

4.- La Posmodernidad y sus ideas iconoclastas plantean hipótesis con las que se puede simpatizar en varios aspectos, pero que no deben ser interpretadas como un hecho fatal y definitivo de la historia. El ser humano debe conservar su **derecho a fijarse parámetros** que le permitan imaginar qué lugar ocupa en el

universo, necesidad que ha sentido desde el animismo cavernícola hasta la globalidad de hoy. Negar valor a la construcción de discursos explicativos racionales es matar toda esperanza y todo futuro.

Ser conscientes de que “nunca podremos saberlo todo” y de que “todos nuestros conocimientos son relativos” no debe eliminar el derecho a concebir utopías, como las que, para bien o mal, alimentaron siempre a la historia de la civilización. Entiendo, entonces, que hoy tenemos dos opciones: dejar al hombre solo en medio del Sahara, sin agua ni brújula, o dotarlo de esos elementos básicos, para que pueda luchar contra lo inconmensurable, y logre, tal vez, salir de las dunas, aunque más allá lo esperen nuevos desafíos, cada vez más enormes.

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA A DISTANCIA COMO
ALTERNATIVA AL ENCIERRO
DESDE LA PERSPECTIVA DEL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO
BARATTA, PARA QUIEN “LA MEJOR CÁRCEL ES SIN DUDA LA
QUE NO EXISTE”*

CÉSAR BARROS LEAL

*PROCURADOR DEL ESTADO DE CEARÁ (BRASIL); PRESIDENTE DEL INSTITUTO
BRASILEÑO DE DERECHOS HUMANOS; DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO; POSDOCTOR EN ESTUDIOS LATINOAMERICANOS
(FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNAM)*

“Cuando el hombre prehistórico talló el hacha de sílex por primera vez, no podía imaginar que estaba sembrando la simiente de la imparable progresión tecnológica que vendría después. Desde entonces se inicia un irrefrenable curso de acontecimientos mediante el cual casi todo lo que el hombre no puede hacer porque su constitución biológica no lo permite (así volar, introducirse en las superficies submarinas o navegar) va a poderlo realizar a través de la técnica.” (Faustino Gudín Rodríguez-Magariños)

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los más complejos temas del derecho, la pena se confunde, en su historia, con el itinerario de la humanidad. El conocimiento de sus estadios de evolución, en diferentes culturas, resulta esencial para que se pueda comprender sus múltiples formas adoptadas contemporáneamente y se evalúen los fundamentos exhibidos para su aplicación.

2. PERIODO DE LA VENGANZA

2.1. VENGANZA PRIVADA

Si, en la infancia de los tiempos, la pena era la expresión de una venganza ilimitada (individual o colectiva), a lo largo de los siglos vistió nuevos ropajes y llegó a la modernidad con un cúmulo de propuestas que intentan legitimarla, desde perspectivas a veces enteramente antagónicas.

La desproporcionalidad que la caracterizó en sus primeras manifestaciones —ejercida no sólo contra la persona del ofensor sino también contra cualquier miembro de su familia, o en los términos de la *venganza de sangre*, contra el grupo (clan, tribu) a quien pertenecía el agresor (extraño, extranjero)—, fue sustituida por la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente, mano por mano), que representó, a despecho de todo, el poner límite a la reacción, por cuanto estableció una correspondencia de ésta con el daño o la ofensa sufrida. Como venganza proporcional, el talión fue en definitiva un avance, habiéndose incorporado, junto con la composición, a la legislación mosaica, al Código de Hammurabi y a la Ley de las XII Tablas.

2.2. VENGANZA DIVINA

Gradualmente, en virtud de las secuelas y de los perjuicios causados por su práctica excesiva, el talión, material o simbólico (ejemplos de la segunda hipótesis era —y sigue siendo— el corte de la mano en caso de robo y de los órganos genitales en caso de violación, habiendo sido sustituido, pero no en su cabalidad (ya que convivió después con otras penas), por otras formas de punir. Largo fue el trayecto hasta que el delito, en un periodo histórico de delimitación incierta, dominado por la religión, pasó a ser una ofensa a los dioses y la punición una forma de satisfacerlos por el agravio. Las penas, a la sazón, guardaban un vínculo con la grandeza del dios ofendido y tendían a ser, por la exaltación mística, por el fanatismo, crueles e inhumanas.

En ese periodo, que se extiende en el Occidente hasta la Revolución Francesa, el crimen y el pecado eran vistos de igual forma por quienes (los sacerdotes) se presentaban como detentadores de una delegación divina. En el apogeo de los Estados Teocráticos, en los que el poder despótico de los reyes y emperadores se ejercitaba en nombre de Dios, se aplicaba toda suerte de penas (extremadamente rigurosas en su mayoría) que se infligían a los reos de acuerdo con el delito perpetrado y su posición en la sociedad.

Fustel de Coulanges, en *A Cidade Antiga* (La Ciudad Antigua), nos enseña:

“Durante mucho tiempo los pontífices son los únicos jurisconsultos. Como existiesen pocos actos en la vida humana sin relación con la religión, casi todo se sometía a las decisiones de los sacerdotes y éstos se consideraban únicos jueces competentes en un número infinito de procesos... El motivo por el cual los mismos hombres eran, al mismo tiempo, pontífices y jurisconsultos, resultaba del hecho de que el derecho y la religión se confundían formando un todo.”¹

En Roma, v.g., en donde vigoró la venganza divina durante un lapso prolongado del Imperio, los registros indican la frecuencia con que se aplicaban sanciones corporales a ejemplo de la emasculación, la mutilación, la flagelación, además de numerosas penas capitales como la hoguera, la ejecución *ad bestiam*, la decapitación y la crucifixión.

También en Grecia las penas impuestas, en representación de los dioses, eran severas, siendo comunes el estrangulamiento, la decapitación o la ingestión de cicuta. En este último caso el más famoso ajusticiado fue Sócrates, a quien se acusó de instituir nuevas divinidades y pervertir a la juventud.

En muchas otras culturas la legislación evidenció un carácter teocrático, presente en sus libros sagrados: Babilonia (Código de Hammurabi), Persia (Avesta, compuesto por 12 libros, los Nasks), China (Libro de las Cinco Penas) e

India (Código de Manu). La lectura de esos textos revela una época de regímenes absolutistas en los que los castigos se conminaban y ejecutaban con prodigalidad.

2.3. VENGANZA PÚBLICA

A la venganza divina le sucedió la pública, siendo importante subrayar que la transposición de un periodo a otro no se dio, en las diversas civilizaciones, de manera uniforme y simultánea. La historia, notoriamente, no es lineal.

La nueva fase señala la época en la cual los sacerdotes dieron espacio a la autoridad pública. Ésta, avigorada, trajo para sí la competencia de aplicar las sanciones penales, alegadamente en el interés de una sociedad cuya paz se quería alcanzar. Las penas, ahora sin un fondo religioso, variaban conforme a la gravedad de delito, con un fuerte tenor de intimidación.

3. LA EDAD MEDIA. LA EXPERIENCIA CANÓNICA DE LA PRISIÓN CELULAR. LAS PENAS INFAMANTES

En la Edad Media, la Iglesia inauguró la experiencia del encierro celular de los curas infractores con el objeto de que, mediante penitencia (de ahí el termino *penitenciario* para designar el lugar donde purgaban su condena), se arrepintiesen y se reconciasen con Dios. Dejando aparte los casos aislados que precedieron a la iniciativa canónica, lo que se vio fue el surgimiento de un modelo que antes, con arreglo al aforismo de Ulpiano (“la cárcel no es para castigo, sino para guardar a los hombres”), había sido usado exclusivamente en carácter custodial. En otras palabras, la prisión se afirmaba como pena autónoma, lo que fue visto como un gran avance punitivo por distintos autores, incluso Michel Foucault, puesto que pretendía reemplazar a las penas infamantes o capitales.

A pesar del hecho de que la prisión encetada por la Iglesia fue imitada por los establecimientos laicos, que surgieron en los siglos siguientes en Europa y Estados Unidos, lo cierto es que en la Edad Media hubo un recrudescimiento de la represión, aplicándose penas diversas como galeras, azotes, mutilaciones,

trabajos forzados y destierro, así como distintas modalidades de pena de muerte, identificadas por su crueldad, con suplicios que se graduaban meticulosamente para afianzar el máximo de sufrimiento y ejecutadas en ceremonias por lo general precedidas de confesiones públicas y de un oprobioso desfile por las calles, que se organizaban con la finalidad de causar una honda impresión sobre los asistentes. El verdugo era aplaudido u objeto del odio, de la furia de la multitud. Quemado o descuartizado, el cadáver se exponía en los parajes al escarnio de los lugareños.

Michel Foucault narra en *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, el suplicio de Damiens, acusado de intentar matar al Rey Luis XV. Del texto, que describe con minucia la escenificación del horror, reproduzco fragmentos:

“Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a ‘pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París’, adonde debía ser ‘llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano’; después, ‘en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.’

‘Finalmente, se le descuartizó, refiere la *Gazette d’Amsterdam*. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar: de suerte que, en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para

desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas...’

‘Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tan sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: ‘Dios mío, tened piedad de mí; Jesús, socorredme.’”²

En otra obra, *The Spectacle of Suffering*, Spieremburg describe lo aparatoso de esos castigos. En el siglo anterior, en 1610, Ravallac, asesino de Enrique IV, tuvo una muerte semejante a la de Damiens. La ostentación y el terror prevalecían en los rituales de la muerte que, bajo medida, eran la expresión máxima del talión y perduraron hasta principios del siglo XIX.

4. LA EDAD MODERNA. LA INFLUENCIA DE LOS JURISTAS Y FILÓSOFOS

En contra del rigorismo de las penas (las crueles no eran como todavía no lo son, forzosamente, las más eficaces), de los suplicios, se irguieron las voces de pensadores (juristas, filósofos) como Cesare Beccaria (1738-1794), iniciador de la escuela clásica del derecho penal, quien combatió la tortura, la pena de muerte (que, a su ver, debería ser reemplazada por la prisión perpetua) y los juicios secretos, reivindicando la proporcionalidad entre el delito y sus respectivas sanciones, en el marco de una nueva concepción de la justicia penal. Para el discípulo de Montesquieu, autor del libro *Dei Delitti e Delle Pene*, la pena no debe servir únicamente para intimidar, para disuadir, sino también para prevenir el crimen y asimismo para recuperar al trasgresor, logrando que no vuelva a cometer delitos.

Al Marqués de Beccaria le siguió John Howard (1726-1790), quien escribió *The State of Prisons in England and Wales* y se tornó famoso por su lucha en defensa de los derechos de los reclusos, habiendo comandado en Inglaterra y otras regiones de Europa un vasto movimiento de reforma de las cárceles, cuyas condiciones, en su época, eran aterradoras, sea por la ausencia de separación

(incluso por sexo) o el ocio, sea por la promiscuidad, generadora de todo tipo de enfermedades. Una de ellas, el tifus, ocasionó su muerte a la edad de 64 años.

Referencia obligatoria ha de ser hecha a Jeremías Bentham (1748-1832), discípulo de Howard y autor de *Teorías de las Penas y las Recompensas*, quien se volvió célebre por haber creado un patrón arquitectónico (el panóptico), que se caracterizaba por la construcción de una torre central, desde donde los vigilantes podían ver a los reclusos en las celdas dispuestas a su alrededor. Bentham, que defendía también el utilitarismo en el derecho penal, señalaba que, además de la seguridad, el modelo ofrecía una opción para la reforma moral. El panóptico, en verdad, inauguraría un nuevo tipo de vigilancia que sería sustituido posteriormente por las cámaras internas de televisión.

Un examen aligerado de las prisiones de la Edad Moderna, en los siglos XIX y XIX, nos muestra una extensa vía recorrida por la experiencia de los sistemas no progresivos (celular o pensilvánico y auburniano o del silencio), sustituidos de grado en grado, con vistas a mitigar la rigidez de la ejecución, por los sistemas progresivos (entre los cuales descollaron el de Manuel Montesinos y Molina, Alexander Maconochie, Walter Crofton, Zebulon Brockway y Evelyn Ruggles Brise), hoy adoptados en la gran mayoría de las naciones del mundo.

No obstante el esfuerzo, en el curso de centurias, de transformar las prisiones en sitios de tratamiento y reeducación de los cautivos, lo cierto es que, salvo en casos de reconocida excepcionalidad, las cárceles en su mayor parte se han convertido (o se han consolidado como tales) en depósitos criminógenos saturados de personas, casi siempre pobres (la “criminalización de la pobreza” de que nos hablaba Alessandro Baratta), quienes pierden, en un cotidiano de ocio y promiscuidad, muchos otros derechos, además de su propia libertad, en oposición a las normas y principios que deberían regir la ejecución de la pena y que, por su descompás con la realidad, reflejan un estrepitoso fiasco.

5. LAS SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La percepción del malogro de la pena privativa de libertad como instrumento de readaptación (las cárceles de máxima seguridad son emblemáticas, puesto que representan, según Alessandro Baratta, la renuncia a la propuesta de resocialización³), asociada a los gastos inmensurables en la manutención del sistema, ha estimulado la creación y aplicación de nuevas sanciones, no privativas de libertad (exilio local, multa indemnizatoria, prohibición de frecuentar determinados lugares, confiscación de bienes, caución de no ofender, cumplimiento de instrucciones, reconciliación con el ofendido, prestación de servicios a la comunidad, etc.), destinadas en especial a los condenados por delitos de pequeña entidad, de reducido potencial ofensivo, como hurtos, lesiones corporales leves, fraudes, etc. (y excepcionalmente a la media criminalidad), reservándose la clausura, desde la perspectiva de un derecho penal mínimo (preconizado por Zaffaroni, Ferrajoli, Alessandro Baratta y Hassemer), como excepción a la regla, a los violentos, los multirreincidentes, los que encarnan un serio riesgo a la sociedad (secuestradores, autores de robo agravado, miembros de pandillas, narcotraficantes, torturadores, entre otros).

Dichos sustitutivos (uno de los principales retos del moderno Derecho penal), que favorecen, a un costo mucho menor, la reinserción social de los reclusos, están siendo aplicados cada vez más, con resultados nítidamente positivos. En Japón y Alemania, por ejemplo, el número de reclusos es bastante inferior al de los sentenciados que cumplen penas alternativas. En Brasil, recientemente, se proclamó que la privación de libertad fue superada numéricamente por las penas restrictivas de derecho. Allá, las críticas que reciben, en términos de precariedad e insuficiencia de supervisión, tienden a disminuir progresivamente con la creación de salas, núcleos y centrales que celosamente las fiscalizan, contando con el apoyo comunitario.

Por otro lado, en el plano de la ejecución de la pena detentiva, los problemas, a la par de las condiciones ya reseñadas, no paran de crecer:

- a) La prisión preventiva, que debía ser una excepción, se vuelve una pena anticipada y una regla general, máxime en América Latina y el Caribe, donde el número de personas encarceladas sin condena (en razón del rezago judicial o so pretexto de garantizarse la seguridad pública) alcanza cifras asustadoras (70% en algunos países), lo cual agudiza significativamente las condiciones de los establecimientos penales.
- b) Los regímenes progresivos (semiabiertos y abiertos), utilizados en los cinco continentes, propenden a ser sinónimos de impunidad, sea por la ausencia de locales apropiados para el cumplimiento de la condena, sea por la imposibilidad de proporcionar una vigilancia efectiva. Miles de reclusos, muchas veces sin un buen historial en la cárcel y sin trabajo fijo, estable, disfrutaban de esos beneficios y están en las calles, sin cualquier control, cometiendo ilícitos y representando, por lo tanto, un inmenso peligro a la seguridad pública.

Las dificultades son susceptibles también en la libertad condicional, que padece de la misma falta de inspección observada en los regímenes más blandos, incumpliendo por igual los objetivos previstos por la ley. Es unánime el reconocimiento que en estos casos el Estado no puede vigilar todo el tiempo, optando con frecuencia por el sistema de muestreo.

6. LA OPCIÓN DE LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA

En este contexto (de la decadencia de la cárcel y de la búsqueda de nuevos rumbos en el universo penal), hay que enmarcar la experiencia que se desarrolla universalmente de la vigilancia electrónica (*electronic monitoring*), creada en los años 60, por el psicólogo americano Robert Schwitzgebel, de la Universidad Harvard, y aplicada por primera vez en 1987.

6.1. LOS FINES

Dicha vigilancia (que consistía, en sus primeros modelos, en un *beep*, un emisor y un receptor conectado a una central de comunicación) puede ser empleada con acusados o condenados para diversos fines, entre los cuales:

- a) Mantenerlos en un *locus* específico, que generalmente es su propia casa, en días y horarios definidos por el juez;
- b) Impedir que frecuenten o circulen por ciertos lugares (impropios) y/o se acerquen a determinadas personas (víctimas, testigos etc.)
- c) Garantizarles el monitoreo continuo sin crear obstáculos a su circulación.⁴

6.2. LOS SISTEMAS

Los sistemas pueden ser catalogados en:

- a) Pasivo, sin el GPS (*Ground Position System*): Los individuos son supervisados por una central mediante un teléfono de red fija o *pager* y contactados regularmente, a fin de verificar si están en los locales autorizados por el juez, siendo su identificación hecha por la voz, una contraseña, etc. Es más usado en casos de detención domiciliaria.
- b) Activo, con el GPS: Un dispositivo móvil se acopla al condenado; éste es monitoreado (sus desplazamientos, sus pasos son seguidos en tiempo real) por un satélite, que transmite señales a una central de control.

6.3. LOS ARGUMENTOS FAVORABLES

Ya como pena, ya como recurso de control de la ejecución de la pena, hay argumentos favorables o contrarios a la monitorización electrónica. Entre los primeros:

- 6.3.1. El monitoreo no es una panacea, una solución mágica; sin embargo, es éticamente correcto, incluso porque no suele ser impuesto. Se aplica por la autoridad judicial, con la concordancia del ministerio público y el previo e indispensable consentimiento del potencial usuario.
- 6.3.2. Es un avance como muchos otros en la justicia criminal (que incluye, v.g., los métodos de identificación dactiloscópica).
- 6.3.3. Empresas nacionales y extranjeras tienen *know how* suficiente para garantizar su viabilidad técnica, ofreciendo la provisión del equipo y asegurando el servicio de monitoreo.
- 6.3.4. Su eficacia y confiabilidad son comprobadas en naciones desarrolladas, con tradición de respeto a los derechos y garantías individuales.
- 6.3.5. La evolución tecnológica está reduciendo el tamaño de los dispositivos portátiles, haciéndolos más sencillos, prácticos y discretos, lo mismo que se constata con los teléfonos móviles y otros aparatos manejados en la actualidad. Ya se puede fácilmente ocultarlos, no quedando a la vista de las otras personas. La idea es cada vez más miniaturizarlos.
- 6.3.6. Las fallas, las dificultades y los errores detectables son continuamente evaluados y saneados con el intercambio de experiencias a través de publicaciones y congresos; baste comparar los primeros dispositivos con los actuales, *high tech*, para identificar los avances considerables en el área.
- 6.3.7. La seguridad pública se preserva con el rastreo de los pasos de los usuarios durante las 24 horas del día. Ellos estarán, así, impedidos de cometer nuevos crímenes en libertad. En caso de manipuleo o ruptura (una suposición remota en los modelos más recientes, que poseen sensores antifraude y de impacto), violación de las zonas de inclusión/exclusión, etc. (cuando alarmas de los geolocalizadores son emitidas), los reos son pasibles de sufrir sanciones. Además, por si ocurre un delito en el área de ubicación de los monitoreados, el centro de control informará con exactitud dónde estaban en el momento de su comisión. Son muy pocos los casos de evasión.

- 6.3.8. El programa es viable económicamente; llega a costar la mitad del valor que se gasta con la manutención de los reclusos (el costo depende del contingente de usuarios), permitiendo un ahorro significativo en la construcción de penales. Edmundo Oliveira informa que el costo diario del preso, en los Estados Unidos, es de 50 dólares, mientras se gastan de 25 a 30 dólares con un monitoreado.⁵
- 6.3.9. Puede ser útil para reducir los miles de órdenes de prisión sin cumplir (un ejemplo de impunidad), en vista de la ausencia de vacantes en las prisiones.
- 6.3.10. Disminuye las elevadísimas tasas de encarcelamiento, la sobrepoblación crónica y la convivencia promiscua, con el consecuente contagio criminal de detenidos por delitos menores o procesados con toda especie de criminales, algunos peligrosos.
- 6.3.11. El catálogo de hipótesis es enorme, bien como modalidad de pena, bien como herramienta de control: prisión domiciliaria, preventiva o no; o cuando se trate de persona muy joven; anciano; adicto a alcohol o drogas; portador de grave enfermedad; mujer embarazada o con hijo menor o enfermo; persona que sustenta a inválidos; ejecución de penas cortas; arresto o detención de fin de semana; última etapa de la condena, es decir, el período anterior al cumplimiento cabal de la pena; régimen semiabierto y abierto; libertad condicional; probation (tradicional o de supervisión intensiva); trabajo externo; asistencia a cursos superiores; salida temporal, etc.
- 6.3.12. No hay ofensa a la dignidad y la integridad física y moral de los condenados; éstas, en cambio, son dañadas diariamente en el interior de los ergástulos.
- 6.3.13. Se desconocen relatos de usuarios que hayan sido agredidos en público por el uso de los mecanismos de vigilancia, en oposición a las agresiones sufridas a diario en la cárcel.
- 6.3.14. Favorece la rehabilitación de los condenados, visto que asegura su permanencia en el hogar (con su cónyuge e hijos, manteniendo los lazos

afectivos) y la manutención y el desarrollo normal de su trabajo, además de proporcionarles, en algunos casos, el acceso a la participación en cursos o actividades educativas. Al coadyuvar a la reinserción, hace que bajen los índices de reincidencia.

- 6.3.15. Permite que los condenados brinden apoyo (pago de indemnizaciones, compensación, etc.) a las víctimas del delito.
- 6.3.16. Los operadores del derecho, los acusados o condenados y sus familiares, así como la comunidad en general juzgan positiva la experiencia, siendo pocos los conservadores que la ven con desconfianza. Esta postura repercute positivamente en su aplicación.

6.4. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS

- 6.4.1. Los individuos, expuestos a la humillación pública (como si tuvieran una luz encendida en su frente o un cartel en su espalda, son vulnerados en su intimidad, en su privacidad (ésta una de las censuras más severas) y resultan estigmatizados; al fin y al cabo, pueden ser agredidos por personas que comprometan su integridad física.
- 6.4.2. Casi siempre constituye un *plus* en el control de las penas y medidas que son regularmente aplicadas sin la necesidad de esos dispositivos, según Carlos Weis, defensor público del Estado de São Paulo, en su *Estudo sobre a Vigilância Telemática de Pessoas Processadas ou Condenadas Criminalmente*, presentado en el Seminario “Monitoreo Electrónico: ¿Una Alternativa a la Prisión? Experiencias Internacionales y Perspectivas en Brasil”, realizado en mi país, en la sede del Ministerio de Justicia, en octubre de 2007. El mismo autor recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica), pronunciándose acerca de los límites del *ius puniendi*, ha señalado que “un Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, pero le cabe ejercerlos dentro de los límites y de acuerdo con los procedimientos que permitan preservar

tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.”

- 6.4.3. En cuanto a los reclusos provisionales, es una condena previa, una molestia causada a quien tiene a favor de sí la presunción de inocencia; recuérdese, además, que la prisión preventiva se decreta, por ej., como garantía del orden público o por conveniencia de la instrucción criminal, manteniéndose al reo preso para impedir que ejerza influencia en su marcha.
- 6.4.4. Es un instrumento lesivo de la libertad e innecesario pues se dispone de medios más adecuados y menos gravosos para punir a los condenados.
- 6.4.5. La pulsera y la tobillera magnéticas son símbolos de una tendencia deplorable que no tiene límites, pues mañana, con la diseminación de otros mecanismos de vigilancia telemática, podrá ser un artefacto que se implante en el cuerpo del condenado, subyugándolo por completo y ampliándose el poder y la actuación de un Estado Policial, con una visión panopticista. Al respecto declaró Cezar Britto, Presidente del Colegio de Abogados de Brasil, en una entrevista otorgada el 27 de marzo de 2008: “Hoy es una pulsera electrónica, mañana un *chip*, después se extiende a los niños, a los adolescentes y, por fin, pasaremos a vivir en un *Big Brother*, con todo el mundo siendo vigilado por el Gran Hermano omnipotente y omnipresente.”⁶ El *microchip*, del tamaño de un grano de arroz, debajo de la piel, capaz de medir los batimientos cardíacos y la presión arterial, significaría por supuesto una invasión de la intimidad de la persona, según Günther Alois Zgubic y José de Jesús Filho.⁷ Maria Lúcia Karam agrega: “El panóptico no necesita instalarse en un sitio cerrado, en el interior de los muros de la prisión, en el interior de la institución total. El control ya puede estar por toda parte. La sociedad como un todo ya puede ser la propia institución total.”⁸
- 6.4.6. Los costos no serían tan bajos como se pregona, no siendo fehacientes las planillas usualmente mostradas.

- 6.4.7. Es un medio de punición incompatible con los principios de la dignidad, intimidad, privacidad, libertad ambulatoria, humanización de la pena, resocialización, proporcionalidad y razonabilidad.
- 6.4.8. En el caso de las pulseras (brazalete) o tobilleras, las personas de baja renta tienen dificultad de comprar vestimentas apropiadas para ocultar un mecanismo visible, ostensivo, habiendo, a veces, la necesidad de usar también una unidad móvil. En ciertas circunstancias (examen médico para admisión en empleo; ingreso en una agencia bancaria; relaciones sexuales, etc.), el mecanismo se vuelve un constreñimiento insuperable.
- 6.4.9. Una queja usual de las mujeres es que no pueden ponerse faldas.
- 6.4.10. La insuficiencia de oficiales controladores (calificados) puede afectar la vigilancia.
- 6.4.11. Se tiene recelo de que contribuya a la reducción del empleo de las (demás) alternativas penales, las cuales, al contrario, deberían ser ampliadas.
- 6.4.12. La posibilidad de averías y fraudes en lo que se llamó el “grillete del siglo XX” es concreta. Hay mención de muchos casos de reos que lograron quitarse la pulsera/tobillera y cometer nuevos delitos. Ello, sin duda, coadyuva al descrédito en el sistema.
- 6.4.13. Hay casos de monitoreados que simplemente no van al trabajo o no frecuentan la escuela (actividades que pueden estar acopladas al uso de la pulsera o tobillera), pero dan informaciones falsas, así como existen personas que presentan solicitudes de jornadas laborales muy extensas (y que por ello generan duda en cuanto a su autenticidad).
- 6.4.14. Los que más ganan con el programa de seguimiento son las empresas especializadas (industria del control del crimen) que actúan en este campo, en violación de la prerrogativa exclusiva del Estado de aplicar una sanción punitiva.

Se trata, por consiguiente, de algo complejo y polémico, habiendo una colisión de principios, que no se excluyen en este o aquel caso. Jueces y fiscales que admitan aplicar la vigilancia electrónica deben actuar con prudencia y admitir

eventuales ajustes y restricciones al control (en atención a los principios de la proporcionalidad y razonabilidad), adoptando garantías⁹ y sugiriendo medidas complementarias para su humanización.

Las preguntas que no se pueden callar son: ante la realidad cruel de la privación de libertad:

- a) ¿Cómo criticar la oportunidad que se ofrece a alguien para que, monitoreado, espere el juicio en su residencia, cercado del cariño de sus familiares o, de otra forma, pueda salir y retomar su vida con la obligación del uso (con límites a su libertad deambulatoria y cierta incomodidad) de un brazalete localizador, a semejanza de un reloj?
- b) ¿Cómo convencerlo de que mejor sería abdicar de la libertad, ingresar en una comisaría o una cárcel y dormir entre rejas, lejos de su grupo familiar y social, de su trabajo, de sus estudios, en un espacio casi siempre insalubre y hacinado, donde convivirá forzosamente con toda especie de criminales, sujetándose a actos de violencias, de envilecimiento, sin garantía de excarcelación?

7. EXPERIENCIA EN OTROS PAÍSES

Entre los países que acogieron la *cárcel virtual* (cárcel sin rejas) se citan a los Estados Unidos (desde hace más de 25 años, no obstante el hecho de que es uno de los campeones de enclaustramiento y penas desmesuradas), Canadá, Inglaterra, Escocia, España, Portugal, Italia, Holanda, Francia, Suecia, Nueva Zelanda, Australia, África del Sur, Argentina, Brasil y México, en algunos de los cuales se adopta como pena alternativa (sustitutiva o autónoma). En casi todos se empleó por algún tiempo con carácter experimental, en programas-piloto, periódicamente evaluados.

Los estadounidenses la usan en la libertad condicional y en la suspensión condicional de la pena (son alrededor de 250.000 personas monitoreadas en el país), así como para infracciones de tránsito, crímenes contra la propiedad,

posesión de droga, conducción de vehículo en estado de embriaguez, etc. En Florida, una ley obliga su utilización con los violadores por el resto de sus vidas.

En Canadá, la vigilancia electrónica empezó en 1987, destinándose a conductores de vehículos flagrados en exceso de velocidad y sentenciados a penas de hasta 90 días de detención.

Inglaterra se vale del monitoreo (*tagging*) desde hace más de doce años, con liberados bajo fianza, condenados por incumplimiento voluntario de multas y por la comisión de crímenes menores, además de aquellos que han obtenido progresión de régimen.

En Portugal, es utilizado, desde 2001, como reforzamiento en la modalidad domiciliaria de la prisión preventiva. El número de usuarios está en ascenso.

Francia estrenó la *surveillance électronique* en el 2000 en cuatro localidades (veinte brazaletes en cada una, por el periodo máximo de cuatro meses). Dos años después, el programa se extendió a todo el país y se aplica, *ex vi* de la ley pertinente, a los condenados a una o más penas privativas de libertad, cuya duración total no exceda de un año; a los condenados a quienes resta cumplir una o más penas privativas de libertad, cuyo total no exceda a un año; y a los condenados que cumplan las condiciones de la libertad condicional.¹⁰ Las informaciones disponibles refieren la necesidad de concordancia previa del condenado y no mencionan el GPS.

Desde 1994, Suecia lo usa para condenados a pocos meses de prisión, especialmente autores de delitos de tránsito, una infracción grave en aquel país. A partir de 2001, pasó a usarse también en casos de ofensores sentenciados a dos o más años de prisión, que pueden ser vigilados electrónicamente por un periodo máximo de cuatro meses, no admitiéndose en el programa a quienes presenten riesgo de que puedan romper sus condiciones, cometer nuevos delitos o usar drogas o alcohol. En virtud de ello, consta que diez prisiones fueron cerradas en el país.

En Australia se inició en 2004, con altas tasas de cumplimiento cabal de la pena, a nivel estatal y federal, el programa *home detention* (arresto domiciliario), para un grupo reducido de condenados rigurosamente seleccionados (no se

aceptan a narcotraficantes y a personas que tengan *background* de violencia — incluso doméstica— y ofensas sexuales, como tampoco que manejaron armas de fuego). Se considera una pena sustitutiva a la privación de libertad, exige el consentimiento del condenado y no puede ser superior a doce meses.

Argentina implantó hace años el monitoreo en la prisión domiciliaria, habiendo informaciones de que sólo en el año de 2008 cerca de 300 reclusos provisionales fueron beneficiarios del programa.

En Colombia, la tecnovigilancia fue introducida por el Decreto n. 2.636, del 19 de agosto de 2005, como opción del condenado y medida sustitutiva de la pena de prisión, establecida por la autoridad judicial. La tecnología es cara y su costo, en la hipótesis de que el sentenciado no pueda asumirlo, es del Estado, conforme a sus posibilidades presupuestarias.

En Panamá, el programa, aprobado en 2005 y estancado al año siguiente por falta de recursos, se reactivó en 2007 con cien sentenciados, autores de delitos menores y que comprobadamente no constituyen un riesgo a la sociedad. Los reos son supervisados por personal especializado y se someten a una consulta previa de los fiscales del Ministerio Público. Las autoridades de la Procuraduría General, al anunciar la reactivación, exhibieron los argumentos rutinarios: la intención es paliar los efectos del rezago judicial, aliviar las cárceles y promover la rehabilitación de los usuarios.

En el año 2008, la República Dominicana empezó, en Santo Domingo, un proyecto piloto, con duración de tres meses, de uso de brazaletes (pulseras y tobilleras), como medida de coerción, para diez personas, siendo siete imputados de delitos de pequeña entidad, a quienes se impuso prisión domiciliaria, y tres casos de violencia intrafamiliar.

En México es una experiencia nueva, que alcanza particularmente a internos a quienes resta hasta uno o dos años para cumplir su sentencia. Se aplica en preliberados y a presos de baja peligrosidad que podrán purgar las sentencias en su domicilio haciendo uso del dispositivo electrónico. En caso de que se detecte que no lo traigan puesto, lo pierdan o destruyan, o cambien de domicilio sin autorización, volverán a la prisión para cumplir su pena íntegra.

Recientemente, en Brasil, se aprobó una ley que autoriza su uso. Dígase en destaque que casi todos los Estados están comenzando a usar el nuevo modelo, mientras empresas brasileñas están perfeccionando un equipo enteramente nacional, con tobilleras y unidades portátiles de rastreo (UPR) y una Central de seguimiento. Es el caso de *Spacecomm Comunicaciones y Tecnología*, que creó el *Sistema de Seguimiento de Custodia 24 horas* (la sigla en portugués es SAC 24). Regístrense asimismo iniciativas aisladas como la de la ciudad de Guarabira, Paraíba, donde el Juez de la Sala de Ejecuciones dio inicio a un proyecto piloto con condenados en régimen cerrado, que trabajan en obras públicas sin escolta pero controlados a distancia.

8. CONSIDERACIONES FINALES

La historia del derecho penal (que se confunde con la abolición lenta pero progresiva de la pena de privación de libertad) es una ruta de avances y retrocesos, de conquistas y engaños continuos. De la venganza de sangre al talión, de las penas infamantes a la pena de prisión, de las celdas en los monasterios a los sustitutivos penales, del panóptico a la monitorización telemática a distancia, mucho se avanzó en busca de respuestas para el drama persistente de la pena.¹¹

La revolución tecnológica que condujo, de la mano a los postulados utilitaristas, hacia la vigilancia electrónica es un proceso imparable (como la propia ciencia y la evolución de la sociedad), cuyo ciclo fue impulsado por Internet y que ha de generar inevitablemente profundos cambios, mucho más allá de los lindes de nuestra imaginación. A ella no podemos quedar indiferentes, a despecho de la opinión que tengamos a su respecto. El debate está planteado. Aún resuena en nuestra memoria la frase de Galileo Galilei, murmurada luego de abjurar públicamente, coaccionado por la Inquisición, su teoría de que la tierra se mueve y no es el centro del universo: *Eppur si muove* (Empero, se mueve).

La cuestión, que repele análisis simplistas, exige cautela y madurez. El tiempo, señor que todo pone a prueba, nos dirá si estamos una vez más delante de una ilusión de seguridad¹² y eficacia.

NOTAS

1. COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: Estudos sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*, trad. de Jonas Camargo Leite y Eduardo Fonseca, Hemus, São Paulo, 1975, p. 150.
2. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI, Editores, Argentina, 2005, p. 11-12.
3. “Por otra parte, la creación de cárceles de máxima seguridad en el curso de la lucha contra el terrorismo ha significado, por lo menos para un sector de las instituciones carcelarias, la renuncia explícita a los objetivos de resocialización, así como la reafirmación de que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo: la de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y, por tanto, neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma.” BARATTA, Alessandro, “Resocialización o control social”, en *El Sistema Penitenciario: entre el Temor y la Esperanza*, de Mónica Granados Chaverri et al, Orlando Cárdenas Editor, México, 1991, p. 72. Más adelante agrega Alessandro Baratta: “Uno de los elementos más negativos de la institución carcelaria lo representa, en efecto, el aislamiento del microcosmos carcelario en relación con el macrocosmos social, aislamiento simbolizado por los muros de la cárcel. Hasta que éstos no sean derribados, al menos simbólicamente, las oportunidades de resocialización del condenado seguirán siendo mínimas. No se puede segregar a personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas.” (p. 79)
4. Consúltese: MARIATH, Carlos Roberto, *Monitoramento eletrônico: Liberdade Viglada*, texto obtenido en Internet.
5. OLIVEIRA, Edmundo, *O futuro Alternativo das Prisões*, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 308.

6. Periódico *Folha de São Paulo*, 05 de mayo de 2007.
7. Disponible en la web. Véase RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Cárcel Electrónica y Sistema Penitenciario del Siglo XXI*, p. 21, obtenido también en Internet: “También LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, ‘Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión’, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas (1991)*, Sevilla, 1994, p. 63, advierte del peligro de que el Estado caiga en la tentación orweliana de convertirse en el ‘Big Brother’ que vigile y controle por métodos tecnológicos todos los movimientos, comportamientos y manifestaciones al menos de los delincuentes y sospechosos. Con ello quedaría en entredicho no sólo la intimidad y la libertad del sujeto, sino su propia dignidad personal que se vería comprometida si el sujeto fuese tratado por medios técnicos, no como persona con un mínimo de personalidad y margen de decisión sino, exclusivamente, como cosa o instrumento que proporcionase información sin poderlo evitar.”
8. KARAM, Maria Lúcia, Monitoramento Eletrônico: A Sociedade do Controle, en *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 14, n. 170, enero 2007, pp. 4-5, citado por NUNES, Leandro Gornicki. *Alternativas para a Prisão Preventiva e o Monitoramento Eletrônico: Avanço ou retrocesso em Termos de Garantia à Liberdade?*, disponible en la web. En el mismo artículo está escrito: “Los dominados por la engañosa publicidad, los asustados con los peligros de la ‘sociedad de riesgo’, los ansiosos por seguridad a cualquier precio, y, con ellos, los aparentemente bien intencionados reformadores del sistema penal, no perciben los contornos de la nueva disciplina social, no perciben las sombrías perspectivas del control en la era digital, no perciben la nítida tendencia expansionista del poder punitivo en nuestro mundo ‘postmoderno’. No perciben que la ‘postmoderna’ diversificación de los mecanismos de control no evita el sufrimiento de la prisión. Al revés, sólo expande el poder punitivo en su camino paralelo al crecimiento de la pena de libertad. (...) No perciben que la conveniencia con los ilegítimos y crecientes atentados a la privacidad, que la previsión en diplomas legales y diseminado manejo de invasivos e insidiosos medios de busca de prueba (quiebra del sigilo

de datos personales, interceptación de comunicaciones, escuchas y películas ambientales), destinados a hacer del propio acusado o investigado un instrumento de obtención de la 'verdad' sobre sus actos tornados criminales, que el elogio al monitoreo electrónico, que la aceptación de la omnipresente vigilancia y del esparcido control legitiman e incentivan un desvirtuado uso de las tecnologías que, haciéndose accesibles en la era digital, pueden volverse ulteriormente incontrolables si ese desvirtuado uso no fuere confrontado y frenado por leyes efectivamente respetadoras y eficazmente garantizadoras de los derechos fundamentales del individuo, por el compromiso con el pensamiento liberal y libertario, inspirador de las declaraciones universales de derechos y de las Constituciones democráticas y por su insuperable supremacía, por el decisivo repudio, actuante cuestionamiento y concreta contención de cualquier forma de expansión del poder punitivo, por la permanente afirmación, por el atento cultivo y por la constante solidificación del deseo de la libertad." (Ídem)

9. En "RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, op. cit., disponible en Internet, está escrito: "Las pulseras pueden ser un instrumento inteligente de reducir el mundo de las prisiones siempre que se utilice con inteligencia y aportando las debidas garantías. Pero, no se puede olvidar que también pueden ser un instrumento idóneo para convertir a un ser humano en un objeto. Un vez más, lo trascendental es el modo en que se apliquen, no olvidando que históricamente el ser humano ha demostrado que puede dar vida a los referidos fantasmas." (p. 17)
10. En DOS REIS, Gisela Barbosa, A Vigilância Eletrônica de Condenados como Opção ao Cárcere, en *Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal*, Belo Horizonte, vol. 9, diciembre/2006, p. 16.
11. Léase: "La historia de las penas es más horrenda e infamante para la humanidad que los propios delitos que le dieron causa." (FERRAJOLI, Luigi, en RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, Faustino Gudín, *Sistema Penitenciario y Revolución Telemática: El Fin de los Muros en las Prisiones (Un Análisis desde la Perspectiva del Derecho Comparado)*, Slovento, Madrid, 2005, p. 37)

12. Es de Alessandro Baratta la afirmación: "...la necesidad de seguridad de los ciudadanos no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de *todos* los propios derechos: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y comunicarse; derecho a la calidad de vida, así como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno." ("La Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el Modelo Integrado de las Ciencias Penales", en OLIVEIRA DE BARROS LEAL, César (Coordinador), *Violencia Política Criminal y Seguridad Pública*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 48)

* Síntesis de la ponencia impartida en San José, Costa Rica, en el *Seminario Latinoamericano sobre el Pensamiento de Alessandro Baratta*, realizado en el periodo del 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre.

CÁTEDRA LATINOAMERICANA DE CRIMINOLOGÍA Y DERECHOS
HUMANOS ALESSANDRO BARATTA
SEMINARIO SOBRE EL PENSAMIENTO DE ALESSANDRO
BARATTA
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, SAN
JOSÉ, COSTA RICA

PALABRAS DE CLAUSURA

*DR. MARCO V. VARGAS CARRANZA
COORDINADOR
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN PARA LA PAZ
INSTITUTO DE ESTUDIOS LATINOAMERICANOS -IDELA
UNIVERSIDAD NACIONAL
HEREDIA. COSTA RICA*

Distinguidos conferencistas
Estimados participantes.

En nombre del Instituto de Estudios Latinoamericanos – IDELA y del mío propio, me es muy grato compartir con ustedes algunas palabras y reflexiones para clausurar este oportuno evento. Deseo agradecer a todos ustedes por su presencia y la invitación, así como felicitar a la Maestra Paola Dobles por su capacidad organizativa y su atinado esfuerzo por hacer coincidir, en medio de las lluvias tropicales, la lucidez del pensamiento de varias mentes latinoamericanas, para profundizar en el legado de este hombre del renacimiento en el siglo XX: Alessandro Baratta.

Me parece muy atinada la referencia al renacimiento, pues de otro modo no podríamos comprender la formación latinoamericana. Fue durante ese periodo que el pensamiento occidental trazó las nuevas rutas coloniales que sentarían las

las bases del acuerdo social en América Latina, especialmente a partir de la independencia.

Esta región del mundo, además de ser un proyecto de la modernidad, fue el espacio donde pudieron abrirse paso las ideas humanistas, particularmente a través del mensaje evangelizador. Ha sido también el espacio para la realización de una visión antropocéntrica que perfiló el diseño de los aparatos del estado absolutista ibérico, con matices liberales a partir de las reformas borbónicas. Tales aparatos se convirtieron, luego de la independencia, en los espacios republicanos donde se configuraron los lazos de dependencia estructural con la vieja metrópolis. Estos lazos obedecieron especialmente a los flujos en el mercado mundial, cuyos beneficiarios, en esta parte del mundo, fueron en primera instancia las oligarquías nacionales de extracción criollas. Éstas basaron su poderío en su relación con las estructuras del mercado mundial a partir de un diseño liberal de inspiración masona. En tal sentido, el acuerdo social de allí surgido fue excluyente de la mayor parte de la población indígena y mestiza, dejando de un lado los ideales humanistas. La ciudadanía se ejerció por y para unos cuantos, quienes controlaban la población en alianza con la iglesia católica y los incipientes ejércitos –de reclutamiento mestizo- con tal de garantizar los procesos de producción y crecimiento; engrosando así sus cuentas bancarias en los bancos por ellos mismos creados, para administrar los intereses del sector externo. Surgió de esa manera un sistema de tipo estamental de dos estratos separados con una base poblacional de extracción primariamente agraria; luego obrera y profesional. En el siglo XX, luego de la crisis de ese sistema, como un efecto de los cambios en los movimientos del capital mundial, los países latinoamericanos se ocuparon de la consolidación del modelo de sustitución de importaciones, para revocar los lazos de dependencia. Tal modelo permitió la formación de un sistema de muchos estratos y amplios sectores medios, así como de aparatos burocráticos nacionales para organizar el proceso de industrialización. Surgía así una forma de control social para justificar la transformación del aparato productivo del estado, en un dispositivo para la industrialización y la integración económica. Durante ese proceso, del mismo modo que en Europa, la migración

del campo a la ciudad, así como la formación de masas de obreros y profesionales urbanos, generó presiones al sistema que terminaron por dar salida a un cúmulo de derechos económicos y sociales. Se fueron precisando de esa manera, a golpes dictatoriales, promesas revolucionarios y juegos geopolíticos, los pormenores del método democrático.

Para finales del siglo XX, el agotamiento del anterior modelo de Raúl Prebich había permitido a las corrientes del capital recorrer el orbe entero, facilitadas por un despliegue de redes mediáticas que enfatizan el carácter individual del ser humano en sociedad. En tal recorrido los países latinoamericanos se encontraron sumidos en la crisis de la deuda, con dificultades para hacer frente a los pagos y mantener los índices de crecimiento. En nuestros días, en nombre de las libertades individuales, se ha tejido un sistema que garantiza para algunos el acceso seguro a las fuentes del capital y la satisfacción de las necesidades creadas por el mito y el rito de la opulencia. Prevalecen las ideas liberales que expresan básicamente la naturaleza egoísta del ser humano. Actualmente, la crisis de ese sistema evidencia nuevamente la exclusión social por parte de quienes se consideran los más fuertes, los más aptos y los más competitivos en la lucha por la opulencia. El carácter individualista del sistema se expresa en los rostros de Narciso en las pasarelas de los *mall, que tienden a uniformar los patrones de consumo*. En nombre de esa imagen individual se han explotado y agotado los recursos, disminuyendo aceleradamente la población de aves, plantas, animales y toda la gama de phyla, mientras la nuestra, la homínida, continúa creciendo.

Hasta aquí la historia, diría Fukuyama. Los derechos se reducen a la garantía hedonista y el control social lo definen el mercado y la competencia. Es esto prácticamente retornar al estado de naturaleza. Pero ¿No fue de allí mismo que surgió la idea del contrato social? Efectivamente. Hobbes, al término del renacimiento, comprendió una salida de ese estado a partir de la limitación del egoísmo. Más adelante, Locke, con el espíritu de la ilustración lo entendería como la organización del poder para garantizar la propiedad privada, sobre todo. Rousseau, romántico, la comprendió a partir de la delegación de una voluntad

soberana en la representación ciudadana. Los alemanes, especialmente Kant y Hegel agregarían el papel de la razón, atributo y facultad humana para alcanzar nuestra mayoría de edad y la eticidad del estado. Gramsci, por su parte, agregaría el papel de los intelectuales en la modificación de la estructura política de la sociedad. En términos generales, el estudio del acuerdo político ha sido parte de un discurso y un debate epistemológico moderno, para determinar el papel de la razón en la construcción de la realidad. Se ha tratado desde entonces de trazar los límites del conocimiento y la determinación de los objetos, de las imágenes, de los símbolos y del lenguaje civilizatorio.

Para tal determinación es importante retomar los aportes del humanismo renacentista. Sobresale dentro de esos aportes la idea, objeto racional, de la utopía. Si la historia ha continuado y ha de continuar es gracias a esta idea. Así como Tomás Moro y Tommaso Campanella dieron forma arquetípica a la convivencia humana en la visión utópica y Vasco de Quiroga buscó darle forma a esa visión en el nuevo mundo; así nosotros tenemos la responsabilidad de plantearnos la buena comunidad. Se trata de plantearse un todo armónico que garantice no solamente la convivencia humana sino también su realización. Es esto lo que Platón exhibía como una visión arquitectónica. En tal visión, la imaginación otorga una dimensión de belleza estética, verdad religiosa, tiempo histórico, exactitud científica, avance económico o realización humana; que se expresan en términos de lo que aun no se conoce, o de un pasado perdido. Según esto, podemos imaginarnos el futuro para edificar la obra humana. Esta obra es de todos.

En ese tipo de edificación, el control social estaría determinado por la acción ciudadana, lo que necesariamente implica el reconocimiento de las titularidades y provisiones plenas, con tal de dar cuenta de la creación de escenarios alternativos a la exclusión liberal y a la opresión burocrática. En realidad, la acción ciudadana surge de la crítica a la uniformidad impuesta por el mercado y a la universalidad de los discursos nacionalistas articulados por las estructuras de dominación, en la dimensión del estado. La crítica se constituye entonces en la vía para adecuar el acuerdo social a la diversidad y a la

particularidad. Éstas se advierten solamente al considerar al sujeto como creador de su propia realidad, asumiendo su particularidad en un mundo diverso. La amplia gama de colecciones sobre auto ayuda y espiritualidad en los estantes de las librerías es prueba de ello. Tal consideración del sujeto es en verdad paradigmática.

Vivimos entonces los tiempos de definición que atañen al ser como sujeto de su propia historia. El sujeto es una creación que requiere de algún grado de orden. El ser es una dimensión del sí mismo. Ese orden es provisto por el estado que no es más que la creación conjunta ciudadana. El sí mismo es una creación subjetiva. Ambas coinciden en la definición de las finalidades terrestres y en la determinación de las prioridades ciudadanas, en un mundo que ha rebasado los límites de las fronteras nacionales y que paradójicamente se ancla la resolución y realización plena del sujeto en el nivel local.

Considero que América Latina tiene un papel fundamental en la definición de tales finalidades pues es, por principio; una creación renacentista. Corresponde a las mentes de esta región del mundo, en un diálogo fecundo y solidario con las mentes de otras latitudes, trazar las nuevas rutas del conocimiento.

Atentar contra el diálogo, contra la diversidad y la particularidad es atentar contra la historia. Se requiere entonces su reconocimiento en todas las fuentes del derecho.

Se requiere también que ese reconocimiento exista en cada uno de nosotros. Según esto, la liberación es el camino del encuentro intersubjetivo, el descubrimiento del otro, la aceptación de la otredad advertida en la extensión de los abrazos y el contacto personal.

¿Dónde sino en América Latina ha sido posible el abrazo con el rojo con el blanco con el negro con el amarillo...? ¿Dónde sino en esta región del mundo se ha conocido la diversidad? ¿Dónde sino aquí el humanismo renacentista cultivó sus ideas en claustros, monasterios, abadías, escuelas y universidades?

Por lo anterior, eventos como el que hoy culmina son muy oportunos. Especialmente este seminario, pues trae a nuestra región, en el siglo XXI, el espíritu renacentista de Alessandro Baratta; haciendo un llamado para la

expresión máxima de todas nuestras facultades, sentidos, talentos y potencialidades. Cualquier impedimento para tal expresión es en verdad un crimen a la humanidad. Crear las condiciones para responder a ese llamado es en verdad nuestra responsabilidad, en calidad de doctos Kantianos, con tal de resolver las inquietudes modernas de la mayoría de edad.

Nos corresponde resolver la salida moderna de la minoría de edad. Esta salida está determinada por nuestra capacidad para el diálogo y para la reflexión. La primera ha de ser incentivada desde la infancia mediante la formación de espacios colectivos y la segunda debe ser promovida durante la adolescencia. Es importante de tal manera generar prácticas inclusivas, especialmente la empatía. Esta consiste básicamente en la centralidad en las relaciones con el potencial para quebrar la violencia. Se trata de estar con el otro, sentir como el otro, encontrar el otro en mí. Es esto el legado de Martin Buber en su consideración sobre el encuentro concreto, por medio del cual los seres humanos se conocen a partir de su autenticidad. Es esto en verdad una aproximación integral para dotar de significado al encuentro humano.

Creo que ustedes me darán la razón de que sin la empatía, este seminario no hubiera sido posible. Creo además que Alessandro Baratta estaría muy satisfecho de compartir su conocimiento empáticamente y expresar su humanidad en abrazos sinceros.

Por mi parte, mi sincero agradecimiento y felicitación por la realización de este pertinente evento para América Latina, los derechos humanos y la formación pacífica de la comunidad; entretejida en la extensión de los abrazos.