



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

Revista Digital
Maestría en Ciencias Penales

ISSN: 1659-4479

**Revista Digital
Maestría en Ciencias Penales**

ISSN: 1659-4479

Número 1, 2009

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

Revista Digital

Maestría
en Ciencias Penales

www.cienciaspenales.ucr.ac.cr

Director de la Revista

- ❖ Dr. Javier Llobet Rodríguez (Director del Postgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica)

Miembros del Consejo editorial

- ❖ Dr. Javier Llobet Rodríguez (Director) (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Carlos Tiffer Sotomayor (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Alvaro Burgos (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Msc. Mario Víquez (Profesor de la Universidad de Costa Rica)

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)

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 sumario del artículo y además el curriculum 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>

ÍNDICE

Doctrina Extranjera:

La legítima defensa en el nuevo código penal de Panamá

(Fernando Velásquez v.)

(Pág. 3)

El dolo en el Código Penal de 2000

(Ricardo Posada Maya)

(Pág. 37)

La problemática actual de la criminología crítica

(Ronnie Lippens)

(Pág. 123)

Doctrina Nacional:

Argentina en su laberinto. Propósito de la privación de libertad de personas menores de edad

(Carlos Tiffer)

(Pág. 135)

Genética, criminalidad y filosofía

(Franz Vega Z.)

(Pág. 149)

Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el código procesal penal modelo para Iberoamérica de 1988

(Javier Llobet Rodríguez)

(Pág. 161)

Los juicios paralelos y derecho al juez imparcial

(Omar Vargas Rojas)

(Pág. 221)

El ofensor sexual y su abordaje psicológico forense en Costa Rica

(Alvaro Burgos)

(Pág. 249)

I Simposio Internacional Violencia y Sociedad:

Memoria digital violencia y sociedad

(Pág. 283)

- Jóvenes y violencia

Jóvenes en riesgo: una expresión del malestar social

(Mónica Vul)

(Pág. 291)

Las dos familias: la sustitución de las relaciones primarias en tres relatos de vida de miembros de pandillas salvadoreñas

(Mario Zúñiga)

(Pág. 307)

{Ética, cultura y juventud

(Emma Ruiz Martín del Campo)

(Pág. 357)

- Causas y consecuencias subjetivas y sociales de la violencia

Fragilidad del vínculo social y clausura de espacios simbólicos de pertenencia. Jóvenes entre la crueldad y la ley

(Emma Ruiz)

(Pág. 369)

Violencia en creencias y prácticas de parentaje en el disciplinar: Aproximación desde la psicología del desarrollo

(Mariano Rosabal)

(Pág. 389)

El hombre-padre como informante: una asignatura pendiente

(Isabel Vega)

(Pág. 405)

¿El amor sin cuerpo?

(Laura Chacón y Ety Kaufmann)

(Pág. 415)

Agresión dentro de las aulas del colegio:

Algunos apuntes para su comprensión y estudio en el contexto nacional

(Wendy Aguilar)

(Pág. 425)

Mesa redonda: "salud mental y violencia"

(Laura Fernández)

(Pág. 453)

- Respuestas contemporáneas al malestar social

De la Europa fortaleza a la Europa carcelaria: la construcción de nuevos enemigos y el gobierno de la penalidad

(Iñaki Rivera)

(Pág. 469)

Criminalidad, criminalización, y cárcel en la globalización, en América Latina y en los países de altos ingresos

(Elías Carranza)

(Pág. 481)

- Exclusión / Inclusión

La subjetividad efecto de la lógica: exclusión-inclusión. El discurso del psicoanálisis, una respuesta más allá de la excepción

(Haydeé Montesano)

(Pág. 499)

Exclusión escolar: El lazo social fragmentado

(Etty Kaufmann y Milagros Jaime)

(Pág. 509)

¿Costa Rica solidaria?: Actitudes hacia la migración y los inmigrantes

(Vanessa Smith Castro, María Araya y Laura Peña)

(Pág. 519)

Violencia social y movilidad humana: El caso de la cultura vial costarricense

(Adriana Sánchez)

(Pág. 535)

Convivencias tele-visadas: Un análisis de la información periodística sobre los inmigrantes nicaragüenses en costa rica

(Larissa Tristan y Anyelick Campos)

(Pág. 545)

DOCTRINA EXTRANJERA

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE PANAMÁ
(FERNANDO VELÁSQUEZ V.)

EL DOLO EN EL CÓDIGO PENAL DE 2000
(RICARDO POSADA MAYA)

LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA
(RONNIE LIPPENS)

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE PANAMÁ

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Profesor Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

El Artículo 32 del Nuevo Código Penal de la República de Panamá —ubicado en el capítulo IV del Título II, denominado “causales de justificación”—, adoptado por la Ley 14 de 18 de mayo 2007 con modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008, en vigor desde el 23 de mayo de este año, regula expresamente la legítima defensa como causal de exclusión de la antijuridicidad, cuando señala: “No comete delito quien actúe en legítima defensa de su persona, de sus derechos o de un tercero o sus bienes, siempre que las circunstancias así lo requieran. /La defensa es legítima cuando concurren las siguientes condiciones: 1. Existencia de una agresión injusta, actual o inminente de la que resulte o pudiera resultar afectado por el hecho; 2. Utilización de un medio racional para impedir o repeler la agresión; y 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende o es defendido./Se presume que actúa en legítima defensa quien razonablemente repele al que, sin su consentimiento, ha ingresado a su residencia, morada, casa o habitación”. Sin duda, como sucede en el derecho comparado, en el derecho penal panameño es esta la causal de justificación de mayor abolengo y tradición¹ y la que más trascendencia tiene en la práctica judicial y en las exposiciones teóricas de los cursos de Derecho penal, Parte general².

¹ Para una reconstrucción histórica de la institución, véase CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, págs. 19 y ss.

² Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11^a ed., págs. 344.

II. TÓPICOS GENERALES

A. Concepto. Examinado el texto del Art. 32 en sus tres incisos no cabe duda en el sentido de que en él se consagran dos figuras: la *legítima defensa* o *defensa necesaria* y la *presunción legal de legítima defensa*. En efecto, de un lado, en los dos primeros incisos aparece la primera de estas instituciones, cuyos antecedentes se remontan a las épocas más antiguas de la humanidad³ y que tiene carta de naturaleza en las partes generales de los Códigos Penales, aunque debe advertirse que en sus comienzos se consignaba en la Parte especial de los mismos, como sucedía en el C. P. colombiano de 1837 cuando regulaba el delito de homicidio (art. 626-1); a su turno, el C. P. de 1890 —que es un antecedente legislativo común a Panamá y Colombia— la consagraba tanto en la Parte general como la especial (arts. 29 y 591-1).

De otro lado, en el último inciso, se prevé la legítima defensa privilegiada en términos muy similares a como lo hacía el C. P. francés de 1810 (art. 329; art. 122-6 del C. P. de 1992)⁴, el español de 1822 —todavía conservada en el C. P. de 1995 en su art. 20 ord. 4º primero—, el brasileño de 1830⁵, y los colombianos de 1980 (art. 29 num. 4 inc. 2º) y 2000 (art. 32 num. 6).

Así las cosas, de las previsiones anteriores se desprende que la legítima defensa en sus dos modalidades no es más que *ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico atacado injustamente*⁶; esta noción estricta es preferible a las que aluden a

³ Su evolución en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 27 y ss.; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 171 y ss.; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, pág. 15.

⁴ Cfr. PRADEL, *Droit pénal*, 15ª ed., pág. 309.

⁵ Estos antecedentes en ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, pág. 414; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 17 a 19; ZAFFARONI, *Tratado*, t. III, págs. 620 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 630.

⁶ Por su brevedad, se destaca la noción de COUSIÑO MAC IVER: “es la acción adecuada al derecho dirigida a la protección de los bienes jurídicos amenazados por una agresión injusta” (*Derecho penal*, t. II, pág. 196). Para JIMÉNEZ DE ASÚA, en cambio, “es la repulsa a la agresión ilegítima actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla” (*Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 26). SISCO (*La defensa justa*, pág. 39) la entiende como “la repulsa racional contra un ataque injusto, llevado contra un bien, propio o ajeno, jurídicamente defendible”; también, GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, pág. 12. DE FIGUEIREDO DIAS (*Direito penal*, t. I, págs. 384 y 385), la concibe como “una agresión actual e ilícita de intereses jurídicamente protegidos al agente o a un tercero”. Otra noción en CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal*, 3ª ed. pág. 801.

todos los elementos de la justificante que gozan de muy poca acogida, pues las codificaciones se encargan de hacerlo.

B. Naturaleza jurídica. El concepto anterior pone de manifiesto, sin duda, que la esencia de esta institución, es la de ser una causal de justificación y, por ende, una norma o tipo permisivo, aunque en el pasado se le entendió a veces como causa de inimputabilidad, de inculpabilidad o de exclusión de la punibilidad⁷; basta recordar el título del Capítulo IV del Título II del Código, para corroborar que esa es la razón de ser de esta figura en el nuevo derecho penal panameño.

C. Sujeto activo. Se pretende responder a esta pregunta: ¿quién puede defenderse? O, mejor dicho, ¿quién es titular de la legítima defensa? En principio, toda persona humana —lo que significa la exclusión de las jurídicas que, como ya se dijo, no obran jurídico penalmente hablando, así el legislador panameño prevea en el art. 51 sanciones imponibles a las mismas— puede ejercer esta justificante sin importar su edad, su condición mental, etc., aunque no han faltado quienes pretendan excluir de ella a los enfermos mentales, a los menores⁸, y a los miembros de la policía y los organismos de seguridad⁹; sin embargo, de manera más precisa debe decirse que sólo es sujeto activo quien haya realizado una conducta típica¹⁰, tal como sucede con las demás justificantes, con lo cual queda claro que no puede invocar esta eximente quien no realiza conducta penalmente relevante, o actúa dentro de una causal de atipicidad.

D. Sujeto pasivo. A su turno, está obligada a soportar el ejercicio de la legítima defensa, toda persona que haya realizado una agresión antijurídica —injusta como dice la ley—, lo que descarta las agresiones provenientes de animales o los hechos dañosos

⁷ Sobre ello, PRADEL, *Droit pénal*, 15ª ed., pág. 300; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, págs. 18 y ss.; ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, págs. 359 y ss.

⁸ Así, MANZINI, *Trattato*, vol. II, págs. 381 y 382. En contra, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 95.

⁹ Así, JAKOBS, *Derecho penal*, págs. 478 y ss.; parcialmente, MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, 1, pág. 452; en contra, KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., págs. 150 y ss. Las diversas posturas en ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., págs. 708 y ss., quien también la admite (pág. 710); el mismo, *Derecho penal*, t. I, págs. 656 y ss.

¹⁰ Cfr. COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, pág. 199.

potenciados por fenómenos de la naturaleza o cosas inanimadas, que jamás pueden constituir agresión, y mucho menos de carácter antijurídico¹¹; ello no impide que en tales casos se configure un estado de necesidad justificante o, de manera eventual, una causal de inculpabilidad según el caso.

E. Casos. Como ejemplos de legítima defensa, con la advertencia de que la casuística es abundante en matices, se pueden señalar los siguientes: la joven dama rechaza al violador sexual con un arma blanca o una pistola y le causa heridas de consideración; el conductor agredido por el atracador, para impedir el despojo de su vehículo, reacciona dando muerte al asaltante; el dueño de casa o morador, después de desarmar al ladrón nocturno, lo encadena y lo encierra en un cuarto, mientras llegan las autoridades (posible conducta típica de secuestro o de constreñimiento ilegal); el hijo lesiona al padre embriagado que, armado de garrote, golpea a la madre indefensa. Así mismo, actúa en defensa necesaria quien da muerte al asaltante que se propone robar y violar a una anciana, amenazándola con hacer explotar una granada (defensa de un tercero); el secuestrado que recupera su libertad produciéndole lesiones graves al vigilante que le custodia; el ciudadano cuando lesiona al agente de la autoridad embriagado quien, después de golpearle e insultarle, le dispara. En fin, en hipótesis como las anteriores puede invocarse esta causal de justificación, a condición de que se reúnan todos y cada uno de los requisitos que son de la esencia de la figura.

F. Fundamento. Bastante se ha discutido sobre la esencia, base o cimiento de esta institución: de manera resumida, se pueden señalar posturas que la basan en “la perturbación del ánimo del agredido” (S. PUFENDORF); “el conflicto de motivaciones” (A. UTTELBACH); “la idea de retribución” (A. GEYER); el “carácter parcialmente penal de la misma” (H. MAYER). A su turno, para otras, se basa en “un derecho natural innato y tan antiguo como el hombre” (A. QUINTANO RIPOLLÉS); “la falta de protección estatal” (A. GRAF ZU DOHNA); “el impulso o instinto de conservación” (J. F. PACHECO); el

¹¹ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 108 y ss.; MAURACH, *Tratado*, t. I, pág. 378; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 205 y ss.; ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, pág. 367; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 657; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 611.

“enfrentamiento de derecho e injusto”, pues el derecho no debe ceder ante este último (A. LÖFFLER, F. OETKER, R. MAURACH); etc. Incluso, se conocen teorías que la aglutinan al lado de las demás justificantes a partir de posturas como la de la “colisión de intereses” (P. NOLL, L. JIMÉNEZ DE ASÚA); o la “del fin”, para la que todas las causales se explican a partir del “principio de la adecuación del medio al fin” (A. GRAF ZU DOHNA, F. VON LISZT/E. SCHMIDT), etc.¹². En verdad, lo que muestran los enunciados de las diversas concepciones es que siempre coinciden dos tipos de principios¹³: uno, que le otorga un fundamento de carácter social, colectivo o supraindividual, consistente en *la necesidad de la defensa del orden jurídico*; y otro de naturaleza individual o particular: *la necesidad de defender el bien jurídico o los derechos subjetivos injustamente agredidos*. De allí se extrae la doble base que la doctrina actual le asigna a la justificante, al hacer hincapié en uno o en otro aspecto, o al darle igual importancia a ambos¹⁴. Confluyen, pues, en la legítima defensa una tendencia de carácter *social* y otra *individual*, lo que es en el fondo reflejo de una concepción política del Estado que persigue la armonía entre los intereses colectivos y los particulares, bajo el imperio de la democracia participativa en una sociedad pluralista.

¹² LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, págs. 18 a 92; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 58 y ss.; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 179 y ss.; SANDOVAL FERNÁNDEZ, *Legítima defensa*, págs. 7 y ss.; NINO, *La legítima defensa*, págs. 25 y ss. Confunde el *fundamento* con la *naturaleza*, GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 19 y ss.

¹³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, pág. 259; CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, págs. 79 y ss., 91 y ss.; HAFT, *Strafrecht*, 9ª ed., pág. 84.

¹⁴ Así, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 361-362; CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, págs. 101-103; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, págs. 79 y ss.; el mismo, “El doble fundamento de la legítima defensa”, págs. 101 y ss.; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., págs. 207; BACIGALUPO, *Principios*, 5ª ed., págs. 257-258; MIR PUIG, *Derecho penal*, 7ª ed., pág. 428; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 36ª ed., pág. 112; KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch*, pág. 203. De los *principios de la protección individual y de la salvaguardia del derecho*, hablan SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., pág. 639 y ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 654; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 608; BRINGEWAT, *Grundbegriffe*, pág. 229; KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., págs. 103 y ss., que completa la fórmula con el “principio de la responsabilidad del agresor”; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 382; MORALES PRATS, en Quintero Olivares, *Comentarios*, 2ª ed., pág. 163; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Parte General*, 1ª ed., pág. 485; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., págs. 207-208; NINO, *La legítima defensa*, págs. 61 y ss. que, no obstante, opta por una “fundamentación compleja” en la que involucra diversos principios. Para la doctrina colombiana, véase FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, 2ª ed., t. II, pág. 333; SANDOVAL FERNÁNDEZ, “Anotaciones críticas al fundamento...”, págs. 287 y ss.; el mismo, “Reflexiones sobre la legítima defensa”, pág. 223; GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría*, pág. 568. Sobre el tema, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., págs. 609-611 que, no obstante, opta por un solo fundamento: “no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia” (pág. 612).

III. REQUISITOS

Según el texto legal transcrito son indispensables las siguientes exigencias¹⁵, tanto de índole objetiva como subjetiva, para que se configure esta “justa causa”.

A. La existencia de una agresión. En primer lugar, la legítima defensa presupone la presencia de una afrenta para el bien jurídico derivada de un comportamiento humano¹⁶ que la ley denomina como agresión¹⁷ (cfr. art. 32 inc. 2º num. 1: “existencia de una agresión”). ¿Qué entender por agresión? Si se acude al significado lingüístico del vocablo, se conoce por tal el acto de acometer a alguno para matarle o herirle o hacerle daño, especialmente sin justificación; o el acto o comportamiento humano contrario al derecho de otro¹⁸, sea que se realice mediante una acción o una omisión¹⁹. Este es el entendimiento común de la expresión en lengua española, aunque la segunda acepción es de carácter eminentemente jurídico y compendia con absoluta precisión lo que se quiere decir cuando se utiliza por parte de la ley penal, pues, en verdad, basta probar que en el caso concreto una persona ha realizado un acto —con la exclusión de agresiones insignificantes, en las que no cabe invocar legítima defensa— que afecta los bienes jurídicos de otra persona o de un tercero, que por tal razón está legitimada para

¹⁵ Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., págs. 640 y ss.; HERZOG en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, t. I, 2ª ed., págs. 1145 y ss.; CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, págs. 105 y ss., exposición referida al art. 28 del C. P. costarricense; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, págs. 384 y ss., comentando el art. 32 del C. P. portugués (Cfr. MAIA GONÇALVES, *Código penal*, págs. 52 y ss.); CIRINO DOS SANTOS, *A Moderna*, pág. 154 y ss. de cara al art. 25 del C. P. brasileño; MIR PUIG, *Derecho penal*, 7ª ed., págs. 429 y ss., de cara al art. 20.4 del C. P. español; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal*, 3ª ed. págs. 805 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*, págs. 260 y ss.

¹⁶ STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 153; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, pág. 137; GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría*, pág. 576. Bien precisa DE FIGUEIREDO DIAS (*Direito penal*, t. I, pág. 385) que la agresión se deriva de “un comportamiento humano”, porque de esta figura quedan excluidas las actuaciones de los *animales* y los peligros corridos por los bienes jurídicos que se derivan de *cosas inanimadas*, en los que cabe invocar el estado de necesidad.

¹⁷ Véase KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 108.

¹⁸ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed., pág. 345; parecido STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, 5ª ed., 153.

¹⁹ Para CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 212, no es posible la agresión mediante omisión, opinión sin duda minoritaria (cfr. Las citas que el propio autor hace en la nota 16).

ejerger su defensa²⁰. Para que exista agresión es necesario que ella sea constitutiva de una conducta realizada por un hombre²¹ entendida en sentido final social, por lo que no se configura en las causales de inexistencia de la misma (piénsese, por ejemplo, en un movimiento reflejo o en un estado de inconsciencia), de donde se deriva que la agresión debe ser *voluntaria*²². A ello se debe añadir que tampoco constituyen agresión las acciones socialmente adecuadas, por lo que no procede contra ellas legítima defensa (por ejemplo el hurto de \$ 1 Balboa, o de un banano)²³; de igual manera, la agresión puede provenir de una omisión (el que, para salvar la vida del niño al cual la madre se niega a alimentar, causa un daño en bien ajeno; el guardián de prisiones que se niega a dejar en libertad al reo pese a la orden judicial, etc.)²⁴, e incluso de una acción imprudente²⁵ o inculpable (como si es propiciada por un borracho, un enajenado, e

²⁰ Para COUSIÑO MAC IVER, es “toda acción, acometimiento, ataque, intrusión, quebranto, invasión, ofensa, desprecio o irrupción que acarree peligro para los bienes o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico” (*Derecho penal*, t. II, pág. 242). De manera muy general, dice LUZÓN PEÑA que es “la acción de puesta en peligro de algún bien jurídico” (*Aspectos esenciales*, pág. 140). Otros conceptos en WELZEL, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 122; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 167 y ss.; SANDOVAL FERNÁNDEZ, *Legítima defensa*, págs. 26 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 273; TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches*, 6ª ed., t. I, pág. 126; HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., pág. 525. Desde luego, las diversas nociones utilizan el criterio borroso del “peligro” acorde con la tradición ya criticada.

²¹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed., pág. 346.

²² Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 385. Como recuerda CEREZO MIR (*Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 213), la agresión entraña “conciencia y voluntad de lesionar un bien jurídico”; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, pág. 246.

²³ Así COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, pág. 260; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., págs. 696 y ss., a partir del principio de la prevalencia del derecho; el mismo, *Derecho penal*, t. I, págs. 646 y ss.; como él, KIENAPFEL/HÖPFEL, *Strafrecht*, 11ª ed. pág. 50.

²⁴ Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, t. 1, pág. 10; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 659; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 611; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 363; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed., pág. 347; KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., págs. 109; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, pág. 138; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., págs. 643; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, págs. 153 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 167 y 172; CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, págs. 128 y ss., aunque la limita a la comisión por omisión (pág. 133); REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, pág. 145; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 75 a 78; JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 467; Comisión Redactora del A-74 (cfr. GIRALDO MARÍN, *Actas*, I, pág. 187); STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 153. En contra, CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 212; BOCKELMANN, *Strafrecht*, 3ª ed., pág. 91; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 306, quien advierte como procede la legítima defensa en frente a agresiones derivadas de omisiones propias e impropias y cita, en relación con las primeras (las propias), el caso del que fuerza a un automovilista a transportar a un herido en un accidente de tránsito a la clínica, que algún sector doctrinario rechaza (cfr. ROXIN, *Strafrecht*, 4ª ed., t. I, pág. 661; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 614).

²⁵ Así WELZEL, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 122; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., pág. 640. En contra, LUZÓN PEÑA (*Aspectos esenciales*, pág. 179), ZAFFARONI (*Tratado*, t. III, pág. 597; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., págs. 619-620), MUÑOZ

incluso un menor de edad)²⁶. Finalmente, téngase en cuenta que el agresor puede valerse de un animal, azuzándolo, en cuyo caso la agresión proviene de él y no de la bestia²⁷, pues los animales no pueden realizar un acometimiento en el sentido aquí entendido²⁸.

1. La actualidad o inminencia de la agresión. Este requisito se desprende, con toda claridad, del art. 32 inciso 2º, num. 1º: “agresión...actual o inminente”. *Actual*, es la que ya ha comenzado y no ha concluido aún, la que se concreta en un daño real y todavía persiste²⁹; *inminente*, es la que no ha comenzado aún pero se infiere de los gestos, amenazas, actitudes, etc., que pueden implicar daño inmediato o peligro para la persona o para el derecho, a partir de la situación objetiva. Para que haya agresión no se precisa la iniciación del ataque, ni siquiera su consumación, es suficiente que del contexto objetivo en el que se suceden las cosas se derive la convicción de que la ofensa va a producirse, o ya comenzó a ejecutarse³⁰. Lo anterior es obvio, pues el

CONDE/GARCÍA ARÁN (*Derecho penal*, 6ª ed. pág. 323) y GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, pág. 47, para quienes —debe concluirse— el atacado está obligado a emitir un juicio jurídico previo para saber si puede o no defenderse.

²⁶ Cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht*, 3ª ed., pág. 93; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, 1, pág. 453; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 370; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 159. En contra JAKOBS, *Derecho penal*, págs. 464 y ss.

²⁷ ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 658; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 611; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 117; incluso LUZÓN PEÑA (*Aspectos esenciales*, págs. 329 y ss.), aunque lo considera solo posible cuando el animal es azuzado por el dueño y no cuando lo hace un tercero, o el ataque es causado de manera imprudente, con independencia de quien lo genere.

²⁸ BAUMANN/WEBER/IMITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed., pág. 346; SCHMIDT, *Strafrecht*, 4ª ed., pág. 128; FUCHS, *Österreichisches*, 6ª ed., pág. 139.

²⁹ Como dice LOZANO Y LOZANO, ella debe entenderse “durante todo el espacio de tiempo en que dura o subsiste el peligro, el cual puede prolongarse en ciertas hipótesis” (*Elementos*, 3ª ed., pág. 215). Sobre ello, MAURACH, *Tratado*, t. I, pág. 381; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 665; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 618; BAUMANN/WEBER/IMITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed. pág. 349; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 371; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 36ª ed., pág. 113; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, pág. 155; SCHMIDT, *Strafrecht*, 4ª ed., pág. 130; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, pág. 139; FRISTER *Strafrecht*, 2ª ed., págs. 185 y ss.; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 255 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 185 y ss., aunque incluyen la “inminencia” dentro del concepto de “actualidad”; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 388; REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, pág. 147; GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría*, pág. 581. Según SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, “actual es la agresión desde su comienzo hasta su terminación” (*Strafgesetzbuch*, 27ª ed., pág. 644); o, como afirma CASTILLO GONZÁLEZ, “Actual es el ataque que perdura; perdura hasta que el atacante lo haga cesar, hasta que desemboque en un acto que no alcanza su objetivo o hasta que el acto del agresor haya producido la lesión al bien jurídico tutelado” (*La legítima defensa*, pág. 148).

³⁰ HURTADO POZO, *Manual*, 3ª. ed., pág. 529.

agredido no puede sentarse a esperar que el ataque se haga efectivo; si así fuera, la defensa no podría realizarse por incapacidad material de ejercerla³¹. Un ejemplo sirve para ilustrar la discusión: el dueño de un establecimiento hotelero, quien se da cuenta de que tres de sus huéspedes han acordado asaltarlo durante la noche, decide ponerles unos potentes somníferos en sus bebidas y así impedir el ataque. ¿Habrá en este caso legítima defensa? Naturalmente, en casos como estos no puede afirmarse que procede la justificante, entre otras cosas, porque el agente tiene la posibilidad de acudir a las autoridades para evitar el ataque y, desde el punto de vista político-criminal, admitirlo sería llegar a consecuencias nefastas para la seguridad jurídica al legitimar formas privadas de defensa³²; cosa distinta, desde luego, sucedería si el dueño del hotel se queja ante la Policía y esta no le presta colaboración alguna —los funcionarios tienen mucho trabajo o creen que es un chiflado—, en cuyo caso nadie dudaría que se puede ejercer la legítima defensa y que ésta reúne las exigencias de actualidad o inminencia requeridas por la ley.

En las anteriores condiciones, si un individuo esgrime un arma y se dirige, amenazador, hacia otro, con el propósito evidente de materializar el ataque —o, para mencionar un caso muy citado: se trata de un asaltante bancario, enmascarado y armado, que demanda la entrega del dinero al empleado que atiende la taquilla³³—, el agredido queda en condiciones de ejercer la legítima defensa, pues ya se ha producido la agresión exigida por la ley; por ello, entre la agresión y la defensa debe haber *unidad de acto*: esta *debe ser inmediata consecuencia de aquélla*. Por tal motivo, la *agresión pasada* fruto de un ataque ya repelido no da lugar a la legítima defensa, pues al no ser posible *repeler* o *impedir* el ataque ya terminado, la violencia posterior se tornaría en un acto de *venganza*³⁴; de la misma manera, tampoco es posible la defensa frente a

³¹ SISCO, *La defensa justa*, pág. 129; REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, pág. 148; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 79, 126; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª. ed., págs. 275 y 276. Algunas legislaciones, como la alemana (cfr. § 32-2), no tienen en cuenta esta característica de la agresión: “Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica contra sí mismo o contra otro” (Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., pág. 636).

³² DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 389.

³³ Véase KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 115.

³⁴ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 187 y 188; LOZANO Y LOZANO, *Elementos*, 3ª ed., pág. 215; CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, pág. 151.

ataques futuros o apenas posibles o probables³⁵ a no ser, claro está, que se trate de una agresión que pueda ser calificada de inminente (verdadera defensa preventiva)³⁶, de donde se deriva una máxima importante: *la defensa puede tener lugar hasta el último momento en que la agresión todavía persista*³⁷. Esta regla debe, sin embargo, aplicarse con prudencia y mesura pues hay figuras delictivas que, como el hurto, suscitan discusiones; por ejemplo, cabe preguntar: ¿hay legítima defensa por parte del dueño que dispara sobre los ladrones que acaban de despojarlo de sus cosas y así evitar su huída? La respuesta, obviamente, depende del momento en el que se entienda consumado el hurto, pues si se razona con la llamada teoría de la *aprehensio rei* (el hurto se consuma cuando el agente aprehende la cosa) o la cambia de sitio (la original teoría de la *amotio*) no habría posibilidad de invocar la legítima defensa; desde luego, si se piensa —como parece más acertado— que el hurto sólo se consuma cuando el agente logra sacar la cosa de la órbita de vigilancia del dueño y trasladarla a su propia esfera de custodia, será evidente que el dueño puede invocar la legítima defensa³⁸. Así mismo, téngase en cuenta que en figuras como el secuestro, caracterizadas por la permanencia en el tiempo de la acción, el agente estará legitimado para ejercer la legítima defensa en cualquier momento mientras dure el cautiverio³⁹, hasta tanto no cese la conducta desplegada por el plagiario (delitos permanentes⁴⁰); lo mismo puede predicarse de los *delitos continuados*.

Lo anterior significa, pues, que debe haber una *coetaneidad* entre la agresión y la repulsa sin que ello equivalga a simultaneidad, pues bien puede suceder que la agresión sea prolongada en el tiempo, con cierta vocación de permanencia, o repetida, e incluso que apenas exista la inminencia del ataque; cuando se alude a la coetaneidad

³⁵ SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., pág. 645.

³⁶ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, págs. 469 y 470.

³⁷ DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 390.

³⁸ Cfr. COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, pág. 259; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 232.

³⁹ DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 390.

⁴⁰ Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., pág. 645. Como dice JESCHECK/WEIGEND (*Tratado*, 5ª ed., pág. 367): “en los delitos permanentes (como por ejemplo las detenciones ilegales o el allanamiento de morada) la agresión sigue siendo actual en tanto que se prolongue la situación antijurídica. Permanente es también un ataque cuando, aunque en verdad la lesión del interés protegido ya ha tenido lugar, sin embargo en conexión inmediata con aquél puede ser desplegada enseguida una acción de sentido contrario que lo anule total o parcialmente”.

se quiere significar, pues, que debe haber un solo proceso finalístico que encadene los diversos actos y sus respectivos efectos.

2. La injusticia de la agresión. La expresión “injusta”, empleada por la ley en el art. 32 inciso 2º, num. 1: “agresión *injusta*”, ha sido criticada por su contenido jurídico y por requerir una reprobación de carácter sancionatorio⁴¹, por lo que la doctrina y el derecho comparado prefieren utilizar otras como *antijurídica*⁴², *ilegítima*⁴³, *indebida*, *ilícita*⁴⁴ o *injustificada*⁴⁵, a las que, de ser estrictos, cabría el mismo reproche; en verdad, en este contexto se trata de locuciones sinónimas y da lo mismo cuál se utilice siempre y cuando se precise que la agresión debe ser contraria al orden jurídico, no autorizada por ninguna ley ni derecho, sin que ello signifique que deba dirigirse a un ilícito penal pues puede ser constitutiva de ilícito civil, laboral o administrativo, etc.⁴⁶. Que la agresión no sea lícita significa, pues, que debe vulnerar *objetivamente* el ordenamiento jurídico⁴⁷; en otras palabras: la injusticia —la ilicitud— de la agresión se debe mirar desde la perspectiva de todo el orden jurídico y no sólo del penal⁴⁸.

De la condición en estudio se desprende, así mismo, que no es ilícita o injusta la agresión que está justificada⁴⁹, esto es, amparada por una causal de justificación, por lo que no cabe ejercer legítima defensa contra quien se defiende legítimamente⁵⁰ (el

⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 199.

⁴² Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed. pág. 352; KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., págs. 119 y ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 36ª ed., pág. 114; TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches*, 6ª ed., t. I, pág. 126; SCHMIDT, *Strafrecht*, 4ª ed., pág. 132; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, pág. 140.

⁴³ Así, la legislación peruana. Cfr. HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., pág. 527.

⁴⁴ DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 391.

⁴⁵ Sobre ello, LUZÓN PEÑA (*Aspectos esenciales*, págs. 195 y ss.), para quien “no tiene demasiada importancia la cuestión de la denominación, dependiendo todo del sentido que se le quiera dar” (pág. 198); además, muestra cómo el calificativo de “injusta” lo utilizaba la doctrina alemana del siglo XIX.

⁴⁶ Véase KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 119; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, pág. 252.

⁴⁷ La ilicitud o antijuridicidad de la agresión es entendida por la doctrina a partir de concepciones objetivas o subjetivas, según el punto de partida de cada autor. Cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, págs. 199 y ss.; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 147 y ss.; el mismo, *Teoría*, pág. 584 y ss. Como en el texto, COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 252 y 253; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 366; ZAFFARONI, *Tratado*, t. III, pág. 600; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 621.

⁴⁸ DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 391.

⁴⁹ DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 392.

⁵⁰ Véase KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 122; GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría*, pág. 587.

ladrón que es repelido por el dueño para evitar que huya con las cosas que sustrae, no puede invocar legítima defensa cuando a su vez repele a aquél), actúa en estado de necesidad justificante (el marido que ejerce violencia contra el médico que, para salvar la vida de la mujer, practica un aborto terapéutico legalmente autorizado), en cumplimiento de un deber (el ciudadano que repele a balazos a un miembro de la Policía Judicial que realiza una captura), en ejercicio legítimo de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, etc.⁵¹; naturalmente, ello conlleva la imposibilidad de que se configure la legítima defensa en la riña recíproca, cuando los contendientes, en lugar de ajustar su actuar a los marcos legales los desbordan⁵². La regla anterior sufre, sin embargo algunas excepciones: si uno de los rijosos interrumpe la continuidad de la riña y rompe la proporción relativa de fuerzas iniciales, de tal manera que crea en situación de riesgo para su adversario, este puede legítimamente defenderse⁵³; así mismo, téngase en cuenta, puede invocarse esta causal por parte de quien se ve sometido a una *riña imprevista*, esto es, no buscada por él, inesperada o fortuita. Ello significa, entonces, que no se puede generalizar en esta materia y se deben examinar las circunstancias concretas en las que actúa el agente, dejando muy en claro que si la riña voluntaria cesa, nada impide el ejercicio de la causal en estudio⁵⁴.

3. *La realidad de la agresión.* Así la ley no lo diga expresamente, la agresión tiene que tener existencia en el mundo objetivo; esto es bueno precisarlo porque puede suceder que el ataque al derecho no se presente verdaderamente y el sujeto actúe en la creencia de que existe, con lo que se podrá hablar de una *agresión aparente o putativa*; si el agente actúa en la creencia de que es agredido sin serlo, se tratará de una *defensa putativa* que en ninguna circunstancia es constitutiva de justa causa⁵⁵, aunque puede excluir la culpabilidad del autor al configurarse un error de prohibición

⁵¹ Cfr. ZAFFARONI, *Tratado*, t. III, pág. 600; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 621; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, pág. 254; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 661; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 615; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, pág. 156.

⁵² Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 463; MIR PUIG, *Derecho penal*, 7ª ed., pág. 433.

⁵³ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, pág. 163; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 244.

⁵⁴ Cfr. SANDOVAL FERNÁNDEZ, *Legítima defensa*, pág. 156; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 195 y ss.

⁵⁵ Véase KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 124.

indirecto (art. 42 num. 3: “No es culpable quien actúa bajo una de las siguientes circunstancias: ...3. **Convencido erróneamente de que está amparado por una causa de justificación**”)⁵⁶. Por ello, suele denominársele también *defensa subjetiva* por oposición a la *defensa objetiva*, o legítima defensa, o defensa necesaria. Ahora bien, como el ataque debe ser *real* no son posibles las agresiones sobrenaturales, de donde se deduce que no está permitido reaccionar en ejercicio de la legítima defensa frente a acometimientos de este tipo; así, por ejemplo, no puede invocar la justificante quien — como parte de una secta diabólica— da muerte a una joven doncella para evitar la ira de los dioses o invocar a Satán. Desde luego, tampoco en las demás causales de justificación se pueden invocar agresiones de este tipo⁵⁷.

4. La falta de provocación. Según se desprende del art. 32 inciso 2º, num. 3, una de las condiciones para que se reconozca como “legítima” la defensa es “*la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende o es ofendido*”. Con esta previsión el nuevo Código Penal panameño se suma a algunas legislaciones como la española (también el C. P. de 1995 en su art. 20 ord. 4º tercero⁵⁸), la argentina⁵⁹, la peruana⁶⁰ y la chilena⁶¹ —no así la italiana, alemana, francesa y colombiana⁶²)— que requieren, para que se pueda invocar la legítima defensa, que quien se defiende no haya provocado la agresión de manera “suficiente”, lo que genera notables dificultades

⁵⁶ Por eso, es equivocada la expresión “legítima defensa putativa”, pues en tal caso la “defensa” nunca es legítima; tal denominación es una verdadera *contradictio in adjecto*. Cfr. COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, pág. 235; AGUDELO BETANCUR, *Defensa putativa*, pág. 3; MIR PUIG, *Derecho penal*, 7ª ed., pág. 440.

⁵⁷ Sobre ello, JAKOBS, *Derecho penal*, págs. 441 y 445.

⁵⁸ Cfr. TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares, *Comentarios*, 2ª ed., págs. 167 y 168; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Parte General*, 1ª ed., págs. 500-503; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., págs. 240 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, 7ª ed., págs. 438 y ss.

⁵⁹ NINO, *La legítima defensa*, págs. 129 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 624 y ss.; el mismo, *Manual*, 1ª ed., págs. 484 y ss.

⁶⁰ HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., págs. 541 y ss.

⁶¹ POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, t. I, pág. 368; POLITOFF LIFSCHITZ/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ G., *Lecciones*, 2ª ed., pág. 221.

⁶² Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría*, pág. 588.

para interpretar este fenómeno⁶³, tal y como sucede en las doctrinas germana⁶⁴ y colombiana⁶⁵. Al efecto, lo primero que debe hacerse es precisar la noción de *provocación* —cosa nada fácil⁶⁶— la que, desde el punto de vista del léxico, proviene del verbo “provocar”, esto es, excitar, incitar, inducir a uno a que ejecute una cosa; irritar o estimular a uno con palabras u obras para que se enoje; facilitar, ayudar o mover. Como se ve, este concepto es distinto del de *agredir* y supone una situación en todo caso anterior a la agresión misma, por lo que no pueden confundirse ambas figuras, aun en el caso de legislaciones que no contemplan la “falta de provocación suficiente” como requisito⁶⁷. Así mismo, del hecho de que se adjetive la provocación con el vocablo “suficiente”, se deriva la conclusión incontestable de que no ocurren situaciones de provocación “no suficiente” que deban ser tratadas de manera distinta; esta figura, pues, admite grados, como lo demuestra la vida cotidiana cuando enseña que una persona puede ser sometida por otra a estímulos de mayor o menor intensidad, con miras al logro de un determinado cometido que puede ser, por ejemplo, el de generar en el otro una situación de agresión para darle muerte en ejercicio aparente de la defensa (el llamado *pretexto de legítima defensa*). Incluso, hacerlo de manera imprudente o casual sin medir el alcance de las palabras o de los estímulos empleados, ni su impacto en el provocado que puede ser mayor o menor, con base en diversos factores. Sabedora de esto, la doctrina distingue entre diversos grados de provocación: *intencional, imprudente, mera provocación*⁶⁸. De lo anterior se colige, entonces, que no

⁶³ Véase, en su orden, CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., págs. 240 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 249 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado*, t. III, págs. 604 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., págs. 624 y ss.; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 286 y ss. Una exposición muy exhaustiva en CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, págs. 265 y ss.

⁶⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 371; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., págs. 687 y ss.; el mismo, *Derecho penal*, t. I, págs. 639 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal*, págs. 484 y ss.; KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., págs. 171 y ss.

⁶⁵ REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, págs. 169 y ss.

⁶⁶ Véase KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 171.

⁶⁷ Para algún sector doctrinario, en codificaciones que no exigen simultáneamente *la agresión y la falta de provocación*, “puede identificarse aquella con la falta de provocación suficiente” (Así ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, pág. 370).

⁶⁸ Por ejemplo, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., págs. 662 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., págs. 687 y ss.; el mismo, *Derecho penal*, t. I, págs. 639 y ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed. pág. 363-365; KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 178 y ss.; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 295 y ss.

puede negarse a priori la legítima defensa del provocador y que ella procede a condición de que se den los requisitos de la justificante⁶⁹; desde luego, ello difícilmente sucede en la llamada *provocación intencional*⁷⁰, encaminada a crear un pretexto o simulación de legítima defensa sin que exista injusticia de la agresión ni el elemento subjetivo o el ánimo de llevarla a cabo⁷¹. Finalmente, téngase en cuenta, la provocación puede ser recíproca⁷² lo que no impide, como es obvio, que uno de los provocadores pueda actuar en legítima defensa cuando se dan los supuestos acabados de examinar.

B. Que la agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno. Este requisito se desprende, sin duda, del inciso 1º del art. 32 —que, absurdamente, no fue contemplado en el inciso 2º que dice mencionar las “condiciones” que se deben reunir para que la defensa sea legítima—, cuando expresa: “No comete delito quien actúe en legítima defensa *de su persona, de sus derechos o de un tercero o sus bienes*” todo esto a condición, advierte el legislador, de “que las circunstancias así lo requieran”. Naturalmente, bastaría que la ley se refiriese sólo a los “derechos” del atacado para comprender en tal expresión los bienes defendibles, en torno a lo que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que se tutelan solo bienes jurídicos cuyo portador es el individuo o una persona jurídica, no así la sociedad o el ente estatal en su condición de órgano del poder soberano⁷³; lo anterior significa que no solo son defensables la vida y

⁶⁹ Al respecto, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 371; MAURACH, *Tratado*, t. I, pág. 381; las diversas posturas en ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 688; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 640; con razón, dice MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, (*Derecho penal*, 6ª ed., pág. 326) que dicha interpretación “podrá conducir a una pura responsabilidad por el resultado”; HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., 452.

⁷⁰ No obstante, no es imposible: si el provocador huye del provocado o no le es posible huir y se defiende del ataque de éste, mal se le podría negar la eximente (Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, pág. 278).

⁷¹ Cfr. DÍAZ PALOS, *La legítima defensa*, pág. 72. Como dice JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 214): “si buscamos *ex profeso* ser agredidos, para vengarnos de secretos resquemores contra otro a quien sabemos excitable; si lo excitamos o le provocamos con burlas, en voz baja, haciendo que el individuo explosivo saque el arma, para así matarle con todas las apariencias de una causal de justificación, no ejecutamos una legítima defensa, sino que la hemos buscado como pretexto y no nos será aprovechable”.

⁷² Sobre ello, JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 486.

⁷³ Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., págs. 669 y ss.; el mismo, *Derecho penal*, t. I, págs. 623 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 127; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 220 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, págs. 344 y ss. En la doctrina nacional admiten la defensa de bienes colectivos, con diversas matizaciones, REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, pág. 191; SANDOVAL

la integridad personal —como en los códigos decimonónicos— sino otros bienes jurídicos como la libertad sexual, la autonomía personal, el patrimonio económico, la integridad moral, el honor, etc., y que no pueden defenderse bienes como el orden económico social, la salubridad pública, la seguridad del Estado, la administración de justicia, etc.⁷⁴.

Ello requiere, no obstante, de algunas precisiones: en efecto, cuando se habla de los bienes defendibles debe tenerse en cuenta que son susceptibles de protegerse no sólo aquellos que aparecen tutelados penalmente sino también los que no lo son, especialmente los derechos de rango constitucional. Así mismo, es posible la defensa de intereses cuyo portador es la sociedad o el Estado cuando se trate de bienes jurídicos de carácter individual en cabeza del ente estatal o de otras personas de derecho público (el patrimonio del Estado, por ejemplo: contra el hurtador que se quiere llevar una lámpara del alumbrado, o una tapa de la alcantarilla), a condición de que la agresión de los mismos afecte al particular⁷⁵ (por ejemplo, la defensa del medio ambiente o el orden económico-social); en los demás casos, sin embargo, suele afirmarse que ello no es factible. No obstante, el tema no es tan pacífico en la doctrina contemporánea si se tiene en cuenta que parece imponerse la idea de que también los bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales, como también se les llama, son merecedores de igual protección que los bienes jurídicos individuales; al efecto, se invoca —como ejemplo paradigmático— la actual lucha contra el terrorismo (piénsese en el once de septiembre de 2001, o en el once de marzo de 2004)⁷⁶.

Por eso, justo es decirlo, debe negarse de plano el derecho a la defensa por parte de los llamados “grupos de autodefensa” que —a falta de la presencia del Estado, como bien lo muestra la fatídica experiencia colombiana— pretenden controlar el orden público, la integridad del conglomerado, etc., para lo que acuden a prácticas que ponen

FERNÁNDEZ, *Reflexiones*, págs. 218 y ss.; sin hacer distinciones, GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, pág. 123.

⁷⁴ Cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht*, 3ª ed., pág. 92; JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 458; HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., pág. 532.

⁷⁵ Sobre ello, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed., pág. 348; JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 460; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 154; TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches*, 6ª ed., t. I, pág. 127; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 387; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 209.

⁷⁶ DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, págs. 387 y 388.

en peligro la subsistencia del Estado de derecho y el orden democrático, y deslegitiman de raíz la función del derecho penal, hasta caer en el autoritarismo⁷⁷.

Ahora bien, de la expresión “legítima defensa de su persona, de sus derechos o de un tercero o sus bienes” utilizada por la ley, se infiere que la legítima defensa puede ser *propia*, cuando el que se defiende es el mismo agredido; y, *de un tercero*, si se actúa para proteger a otro que es objeto de un ataque⁷⁸ sea que se cuente o no con su consentimiento que, para estos efectos, es irrelevante. Así, verbigracia, si el conductor agredido en su integridad personal y despojado de su vehículo automotor, reacciona y da muerte a uno de los asaltantes, puede configurarse una defensa propia de la vida y de los bienes; en cambio, el peatón que presencia el atraco y acude en ayuda del maquinista lesionado, ocasionándole la muerte al delincuente que pretende huir previa amenaza de hacer explotar una granada, actúa en ejercicio de una legítima defensa de un tercero agredido en su integridad personal y en su patrimonio.

Como es de suponer, la defensa del tercero se puede ejercitar para cuidar de un bien propio (el auto del cual se despoja al tercero pertenece al defensor) o ajeno (el defensor actúa para proteger el honor sexual de la joven asaltada en un despoblado); el tercero puede ser un pariente, un conocido, o un extraño, esto es, una persona jurídica natural, un ente colectivo con o sin personería jurídica, el Estado en los casos señalados, un trastornado mental o un menor, una criatura que está por nacer (*nasciturus*), etc. A la ley, pues, solo le interesa que el sujeto activo de la defensa actúe dentro de los lineamientos legales, tanto en el plano objetivo como en el subjetivo⁷⁹, independientemente de si el defendido tiene algún nexo afectivo, contractual, jerárquico o de parentesco con el agente, o si se trata de una persona de las ya señaladas⁸⁰, etc. Y, en la misma línea de razonamiento, la defensa propia puede llevarse a cabo para proteger un bien propio (la mujer violentada sexualmente lesiona de gravedad al atacante, en medio de la repulsa), o ajeno (el valioso reloj que trata de arrebatarse el raponero pertenece a la acompañante del agredido).

⁷⁷ Cfr. SANDOVAL FERNÁNDEZ, *Legítima defensa*, pág. 237.

⁷⁸ Sobre ello, SCHMIDT, *Strafrecht*, 4ª ed., pág. 134.

⁷⁹ Véase DÍAZ PALOS, *La legítima defensa*, págs. 45 y ss.

⁸⁰ Así, MAURACH, *Tratado*, I, pág. 379; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, pág. 210.

Naturalmente, debe agregarse, para que pueda predicarse la legítima defensa la repulsa se debe ejercer en relación con los bienes del atacante, no así sobre los de terceros que no han tomado parte en la agresión; por ello, el que se defiende con un jarrón antiguo no puede invocar el ejercicio de la legítima defensa en contra del coleccionista, aunque sí un posible estado de necesidad; lo mismo cabe decir si el agresor utiliza bienes pertenecientes a un tercero ajeno (el atacante utiliza el vehículo de un tercero para consumir su agresión), o de uso público (arranca una varilla de una cabina telefónica)⁸¹. Así mismo, se puede intervenir para defenderse lesionando cualquier bien perteneciente al agresor y no solo aquellos utilizados por él para llevar a cabo el ataque⁸².

C. La necesidad de la defensa. Así mismo, en tercer lugar, es indispensable que por parte del agredido se requiera ejercer la defensa a condición de que —y ello supone la emisión de un juicio de valor *ex ante*— se le ocasione al agresor el mínimo daño posible⁸³, pues como dice la propia ley en el inciso 1º, el agente no comete delito a condición de “*que las circunstancias así lo requieran*”; no hay, pues, legítima defensa cuando el agredido dispone de otros medios menos gravosos⁸⁴. Por ello, con precisión se ha dicho que el concepto de necesidad no sólo proporciona el *límite inferior*, sino también la *frontera superior* de la legítima defensa⁸⁵. Este requisito es tan básico como el del ataque o agresión y que sin su concurrencia no puede hablarse de defensa ni completa ni excesiva⁸⁶. Naturalmente, para que la defensa pueda ser considerada como *necesaria* es indispensable que la repulsa guarde *coetaneidad* con la agresión, entendida en los términos en que se indicó, pues si la defensa no es oportuna tampoco

⁸¹ Sobre ello, JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 471.

⁸² Así JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 472.

⁸³ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed. págs. 356 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 157; SCHMIDT, *Strafrecht*, 4ª ed., pág. 135; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, págs. 141 y 142.

⁸⁴ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, pág. 180 y ss.

⁸⁵ Cfr. MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, t. 1, pág. 450.

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 215; SANDOVAL FERNÁNDEZ, *Legítima defensa*, págs. 90 y ss.; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 240 y ss.; KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., pág. 131 y ss.

podrá predicarse de ella esta exigencia; lo mismo sucede con la *proporcionalidad* —que no puede confundirse con la necesidad— a la que se hará referencia más adelante.

Ahora bien, ¿cuándo la defensa es “necesaria”? Se trata de una condición de no fácil precisión, la que debe derivarse del cúmulo de circunstancias que dan origen tanto a la agresión como a la defensa, con base en las condiciones tiempo, modo y lugar, la persona del agresor, la entidad de la agresión y del bien jurídico afectado, los medios utilizados, etc., todo lo que obliga al juez o funcionario judicial a emitir un juicio de carácter objetivo, *ex ante*, contemplando los hechos desde la apreciación de un tercero que, en un obrar con prudencia, se encuentra en la posición del agredido, no *ex post*⁸⁷. Por ello, no es posible emitir un criterio que en todo caso indique si la defensa ejercida es o no necesaria, sino una pauta que —atendida la situación concreta— conduzca a una valoración ponderada y ecuánime del caso juzgado⁸⁸.

Por consiguiente, deben descartarse criterios de tipo unilateral como los imperantes en la dogmática alemana tradicional, para los que solo se debe tener en cuenta la gravedad de la agresión y la imposibilidad de acudir a otro medio como criterio directriz. Aún en la actualidad, se afirma que el agredido puede llegar —si es preciso— a defenderse del apoderamiento violento de su billetero así se derive de ello la muerte de su agresor, siempre que no le quede ninguna posibilidad de defensa menos lesiva, tesis insostenible así se le matice para afirmar que no es admisible la legítima defensa

⁸⁷ Así, KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., 137: la necesidad de la acción defensiva se debe determinar mediante la emisión de “un juicio de valor objetivo *ex ante*”; ZAFFARONI, *Tratado*, t. III, pág. 614; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, pág. 248; el mismo, *Teoría*, pág. 603; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 678; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 631: “lo que es necesario para la defensa, se debe determinar con base en criterios objetivos”; REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 11ª, pág. 166; el mismo, *La antijuridicidad*, págs. 200 y ss.; HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., pág. 535. Correctamente, dice CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 234: “La necesidad debe apreciarse, por el juez, *ex ante*, colocándose en la posición del agredido en el momento en que sea inminente o se inicie la agresión. Debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la rapidez e intensidad del ataque, el carácter inesperado o no del mismo, las características del agresor, los medios que tenía a su alcance el agredido, así como su estado de ánimo”.

⁸⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 225; GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 254 y ss.; como señala CASTILLO GONZÁLEZ (*La legítima defensa*, pág. 184): “cualquier medida defensiva es necesaria para la defensa si aparece a los ojos de un observador imparcial *ex ante* como efectivamente necesaria, según la situación fáctica efectivamente cognoscible”. De forma inexplicable, niega este requisito COUSIÑO MAC IVER (*Derecho penal*, t. II, pág. 264).

cuando se trate de un interés irrelevante o de muy escaso valor⁸⁹. Tal criterio es rechazable porque pone el patrimonio económico como un bien jurídico de rango superior a la vida misma; por ello, no hay defensa necesaria en el manido caso de cátedra de quien da muerte al ladrón para evitar el hurto continuado de naranjas del huerto, ni en la hipótesis del paralítico que acciona un arma para evitar el apoderamiento de una manzana. Admitir lo contrario sería desconocer el doble fundamento de la justificante y, por supuesto, potenciar el ejercicio abusivo del derecho de defensa.

D. La proporcionalidad. Esta exigencia se deriva, sin duda, de la expresión utilizada en el art. 32 inciso 2º, num. 2, cuando se exige la “utilización de un medio racional para impedir o repeler la agresión”. La defensa, pues, *debe ser proporcionada a la agresión*, tal como de manera expresa lo exige el numeral en comento, pues debe haber un equilibrio entre la conducta de quien ejerce la defensa y el ataque del que es víctima; dicho de otra forma: debe haber *proporcionalidad entre la defensa y la agresión*⁹⁰. Es bueno precisar que tal requisito no está referido solo a los medios desplegados por los sujetos activo y pasivo de la defensa, sino que debe mirar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la persona del atacado y del atacante, la entidad del ataque, los bienes en conflicto, etc. Así las cosas, sería notoriamente desproporcionada la defensa ejercida por quien utiliza una ametralladora para repeler un ataque con una pequeña navaja, o un tanque de guerra para enfrentar una agresión a pedradas; de la misma manera, es desproporcionada la defensa cuando el atacado toma el cuchillo de un matarife para rechazar a quien le golpea con los puños. Por el contrario, dadas las circunstancias, puede ser proporcionada la defensa por parte del anciano postrado en una silla de ruedas que se defiende de la agresión llevada por un corpulento atleta de

⁸⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 368: “bajo ciertas circunstancias puede ser por tanto «necesario» matar al agresor que quiere robar la cartera si no existe otra posibilidad de defensa menos lesiva”; JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 472: “cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor”; con restricciones WELZEL, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 126. En contra, ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 697; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 647: “el alto rango de la vida humana (arts. 1 y 2 GG) no autoriza a matar o lesionar gravemente a personas en defensa frente a agresiones irrelevantes”.

⁹⁰ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed. pág. 357.

dos metros de estatura, utilizando un revólver, etc. Es que, como ha dicho la más acertada doctrina, la proporcionalidad debe ser medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido⁹¹.

Este requisito es tan indispensable como el de la necesidad de la defensa sin la que no es concebible, pues la presupone y se constituye en su medida; no obstante, es frecuente confundir ambas exigencias, aunque no faltan quienes prefieren que el concepto de proporcionalidad sea desterrado de los textos legales y de los tratados sobre la materia, por ser antifilológico y no tener origen dogmático⁹². Incluso, se aduce que es incompatible con el fundamento de la causa de justificación, pues se dice que “la reacción defensiva puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión al bien jurídico y al ordenamiento jurídico”⁹³. Ante tales afirmaciones solo resta sostener que si algún requisito es claro y acorde con la razón de ser de esta justificante, ese es el de la proporcionalidad.

Como es apenas natural, cualquier exceso o falta de proporcionalidad entre la defensa y la agresión por parte del agredido lo sustrae automáticamente de los linderos de la justificante, y lo lleva a incurrir en un comportamiento punible si se verifica además la culpabilidad⁹⁴; se habla, por ello, de una figura extensible a todas las causales de exclusión de la antijuridicidad: *el exceso en las causales de justificación* (C. P., art. 34: “En Los casos contemplados en este Capítulo, cuando el responsable del hecho se exceda de los límites señalados por la ley o por la necesidad, será sancionado con

⁹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., pág. 235; DÍAZ PALOS, *La legítima defensa*, pág. 69. En cambio, ROMERO SOTO (*Derecho penal*, t. I, pág. 405) y GÓMEZ LÓPEZ (*Legítima defensa*, pág. 302) se muestran partidarios de un criterio objetivo-subjetivo: “ni tan subjetivo que abandone al miedo del individuo ofendido la justificación de su conducta, ni tan objetivo que prescinda de todo factor humano”, dice el primero de ellos.

⁹² Así COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, pág. 268; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 235, que, pese a negar en un comienzo la exigencia de proporcionalidad (“*es incompatible con el fundamento de la causa de justificación de la legítima defensa la exigencia de proporcionalidad*”, o de que no exista una gran desproporción, entre el mal causado en la reacción defensiva y el que se pretendía producir con la agresión ilegítima”: pág. 225), termina aceptándolo (“La reacción defensiva será ilícita, por ello, cuando *aparezca como absolutamente desproporcionada* no con el bien jurídico agredido, sino con la entidad del ataque”: pág. 237, donde ilustra su explicación con el caso del propietario que da muerte al ladronzuelo que sustrae un mendrugo de pan, pequeñas cantidades de fruta o de dinero).

⁹³ Cfr. CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., págs. 235.

⁹⁴ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed. pág. 361.

pena que no sea la menor de la sexta parte ni exceda la mitad señalada para el hecho punible).

D. El ánimo de defensa. Finalmente, se requiere el *ánimo* o la *voluntad de defensa*⁹⁵, elemento de carácter subjetivo —esto es, el aspecto subjetivo de este tipo permisivo— deducible del empleo que hace el legislador de la preposición “en”; se requiere, pues, la actuación del agente con “voluntad de legítima defensa”, lo que no impide su compatibilidad con otras motivaciones⁹⁶. Para decirlo de manera más precisa: la persona debe obrar con conocimiento de la situación de defensa necesaria y con voluntad de hacerlo⁹⁷. No obstante, la más tradicional doctrina causalista niega que se requiera la concurrencia de esta exigencia, pues para ella solo cuenta la situación objetiva de legítima defensa⁹⁸; por lo que, para acudir al conocido ejemplo de cátedra, el cazador que mata en la montaña al enemigo con un tiro de fusil y, posteriormente, se demuestra que en el momento en el que lo hizo el occiso se disponía a dispararle, queda cobijado por la justificante. Es más, con tal manera de razonar debería admitirse como justificada la conducta de quien crea el pretexto de legítima defensa.

Ahora bien, cabe preguntar, ¿qué pasa cuando *el agente cumple todos los requisitos objetivos y no concurre el subjetivo*? Como es obvio, no puede reconocerse la justificante, pero ello no significa que el grado de injusto sea igual; desde luego, como

⁹⁵ Sobre ello, KÜHL, *Strafrecht*, 5ª ed., págs. 143 y ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht*, 36ª ed., pág. 122; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht*, pág. 163; EBERT, *Strafrecht*, 3ª ed., pág. 77; CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, págs. 201 y ss.; TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches*, 6ª ed., t. I, pág. 132; HURTADO POZO, *Manual*, 3ª ed., pág. 542; SCHMIDT, *Strafrecht*, 4ª ed., pág. 147; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, pág. 144; KIENAPFEL/HÖPFEL, *Strafrecht*, 11ª ed. pág. 54; DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, t. I, pág. 408; MIR PUIG, *Derecho penal*, 7ª ed., pág. 437.

⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, 3ª ed., págs. 206 y ss.; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6ª ed., pág. 239; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 367; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 719; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 667; ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, págs. 392 y ss.

⁹⁷ Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed., págs. 359-360.

⁹⁸ Así, MEZGER, *Tratado*, I, pág. 458; aunque luego rectifica su criterio (*Derecho penal. Parte general*, págs. 170 y 171). En la doctrina nacional defiende la postura objetivista FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (*Derecho penal*, t. II, 2ª ed., pág. 332); en contra: ROMERO SOTO (*Derecho penal*, t. I, pág. 398), al invocar las injusticias a que conduce tal tesis: “no puede prescindirse del aspecto subjetivo, puesto que repugna al sentido de equidad considerar que hay legítima defensa en quien da muerte a otro con la intención de vengarse o de robarlo, y ve justificada su acción solo porque ese otro, sin que el agente se diera cuenta, le estaba apuntando con un arma o se proponía robarlo”; y GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 235 y ss., con argumentos irrefutables.

se advirtió, este evento difiere de la hipótesis de la *defensa putativa* en la que se presenta el aspecto subjetivo pero falta el objetivo, como lo demuestran este par de ejemplos: el transeúnte dispara en una calle oscura sobre un desconocido quien —al hacer movimientos muy sospechosos— intenta sacar un pañuelo, lo que aquél interpreta como el ademán de extraer un arma; el vigilante de un banco, prevenido por la ola de atracos a esas entidades, dispara sobre el hombre que de manera sospechosa se pasea ante la puerta del establecimiento portando un estuche contentivo de un taco de billar desarmable —que él creía un arma—, mientras la esposa hacía una diligencia en dicho sitio⁹⁹.

IV. LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LEGÍTIMA DEFENSA

En virtud de esta figura, también denominada *legítima defensa privilegiada*¹⁰⁰, se presume que actúa en una situación de defensa necesaria quien rechaza la agresión proveniente de un extraño que, de manera indebida, penetra o intenta hacerlo en su habitación o dependencias inmediatas; por eso, dice el inciso 3° del art. 32: “Se presume que actúa en legítima defensa quien razonablemente repele al que, sin su consentimiento, ha ingresado a su residencia, morada, casa o habitación”. La institución es muy antigua¹⁰¹ y apareció por primera vez en el C. P. colombiano de 1837 (art. 626, ords. 2° y 3°), de allí pasó al de 1890 (art. 591), ambos antecedentes comunes a Panamá. En verdad, son dos las hipótesis comprendidas en el texto legal: la del *rechazo del asaltante diurno o nocturno* y la *del extraño en el hogar*.

A. Concepto. Se trata de una figura en cuya virtud el ordenamiento jurídico, en aras de velar de mejor manera por la protección de los bienes jurídicos, supone que cuando el agente actúa en ciertas circunstancias obra en ejercicio de una defensa legítima que —

⁹⁹ Cfr. *NFP*, núm. 7, Medellín, Acosta, 1980, págs. 140 y ss.; es ilustrativa la casuística expuesta por AGUDELO BETANCUR, *Defensa putativa*, págs. 109 y ss.

¹⁰⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, *Derecho penal*, t. I, pág. 377; POLITOFF LIFSCHITZ/MATUS ACUÑA/RAMÍREZ G., *Lecciones*, 2ª ed., 225.

¹⁰¹ Sobre ello, CASTILLO GONZÁLEZ: *La legítima defensa*, págs. 105 y ss.; ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, págs. 411 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, IV, 3ª ed., págs. 274 y ss.; REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, págs. 221 y ss.

para el caso— se presume. Esta modalidad de defensa necesaria no difiere, sin duda, de la general ya estudiada, por lo que sus requisitos conformadores son en esencia los mismos; no obstante, deben hacerse algunas precisiones: la defensa privilegiada supone, desde luego, una *presunción de carácter legal* que admite prueba en contrario¹⁰², pues se presupone que las exigencias ya examinadas concurren en favor del defensor quien —de esta manera— se ve investido de un *privilegio probatorio* no extensible a las exigencias sustantivas; por tanto, si se demuestra la inexistencia del ánimo de defensa, o la ausencia de proporcionalidad entre la repulsa y el ataque, o que no hubo agresión, etc., el morador o dueño de casa no puede ampararse en la justa causa.

B. Requisitos. Las exigencias para que se configure esta eximente, son las mencionadas a continuación:

1. *Que el agresor sea un extraño.* Esto es, debe tratarse de una persona que carezca de interés o de motivo justificado para penetrar en el domicilio ajeno, así no sea desconocida, pues un enemigo puede ser bien conocido¹⁰³; no son extraños, por consiguiente, los huéspedes, los invitados, los inquilinos, los obreros que hacen una reparación, los novios de las hijas, el galeno que atiende a alguien, etc. Por el contrario, lo serán el asaltante diurno o nocturno sorprendido cuando empaca los objetos de valor de la casa; el perverso que aprovecha la tranquilidad de la noche para violentar sexualmente a uno de los moradores; el que desde el tejado se dedica a observar la hermosa mujer en prendas íntimas, a través de una abertura, etc.

¹⁰² Cfr. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, pág. 213; REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, págs. 221 y ss.; el mismo: *Derecho penal*, 10ª ed., pág. 171; ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, pág. 414; COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, págs. 311 y ss.; ZAFFARONI, *Tratado*, t. III, pág. 620; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 630; GÓMEZ LÓPEZ, *Teoría*, págs. 614 y 615. También en la doctrina y jurisprudencia francesas se admite que la presunción es legal. Cfr. PRADEL, *Droit pénal*, 15ª ed., pág. 310.

¹⁰³ FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, 10ª ed., pág. 302.

2. Que sea el lugar donde se vive. Esto es, el hecho debe llevarse a cabo en la casa o departamento habitado, o en sus dependencias inmediatas¹⁰⁴, sin que sea necesario morar en ellas permanentemente, aunque sí que se ocupen al momento de la penetración¹⁰⁵ cuando se trate de la hipótesis del asaltante diurno o nocturno, no así si se rechaza al extraño en el hogar; así se infiere del empleo de las expresiones “residencia, morada, casa o habitación” que utiliza la ley. Quedan de esta manera excluidos los teatros, templos, almacenes, etc., y todo lugar que solo sea ocasionalmente habitado, con excepción de sitios como un cuarto de hotel, un camarote de una embarcación, una casa móvil, etc. El hecho de que la ley busque proteger el domicilio no significa, sin embargo, que solo se tutelen “intereses patrimoniales” como lo quiere algún sector doctrinario¹⁰⁶, pues ello supondría que la presunción en estudio solo cabe cuando se trata de atentados contra el patrimonio económico, lo que no es cierto si se tiene en cuenta que el extraño puede perseguir atentar contra la vida, el pudor sexual, la autonomía personal, la intimidad, etc.

3. La agresión debe ser actual o inminente y de carácter injusto. Por ello, son válidas las explicaciones consignadas más arriba, con la diferencia de que aquí deben ser producto del intento de introducirse en la habitación ajena o de la penetración en esta de manera indebida; o, como dice la ley sin el “consentimiento” del dueño de casa o morador. Naturalmente, la forma como está redactada la ley en este punto no deja de ser insatisfactoria, pues lo que interesa no es tanto el consentimiento o no del morador sino la presencia del extraño en el hogar de forma indebida; se afirma lo anterior porque la presencia del extraño, así no sea consentida, se puede deber a otras causas que lo

¹⁰⁴ Por *dependencias inmediatas* deben entenderse los patios, el garaje, el jardín, la piscina, las canchas, los depósitos de víveres o enseres, etc. Cfr. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, pág. 214; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, pág. 495.

¹⁰⁵ FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, 10ª ed., pág. 301; ROMERO SOTO (*Derecho penal*, t. I, pág. 416) cree, sin embargo, que “el domicilio debe estar en uso, no en el sentido de que sus habitantes se encuentren en él en el momento de consumarse la infracción, es decir, de suceder el escalamiento o fractura, sino de que haya una presencia de voluntad por parte de ellos para rechazar la intromisión”.

¹⁰⁶ Así REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 11ª ed., pág. 171; en contra, desde el plano del derecho chileno, COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal*, t. II, pág. 313.

permitan como sucede con quien, a título de ejemplo, penetra en virtud de una calamidad doméstica, o de invitaciones por parte de algún morador, etc.

De todas maneras, sería conveniente que el legislador suprimiese esta figura y estableciera el mismo rasero para todos los casos para lograr desterrar odiosos privilegios probatorios que, como éste, no tienen razón de ser en una sociedad civilizada; y que, ni siquiera en organizaciones sociales tan convulsionadas como la las latinoamericanas, tienen explicación. De lo que se trata, pues, es de acabar de una vez por todas, con esta ominosa institución, que tan escandalosas situaciones ha propiciado en la práctica judicial de nuestros países. Por ahora, mientras la transformación legal se produce, la única alternativa es exigir en todo caso el lleno de los requisitos de la legítima defensa verdadera¹⁰⁷, como lo plantea la doctrina más conveniente, pues si algo está claro es que esta figura —como ocurre en otras latitudes— “distorsiona todo el sistema de la legítima defensa general”¹⁰⁸.

De todas maneras, así resulte evidente que esta construcción no tiene hoy su razón de ser, la verdad es que el legislador panameño le ha puesto una cortapisas a su reconocimiento, pues se requiere que la acción de repeler al extraño o al asaltante se debe ejercer de forma ponderada, equilibrada, sin excesos; por eso dice: “quien *razonablemente* repele...”.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER: *Defensa putativa. Teoría y práctica. Aspectos jurídicos y psicológicos, doctrina, jurisprudencia, preguntas, casos y problemas*, Medellín, Colección Nuevo Foro Penal, 1990.

¹⁰⁷ Así, REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 11ª ed., pág. 171: “resulta hoy difícil comprender este privilegio otorgado sin el lleno de los requisitos propios de la legítima defensa verdadera”; en contra GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, págs. 417 y ss.

¹⁰⁸ Véase CASTILLO GONZÁLEZ, *La legítima defensa*, págs. 330 y 342.

ANTÓN ONECA, JOSÉ: *Derecho penal*, Madrid, 2ª. ed., anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Akal, 1986. (cit. *Derecho penal*).

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Principios de derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Madrid, Akal, 1998 (cit. *Principios*).

BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH/MITSCH, WOLFGANG: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 11ª edición, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2003 (cit. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*).

BOCKELMANN, PAUL: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3ª ed., München, C.H. Beck, 1979 (cit. *Strafrecht*).

BOCKELMANN, PAUL/KLAUS VOLK: *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 4ª ed., München, C.H. Beck, 1987 (cit. BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht*).

BRINGEWAT, PETER: *Grundbegriffe des Strafrechts*. Grundlagen-Allgemeine Verbrechenslehre-Aufbauschemata, Baden-Baden, Nomos, 2003 (cit. *Grundbegriffe*).

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN/ HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Madrid, Trotta, 2006.

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO: *La legítima defensa*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, parte general II, Teoría jurídica del delito, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 2004 (cit. *Curso*).

CIRINO DOS SANTOS, JUAREZ: *A Moderna Teoria do Fato Punível*, 4ª ed., Curitiba, Gráfica Vicentina Editora Ltda, 2005 (cit. *A Moderna*).

COUSIÑO MAC IVER, LUIS: *Derecho penal chileno*, t. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979 (cit. *Derecho penal*).

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *Derecho penal español*, Parte general. Nociones introductorias, Teoría del Delito, 3ª edición, Madrid, Dykinson, 2002 (cit. *El Derecho penal*).

DE FIGUEIREDO DIAS, JORGE: *Direito penal*, Parte geral, t. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 (cit. *Direito penal*).

DÍAZ PALOS, FERNANDO: “Antijuricidad”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. II. Barcelona, Seix Editor, 1950, págs. 703 y ss.; el mismo: *La legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, ts. I y II, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1986/1989, hay reimpresión (cit. *Derecho penal*); t. 1, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Tratado de derecho penal*, ts. I y II, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970 (cit. *Tratado*).

— *Derecho penal*, Introducción y parte general, 10ª ed. a cargo de Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983 (cit. *Derecho penal*).

FRISTER, HELMUT: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2007 (cit. *Strafrecht*).

FUCHS, HELMUT: *Österreichisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, 6ª ed., Wien/New York, Springer Verlag, 2004 (cit. *Österreichisches*).

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Legítima defensa*, Bogotá, Temis, 1991.

— *Teoría del Delito*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003 (cit. *Teoría*).

HAFT, FRITJOF: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Eine Einführung für Anfangssemester, 9ª ed., München, C.H. Beck, 2004. (cit. *Strafrecht*).

HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de derecho penal*, Parte general I, 3ª ed., Lima, Grijley, 2005 (cit. *Manual*).

— *Droit pénal*, partie générale t. I, 2ª ed., Zurich, Schulthess, 1997 (cit. *Droit*).

— *Droit pénal*, partie générale t. II, Zurich, Schulthess, 2002 (cit. *Droit*).

— *Nociones básicas de derecho penal*, ciudad de Guatemala, Organismo Judicial de Guatemala, 1999 (cit. *Nociones*).

— *Droit pénal*, partie générale, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2008.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995 (cit. *Derecho penal*).

JESCHECK, HANS HEINRICH/ THOMAS WEIGEND: *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002 (cit. *Tratado*).

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Losada, 3ª ed. 1976; 7 (cit. *Tratado*).

KIENAPFEL, DIETHELM/FRANK HÖPFEL: *Grundriss des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 11ª ed., Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2005 (cit. *Strafrecht*).

KINDHÄUSER, URS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005.

KINDHÄUSER, URS: *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 2ª ed., Baden-Baden, 2005 (cit. *Strafgesetzbuch*).

KINDHÄUSER, URS/NEUMANN, ULFRID/PAEFFGEN, HANS ULLRICH: *Strafgesetzbuch*, t. I, 2ª ed., Baden-Baden, 2005 (cit. *Strafgesetzbuch*), con la colaboración de: Hans-Jörg Albrecht, Karsten Altenhain, Lorenz Böllinger, Gerhard Dannecker, Frieder Dünkel, Helmut Frister, Monika Frommel, Winfried Hassemer, Uwe Hellmann, Felix Herzog, Walter Kargl, Urs Kindhäuser, Lothar Kuhlen, Michael Lemke, Klaus Marxen, Reinhard Merkel, Ulfrid Neumann, Heribert Ostendorf, Hans Ullrich Paeffgen, Helmut Pollähne, Ingeborg Puppe, Andreas Ransiek, Wolfgang Schild, Bernd-Rüdeger Sonnen, Franz Streng, Brigitte Tag, Friedrich Toepel, Bernhard Villmow, Thomas Vormbaum, Wolfgang Wohlers, Rainer Zaczek y Gabriele Zwihehoff.

KÜHL, KRISTIAN: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª edición, München, Verlag Vahlen, 2005 (cit. *Strafrecht*).

LOZANO Y LOZANO, CARLOS: *Elementos de derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Lerner, 1961, (reimpresión de la publicada por la Universidad Nacional, 1ª ed., 1950); 3ª ed. (reimpresión), Bogotá, Temis, 1979 (cit. *Elementos*).

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978.

MAIA GONÇALVES, MANUEL LOPES: *Código Penal Português. Anotado e comentado e legislação complementar*, 15ª ed., Coimbra, Almedina, 2002 (cit. *Código penal*).

- MANZINI, VINCENZO: *Trattato di diritto penale*, vols. I y II, 5ª ed., actualizado por P. Nuvolone y G. D. Pisapia, Torino, UTET, 1981 (cit. *Trattato*).
- MAURACH, REINHART: *Tratado de derecho penal*, ts. I y II, trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, 1962 (cit. *Tratado*).
- MAURACH, REINHART/ HEINZ ZIPF: *Derecho penal*, Parte general, vol. 1, trad. de la 7ª ed. alemana a cargo de Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994 (cit. *Derecho penal*).
- MEZGER, EDMUND: *Tratado de derecho penal*, 2 ts., trad. y notas de la 2ª ed. alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955-1957 (cit. *Tratado*).
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, parte general, 7ª edición, Buenos Aires-Montevideo, Julio Cesar Faria Editor, 2004 (cit. *Derecho penal*).
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/MERCEDES GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, Parte general, 6ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2004 (cit. *Derecho penal*).
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1982.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal*, Partes general y especial, 5 ts., Bogotá, Temis, 1981-1982 (cit. *Derecho penal*).
- POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO: *Derecho penal*, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1997 (cit. *Derecho penal*).

POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO/JEAN PIERRE MATUS ACUÑA/MARÍA CECILIA RAMÍREZ G.: *Lecciones de Derecho penal Chileno*, Parte General, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005 (cit. *Lecciones*).

PRADEL, JEAN: *Droit pénal général*, 15ª edición, Paris, Cujas, 2004 (cit. *Droit pénal*).

QUINTERO OLIVARES, GONZALO/FERMIN MORALES PRATS/JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ/JOSEF MIQUEL PRATS CANUT/JOSÉ MARÍA TAMARIT SUMALLA/RAMÓN GARCÍA ALBERO: *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, Aranzadi, 2ª ed., 2001. Director: Gonzalo Quintero Olivares/Coordinador: Fermín Morales Prats.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO/ FERMÍN MORALES PRATS: *Parte General del Derecho Penal*, 1ª ed., Madrid, Aranzadi, 2005 (cit. *Parte general*).

REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *La antijuridicidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3ª ed. 1981/1ª ed. 1974.

— *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1972; 10ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986; 11ª ed., Bogotá, Temis, 1987 (cit. *Derecho penal*).

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE: *Derecho penal*, Parte general, 2 vols. Bogotá, Temis, 1969 (cit. *Derecho penal*).

ROXIN, CLAUS: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, t. I, 4ª ed. Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C. H. Beck, 2006 (cit. *Strafrecht*). También, 1ª ed., 1991, 3ª ed., 1997.

— *Derecho penal*, Parte general tomo I, trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997 (cit. *Derecho penal*).

SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME: *Legítima defensa. Los derechos defendibles. Estudio comparativo en los derechos español y colombiano*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1994.

— “Anotaciones críticas al fundamento y naturaleza de la legítima defensa en Colombia”, en *NFP*, núm. 37, Bogotá, Temis, 1987, págs. 287 y ss.

— “Reflexiones sobre la legítima defensa”, en *NFP*, núm. 48, Bogotá, Temis, 1990, págs. 215 y ss.

SCHMIDT, ROLF: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, 4ª ed., Bremen, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2005 (cit. *Strafrecht*).

SCHÖNKE, ADOLF (ediciones 1ª a 7ª)/ SCHRÖDER, HORST (ediciones 7ª a 17): *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27ª edición, München, C. H. Beck, 2006. Reelaborado por Peter Cramer (ediciones 18 a 26) y Theodor Lenckner, Albin Eser, Walter Stree, Jörg Eisele, Günther Heine, Walter Perron, Detlev Sternberg-Lieben y Ulrike Schittenhelm (cit. *Strafgesetzbuch*).

SISCO, LUIS PABLO: *La defensa justa*, Buenos Aires, El Ateneo, 1949.

STRATENWERTH, GÜNTHER/LOTHAR KUHLEN: *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., Köln, Carl Heymanns, 2004 (cit. *Strafrecht*).

TRECHSEL, STEFAN/PETER NOLL: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zurich, Schulthess, 6a. ed., 2004 (cit. *Schweizerisches*).

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 2ª ed. castellana, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976 (cit. *Derecho penal*).

WESSELS, JOHANNES/WERNER BEULKE: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil. 36ª edición, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2006 (cit. *Strafrecht*).

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de derecho penal*, Parte general, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1980-1983 (cit. *Tratado*).

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal*, parte general, 2ª ed, Buenos Aires, Ediar, 2002 (cit. *Derecho penal*).

EL DOLO EN EL CÓDIGO PENAL DE 2000

RICARDO POSADA MAYA

Profesor de Derecho penal de la Universidad de los Andes, Bogotá.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende examinar el alcance y el sentido material de la figura dogmática del dolo, prevista en el artículo 22 del Código Penal (Ley 599 de 2000) como forma de imputación subjetiva general de la conducta punible (artículo 21), de la siguiente manera: “[/]a conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Una exploración preliminar sobre el asunto permite advertir que el dolo está en crisis en la doctrina penal moderna¹. Justamente, es visible la interminable disputa conceptual entre diversas corrientes ontológicas y normativas en España y Alemania, que sin duda ha marcado una caótica profusión teórica en la materia, hasta el punto de que cada autor parece sostener un modelo conceptual y sistemático distinto².

¹ Así, por ejemplo: EUGENIO RAÚL ZAFFARONI; ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal*, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2001, pág. 11. Los autores señalan como causa de tal crisis, la rechazada administrativización del derecho penal.

² Cfr. GIOVANNI FIANDACA; ENZO MUSCO, *Derecho penal*, Parte General, 4ª ed., (Trad. Luis Fernando Niño), Bogotá, Temis, 2006, págs. 352 y 353; CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Colección autores de Derecho Penal (Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Dirs.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, págs. 455 y ss.

Así, en primer lugar, se advierten *las perspectivas ontológicas del dolo*³. Este grupo de concepciones dominantes afirma —con múltiples matices y divergencias— que el dolo es una noción sistemática (C.P., artículo 9°) cimentada en los datos de la realidad incursos en los procesos psicológicos —cognitivos y volitivos— que tienen lugar en la mente del sujeto⁴. Procesos inherentes a la actuación del agente en el mundo exterior. El dolo, por tanto, estaría estructurado por el conocimiento y la voluntad de realización del sujeto respecto de los supuestos típicos previstos en la parte especial del ordenamiento jurídico⁵. En este sentido, la pregunta que formularían dichas teorías, para verificar la existencia del dolo, sería: ¿el sujeto ha actuado o no con conocimiento de los hechos y con “voluntad” de realización de ellos?

En segundo lugar, se observan *las perspectivas normativas*, en virtud de las cuales —también con amplios matices— se afirma que el dolo no depende estructuralmente de los fenómenos internos o psicológicos que el sujeto padezca al momento de realizar la conducta punible, sino que depende de aquellos criterios jurídicos que el legislador penal estima pertinentes de dicha realidad, en la creación del

³ Vid. RAMÓN RAGÚES I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pág. 205.

⁴ Cfr. *ibid.*, pág. 60.

⁵ Sobre el tema: cfr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1986, pág. 294; GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA; JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60 (ene.–abr. 1999), págs. 7 y 8; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 241; REINHART MAURACH; KARL HEINZ GÖSSEL; HEINZ ZIPF, *Derecho penal*, Parte General, vol. 1, (Trad. Jorge Bofill Genzsch), 7ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 376; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 29; CLAUDIUS ROXIN, *Derecho penal*, Parte General (Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, pág. 308; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte General, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1997, págs. 406 y 407; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 495; *id.*, *Manual de derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 399.

concepto jurídico-penal⁶. Precisamente, lo que se considera doloso implica un proceso de adscripción e imputación jurídica a partir de los fines de la pena y del Derecho penal, que dependen de un “determinado” conocimiento o voluntad. Fines que se precisan en cada caso concreto, si tal cosa es posible, para imputar la conducta punible al sujeto a título doloso⁷.

Como lo expone RAGUÉS I VALLÈS⁸, la concepción normativa busca determinar (adscribir) los presupuestos indispensables para sancionar una conducta imputable a título de dolo, algunas veces desde el punto de vista del criterio de la protección de los bienes jurídicos; pero en todo caso prescindiendo, redefiniendo u omitiendo en dicho proceso de imputación “subjetiva”, los aspectos psicológicos o emocionales que enmarcan la actuación del sujeto, desde una perspectiva ontológica. Así, cuando se determina que cierto comportamiento lesivo requiere “valorativamente” una pena a título doloso, aun cuando falte “determinado” conocimiento o cierta voluntad de realización del resultado (pues lo importante es la voluntariedad en la realización de la conducta), se impone dicha sanción por razones político-criminales. La pregunta que

⁶ Asumen dicha concepción: BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, Colección de estudios, núm. 26 (Dir. Eduardo Montealegre Lynett), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, págs. 15 y 16; JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), *Derecho penal*, Parte General, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, págs. 494 y 495. Explica el tema ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito: especial consideración a los fundamentos del delito imprudente*, Colección Sistema Penal, núm. 2, Medellín, Ediciones Jurídicas Diké, 1998. pág. 71; JOSÉ CEREZO MIR, “Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006, pág. 88, “[...] es preciso observar que el hecho de que la palabra dolo exprese en castellano un concepto jurídico no prejuzga en absoluto cuál haya de ser el contenido de dicho concepto”. Es decir, simplemente expresa la conciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo; JOSÉ, CEREZO MIR, “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho Penal Español”, en *Obras completas, op. cit.*, págs. 187 a 193.

⁷ Precisamente: ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 495, sostienen que “[c]uando se dice que una conducta es dolosa no se describe sino que se valora (adscribe) una determinada conducta como más grave que la imprudencia en la medida en que se opone en mayor medida a los fines del derecho penal y al sentido de sus normas” (paréntesis por fuera del texto original).

⁸ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 53; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 46.

hacen dichas teorías es utilitarista: ¿qué criterios sociales y valorativos se necesitan para imputar una conducta lesiva a título doloso?

Ahora bien, en este punto se observa cómo la doctrina reciente ha elaborado una variedad de consideraciones dogmáticas, probatorias y político-criminales que objetan, matizan, desplazan o excluyen de forma tácita o expresa los elementos prejurídicos del dolo (especialmente el elemento volitivo⁹); tal y como han sido desarrollados por las teorías ontológicas tradicionales. En este sentido, LAURENZO COPELLO¹⁰ afirma que las críticas al concepto tradicional del dolo radican en la dudosa afinidad que existe entre los elementos subjetivos, que teóricamente definen el dolo, y los datos de la realidad (empíricos) que pueden ser llevados al proceso como evidencia, para admitir o no su concurrencia en un caso específico.

Para estas posturas, entonces, la reinterpretación del dolo estaría justificada, al menos, en aquellos casos en los cuales el operador jurídico encuentra una barrera práctica difícilmente superable desde el punto de vista probatorio, cuando se tenga que enfrentar la tarea de desentrañar los fenómenos psicológicos internos que determinaron la realización de los hechos constitutivos de la infracción (descripción típica). Por ende, dichos conceptos deberían tener una base fundamentalmente normativa que permita imputar, sin mayores inconvenientes prácticos, un sinnúmero de

⁹ Sobre el particular, cfr. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español*, Parte General, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2002, págs. 648 a 654; MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 53 y 72; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, op. cit., pág. 45; RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., págs. 21 y 275; ENRIQUE ORTS BERENGUER; JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal* (parte general y especial), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 165, califican las teorías volitivas psicológicas como “inútiles intentos”; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, *Derecho...*, op. cit., pág. 496, indican que “[...] en los últimos años no faltan opiniones que reeditando en cierto sentido el viejo debate sobre la naturaleza del dolo, sostienen que se trata del conocimiento de la acción y de sus consecuencias, dejando de lado el elemento volitivo”.

¹⁰ Vid. PATRICIA LAURENZO COPELLO, “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español”, en *El Derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano*, Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo, Medellín, Gustavo Ibáñez, 1999, pág. 138.

tipicidades penales cuya realización voluntaria sea difícilmente demostrable en la práctica judicial.

Desde luego, estas tendencias no son extrañas a la doctrina local. Basta recordar los argumentos de la Fiscalía General de la Nación en la motivación del Proyecto de Código Penal de 1997, para abandonar la fórmula del dolo eventual consagrada en el Código Penal de 1980¹¹. En este sentido, la Fiscalía sostuvo que “[l]a regulación del llamado dolo eventual abandona las clásicas consideraciones, toda vez que no adopta las teorías intelectual y/o volitiva como se han venido entendiendo, habida cuenta que, tal como se presenta la actual regulación, la diferencia entre tal figura y la culpa con representación depende de un ejercicio metafísico imposible de ser constatado por la praxis judicial. En efecto, ningún dato de carácter externo está en posibilidad de suministrar al funcionario, por la vía de la inferencia, herramientas para determinar si el sujeto «aceptó» el resultado previsto como posible, lo cual implica en la gran mayoría de los casos una extrema discrecionalidad judicial sujeta a la pura especulación probatoria, y en los menos, el aceptar, indefectiblemente, que el proceso de imputación subjetiva quede en manos del sindicado”.

Sin embargo, es incierto que las dificultades prácticas que los operadores jurídicos puedan tener para demostrar los datos internos (empíricos) que estructuran la definición tradicional del dolo avalorado, especialmente su aspecto volitivo, o para

¹¹ Cfr. C. S. de J., sent. 3 junio 1994, Rad.: 8920, M. P.: Edgar Saavedra Rojas. En nuestro ámbito, esta posición es asumida por CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, “Aspectos político-jurídicos que informan al nuevo Código Penal”, en *Memorias, jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002, pág. 41. El artículo 36 del decreto 100 de 1980, vigente hasta julio de 2001, expresaba literalmente que: “[l]a conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”; ABELARDO RIVERA LLANO, *Derecho Penal Postmoderno*, Bogotá, Temis, 2005, págs. 521 y ss. En realidad, el autor, en la pág. 523 afirma que “[s]uperado el paradigma naturalista en el dolo eventual, no hay pues, una dirección del proceso hacia la afectación de un bien jurídico; solo está la probabilidad del hecho típico; si esa probabilidad desaparece, no hay dolo eventual. Eso explica que la estructura que fundamenta dicho dolo sea la misma de la culpa, superándose así la concepción tradicional del llamado dolo eventual [...]”. Postura que, como se dirá, contradice el texto del artículo 23 del C. P.

probar los datos externos-objetivos que lo indican, den como resultado un argumento sólido para eliminar total o parcialmente la concepción del dolo con base ontológica; para admitir plenamente las teorías normativas; o para entender que la figura del dolo consagrada en el artículo 22 del Código Penal abandonó las concepciones tradicionales, tal como lo pretendieron los redactores del Proyecto. Como lo indican **FIANDACA y MUSCO**, “[a]ntes bien, dichas dificultades deben afrontarse en su propio terreno, incluso si esto provoca un agravamiento de las cargas probatorias y un aletargamiento de la maquinaria punitiva”¹².

Por varias razones: en primer lugar, porque no es cierto que una construcción intelectualista del dolo elimine, siquiera parcialmente, los problemas prácticos que parecen “legitimar” a las teorías normativas. Por un lado, porque el dolo se sigue demostrando por medio de pruebas indirectas o indiciarias y, por otro, no se puede olvidar que la doctrina penal actual construye la figura de la imprudencia — tradicionalmente cognitiva o intelectual— con base en consideraciones normativas u objetivas, desplazando el concepto ontológico del conocimiento, en razón de los problemas prácticos que dicho elemento implica, por ejemplo, respecto del resultado. Es más, aunque es cierto que —en principio— dichas teorías normativas permiten matizar el problema procesal y constitucional de la “presunción probatoria de la voluntad”, también lo es que a ello se llega por la exclusión legislativa del elemento “voluntativo del dolo”; lo que implica invisibilizar el problema, porque dicho elemento seguirá siendo un referente práctico imprescindible para el operador jurídico, sobre todo, cuando trate de distinguir las hipótesis imprudentes de las dolosas.

¹² FIANDACA; MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 354. En la misma línea crítica, cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ; HERNÁN, HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006, pág. 209; MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 273, indican que lo mejor para probar el elemento volitivo del dolo es recurrir a ciertos indicadores objetivos, a partir de los cuales se pueda deducir si hubo o no una decisión en contra del bien jurídico como, por ejemplo: i) el riesgo o peligro para el bien jurídico, y ii) la capacidad de evitación del resultado; ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, pág. 465.

En segundo lugar, porque no es cierto que haya consenso teórico sobre lo que significa el elemento cognitivo del dolo, en sentido normativo puro, o sobre sus presupuestos. Así, entender que el dolo cognitivo se basa en el conocimiento que el legislador considera suficiente según la conducta tipificada y los fines de la pena, para poder imputar al sujeto dicha conducta a título doloso, solo significa que el único conocimiento operativo en la imputación subjetiva del delito sea el conocimiento privado del juez, que para el caso fungiría como intérprete válido del espíritu del legislador, lo que quiera que ello signifique. Por ello, dichas posturas terminan extremando la discrecionalidad jurídica del operador, severamente cuestionada respecto al elemento volitivo; pero esta vez sobre la base misma del concepto normativo del dolo. Dicho lo cual, difícilmente se garantiza la seguridad jurídica como se pretende, y solo se favorece la construcción de un concepto que cumpla con las exigencias de un Derecho penal cada vez más eficientista y funcional.

En tercer lugar, como lo sostienen ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, porque “[n]inguna disciplina particular puede usurpar la función de la ontología, pretendiendo la aprehensión de los entes como realidad en sí. Tal pretensión conduce al autoritarismo [...]”¹³. De nuevo, no se trata de inventar o reinventar idealmente los conceptos del Derecho penal, ignorando los datos sociales o la realidad precedente (la realidad subjetiva del agente), con fundamento en un normativismo puro; porque parafraseando al mismo autor, una construcción del concepto del dolo en estas condiciones sería “*un emprendimiento tan imposible como hacer medicina sin incorporar los datos fisiológicos [...]*”¹⁴. Es más, no se puede olvidar que las clasificaciones del dolo suponen simplificaciones y reducciones de los procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto¹⁵.

Precisamente, un concepto de dolo construido sobre bases exclusivamente ideales implicaría hablar de un “dolo típicamente determinado”, teniendo en cuenta que,

¹³ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 3.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 21.

¹⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 270.

para estas teorías, el tipo penal fungiría no solo como “plantilla de recorte objetiva de la acción objetiva”, sino también, como “plantilla de recorte de la acción subjetiva”, ya no en sentido limitador, si no como sentido constitutivo necesario para adecuar un determinado tipo de injusto doloso: el concepto cognitivo sería el objeto señalado de valoración normativa y, al mismo tiempo, la esencia impuesta del dolo como resultado de dicha valoración.

La pregunta metodológica que surge en estas condiciones teóricas es: ¿se puede afirmar que la conducta es la que se adecua al tipo penal? Todo parece indicar que no, entre otras cosas, porque si lo objetivo y lo subjetivo viene determinando exclusivamente por el tipo normativo de injusto sin atender a los elementos de la realidad, o atendiéndolo solo como prerrequisito ontológico sin relevancia determinante en la configuración típica (voluntariedad simple)¹⁶, realmente la conducta comienza a desaparecer como presupuesto sistemático del delito. En fin, estas posturas terminan por confirmar la construcción de la tipicidad como una gran estructura prevalentemente objetiva, cuyo elemento central sería la imputación objetiva. Y se afirma que es prevalentemente objetiva, porque en esta postura no queda claro el papel que tendrían otros elementos subjetivos de naturaleza ontológica en el tipo, como los ánimos o elementos subjetivos especiales, después que el elemento volitivo haya desaparecido por completo del dolo¹⁷.

¹⁶ Vid. ADOLF MERKEL, *Derecho penal*, Parte General, Maestros del derecho penal núm. 13, (Dir. Gonzalo D. Fernández, trad. Pedro Dorado Montero), Montevideo–Buenos Aires, BdeF, 2004, pág. 282, al sostener que la acción resulta “una casual e insignificante propiedad del medio con que se comete el delito”.

¹⁷ No se puede olvidar, como lo señalan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 273, que “[...] todo el problema del dolo desemboca, a la larga, en la demostración de un elemento volitivo respecto al resultado, siendo insuficiente la simple representación de su probable producción. Esto es especialmente evidente en los delitos que exigen un especial elemento volitivo respecto a un determinado resultado [...] y un gran número de delitos en los que el tipo subjetivo se caracteriza por la exigencia clara y manifiesta de un elemento volitivo”; ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, págs. 469 y 480 y ss.

Y finalmente, en cuarto lugar, porque sostener la desaparición del elemento volitivo de la definición del dolo, a causa de las dificultades probatorias relacionadas con los elementos de orden psicológico, implicaría justificar, con un alto costo político-criminal, un modelo de derecho penal que encuentra las tradicionales garantías liberales reconocidas en nuestro medio —el *in dubio pro reo*, la culpabilidad (Const. Pol., artículo 12) o la presunción de inocencia (Constitución, artículo 29; CP, artículo 6° y CPP, artículo 7°)— como obstáculos que entorpecen la administración de justicia penal y la pretensión punitiva del Estado¹⁸. Ello constituiría, en realidad, una vía inversa y autoritaria en la edificación de un concepto de dolo, coherente con la tendencia de administrativizar del Derecho penal.

Desde luego, no se puede olvidar que la doctrina mayoritaria sostiene —con razón— que el elemento volitivo constituye el criterio más importante y práctico, no solo para fundar el concepto de dolo (función de caracterización) y distinguirlo de la imprudencia (función límite), sino también, para explicar y justificar el desigual tratamiento punitivo que el ordenamiento penal dispone para cada una de aquellas (*desvalor* de acción subjetivo), sobre la base de la intensidad de la voluntad del agente respecto al riesgo creado por la conducta contra el bien jurídico tutelado, siendo este último el verdadero motivo que alimenta la discusión científica actual.

Finalmente, es necesario reconocer que tampoco se trata de asumir de forma absoluta los conceptos ontológicos en la construcción de la teoría del delito y, en particular, en la teoría del dolo; porque tal metodología hace a las instituciones jurídicas rígidas e inflexibles respecto de las exigencias político-criminales, como lo ha demostrado ampliamente la evolución dogmática del delito. De este modo, es necesario aceptar que todo saber científico social incorpora invariablemente elementos que proceden de la realidad, los cuales finalmente se adecuan al modelo de Derecho penal que se pretende construir, mediante criterios valorativos que los modulan. Así las cosas, como lo señala DÍAZ PITA¹⁹, en el ámbito del dolo se trata de alcanzar un

¹⁸ Cfr. FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 353.

¹⁹ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 53.

equilibrio afortunado entre el material normativo que llevan implícitos los elementos subjetivos y el fundamento empírico-psicológico del concepto, sobre el cual incide la valoración normativa.

Entre estos dos paradigmas se debaten actualmente las diferentes concepciones volitivas y cognitivas del dolo, sobre todo en lo que concierne al tema del dolo eventual. Tema que sigue siendo un punto polémico en la actual doctrina penal, no solo porque toda construcción específica acerca del dolo eventual afecta la concepción general de este²⁰; sino también, porque el tratamiento punitivo y procesal de muchas hipótesis depende de la diferencia entre dolo e imprudencia que, desde luego, no resulta lo suficientemente clara²¹.

2. TEORÍAS ACERCA DEL DOLO

Estas teorías jurídicas, que bien se pueden suponer como verdaderas justificaciones materiales de la naturaleza, los límites y el concepto del dolo, admiten ser agrupadas al menos en tres variantes distintas. Advirtiendo que, aunque generalmente estas se estudian para explicar el dolo eventual, en la actualidad también son relevantes para precisar el concepto general, después que se advierte la enorme influencia de las corrientes cognitivas de corte normativo en su construcción jurídica.

En primer lugar, se registran las concepciones con base psicológica o normativa, que afirman que el dolo solo es el conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo, y que resulta superfluo el elemento volitivo. Dicho lo cual, para estas teorías la conducta es dolosa, por lo menos, cuando el sujeto actúa con conocimiento “sospechado” o previsión de los hechos constitutivos de la conducta peligrosa que

²⁰ Cfr. RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 28.

²¹ De este modo, P. Ej.: FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte General, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 266, mencionan la importancia de distinguir entre culpa y dolo eventual de cara a fenómenos como, la tentativa, la imputación objetiva, el desvalor de acción, la cooperación en el delito, etcétera.

realiza y continúa su actuación en contra de un bien jurídico²². Así, por ejemplo: si Juan conoce que le está disparando a Alberto con un arma de fuego, es decir, sabe que está realizando una acción ejecutiva riesgosa que pone en peligro efectivo la vida, existirá al menos una conducta típica dolosa de tentativa de homicidio, precisamente, porque sabe lo que hace y prevé —“tiene ante sus ojos”— la posible consecuencia derivada de la acción.

En segundo lugar, se observan las posturas que, también desde una perspectiva ontológica o normativa, definen el dolo como conocer y querer la realización del tipo objetivo de un delito²³. Teorías que afirman que el aspecto volitivo constituye un elemento estructural irrenunciable en la definición general del dolo; es, por otra parte, insuficiente que el agente conozca sin errores los elementos constitutivos del tipo o, en su caso, el riesgo objetivo que la conducta representa para los bienes jurídicos tutelados por la ley penal. En el caso propuesto, entonces, no basta que Juan conozca

²² Asumen dicha postura: ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho penal*, Parte General, Lima, Ara, 2004, págs. 307 y 309, en la última de las cuales afirma respecto al dolo eventual, que “[e]n el delito activo el elemento volitivo (el querer del autor del hecho que se representa) resulta, en realidad, superfluo, dado que es evidente que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque, al menos, tiene una cierta actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado”; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 647 y ss; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 52; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte General, 7ª ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004, págs. 269 y 270; RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 66. Es bueno anotar que esta corriente considera que la voluntariedad queda comprendida por la acción misma. En general sobre el tema, *vid.* CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, Introducción y Parte General, (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma), 15ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 357; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 433; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, vol. I, Bogotá, Temis, 1982, pág. 270.

²³ Cfr. JOSÉ CEREZO MIR, “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas*, vol. I, Lima, ARA, 2006, págs. 509 y 519; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 376; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 267; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 308; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 297. Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 22, quienes tienen razón cuando afirman que “en el fondo, toda teoría volitiva es mixta, puesto que partiendo de una posición sintética, acentúa que el conocimiento se subordina a la voluntad; nadie quiere algo sin que este algo constituya previamente el objeto del conocimiento, esto es, no puede concebirse una voluntad vacía de contenido”.

o sepa que está realizando una acción ejecutiva que potencialmente puede poner en peligro efectivo la vida de Alberto, también es necesario que quiera, al menos, poner en peligro la vida, para poder imputar al menos una conducta de homicidio tentado.

Y, en tercer lugar, se pueden señalar las posturas mixtas, que argumentan que el dolo eventual es un fenómeno meramente cognitivo, mientras que conservan el elemento volitivo para la figura del dolo directo de primer (intención o directo) y segundo (de consecuencias necesarias o indirecto) grado²⁴. Véanse a continuación algunas de las más importantes concepciones cognitivas y volitivas en la materia, sobre todo en materia de dolo eventual, donde la relación de los conceptos jurídicos es bastante polémica.

A) *Teorías de corte cognitivo*

La más tradicional de las concepciones cognitivas en materia de dolo es la *teoría de la representación o de la posibilidad*. Esta teoría clásica, en principio de marcado acento ontológico, afirma que hay dolo cuando el agente ha previsto al menos como posible la producción del resultado y, a pesar de ello, continúa realizando la acción; con lo cual se entiende que el sujeto actúa de forma voluntaria, porque la sola previsión le

²⁴ En este sentido, cfr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; LUIS ARROYO ZAPATERO; NICOLÁS GARCÍA RIVAS; JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ y JOSÉ RAMÓN, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de derecho penal*, Parte General. 2ª ed., SI., La Ley, 1999, pág. 195, advierten que “[e]n el conjunto de conductas lesivas de los bienes jurídicos se pueden distinguir dos clases distintas según sea la actitud del sujeto respecto del bien jurídico y la dirección de su voluntad. En un primer grupo de casos, el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa de ese modo porque lo que quiere es lesionarlo. En otro grupo de casos, el autor ni busca ni pretende lesionar el bien jurídico, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce su lesión. [...] pues las dolosas son conductas dirigidas por la voluntad contra la propia norma de prohibición a atentar contra el bien jurídico de que se trate y las conductas imprudentes se limitan a desconocer la norma de cuidado”; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 208; HANS HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, Parte General (Trad. de Miguel Olmedo Cardenote), 5ª ed., Granada, Comares, 2002, págs. 314 y 315.

debió haber bastado para no continuar la realización de la conducta²⁵. En este sentido, el objeto de conocimiento que agota el dolo se satisface, de manera general, con la consciencia de las circunstancias en las que se ejecuta la conducta peligrosa, la previsión de la posible causalidad del acto y la previsión de la posible producción del resultado concreto. Para el caso, basta para imputar al agente un delito consumado, que este: i) conozca que está realizando una acción ejecutiva que potencialmente puede poner en peligro efectivo el bien jurídico, y ii) prevea como posible su lesión o peligro según su propia valoración de las circunstancias. Con lo cual, realmente se presume una voluntad ficticia de realización del tipo, porque no es del todo claro que, cuando el sujeto cuenta con la producción posible de las consecuencias, indefectiblemente se conforma con ellas, al ser este un elemento subjetivo adicional al rudimento cognitivo.

Así las cosas, esta concepción rechaza de plano la necesidad de incluir cualquier elemento de carácter volitivo psicológico que funde la definición del dolo, principalmente la del dolo eventual²⁶. A pesar de ello, es posible observar algunas variantes menos radicales que lo mantienen para el dolo directo; lo cual hace muy difícil explicar, de conformidad con el principio lógico de identidad, la existencia simultánea de dos conceptos diferentes para la misma figura dogmática. Además, también resulta complejo sostener la igual punibilidad prevista para las diferentes clases de dolo en el artículo 22 del Código Penal. En realidad, la sola previsión posible de la causación del resultado, como fundamento de la punibilidad de la conducta a título doloso (eventual), resulta cuestionable desde el punto de vista político-criminal²⁷.

Empero, es evidente que esta construcción teórica se funda en pronósticos de posibilidad de producción del resultado. Pronósticos que son enteramente intelectuales

²⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo...*, op. cit., pág. 247; ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, op. cit., pág. 167, en materia de dolo eventual.

²⁶ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, op. cit., pág. 89, indica que "lo que caracteriza unitariamente a las teorías cognitivas es su rechazo de plano a cualquier alusión a la necesidad de un elemento volitivo en la definición del dolo eventual". *Ibidem*, págs. 90 y ss.

²⁷ Cfr. *Ibidem*, pág. 102.

y demasiado abstractos, por lo que resulta insatisfactoria la diferencia entre dolo eventual e imprudencia con representación, tanto desde el punto de vista dogmático como político-criminal. Precisamente, si el agente espera o confía en que posiblemente por las circunstancias no se va a producir el resultado —incluso irracionalmente—, en realidad le está negando a la conducta realizada, desde el punto de vista de su actitud interna respecto a la valoración de dicha posibilidad, la potencialidad lesiva que le ha asignado en abstracto en el mundo exterior; lo cual equivale a no contar seriamente con la producción del resultado, a no aceptarlo y a no incluirlo en el plan criminal (culpa consciente). Por tal motivo, se puede afirmar que en estos casos el agente pierde toda incidencia concreta en la causación real de la conducta punible, desvirtuando dicha forma de imputación subjetiva en los delitos de lesión.

Una segunda posición, realmente variante cuantitativa de la primera, es la *teoría de la probabilidad*. Para esta elaboración teórica, el dolo (eventual) no se satisface con la mera previsión del agente respecto de la “posible” producción del resultado como consecuencia de la conducta peligrosa realizada, sino que, además, es imprescindible que el agente realice, según sus capacidades personales, un juicio de mayor grado intelectual (probabilidad) sobre la producción del supuesto típico²⁸. De este modo, solo podrá considerarse dolosa una conducta, cuando la probabilidad (previsión) sea tan elevada según la valoración del agente sobre las circunstancias de realización de su conducta, que no resulte irrazonable o improbable la producción del resultado²⁹. Por el contrario, si el agente ha previsto el resultado concreto como algo muy improbable, solo posible, imposible por cualquier clase de factor o no lo ha previsto siendo previsible, entonces habrá imprudencia con representación³⁰ o sin ella. De lo cual resulta fácil

²⁸ Vid. *Ibidem*, págs. 95 y ss; GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 9; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 388 y 389; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 67; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 435.

²⁹ Véase ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 436.

³⁰ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 70.

advertir cómo se introduce en los procedimientos de cognición la necesidad de especular la probabilidad de causación del resultado en el caso concreto³¹.

Así las cosas, estas posturas suponen que la sola previsión de la producción del resultado típico evidencia, inequívocamente, la voluntad de realización del agente. Pues un hombre sensato —se dice— no habría confiado en la no producción de la infracción típica en dichas condiciones concretas de riesgo, de cara a los bienes jurídicos protegidos. Desde este punto de vista, poco importa la causa por la cual el agente ha actuado; lo que trasciende es la falta de motivación para dejar de actuar una vez conocidas las circunstancias de riesgo y tras la previsión actualizada y probable sobre la producción del resultado³² (teoría hipotética del consentimiento). Así, si el agente previó la producción del resultado con un alto grado de probabilidad según las circunstancias, aun cuando se trate de una conducta enmarcada en una imprudencia arriesgada o temeraria, se entendería que el agente contó con la producción del resultado y actuó con dolo³³.

³¹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ: *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 91 y 92, que advierte de manera crítica que “[l]a probabilidad de producción del resultado no es lo que determina el alcance del tipo sino los criterios extraídos de una interpretación teleológica de los diversos tipos de la parte especial. Por esta razón las «teorías de la probabilidad» resultan rechazables. Ha sido siempre imposible que las «teorías de la probabilidad» pudieran determinar un criterio que sirviera en general para delimitar el dolo y la imprudencia, bien sobre la base de la distinción entre conceptos tan poco claros como probabilidad o posibilidad o bien mediante la determinación de un porcentaje cualquiera indeterminable en la práctica. una teoría de orígenes tan remotos todavía no ha podido ofrecer unas pautas con un mínimo de concreción para delimitar la imputación a título de dolo de la imputación a título de imprudencia”.

³² Vid. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 67.

³³ Vid. *Ibidem*, pág. 69. Este autor precisa que para esta corriente basta la realización de una conducta arriesgada, con conciencia de ello, para imputar la conducta a título de dolo, aunque el agente tenga confianza en la evitación del resultado. En sentido similar, véase ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 433, que sostiene: “Quien establece factores en contra y a pesar de ello incluye en sus cálculos el fracaso con una probabilidad del 50 % no puede ser tratado distinto a quien desde el principio fija y evalúa la probabilidad de realización del tipo en 50% y ello no le hace desistir de su proyecto”. De igual manera, *ibid.*, el autor precisa que “[s]e encuentra difícilmente comprensible porqué toda actividad de evitación debe eximir de la pena correspondiente al dolo, cuando los sujetos son plenamente conscientes del riesgo restante”. De la misma manera, MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, “En el límite entre dolo e imprudencia”,

De este modo, por esta vía se faculta a terceros la valoración y asignación de la cognición del agente al momento realizar la conducta, de tal suerte que dicho elemento se traduciría en una presunción objetivada que desecha los datos de la realidad³⁴. Facultad que, como es obvio, facilita la tipificación de la conducta punible mediante la indistinción entre voluntad y voluntariedad³⁵, revistiendo un claro peligro para las garantías básicas del procesado como, por ejemplo: la culpabilidad (C.P., artículo 12) y la proporcionalidad (*id.*, artículo 3°, entre otras. Por tal motivo, la doctrina penal moderna ha considerado mayoritariamente que la previsión probable de la producción del resultado concreto funge, simplemente, como un hecho indicante en la teoría del dolo, que sirve para precisar objetivamente cuándo el sujeto ha actuado *tomándose en serio o ha contado seriamente con la producción* del resultado típico (material cuando sea del caso), al momento de realizar la conducta³⁶.

En consecuencia, esta postura también acoge un punto de partida ideal o intelectualista en la definición del dolo (eventual), que resulta insostenible, porque no solo permite expandir injustificadamente el castigo a título doloso a los delitos imprudentes con representación probable de la ocurrencia del resultado, sino que también dificulta —aún más— la distinción entre ambas formas de imputación penal subjetiva³⁷, al emplear un criterio cuantitativo que en la práctica difícilmente es

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983, en *ADPCP*, V. xxxviii, fajo 3, Barcelona, 1985, pág. 968.

³⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 313.

³⁵ Así, por ejemplo: MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 262, afirma que “[q]uien efectúa una conducta de matar sin ninguna causa de exclusión del comportamiento humano y sabiendo que mata, necesariamente mata con dolo. Basta añadir a la voluntariedad general de la acción el conocimiento de los elementos de la conducta típica, para poder afirmar que se «quiere» (al menos en el sentido de que se acepta)”.

³⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 275, critican a los autores españoles cercanos a la teoría de la probabilidad, por olvidar que “[...] estos criterios se utilizan finalmente como *indicadores* de la existencia o no de una voluntad respecto al resultado”; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 435.

³⁷ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 29.

mensurable³⁸ (sobre todo por el agente al momento de realizar conductas arriesgadas o temerarias). Aún más, esta postura se construye sobre la inexistencia de certeza acerca del tratamiento —doloso o culposo— que merecen las situaciones de equilibrio probabilístico³⁹ (p. ej., si el agente al momento de realizar la acción previó con igual intensidad cognitiva la producción y la no producción del resultado en un 50%).

De igual manera, el criterio de la probabilidad trae como consecuencia que el dolo típico se transforme en un detestable mecanismo objetivado de imputación subjetiva que, al ser empleado por el operador jurídico, en el caso concreto, tienda a valorar *ex post* el contenido de la previsión que debió tener el agente al momento de realizar la conducta⁴⁰. Así mismo, esta teoría no soluciona el problema de la imputación de las agravantes del tipo básico (incluso los resultados culposos en los tipos agravados por el resultado) que, con fundamento en una postura meramente cognitiva, se podrían imputar de forma casi automática, y no justifica satisfactoriamente porqué el dolo eventual debe acarrear una penalidad superior a la imprudencia consciente, cuando ambas formas de imputación parten del mismo elemento cognitivo⁴¹.

En síntesis, las teorías cognitivas de la posibilidad y la probabilidad implican sostener la existencia de un dolo de amplísimas proporciones (generalmente eventual como base mínima de dicha construcción), en comparación con la culpa o imprudencia,

³⁸ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 92, advierte que “[...] las «teorías de la probabilidad» operan sobre datos ficticios: los seres humanos no toman decisiones cotidianas sobre la base de un cálculo matemático de probabilidades”.

³⁹ RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 69; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 271.

⁴⁰ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 70, más adelante, pág. 80, el autor indica que “la teoría de la probabilidad ha fracasado terminológicamente, aunque parece que en la praxis se ha impuesto un planteamiento en el que el elemento volitivo prácticamente ya no desempeña ningún papel, más allá de lo declarativo. También, el grado de representación que actualmente se exige es menor que el de la teoría de la probabilidad”.

⁴¹ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 299, afirma que “si el dolo eventual es simplemente conocimiento, pero con la penalidad asignada al dolo en general, no existe razón alguna para no penar de

que se reduciría a aquellas hipótesis en las cuales el agente actuara sin representación del resultado típico, precisamente porque se abstiene de actuar. Reducción de las categorías de imputación subjetiva que no solo contraría el texto del artículo 23⁴² del Código Penal, sino que también socava decisivamente una de las funciones más importantes del dolo en el andamiaje sistemático de la conducta punible, cual es, como lo sugiere ZAFFARONI⁴³, su *función reductora*, que precisamente impide cualquier manifestación del *versari in re illicita*.

Un tercer grupo de teorías, denominadas mixtas-cognitivas, cobija diversas posturas normativas que parten de los desarrollos de la teoría del riesgo en el ámbito de la imputación objetiva, para las cuales, en términos generales, el injusto doloso solamente exige como objeto determinante el conocimiento *ex ante* de la “posibilidad” del riesgo actual o actualizado que cree la conducta contra los bienes jurídicos tutelados. Así, habrá dolo cuando el sujeto actúa: i) sin descartar la posible producción de la infracción típica, o ii) sin creer posible “confiar” en su no producción, a pesar de la previsión de la peligrosidad de la conducta. Y esto es así, ya que la norma de determinación no puede prohibir resultados determinados, lo único que efectivamente puede prohibir es la realización de la conducta peligrosa⁴⁴.

la misma forma a la imprudencia consciente, puesto que la esencia de la misma también la constituye el conocimiento”.

⁴² El artículo 23 del C. P. consagra de manera expresa las dos formas en que se puede imputar una conducta a título de imprudencia, ello es, con representación y sin ella, cuando afirma que “[l]a conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente *debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo*”. De tal suerte que se debe respetar la diferencia entre culpa con representación y dolo eventual, incluso desde la perspectiva de la penalidad.

⁴³ Sobre el particular, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 495, sostienen que “los tipos dolosos cumplen la función de limitar la imputación subjetiva de acciones exigiendo ciertas finalidades como condición para su relevancia típica, en tanto que en la culpa opera la otra alternativa, completando la limitación con la exigencia de una particular forma de realización de la finalidad”.

⁴⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 269 y 270. Explica el tema REINHART MAURACH, *Derecho penal*, Parte General (actualizada por Karl-Heinz Gössel y Heinz Zipf, Trad. de Jorge Bofill Genzsch), vol. I, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 391.

En este sentido, en primer lugar, se puede ver a grandes rasgos la *teoría del conocimiento selectivo del tipo*⁴⁵ expuesta originalmente por FRISCH. Esta propuesta teórica prescinde de todo aspecto ontológico en la definición del dolo, en virtud de lo cual, la conducta será imputada como dolosa cuando el agente, al momento de realizar la acción, haya sido consciente de las circunstancias del hecho que pone en riesgo al bien jurídico y, por ende, consciente del riesgo desaprobado que se traduce en elevada probabilidad de producción del resultado típico concreto. Como lo Señalan ZUGALDÍA ESPINAR *et al*, para esta teoría la realización de un delito de resultado implica que el agente, “[...] al momento de realizar la conducta, ha previsto el resultado como causalmente unido a su conducta, dejando al azar la evitación o no del mismo”⁴⁶. Lo importante, en consecuencia, no es querer dejar el resultado librado al azar, sino simplemente saber que la eventual producción del resultado se deja librada al azar; lo cual se infiere (casi automáticamente) de la representación de la entidad del grado de peligro, que a su turno resulta una mera prognosis de la probabilidad eventual de producción del resultado⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 72; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 441. Esta postura es acogida en nuestro medio por RIVERA LLANO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 522, cuando advierte que “la postura doctrinaria en mención, es correcta. Se observa en el trasfondo legislativo de la norma contenida en el artículo 22, dado que el reconocimiento por parte del autor de una mayor peligrosidad efectiva de la conducta, al crear un riesgo jurídicamente no permitido, que se deja librado al azar, provoca un reproche mayor que autoriza la asimilación al dolo. Y no es porque haya o no querido el resultado que el reproche es mayor, sino porque, en coherencia con todo lo expuesto, conoció la existencia de un alto grado de probabilidad de afectación del bien jurídico; en otras palabras: fue consciente del peligro concreto que entrañaba la realización del hecho prohibido o, como lo señala MEZGER, un conocimiento actual por parte del sujeto de dicho peligro-riesgo”. Autor que más adelante agrega, *ibid.*, pág. 527, que “[e]s más práctico a la postre, inferir de la teoría del riesgo, que deducir el sentido de una actitud interna, apoyada en la visión tradicional del dolo [...]”; SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA, “Tipo subjetivo”, en AA.VV., *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 268.

⁴⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 508 y 509.

⁴⁷ En sentido crítico, *vid.* CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 543, cuando afirma que “[e]l criterio decisivo se halla en la actitud emocional del sujeto y, por tanto, no en la magnitud que atribuya al

Así las cosas, si el agente actúa bajo una incorrecta comprensión del riesgo actual, de las circunstancias que lo producen (error de tipo), o desestima dicho peligro porque considera que este está bajo control, no se podrá afirmar la concurrencia de dolo sino de imprudencia en el caso específico⁴⁸. Situación que permite extender la punición de los delitos dolosos (eventuales) a los imprudentes, dado que el riesgo puede ser similar en ambos casos⁴⁹. Además, para esta corriente la conducta peligrosa y la lesión efectiva son equiparables desde el punto de vista de la punibilidad⁵⁰, con lo cual se refunden los delitos de peligro y de lesión, porque frente a los últimos el resultado típico solo sería un plus de la acción peligrosa.

Finalmente, esta propuesta teórica —como las demás— tiene zonas oscuras respecto al tratamiento doloso o culposo respecto de algunos comportamientos, cuando el agente no está en capacidad efectiva de detectar o prever determinado riesgo, como lo haría un hombre normal (homúnculo). Siendo muy difícil precisar: i) la cantidad de riesgo —en términos de probabilidad— que el agente debe prever o conocer en concreto para poderle imputar la conducta a título de dolo; y ii) el referente del rol que el agente (sujeto) debe cumplir en la sociedad, para poder apreciar —

peligro. Siempre que al realizar la acción cuente con la posibilidad de la realización del tipo, se dará el dolo eventual. Si confía, en cambio, en que el tipo no se realice, se dará la imprudencia consciente. Si el sujeto considera probable la realización de los elementos objetivos del tipo contará generalmente, pero no siempre, con su producción. Aunque el sujeto no considere probable la realización de los elementos objetivos del tipo se dará el dolo eventual si contaba con dicha posibilidad. Cuando al sujeto le sea indiferente la lesión o el peligro del bien jurídico, contará generalmente con su producción, pero no es preciso que así sea”.

⁴⁸ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 510.

⁴⁹ En realidad, con base en esta teoría, muchos casos imprudentes se tratan a título doloso-eventual. Así, por ejemplo: i) las hipótesis en las que, a pesar de la escasa probabilidad de producción del resultado, se demuestra que el agente actuó con representación del resultado, para lo cual basta verificar la imputación objetiva, especialmente, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; ii) los eventos de “imprudencia temeraria rayana en el dolo eventual”, cuando el autor advierte el peligro que implica su comportamiento. En contra de dicha afirmación, *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 510 y 511.

⁵⁰ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 113 y ss.

valorativamente— su comportamiento como riesgoso de conformidad con las normas jurídicas.

En segundo lugar, se puede anotar la *teoría del riesgo no cubierto o asegurado*⁵¹ expuesta por R. D. HERZBERG. Este autor entiende que el dolo fundamental o esencial es el dolo eventual al partir de un concepto negativo de acción y no el dolo directo, como lo sostiene la doctrina tradicional. Noción de dolo que resulta enteramente cognitiva, precisamente, porque la voluntad solo es trascendente para la acción —entendida como mero impulso físico naturalista—, mas no para el tipo penal. En este sentido, una conducta podrá ser imputada a título doloso —inclusive— cuando se presenten acciones omisivas propias no voluntarias, en las cuales el agente (sujeto) conserva la posición de garante (C.P., artículo 25) y la capacidad de evitación del resultado lesivo en contra de los bienes jurídicos tutelados. Con lo cual, cualquier clase de acción causal sería voluntaria. Según esta teoría, tanto el dolo como la imprudencia implicarían peligros no tolerados socialmente que representan, desde una perspectiva *ex ante*, gran probabilidad de producción del resultado jurídico. A pesar de ello, aun es necesario determinar cuándo un peligro determinado es merecedor de una sanción a título de dolo o imprudencia, para lo cual surge el criterio delimitador del peligro protegido o desprotegido.

Así pues, el peligro protegido constituiría una conducta peligrosa penalmente relevante que, no obstante, es tolerada por el ordenamiento jurídico. Precisamente, lo que califica como protegido dicho peligro es la atención que el titular del bien jurídico amenazado presta a la acción riesgosa, al momento de ser realizada por el agente. Si la situación en verdad es peligrosa, entonces el titular del bien jurídico efectuará los actos (de seguridad) necesarios para evitar la lesión y la infracción de la norma, sin que importe si el resultado se haya realizado o no para la calificación del peligro. A su turno, si al agente (sujeto) que realiza la acción riesgosa no le es posible evitar el resultado lesivo, tras la incapacidad del titular del bien jurídico o de terceros para evitarlo

⁵¹ Cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 666 y 667; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 158; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 443.

conforme a su atención (juicio de probabilidad), entonces se está en el ámbito de los riesgos desprotegidos. Si es claro que nada puede evitar la lesión (peligro desprotegido próximo), y sin embargo el agente continúa realizando la acción riesgosa, confiando en que todo saldrá bien, se habrá dejado a la causalidad o al azar la producción del resultado, lo cual permitirá imputar la conducta a título de dolo⁵².

Esta teoría ha sido criticada⁵³ por las siguientes razones: *primero*, no es claro si la clasificación en peligros protegidos o desprotegidos sea objetiva o subjetiva; es decir, si depende del agente que realiza el juicio de probabilidad de evitación (de parte del titular del bien jurídico) o depende objetivamente de la probabilidad misma de producción del resultado según su evitabilidad en el caso concreto. *Segundo*, no parece razonable afinar la diferencia entre dolo e imprudencia en la capacidad (o incapacidad) de evitación del resultado de parte del titular del bien jurídico o de terceros ajenos a la acción, porque en ocasiones ni siquiera el propio sujeto que realiza la conducta riesgosa está seguro de su capacidad de evitación del resultado. Dado lo cual, la confianza que tiene el agente en que todo saldrá bien (que no se producirá el resultado) será irracional, aun cuando el riesgo efectiva y objetivamente no pueda ser evitado, por lo que siempre actuará dolosamente si continúa la realización de la conducta. *Tercero*, se afirma que esta teoría se funda en demasiadas previsiones irreales e irrealizables que superan en términos generales la capacidad de previsión: (v. gr.: prever que un tercero o la víctima, cuyas capacidades reales son desconocidas, puedan evitar determinado resultado solo previsible en términos generales). Por añadidura, toda vez que a la teoría de la probabilidad para delimitar el dolo (eventual) de la culpa con representación o previsión le son predicables las mismas críticas.

Precisamente, esta concepción teórica sobre el dolo eventual ha sido calificada por la doctrina especializada en la materia⁵⁴, desde la perspectiva *de sus efectos* y para

⁵² Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 233.

⁵³ Cfr. *Id.*, *ibid.*, págs. 336 y ss.

⁵⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 444; CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, pág. 89,

matizar sus inconsecuencias, como una variante objetiva de la teoría tradicional del “conformarse con la posible producción del resultado” en la línea expuesta por ROXIN, constitutiva de una “decisión por la posible lesión de bienes jurídicos”⁵⁵, o con la concepción del “contar seriamente con la producción del resultado”, tal como la sostienen similarmente WELZEL o JESCHECK⁵⁶, que son partidarios de mantener dentro de la definición general del dolo eventual el elemento volitivo.

En fin, aun cuando la teoría cognitiva-prognitiva de HERZBERG anhela lograr mayor objetividad probatoria en la comprobación del dolo eventual, desplazando el elemento volitivo y adelantando el análisis del “contar con el posible resultado” al ámbito del aspecto objetivo del tipo penal por medio de una fórmula indiciaria muy poco convincente⁵⁷, todo indica que por sus efectos, su estructura sigue exigiendo además de la previsión de la probable producción del resultado típico, un elemento subjetivo adicional de carácter volitivo (llámese decisión, conformidad, tomarse en serio, etcétera.) más allá de la mera voluntariedad como presupuesto necesario de toda conducta. Elemento volitivo que se ha pretendido liberar de su componente emocional, que tantas y tan severas críticas ha recibido desde la concepción de un derecho penal de acto⁵⁸ y de culpabilidad.

indica que “si lo que se busca proteger con el derecho penal son bienes jurídicos y el injusto está configurado esencialmente sobre el desvalor de resultado, resulta lógico y materialmente entendible que el dolo se construya a partir de la idea de una «decisión contraria al bien jurídico» (Proyecto de Código Penal, artículo 22). En efecto, ello resulta auto evidente en el dolo directo, pero también y conforme se fortalece en la fórmula adoptada por el Proyecto, hay que afirmar el dolo eventual, siguiendo a ROXIN [...]”.

⁵⁵ Sobre el particular, ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 427.

⁵⁶ Vid. HANS, WELZEL, *Derecho penal alemán* (trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 12 ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pág. 100.

⁵⁷ Al respecto: ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 444.

⁵⁸ Respecto a las críticas a las teorías del consentimiento, cfr. *id.*, pág. 431.

Finalmente, en tercer lugar, se puede citar a grandes rasgos la *teoría del riesgo habitual*, expuesta por JAKOBS⁵⁹. Esta concepción busca una normativización del dolo eventual tomando como base fundamental los elementos de la norma penal, que servirán para imputar la conducta a título doloso o culposo. Para este autor, el dolo implica la finalidad de realización del fin preventivo general positivo de la pena; es decir, mantener y ratificar la vigencia de la norma jurídica en la sociedad, que está dirigida al ciudadano fiel al derecho, que se debe motivar a respetarla en el ejercicio de su rol particular.

Así las cosas, la conducta del sujeto será dolosa cuando juzgue al momento de realizar el comportamiento riesgoso, que la producción del resultado lesivo no es improbable como consecuencia de este. En este sentido, el juicio individual sobre la improbabilidad de producción del resultado dependerá, en cada caso, de la dificultad de evitación de él. Percepción de dificultad que fundamentará la motivación del sujeto para actuar o no, y marcará la “gravedad de la probabilidad”. Así, el criterio que señalará cuándo castigar una conducta a título doloso será *la valoración legal de la gravedad de la conducta* —que será más grave a mayor prognosis de probabilidad—, respecto de los riesgos relevantes que se consideran intolerables desde la perspectiva social⁶⁰. Por el contrario, habrá culpa o imprudencia cuando: i) el sujeto considere —por desconocimiento o ignorancia— que el bien jurídico amenazado con su conducta no sea de especial importancia jurídica; y ii) el sujeto estime que la probabilidad de producción del resultado sea escasa o que la posibilidad de evitarlo sea elevada. Todo

⁵⁹ GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, págs. 312 y ss; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 239 y ss.

⁶⁰ Sobre la diferencia entre dolo e imprudencia, cfr. GÜNTHER JAKOBS, “El delito imprudente”, en *Moderna dogmática penal, estudios compilados*, México, Porrúa, 2002, págs. 307 a 345; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 246.

lo cual implica un regreso a las teorías cognitivas de la probabilidad⁶¹, desde la perspectiva de la posibilidad de evitación.

B) *Teorías de corte volitivo*

Como ya se advirtió, este grupo de teorías admite dos tendencias diferentes: ontológicas y normativas. Para las teorías volitivas de base ontológica, una conducta será dolosa cuando, en el evento de la producción del resultado previsto como posible o probable, se haya presentado una relación subjetiva de voluntad entre el agente que realiza la conducta y el resultado típico. Relación subjetiva que debe abarcar también las demás circunstancias concomitantes (necesarias o accidentales) de la acción, el nexo causal y los medios empleados de acuerdo con la finalidad que persigue el agente. Dicha relación de voluntad (“querer”) sería el elemento fundamental que caracteriza al dolo; entre otras cosas, porque la realización del resultado típico precisamente es lo que motiva al agente a querer realizar la conducta. A pesar de ello, si bien la definición tradicional expuesta es aceptable para la doctrina mayoritaria, al menos para el dolo directo de primer y segundo grados, no lo es para el dolo eventual respecto del cual se han construido una serie de teorías que pretenden explicarlo o negarlo⁶².

Una primera propuesta es la *teoría volitiva del consentimiento o asentimiento*⁶³, que considera satisfecha la voluntad o “el querer” en las hipótesis de dolo eventual, cuando el agente a pesar de prever la probable o posible producción del resultado y las demás circunstancias del tipo, realiza la conducta aprobando, aceptando,

⁶¹ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 246. Sobre el particular, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 389, indican que “[...] la determinación del grado de probabilidad exigida al respecto denota la medida en la cual el dolo eventual es extendido a costa de la culpa consciente”.

⁶² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et. al*, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 198.

⁶³ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 60; GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 10.

conformándose o ratificado las consecuencias efectivas derivadas de la acción⁶⁴. Para establecer el momento en el cual el agente asiente o consiente positivamente la producción de la infracción típica, existen dos posturas: a) según la teoría hipotética del consentimiento (1890), implica considerar lo que el autor hubiera hecho de prever el resultado como seguro: si el agente a pesar de ello hubiese actuado de todas maneras, obraría con dolo; por el contrario, si el autor hubiese desistido de la actuación, habría culpa⁶⁵; y b) la teoría positiva del consentimiento (1929), que usualmente utiliza “la segunda fórmula de FRANK”⁶⁶, en virtud de la cual se afirma la actuación dolosa si el agente se dijo: “[...] sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo [...]”. Sin embargo, para llegar a tal conclusión, resulta necesario que el actor haya actualizado su actitud interna respecto a la realización del tipo más allá de la voluntad, comprobación que necesariamente implica una especulación del operador jurídico⁶⁷.

Por el contrario, si el agente realiza la conducta esperando o deseando que el resultado típico previsto no se vaya a producir o confiando en poder evitarlo, se podrá afirmar que este no ha actuado con dolo eventual (no quiere), si no con culpa con representación de la producción del resultado. Y ello sería así porque en tales casos se desvanece la relación subjetiva de voluntad entre el agente y el resultado, desvirtuando

⁶⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, op. cit., págs. 966 y ss.; MAURACH, *Derecho...*, op. cit., pág. 389; FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, op. cit., págs. 364 y 367; ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte General, vol. I, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1983, pág. 294; LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, Parte General, vol II, Bogotá, Temis, 1969, págs. 112 y ss., 125 y 126; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, op. cit., pág. 410. Así mismo, cfr. C. S. de J., sent. 14 mayo 1996, rad: 9196, M. P.: Dídimo Páez Velandia, en la cual se afirma que “mientras que en la culpa consciente, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese tipo penal —por ello se la conoce también como culpa con representación—, confía, por efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él”.

⁶⁵ Cfr. COBO y VIVES, *Derecho...*, op. cit., pág. 628.

⁶⁶ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, op. cit., pág. 169; CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, op. cit., págs. 963 y 967; GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo...*, op. cit., pág. 246 y ss., y RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., pág. 172.

al tiempo el consentimiento o la aprobación del sujeto respecto a los efectos eventuales de la acción⁶⁸.

De todas formas, no es fácil distinguir en todos los casos entre una confianza relevante, racional y seria, y una mera esperanza irrelevante o irracional de evitación, lo que dificulta la diferencia entre el dolo eventual y la imprudencia con representación. Por tal motivo, LUZÓN PEÑA⁶⁹ ha planteado una variante cualificada denominada *teoría limitada del consentimiento o de la aceptación*. Para este autor, la diferencia entre el dolo (eventual) y la culpa no puede radicar en una confianza de evitación cualquiera, si no solamente en una confianza mínimamente fundamentada en elementos objetivos, aunque esta resulte errónea respecto de la no producción del resultado típico. Solo esta clase de confianza tendría la capacidad de excluir satisfactoriamente el consentimiento o la aprobación del agente sobre los efectos eventuales de la acción y, por consiguiente, de excluir el dolo mismo. Precisamente, la racionalidad o irracionalidad de la confianza de evitación dependerá de un juicio de carácter objetivo-normativo efectuado por el autor, según la forma de realización de la conducta en el mundo exterior.

Respecto a esta variante, se ha dicho que la objetivación del dolo es incompatible con la naturaleza prevalentemente subjetiva de las teorías volitivas, lo que en realidad constituye un radicalismo desafortunado. Además, la doctrina objeta el alcance real de la conformidad o aprobación en materia de dolo eventual, porque se afirma que: *en primer lugar*, cuando el sujeto ha actuado voluntariamente con conocimiento de la probable producción de la realización típica o no la descarta, *confiando en que su conducta puede influir en el acontecer real*, necesariamente acepta implícitamente (quiere) las consecuencias concomitantes eventuales de la

⁶⁷ MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 267.

⁶⁸ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 62 y 97. Así mismo, cfr. C. S. de J., sent. 23 julio 1992, rad: 6255, M. P.: Juan Manuel Torres Fresneda.

⁶⁹ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 106.

acción, desde el momento en que ha emprendido su ejecución⁷⁰. Y, *en segundo lugar*, que tal vinculación volitiva no es satisfactoria, porque no tiene relación con el elemento volitivo del dolo en sentido propiamente ontológico⁷¹, si no con otros elementos pseudo-volitivos distintos al “querer” verdadero como, por ejemplo: *el contar con, el conformarse o el aceptar el resultado*, que por el contrario implican “una aprehensión hipotética del dolo” que no cubre el resultado sino la posibilidad de su producción o la aceptación de la conducta capaz de producirlo⁷².

En consecuencia, por vía de locuciones irreducibles a la voluntad ontológica, se amplía injustificadamente el concepto de dolo⁷³, contrariando el pretendido alcance de la fórmula de FRANK. Fórmula que luego es utilizada para analizar casos particulares en los que, a pesar de ello, subsisten lagunas inexplicables desde el punto de vista de la definición volitiva tradicional, y que por ello mismo le hacen imperfecta. Para los críticos, la voluntad como consentimiento o aceptación resulta insuficiente para distinguir adecuadamente entre el dolo (eventual) y la culpa con representación, porque nadie aprueba su propia acción en el significado normal de la palabra⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. *Id.*, pág. 99; MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 269.

⁷¹ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 98.

⁷² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo...*, *op. cit.*, págs. 247 y 253. En un sentido similar, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 312; JOSÉ CEREZO MIR, “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas*, vol. I, Lima, ARA, 2006, pág. 540; CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, pág. 967; GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 10, cuando contextualmente afirman que aceptar no es igual a la voluntad del dolo directo. En tanto que la voluntad implica un proceso real-activo de volición, aceptar es un proceso hipotético pasivo, que supone la voluntad, como reacción introspectiva de la posibilidad de realización del tipo. Se trata de un querer presunto; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 272, critican la teoría del consentimiento advirtiendo que: “[...] se presume algo que no se da en realidad: que el autor se plantea lo que haría en caso de que el resultado sea de segura producción. /Confronta el agente con la representación del resultado, cuando *ex ante* este no se ha producido imaginándolo como realmente producido”; RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 61, 65, y 104.

⁷³ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 61.

⁷⁴ Cfr. *id.*, pág. 65; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 272.

Sin embargo, esta difundida crítica no deja de originar controversias porque, finalmente, demostraría también la insuficiencia de las teorías cognitivas. En efecto, si es cierto que el dolo eventual y la culpa no admiten diferencia alguna por medio de locuciones como *aprobar*, *consentir* o *conformarse* con el resultado —a pesar de sumarlas a la previsión probable de él—, precisamente porque no constituyen actitudes psíquicas que puedan ser reforzadas hasta un querer verdadero, entonces no se entiende por qué sí puede ser satisfactoria la sola previsión del resultado o del peligro para marcar la diferencia entre el dolo (eventual) y la culpa, que tampoco son fenómenos psíquicos que admitan ser reforzados hasta el conocimiento efectivo del resultado o del riesgo en el caso concreto, muchas veces por simples razones de imposibilidad. Es más, si el problema teórico del dolo eventual es el hecho de *aceptar* o *consentir probables hipótesis*, toda vez que esto no constituye voluntad de realización; se pone en evidencia que este no es solamente un problema referido a la voluntad, sino también de la previsión probable del resultado o del riesgo (objeto de la voluntad) que se acepta o se quiere, que no es otra cosa que una hipótesis cognitiva que, como se afirma, es igualmente irreconducible al conocimiento efectivo de realización del resultado típico en la esfera cognitiva del sujeto.

Por consiguiente, estas teorías implican admitir una diversa intensidad de la voluntad del agente en la configuración normativo-subjetiva del dolo, partiendo de los datos ontológicos; pues, vale la pena repetirlo, así como aceptar, resignarse o conformarse no resulta ser exactamente lo mismo que querer en sentido ontológico estricto en la esfera volitiva, prever lo probable (hipótesis) no significa conocer en sentido estrictamente ontológico. Lo que sucede es que reconocen lo obvio en los procesos subjetivos, ello es, que el sujeto puede querer —o de otra parte conocer— con mayor o menor intensidad ⁷⁵ ciertos hechos, circunstancias, procesos o consecuencias directas o indirectas de determinada conducta; lo cual queda cobijado

⁷⁵ Cfr. ROMERO SOTO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 127, cuando afirma: “[...] que, si bien no existe voluntad eventual, sí pueden presentarse diferencias, no de naturaleza, sino de calidad y cantidad, entre la voluntad exigida para el primero y la que requiere para el eventual”.

en este caso por la estructura sistemática del dolo, en cuanto a la voluntad de realización del fin o de los efectos necesarios o concomitantes de la acción. Así las cosas, solo la voluntad —entendida como la intensidad que el sujeto le da a la conducción de su conducta— como elemento característico del dolo, puede servir de referente, no solo para distinguir de forma más o menos satisfactoria entre ambas figuras, sino para limitar el ámbito de lo doloso. Lo cual, definitivamente, no puede hacer por sí solo el conocimiento del riesgo o del resultado típico.

Cosa distinta es que se equiparen o se distingan las diferentes intensidades del dolo desde el punto de vista de las consecuencias penales⁷⁶; cuestión que tiene que ver con la adecuación político-criminal de la sistematización del concepto de dolo en el ordenamiento jurídico. Desde luego, tal distinción se debe hacer a partir de los principios reconocidos por el ordenamiento jurídico (C.P., artículo 3°); y, para ello, solo resulta necesaria una regla dosimétrica que regule la materia (*Id.*, artículo 61, inc. 3°), de cuya existencia o inexistencia no parece desprenderse —indefectiblemente— la clave para determinar la tendencia volitiva o cognitiva del ordenamiento jurídico-penal.

Una segunda propuesta, en este ámbito, es la planteada por las *teorías de la indiferencia y la desconsideración*⁷⁷, que atienden a la actitud interna del sujeto en lo que se haga relación a la probable producción del resultado típico, como consecuencia de la conducta realizada. En este sentido, la conducta le podrá ser imputada al agente a título de dolo eventual, cuando a pesar de la previsión de la probable producción del resultado, a este le resulta indiferente su producción en el mundo exterior; indiferencia que, precisamente, permite deducir la voluntad de realización. O cuando sigue actuando mostrando cierta desconsideración contra el bien jurídico⁷⁸. Esta teoría es

⁷⁶ Sobre el particular, GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 29, indican contextualmente, que en todo delito realizado con dolo eventual, es procedente una atenuación obligada de la pena. La culpa es menos grave que dolo eventual (en razón de la circunstancia subjetiva aceptar, contar con o conformarse con el resultado). Sobre el tema, véase CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, pág. 967.

⁷⁷ Sobre el particular, *vid.* CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, págs. 967 y ss., y ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 432.

⁷⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 273 y 274.

objeto de críticas porque confunde la voluntad con otras locuciones incompatibles como, por ejemplo: desear, agradar, importar, motivar, etcétera⁷⁹. En realidad, está claro que un sujeto puede querer o consentir un resultado determinado y, al mismo tiempo, serle desagradable, no desearlo o incluso serle indiferente⁸⁰.

Además, se afirma con razón que la teoría del sentimiento implica una relación emocional de dudosa legitimidad y difícil demostración empírica⁸¹ en la construcción del elemento volitivo del dolo eventual. Relación que resulta inadmisibles por vulnerar tanto el principio del acto (Const. Pol., artículo 29 y C.P., artículo 6°), como el principio de culpabilidad (C.P., artículo 12), al tener como punto de referencia valorativa el ánimo del agente y no su voluntad de realización de la conducta típica.

Una tercera posición, denominada *teoría de la voluntad de evitación*⁸², expuesta por KAUFMANN partiendo de la teoría final de la acción, sostiene que “*todas las circunstancias, que el autor toma en cuenta como factibles o posiblemente realizables, son abarcadas por el dolo, a no ser que su voluntad de realización esté dirigida precisamente a evitar una consecuencia accesoria reconocida como posiblemente producible*”⁸³. Desde esta perspectiva, como lo indica HASSEMER, “*dolo e imprudencia se diferencian con ayuda de aquel criterio que ya ontológicamente caracteriza la*

⁷⁹ Cfr. CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 536; FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 357; ROMERO SOTO, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 70 y ss.

⁸⁰ Cfr. RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 78.

⁸¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 313, indica que “[s]e trata de una teoría que lleva a una culpabilidad por el carácter, que enjuicia la personalidad del sujeto y lleva con claridad a distinguir entre el buen y el mal ciudadano”; RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 75; ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 503 y 504.

⁸² Cfr. ARMIN KAUFMANN, “El dolo eventual en la estructura del delito”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1 (oct-dic.), Medellín, 1978, págs. 38 y ss.; RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 109 y ss.; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 436 y ss.; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 262 y ss.

⁸³ KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 54.

*acción: la voluntad de realización. Por ello la teoría del dolo encaja sin fisuras en la teoría de la acción*⁸⁴.

En este sentido, la conducta se realiza con dolo eventual cuando el agente, pese a contar con la producción probable o posible del resultado, deja que las cosas sigan su curso causal, manifestando así su voluntad de realización cuando no efectúa voluntariamente acciones de evitación del resultado producto de su acción, de acuerdo con su finalidad⁸⁵. Precisamente, si el agente deja que las cosas sigan su curso causal en realidad se resigna, acepta o se conforma con la probable producción del resultado y de las consecuencias concomitantes derivadas de la acción. En este caso, o bien el agente no toma medidas de evitación activas porque la acción querida es muy importante, es imposible tomar medidas de evitación o estas resultan muy gravosas o engorrosas; o, si las toma, duda seriamente, no confía o no les atribuye de conformidad con un juicio de adecuación, la capacidad real de impedir la producción del resultado o de las consecuencias concomitantes. En sentido contrario, habrá culpa cuando el agente obra haciendo uso simultáneo de factores que, en un plano objetivo, conduzcan el curso de su acción a evitar la posible o probable realización de la conducta típica, ello es, que no se produzcan las consecuencias accesorias representadas como posibles o probables de conformidad con su voluntad final⁸⁶. El sujeto que valora sus posibilidades de evitación como reales, y las lleva efectivamente a la práctica, por un lado, ya no valora seriamente la producción del resultado como probable y, por otro, demuestra su falta de voluntad para realizar la acción típica⁸⁷.

⁸⁴ WINFRIED HASSEMER, "Los elementos característicos del dolo", en *Persona, mundo y responsabilidad*, Bogotá, Temis, 1999, pág. 64.

⁸⁵ En este sentido, KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 47, indica que "la voluntad de realización encuentra su límite en la voluntad de realización. Cfr. C. S. de J., sents. del 12 octubre 1995, rad: 9032, M. P.: Juan Manuel Torres Fresneda y del 26 septiembre.1994, rad: 8725, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez.

⁸⁶ Cfr. KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 48 y ss.; y HASSEMER, *Los elementos...*, *op. cit.*, pág. 64.

⁸⁷ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 267. En Colombia, cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, vol. 2, Bogotá, Temis, 1995, pág. 263.

Sin embargo, se ha afirmado que el criterio de la no evitación es realmente un indicio refutable de la voluntad, ya que puede ser efectiva la acción salvadora, sin que por ello se excluya el dolo en algunos casos de previsión de riesgos adicionales. En otras palabras, sus resultados no siempre son satisfactorios, porque dependen de las particularidades del caso concreto. Así mismo, los esfuerzos de evitación del agente pueden resultar insuficientes para excluir el dolo, cuando el propio sujeto confía en su éxito y, a pesar de ello, continúa desarrollando la acción lesiva con disminución del riesgo de producción de otros resultados o de él⁸⁸. Igualmente, parece injusto que al sujeto que no le quede la posibilidad de evitar el riesgo, aunque lo quiera, se le impute la conducta siempre a título doloso.

Ahora bien, respecto a las teorías volitivas de base normativa, podemos mencionar las posturas expuestas por HASSEMER, denominada *teoría del dolo como disposición*⁸⁹, y la *teoría de la decisión en contra de los bienes jurídicos*⁹⁰, difundida por

⁸⁸ Respecto a las críticas a esta teoría, véase HASSEMER, *Los elementos...*, *op. cit.*, págs. 65 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 324 y 325.

⁸⁹ Cfr. HASSEMER, *Los elementos...*, *op. cit.*, págs. 63 y ss. En este sentido, *ibid.*, pág. 84, el autor indica que “el dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, solo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la *ratio* de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa”; así mismo cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 193.

⁹⁰ Cfr. ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 116 y 417. Para este autor el dolo es la decisión por la posible lesión de un bien jurídico. “La esencia del dolo la constituye la realización del plan. Un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva, debe verse si el resultado es objetivamente parte del plan criminal del autor”; y, más adelante, *id.*, pág. 429, indica que “la decisión” a que aquí nos referimos, no precisa ser un acto de voluntad reflexivo del tipo de una resolución. Quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico, y a pesar de todo, ello no le hace desistir de su proyecto, se ha decidido así —en cierto modo de actos concluyentes— en contra del bien jurídico protegido. En el mismo sentido, véase DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 189 y ss.

ROXIN que, en el fondo, complementan la postura de STRATENWERTH respecto a la teoría de *tomarse en serio la posible producción del resultado*⁹¹.

Por ejemplo, la concepción de ROXIN permite estructurar el dolo eventual cuando el agente prevea la probable producción del resultado (el peligro concreto), como consecuencia de la realización de su acción riesgosa y, a pesar de ello, se arriesga a continuar su actuación para alcanzar el fin perseguido, de tal forma que se decide por una posible lesión contra los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal, pues al tomarse en serio la posible producción del resultado típico que es capaz de evitar, se conforma con él de buena o mala gana, o lo incluye en su plan criminal⁹². Además, tal decisión del agente, como elemento volitivo de menor intensidad que el “querer”, se puede verificar objetivamente cuando se advierte la desconsideración del sujeto o su indiferencia respecto de los bienes jurídicos puestos en peligro. En este sentido, para ROXIN las expresiones “tomarse en serio” o “resignarse a”, “contar con”, etcétera, solo constituyen “indicios con capacidad expresiva de su concurrencia (del dolo eventual), circunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos”⁹³ (paréntesis por fuera del texto original). Por oposición, habrá imprudencia con representación cuando el agente confía seriamente en que la conducta típica no se va a realizar o cuando se tomen medidas de evitación del resultado típico con convencimiento de que estas surtirán efecto, aun cuando ello no sea así. En realidad, se trata de proyectar un concepto de dolo unitario que redefine la definición tradicional

⁹¹ Ampliamente, con referencias y críticas a las demás posiciones, *vid.* GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4 auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 2000, págs. 142 y ss, 147 y 149.

⁹² ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 427 y 432. Sobre el particular, DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 186, dice que si “[...] el sujeto renuncia a su plan, la norma jurídico-penal habrá alcanzado su objetivo y el bien jurídico por ella protegido estará a salvo. Si, por el contrario, el sujeto decide seguir adelante con su plan y dado que no podrá evitar el resultado lesivo, dicho sujeto se habrá decidido, a través de su acción, en contra del bien jurídico protegido”.

⁹³ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 430.

del dolo, con la capacidad para cobijar —en abstracto— todos los supuestos merecedores de una sanción a dicho título⁹⁴.

Esta teoría volitiva, de corte normativo, ha sido objeto de críticas en dos frentes distintos. Por un lado, se rechaza el término “decisión”, porque de manera semejante a la aprobación o la indiferencia, constituiría un elemento pseudovolitivo de carácter normativo complementario al verdadero “querer”; y, por otro, porque adopta elementos indiciarios sobre la voluntad de realización, como “el tomarse en serio la posibilidad de la realización de los elementos objetivos del tipo”, que indudablemente facilita la imputación del delito; pero que tiene en cuenta los rasgos o circunstancias del autor⁹⁵. Para los críticos, esta reducción del elemento volitivo a su mínima expresión, por la vía de “continuar realizando la acción riesgosa”, implica renunciar inequívocamente a la voluntad o “querer” en el dolo eventual⁹⁶. Así mismo, la decisión del agente no puede ser, al mismo tiempo, aquello que caracteriza el concepto del dolo (la voluntad) y el objeto volitivo del mismo⁹⁷. Por otro lado, puesto que esta teoría se apoya en la concepción de la indiferencia o de la voluntad de evitación del resultado típico en el dolo eventual, le son predicables las mismas críticas.

Finalmente, se afirma que la teoría de la decisión parece defender una tendencia cognitiva⁹⁸, dado que el dolo solo es acción, pese a la representación posible del

⁹⁴ Al respecto, *id.*, pág. 322, afirma lo siguiente: “[a]sí, llegamos a la conclusión de que la mejor forma de afrontar el problema es partir de la razón por la que se incrimina con más dureza al dolo frente a la imprudencia (en lugar de investigar elementos ontológicos de cada forma de imputación), aspirar a una teoría unitaria del dolo (en vez de definir por separado dolo directo y dolo eventual), construir un concepto basado en elementos tanto cognitivos como volitivos pero sin acudir con ello a la relación intencional entre sujeto y resultado. De este modo alcanzamos una redefinición de dolo, para todas sus formas de aparición, como decisión contraria al bien jurídico protegido”.

⁹⁵ Cfr. JOSÉ CEREZO MIR, “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas*, vol. 1, Lima, ARA, 2006, págs. 542 y 543.

⁹⁶ Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 12.

⁹⁷ *Vid.* DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 118.

⁹⁸ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 112 y 305; GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo...*, *op. cit.*, pág. 259, nota al pie de página núm. 71.

resultado. Sin embargo, ello se debe a una incorrecta reducción de los términos empleados por las tendencias volitivas, a la explicación de la voluntad en las teorías cognitivas, la cual es asemejada a la voluntariedad propia de la acción. O, desde otro punto de vista, como consecuencia del pretendido carácter pseudovolitivo asignado a estos términos, se los pretende vincular como en la teoría de la representación, con una aprehensión hipotética del dolo, desconociendo que en mayor o menor medida sí implican un elemento volitivo adicional al conocimiento.

Es importante anotar que las modernas teorías que estructuran el dolo a partir del conocimiento y la voluntad, como *la teoría de conformarse con la probable producción del resultado*, permiten justificar satisfactoriamente, sin desconocer que se trata de uno de los problemas más complejos del Derecho penal, mayor punibilidad para los delitos dolosos⁹⁹, a partir del criterio de protección de los bienes jurídicos. En efecto, quien sabe que despliega actos dispuestos a matar a su acérrimo enemigo y quiere matarlo, encuentra no solo mayor participación subjetiva¹⁰⁰ (desvalor subjetivo de acción) en el desarrollo externo de los actos dirigidos a causar la muerte del otro, sino también, que dichos actos implican —objetivamente— mayor riesgo para el bien jurídico vida, que aquellos actos realizados cuando el agente no quiere la muerte del otro y que, sin embargo, logran alcanzar ese resultado mediante la infracción del deber objetivo de cuidado¹⁰¹. Por supuesto, estas consideraciones también son respaldadas por un elemento normativo, pues los elementos que caracterizan al dolo implican mayor trasgresión del agente a la norma jurídico-penal¹⁰².

⁹⁹ Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 193.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibid.*, pág. 39.

¹⁰¹ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), 2ª ed., Madrid, Trotá, 1997, págs. 121 a 125. Así mismo, véase GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 17, que afirman que “[e]l hecho de que el sujeto pueda influir sobre la realidad y no su mala intención o ánimo, convierte la acción dolosa, considerada *ex ante*, en una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ello más grave que la acción imprudente”.

¹⁰² Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 195.

Finalmente, se puede mencionar la *teoría mixta volitiva* expuesta por BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALARÉE¹⁰³, que, al exigir en el dolo una relación de voluntad de realización real, consideran que el dolo eventual es una figura normativa que estructuralmente solo constituye una imprudencia con representación, que se debería agravar en sede de punibilidad¹⁰⁴. En efecto, si bien en el dolo eventual concurre un elemento subjetivo adicional como, por ejemplo: *la decisión en contra de los bienes jurídicos*¹⁰⁵, dicho elemento no se puede reconducir propiamente a la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. De lo cual se deduce que, en el dolo eventual, solamente subsistiría la representación de la probable producción del resultado (que tampoco es el elemento cognitivo que satisface el dolo) y el hecho (negativo) de conocer que no se han tomado *las debidas precauciones para evitarlo*, como

¹⁰³ Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte General, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1994, pág. 71.

¹⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, págs. 312 y 315, en la primera de las cuales advierte que “[s]e trata, en consecuencia, de un criterio político-criminal para la determinación de una pena más grave para aquellos casos en que la culpa consciente va acompañada de un plus que hace que la aplicación del marco penal de la imprudencia resulte desproporcionado frente a la gravedad del comportamiento”; GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 13, sostienen que “son eventos que dudosamente pueden calificarse como dolosos que sí como imprudentes. Más una sanción a título de imprudencia, no se adecua a concepciones de justicia, todo lo cual lleva a buscar fórmulas fictas para justificar su tratamiento punitivo como lo que no son, delitos dolosos. El inconveniente es que no es claro que las conductas realizadas con dolo eventual, deban ser castigadas igual que las conductas con dolo directo”. En contra, BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)”, en *CPCR* núm. 62, 1996, pág. 352, advierte que “[n]o parece político-criminalmente satisfactorio reducir la penalidad contemplada para los supuestos de dolo eventual con respecto a la pena general del dolo. Puede haber delitos, en efecto, que tengan contemplada una pena excesiva como reacción al delito. Pero este ya no es un problema específico de responsabilidad subjetiva”; FEDERICO BELLO LANDROVE, “El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 32, julio de 1998, pág. 16, considera que “mientras el legislador no se pronuncie expresamente por la definición del dolo eventual y, sobre todo, por la equiparación de este dolo y el directo, el principio *pro reo* debe derivar el tratamiento punitivo del dolo eventual hacia la equiparación con culpa grave. Es una solución poco satisfactoria [...]”; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 264.

efectivamente ocurre en la imprudencia con representación, que precisamente permite castigar actuaciones muy peligrosas en las cuales el sujeto *no ha tomado los cuidados requeridos*¹⁰⁶.

Esta teoría parte de las críticas a los términos lingüísticos empleados por las teorías volitivas tradicionales del dolo, como “conformarse”, “aceptar” o “resignarse”, etcétera, a los cuales se les niega aceptabilidad racional-lógica¹⁰⁷: porque hay que distinguir claramente lo querido de forma directa de lo que solo es indirectamente perseguido¹⁰⁸ o de la aceptación de sucesos o hipótesis posibles. Precisamente, las teorías tradicionales tienen como fundamento una falacia argumentativa porque, finalmente, presumen el elemento volitivo del dolo eventual. Sin embargo, esta postura ha sido criticada porque es difícil sostener que en la imprudencia con representación puedan coexistir dos estructuras antagónicas: por un lado, el plus de “elemento subjetivo” que funda la imprudencia consciente agravada (elemento que no trasmuta su naturaleza por pasar del dolo eventual a la culpa, pues sigue siendo un querer disminuido); y por otro, la confianza de evitación respecto del resultado, que es propia de la culpa consciente —al menos de *lege data* según el artículo 23—. Precisamente, mantener tales elementos de forma simultánea implicaría una contradicción, porque ellos le han servido a la doctrina para distinguir entre las conductas doloso-eventuales y las imprudentes¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., págs. 47-48 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, op. cit., págs. 314 y 315

¹⁰⁷ Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, op. cit., pág. 15.

¹⁰⁸ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, op. cit., pág. 58. En este sentido, GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, op. cit., pág. 9, indican que “el problema del dolo eventual radica fundamentalmente en el hecho de que en el no puede afirmarse de modo categórico la presencia de una voluntad clara y manifiesta de realizar los elementos objetivos del tipo. Lo cual plantea dudas acerca de si puede considerarse doloso un comportamiento en el que se reconoce algo así como una disminución de la sustancia del dolo”.

¹⁰⁹ Sobre el particular, DÍAZ PITA, *El dolo...*, op. cit., pág. 42, sostiene que “el punto de partida en el que existe unanimidad doctrinal, es el hecho de que las conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las conductas directamente dolosas. El sujeto que actúa con dolo eventual no es un descuidado que ha de poner más atención en lo que hace. Calificarlo como tal supone, en palabras de

Así las cosas, esta teoría comporta ampliar la esfera de la imprudencia sin fundamento legal de *lege data*, y lo que es más grave, el dolo de segundo grado aparecería como una imposición axiomática si se llevara el planteamiento dogmático de los autores hasta sus últimas consecuencias. Una solución político-criminal que no resulta satisfactoria para el dolo eventual, no solo porque descuida el referente normativo-cultural que sirve para justificar la diferencia punitiva entre tales hipótesis, sino porque abandera un derecho penal inefectivo e irreal¹¹⁰.

3. APROXIMACIONES TEÓRICAS A LA REGULACIÓN DEL DOLO

Desde un punto de vista estructural, el inciso 1º del artículo 22 del Código Penal prevé la figura del dolo directo en su doble variante: de primer grado o simplemente “*intención*” y de segundo grado o de “*consecuencias necesarias*”, manteniendo una concepción afín a aquella que sostuvo el Código Penal de 1980 en el artículo 36, que indicaba textualmente: “[*]a conducta es dolosa cuando el agente realiza el hecho punible y quiere su realización [...]*”. Formulación estructural que también acoge el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) en el artículo 41, de la siguiente forma: “[*]a conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización [...]*”. Es evidente, entonces, que en esta materia la legislación penal colombiana —de manera unificada— asumió una concepción mixta tradicional, en virtud de la cual el

GIMBERNAT «emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado —es más: que constituye una burla— para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos».

¹¹⁰ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 49, indica que existen eventos en los cuales, sin concurrir propiamente voluntad (en sentido naturalístico) de la realización del tipo penal, la conducta realizada parece, no obstante, merecedora de la pena asignada para la infracción dolosa. Parece tener razón ROMERO SOTO, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 127-128., cuando dice que “[s]i se estrecha el círculo de las acciones dolosas eventuales y se las reduce a las claramente voluntarias, se está negando la existencia de esos fenómenos y permitiendo pagar el costo de las acciones culposas, aquellas que bien pueden considerarse cometidas con dolo. Procediendo así, no solo se desvitaliza el derecho en el sentido de que se le saca el nervio y empuje, sino en el de que se le aleja, con grave daño, de la vida misma”; CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, pág. 972.

dolo directo está conformado tanto por el conocimiento de los elementos objetivos estructurales del tipo concreto (infracción típica), como por la voluntad del agente de realizarla, es decir, “el querer” orientado conscientemente a alcanzar determinado resultado o dirigido a efectuar cierta conducta peligrosa, según el plan criminal del autor que le da sentido material a la actuación.

Por ello, más allá de las críticas a la técnica legislativa empleada por el legislador en el Código Penal de 2000¹¹¹, todo indica que el operador jurídico colombiano no

¹¹¹ A diferencia de la doctrina colombiana, la extranjera generalmente infiere y elabora el concepto dogmático del dolo interpretando la normativa que regula la institución del error de tipo (StGB alemán §§ 15, 16 y 17; y CPE, artículos 5º “no hay pena sin dolo o imprudencia” y 14.1 “el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. Desde luego, esta diferencia metodológica es relevante y polémica. Por un lado, se afirma que la construcción del concepto resulta limitada por una decisión legislativa que no se puede rehuir en ciertos casos problemáticos; lo que impide darles una solución adecuada desde la perspectiva político-criminal. Así, por ejemplo, RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 25, indica que “la mayoría de autores consideran desacertado que un código penal (la regulación positiva), se ocupe –entrometa– de regular o mejor definir lo que debe entenderse por dolo. Ello, puesto que tal función no es propia del legislador, sino de la doctrina jurídico penal nacional o en su defecto de la internacional”. Por otro lado, se afirma que dicha previsión legal supone favorecer los principios de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica, al momento de interpretar, sistematizar y criticar la naturaleza del dolo y sus efectos punitivos. Precisamente, esta última postura ha sido común en la doctrina colombiana. Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406, indica —respecto de la fórmula legal del C. P. de 1980— que “esta figura, predicable en principio de todos los comportamientos previstos en la ley penal, ha sido definida de manera expresa por el legislador, lo que exonera de exploraciones doctrinarias”. Véase también ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986, págs. 207 y ss; ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 303; y PÉREZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 268, cuando advierte que “la fórmula colombiana no solo se funda en el conocimiento de la acción descrita legalmente, en la voluntad de actuar y en el despliegue hacia determinando objetivo, sino que incluye lo relativo al dolo eventual, para que esta forma de (culpabilidad) dolosa *no quede sometida a los vaivenes de la interpretación*” (bastardilla y paréntesis nuestros). Es más, en principio, dicha definición permitiría evitar una desafortunada expansión tópica del dolo eventual a los hechos imprudentes, o viceversa, que las hipótesis imprudentes se castiguen como conductas doloso-eventuales, en virtud de la mera discrecionalidad del operador jurídico sobre: i) la estimación de los elementos del dolo, ii) el *desvalor* real de acción del hecho objeto de debate procesal o su impunidad, y iii) la selección del tipo penal (doloso-culposo) aplicable al caso concreto. En cualquier caso, este punto es

puede ignorar la definición y los límites razonables del *dolo legal*, como criterio ordinario de imputación subjetiva (artículo 21), ni asumir libremente los elementos que conceptualmente permitirían obtener una definición “adecuada” de la figura. Precisamente, porque tal forma de proceder implicaría modificar arbitrariamente el texto del artículo 22, en franca violación del principio de legalidad (artículo 6°). Así mismo, esto supone la necesidad de restringir la *aplicabilidad* teórica de nociones que resulten contrarias a los referentes normativos vigentes; desde luego, sin que ello justifique una recepción acrítica de la fórmula legal consagrada por el legislador en el Código Penal de 2000.

Ahora bien, con tal punto de partida, el dolo se puede explicar de forma satisfactoria por aquellas teorías que lo definen exclusivamente como “conocimiento o previsión probable del resultado”, porque si se tiene en cuenta que este elemento es la base común del dolo eventual y la culpa con representación, la diferencia entre ambas figuras desaparecería materialmente¹¹², si al tiempo no se reconoce un plus subjetivo de carácter volitivo en el dolo eventual, como lo hace el artículo 22 del Código Penal. Además, si la indistinción persiste, no habría ninguna razón para no penar la imprudencia con representación como el dolo; asunto que la misma legislación punitiva descarta expresamente en el artículo 23. Precisamente, en la ley vigente no es posible

tan importante, que precisamente de la configuración correcta del dolo dependerá la punibilidad o la impunidad de ciertas conductas, las cuales a menudo solo se prevén por la ley a dicho título como, por ejemplo: el abandono (artículo 127), la omisión de socorro (artículo 131), la falsedad en documento público (artículo 292) y el falso testimonio (artículo 442), entre muchas otras.

¹¹² En nuestro medio acepta dicha indistinción RIVERA LLANO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 496, al afirmar que la discusión entre dolo eventual y culpa consciente está “apoyada en meras presunciones, dado que no es posible encontrar una diferencia cualitativa entre ambas nociones ya que, desde el punto de vista de su estructura son idénticos”. Postura que es el resultado de acoger en materia de dolo eventual una concepción meramente idealista intelectualista de dolo. Por ello mismo, su postura respecto a la diferencia entre dolo y culpa es francamente insuficiente desde la teoría de la probabilidad limitada, de cara al artículo 22, cuando afirma *ibid.*, pág. 497, que “... [e]l que actúa con dolo eventual tiene la mera esperanza de que el resultado no vaya a producirse; el que obra con imprudencia sigue actuando con la confianza de que aquel no tendrá lugar”.

concebir la figura del dolo como un mecanismo judicial de imputación de amplísimas proporciones, por oposición a una imprudencia limitada (sin representación), a partir del cual se presume inequívocamente la voluntad de realización, por el solo hecho de demostrar la continuidad de la actuación.

Presunción que se puede demostrar equivocada de *lege data* con un ejemplo de la vida real, que evidencia la necesidad de elementos volitivos en los procesos psicológicos de actuación del autor. Ejemplo: “A” es un fumador compulsivo que —diariamente— consume dos paquetes de cigarrillos. Así mismo, es perfectamente consciente de los efectos nocivos del tabaco, conoce que es una de las principales causas de cáncer de pulmón y que gran cantidad de personas mueren anualmente por ello. En realidad, “A” prevé que de seguir consumiendo aquella cantidad de tabaco, con una alta probabilidad dicha conducta peligrosa para su salud causará su propia muerte. La pregunta fundamental sería: ¿es cierto que “A” por el solo hecho de continuar fumando, “quiere” o acepta —incluso eventualmente— su propia muerte? Todo indica que no es posible hacer dicho salto lógico, porque no se puede afirmar objetivamente que “A”, por el hecho de fumar, quiera suicidarse dolosamente, o lo que es lo mismo, que haya planificado el hecho de cara a ese resultado global. En este sentido, no basta el elemento cognitivo para imputar una conducta voluntaria: sería necesario además que se verificara en el caso concreto que “A” aceptara efectivamente o se conformara con su muerte eventual. De lo contrario, se vulneraría el principio de culpabilidad por el hecho, desde el punto de vista de la imputación subjetiva.

En síntesis, como lo ha reconocido ampliamente la doctrina nacional¹¹³, se puede advertir que estamos en presencia de una noción legal mixta o ecléctica del dolo, que puede ser fundamentada en cualquiera de las concepciones que juzgan la voluntad de realización de la infracción típica, junto con el conocimiento, como elementos estructurales irrenunciables de la definición general de él, tales como, por ejemplo, el pensamiento finalista del delito o, incluso, las modernas corrientes

¹¹³ Hecho que sostiene en sentido similar VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

eclécticas normativas que ponen el acento en la decisión de lesionar un bien jurídico como componente volitivo del dolo.

A su turno, en el inciso 2º del artículo 22, el Código Penal contempla la controvertida figura del dolo eventual, como una modalidad inequívoca de conducta dolosa, de la siguiente manera: “*también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”. Lo cierto del caso es que se trata de una definición de los elementos estructurales del dolo eventual, que pretende variar formalmente —sin mucho éxito— la concepción puntual sostenida por el Código Penal de 1980 en el artículo 36, cuando indicaba que la conducta es dolosa cuando el agente: “[...] *la acepta previéndola al menos como posible*”.

En efecto, en tanto que el estatuto punitivo de 1980 acogía clara y expresamente la teoría *volitiva del consentimiento o de la aprobación* en materia de dolo de realización eventual del tipo, mediante la fórmula consistente en prever con posibilidad y “aceptar” la producción del resultado¹¹⁴, de marcada tendencia psicológica; en el estatuto de 2000, en principio, los redactores del Proyecto establecieron sin mucha claridad dogmática los presupuestos del dolo eventual asumiendo la teoría “del riesgo no cubierto o asegurado”¹¹⁵, cuyo autor es HERZBERG. Posición cognitiva que es muy

¹¹⁴ Sobre el particular, cfr. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 303, cuando indica que “nuestro Código, al definir el dolo con una fórmula clara y prácticamente útil, adoptó el criterio del consentimiento en relación con el dolo eventual”. Así mismo, véase C. S. de J., sentencia del 14 de mayo de 1996, rad: 9196, M. P.: Dídimo Páez Velandia, en la cual se afirma que “en el dolo eventual el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él [...]”.

¹¹⁵ Sobre la concepción asumida por el proyecto, cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, *Aspectos político-jurídicos...*, *op. cit.*, pág. 90 y SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA *et al.*: *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 238, cuando afirma que “en el dolo eventual se adopta la teoría de la probabilidad y se prescinde del «querer, aceptar o conformarse», que son características de las conductas dolosas. Se incluye la «no evitación», cuando se refiere la norma al dejar la producción «librada al azar», lo cual implica la no intervención del agente”. Como es notorio, esta perspectiva se asemeja a la teoría objetiva cognitiva mencionada.

cuestionada en países como Alemania, tal como lo indica acertadamente VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ¹¹⁶.

Sin embargo, la pretensión de los redactores no resulta fatalmente acertada desde la perspectiva de la fórmula legal del artículo 22 del Código Penal, más aún, cuando se advierte: *en primer lugar*, la insuficiencia dogmática de esta teoría, para: i) evitar la responsabilidad objetiva (C.P., artículo 13) y ii) distinguir adecuadamente los supuestos imprudentes de los doloso-eventuales. *En segundo lugar*, por lo disparate que resultan sus verdaderos efectos prácticos frente a la concepción originalmente concebida por el autor¹¹⁷. *En tercer lugar*, porque desconocer que la fórmula jurídica del artículo 22 admite diversas interpretaciones doctrinales con base ontológica, normativa o ecléctica, implicaría asumir un concepto doble de dolo: es decir, un concepto que tiene en cuenta la voluntad en el dolo directo (C.P., artículo 22, inc. 1°) y un concepto que reniega de la voluntad en el dolo eventual; duplicidad conceptual que resulta completamente asistemática de *lege data*. Es más, no se puede olvidar que el término “dejar librado al azar” no es exclusivo de las teorías cognitivas normativas, porque también las teorías volitivas con base normativa le consideran una variante de las concepciones tradicionales del *contar seriamente* o *conformarse* con el resultado¹¹⁸. *En cuarto lugar*, porque la interpretación de la figura en el sistema del Código Penal, igualmente, debe guardar relación con la concepción acogida por la definición del ordenamiento Penal Militar, que asume expresamente en el artículo 41 la teoría del consentimiento, así: “[...] *lo mismo cuando la acepta al menos como posible*”. De no

¹¹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 27 y 28, afirma que “[n]o obstante, cuando —a diferencia del Código de 1980— se asume una noción que pretende definir esta última modalidad a partir de la idea de peligro no cubierto o asegurado, de tal manera que durante o después de la acción del sujeto deben intervenir la suerte o la causalidad para que el tipo penal no se lleve a cabo, se acoge una postura bastante polémica, que no pocas discusiones ha suscitado en países como Alemania”.

¹¹⁷ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 233 y ss.

¹¹⁸ Cfr. ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 444. sin perjuicio de que dicho autor reconduzca esta teoría a las concepciones tradicionales del *contar seriamente* o *conformarse* con el resultado.

hacerlo, tendríamos igualmente una doble definición del dolo, ya no solo en el Código Penal, sino en todo el ordenamiento jurídico penal.

Del mismo modo, es importante anotar cómo algún sector de la doctrina nacional¹¹⁹, interpretando la teoría del dolo eventual¹²⁰ expuesta por BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE¹²¹, afirma que el Código Penal de 2000 asumió una concepción dualista del dolo que reconoce, en el dolo eventual, una figura por naturaleza cercana a la imprudencia, al no compartir el primero los mismos presupuestos básicos del dolo directo, especialmente la voluntad de realización en sentido estricto. Figura que fue asimilada ficticiamente al dolo directo solo para efectos punitivos (*quad modus poenam*), atendida la gravedad de unos hechos que deberían ser castigados con una penalidad más intensa que la prevista legalmente para la imprudencia con representación. Posición teórica que no se comparte, precisamente, por las críticas ya mencionadas, en el sentido de que parece ir en contravía sistemática de los cánones legales que regulan el dolo y la culpa en Colombia.

Por lo demás, tal postura se funda afirmando que el Código Penal renunció expresamente a una fórmula material unificadora del dolo, a partir de la estructura gramatical empleada por el legislador en el inciso 2º del artículo 22, cuando expresó que la conducta doloso-eventual “[t]ambién será dolosa [...]”. Se trataría entonces de una doble regulación del dolo en directo y eventual que implicaría sostener, al mismo tiempo, una distinción conceptual clara y tajante entre ambas modalidades del dolo¹²², partiendo del elemento volitivo.

En efecto, para estos autores, el artículo 22 regula una doble definición formal del dolo que no tiene sentido, desde la perspectiva de una fórmula única que materialmente debería obedecer a los mismos elementos estructurales, porque se estaría reconociendo que el dolo es coetáneamente dos cosas distintas (principio de no

¹¹⁹ Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, op. cit., págs. 7 y 8.

¹²⁰ Vid. *Ibidem*, pág. 23.

¹²¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, op. cit., pág. 71.

¹²² Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR: *El dolo...*, op. cit., págs. 22 y ss.

contradicción). Desde este punto de vista, para esta posición, si la fórmula del artículo 22 fuese realmente única¹²³ a partir de las teorías tradicionales del dolo —conocimiento más un elemento subjetivo adicional—, en realidad no haría falta el inciso 2° del artículo 22, ya que el inciso 1° *ibidem* hubiera bastado para comprender el dolo eventual en la regulación legal. En fin, como lo afirma ROMEO CASABONA, “[e]s necesario matizar las concepciones que formulan el concepto dogmático de dolo partiendo de una concepción simplista de la voluntad, que presenta el querer como una realidad dicotómica, taxativa e incontrovertible, de forma que un hecho sólo puede haber sido querido o alternativamente no querido”¹²⁴.

En este sentido, se puede considerar que una adecuada interpretación del significado y el alcance de la fórmula del dolo eventual consagrada por el legislador, en conjunción con la regulación de la imprudencia (C.P., artículo 23) y del error sobre los hechos constitutivos de la infracción típica o “error de tipo” (*id.*, artículo 32, num. 10, parte primera) permitirá convenir sin problemas que ambas definiciones (la del dolo directo y la del dolo eventual) son complementarias y de ninguna forma excluyentes entre sí, teniendo como norte la voluntad de realización, ello es, aquella resolución que al menos implica aceptar seriamente la probabilidad de producción del resultado (concomitante, accidental o querido directamente)¹²⁵. Elementos que permiten configurar un concepto material de dolo que, guardando las proporciones expuestas por las teorías eclécticas actualmente imperantes, implica reconocer cada uno de los requisitos fundamentales para la estructuración de las diferentes clases de este, cuales son: el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de realización del hecho.

4. CLASIFICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DOLO

¹²³ Cfr. *Ibidem*, pág. 23.

¹²⁴ ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, pág. 483. Igualmente, *vid.* CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *op. cit.*, págs. 662 y 663.

¹²⁵ En este sentido, véase ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 500.

Ahora bien, desde el punto de vista sistemático, el legislador de 2000 consagró expresamente la institución del dolo como una “modalidad de conducta punible” (C.P., artículos. 19, 21 inc. 1º y 22), al lado de la culpa o imprudencia y —erróneamente— de la preterintención¹²⁶ (*id.*, artículo 24). Precisamente, para conseguir tal efecto, la normativa vigente utiliza expresiones como: “[l]a conducta es dolosa [...]” o “[t]ambién será dolosa la conducta [...]”, refiriéndose en este último caso al dolo de realización eventual del tipo, en el inciso 2º *ibidem*. Lo anterior implica enunciar dos consecuencias sistemáticas de gran importancia:

En *primer lugar*, se puede predicar con seguridad la existencia de una relación intrínseca entre el concepto del dolo —*como forma de imputación subjetiva del delito*— y la teoría de la conducta. Precisamente, dependiendo del concepto que se asuma respecto de la “acción” (final, social, personal o negativa), dependerá a su turno la concepción del aspecto subjetivo del tipo, porque no son fenómenos ajenos entre sí, sino elementos estrechamente interrelacionados en la sistemática del delito, cualquiera que sea el punto de partida adoptado¹²⁷. Precisamente, si se advierte que el artículo 22 del Código Penal regula el elemento volitivo del dolo de forma clara y expresa, como un aspecto necesario e irrenunciable de su estructura normativa general, la conclusión correcta subsiguiente, desde el punto de vista dogmático, implica que el contenido de la voluntad del agente, ello es, el “querer” en la significación de la norma anotada, se encuentre íntimamente influido por la finalidad del agente al momento de realizar la conducta típica¹²⁸. Desde luego, sin que ello implique la confusión de ambos conceptos.

¹²⁶ Sobre esta polémica figura en el C. P. de 2000, *vid.* RICARDO MOLINA LÓPEZ, *La preterintención en el derecho penal colombiano*, Medellín, Comlibros, 2006, pág. 65.

¹²⁷ Véase CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, *op. cit.*, págs. 92 y ss.; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 376; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 296 y 297.

¹²⁸ Al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Teoría...*, *op. cit.*, pág. 25. indica que “el nuevo Código Penal se adscribe a la sistemática de la conducta punible para la cual el contenido de la voluntad del agente, la finalidad, es un problema a examinar en la teoría de la acción, como carácter genérico de la noción de conducta punible”. También, véase ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406.

Y, en *segundo lugar*, que no es posible afirmar de *lege data* que el dolo sea una *forma* o un *elemento integrante* de la categoría dogmática de la culpabilidad¹²⁹ (C.P., artículo 11, inc. 1º), sino que es un elemento cuya sede es la tipicidad, al formar este parte del aspecto subjetivo del tipo en sentido sistemático¹³⁰. En este sentido, basta observar la regulación del error en el Código Penal para deducir cómo el legislador ha distinguido claramente, por una parte, el conocimiento requerido sobre el aspecto objetivo de la descripción típica —propio del dolo como objeto de valoración¹³¹—, que precisa ser actual o actualizable al momento de realizar la conducta (*id.*, artículo 32, num. 10), y, por otra, el “conocimiento” de la ilicitud de la conducta, es decir, la denominada conciencia o comprensión de la antijuridicidad propia del juicio de exigibilidad o culpabilidad (*id.*, artículo 33), sobre el cual basta la *potencialidad* de conocimiento en términos razonables de oportunidad, para que se repute existente (*id.*,

¹²⁹ Asumen dicha postura: MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 619 y ss.; FIANDACA y MUSCO: *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 352 y ss.; FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 355 y ss.; EDMUND MEZGER, *Derecho penal*, Parte General, t. I, Buenos Aires, Ed. Valletta, 2004, págs. 153 a 155. Una matización en SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte General, 7ª ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004, pág. 261, entiende que “el dolo *completo* exige la «conciencia de la antijuridicidad». Sin embargo, “[a] estudiar el tipo doloso importa únicamente el primer nivel de *dolo típico*, que se corresponde al concepto natural usado por el finalismo”. La diferencia del dolo en la regulación del Código Penal de 2000 es notoria respecto al Código Penal de 1980, que precisamente reguló el dolo, la culpa y la preterintención como “formas de culpabilidad”.

¹³⁰ Cfr. CEREZO MIR, *Lo injusto...*, *op. cit.*, pág. 87, afirma que “[l]a necesidad de que el dolo sea un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva de la punición de la tentativa, es decir, de la punición de las acciones dirigidas por la voluntad de sus autores a la lesión de un bien jurídico. [...] La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos viene exigida además por la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto”; JOSÉ CEREZO MIR, “La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006, págs. 275 y ss.; CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 510 y ss.

¹³¹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 497 y 504. En la última página citada, indica que “el conocimiento que requiere el dolo se distingue del que se exige para el resto del delito, a partir de la fórmula legal que da base a su construcción (el fin de cometer un delito)”.

artículo 32, num. 11, inc. 2º)¹³². De este modo, entonces, se puede aseverar que existirá conducta típica dolosa comisiva u omisiva, aun cuando el agente no cuente con un conocimiento siquiera potencial de la ilicitud de su conducta o sea “incapaz” de comprender la antijuridicidad de ella, porque como afirma lúcidamente ZAFFARONI, “*ello no altera en nada su conocimiento de la naturaleza de la acción que realiza*”¹³³.

En síntesis, el dolo se clasifica como un elemento de la categoría de la tipicidad en el Código Penal de 2000¹³⁴, que funda un concepto complejo de tipo penal (objetivo-subjetivo) que lo supone como un dolo avalorado o natural¹³⁵, ello es, del cual no forma parte el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta típica (C.P., artículo 32, num. 11). Desde luego, es necesario advertir que no se puede sostener que el Código Penal se “matricula”¹³⁶ con un concepto finalista del delito; porque desde la perspectiva de la finalidad del ordenamiento jurídico-penal, cual es la protección de los bienes jurídicos (Const. Pol., artículo. 2º), se pueden admitir interpretaciones o justificaciones diferentes que maticen las caracterizaciones ontológicas en la definición y clasificación sistemática del dolo en la tipicidad¹³⁷.

5. LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA DEFINICIÓN LEGAL DEL DOLO

¹³² Sobre el tema, *vid.* JOSÉ CEREZO MIR, “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español”, en *Obras completas, op. cit.*, págs. 131 y ss.

¹³³ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 504.

¹³⁴ Al respecto, consúltese ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 308; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 62. Respecto a la inclusión del dolo en el aspecto subjetivo del tipo, véase FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001, págs. 457 y ss.

¹³⁵ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 407; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 378.

¹³⁶ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 331 y 406; *id.*, “Teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal”, en *Nuevo Foro penal*, núm. 63, (ene.-abr. 2000), pág. 27.

¹³⁷ Así, por ejemplo: BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, págs. 208, 209 y 210.

Ahora bien, tradicionalmente el legislador colombiano ha configurado el dolo a partir de elementos ontológico-psicológicos, teleológicos y valorativos complementarios, que se materializan no solo por los componentes del dolo —conocimiento y voluntad—, sino también por la esencia misma del concepto dogmático recogido en la ley. Elementos que han sido perfectamente distinguidos por la doctrina penal moderna¹³⁸.

Por supuesto, más allá de las posturas vistas, cuando nuestro legislador califica el dolo como una “forma de conducta humana” (C.P., artículos 21 y 22), se asume una posición teórica que no escapa por completo a las tendencias psicológicas imperantes, que reconocen al ser humano como el centro del esquema jurídico-político a partir del cual se deben configurar políticamente los conceptos de la teoría del delito (Const. Pol., artículos 1°, 13 y 28; C.P., artículos 1°, 12 y 13). Por tal motivo, el artículo 22 Código Penal exige que la conducta humana dolosa implique una relación psíquica y valorativa entre el agente y la conducta que realiza, precisamente, como consecuencia del reconocimiento de los principios constitucionales de autonomía ética y libertad de determinación. Aunque sea cierto que en el dolo directo de primer grado se discuta ampliamente la naturaleza ontológica del elemento volitivo, o en el dolo eventual se cuestione la pertinencia de perspectivas emocionales, expresadas por locuciones jurídicas como conformidad, aceptación, resignación o aprobación de la probable producción del resultado¹³⁹, etcétera.

En consecuencia, el conocimiento y la voluntad resultan elementos de igual importancia en nuestro sistema penal, en tratándose de la definición material de dolo, porque aunque se distinga formalmente entre dolo directo y dolo eventual, ambos elementos deberán concurrir efectivamente aunque en diversos planos de intensidad o jerarquía¹⁴⁰. Es más, que en algunos casos predomine el elemento volitivo sobre el cognitivo, o viceversa, ello no implica: i) que uno de los elementos desplace o anule

¹³⁸ Cfr. C. S. de J., sent. 25 noviembre 1987, en *JD*, vol. TXVII, Bogotá, 1988. Algunos autores incluso hablan de tres elementos, cfr. FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 306.

¹³⁹ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 156.

completamente al otro; ii) prescindir de alguno de ellos en el proceso psicológico que el agente debe recorrer al realizar la descripción típica, al menos desde el punto de vista lógico¹⁴¹; o iii) descartar ciertos elementos valorativos que corrijan la rigurosa perspectiva ontológica, con fundamento en distinciones gramaticales que el legislador haya efectuado por razones de claridad sistemática. Véanse a continuación los elementos legales del dolo.

A) *Elemento intelectual, cognitivo o cognoscitivo*

Ahora bien, desde un punto de vista lógico, es claro que el fundamento cognitivo precede temporalmente al elemento volitivo exigido por la ley, es decir, al “querer” llevar a cabo la conducta y a su efectiva realización como desarrollo del plan criminal y de la finalidad concreta del agente. La explicación parece obvia: no puede haber voluntad de realización sin conocer o prever lo que se hará, porque dicho conocimiento es la base, precisamente, para que el agente se decida a desarrollar su finalidad con actos jurídicamente desvalorados (*nihil volitum nisi praecognitum*). Como lo advierte ZAFFARONI: “[d]ado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que le da sentido a la unidad del conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad”¹⁴².

Desde esta perspectiva, no hay duda de que al Derecho penal colombiano le interesan las conductas humanas regidas o dirigidas por la conciencia, incluso como

¹⁴⁰ Vid. FRITJOF HAFT *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8ª Auflage, München, C. H. Beck, 1998, págs. 150 y 151.

¹⁴¹ Cfr. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 381, afirman que “en la determinación del dolo, no tendría sentido prescindir de los componentes cognoscitivos o de los volitivos, o bien enfrentar los unos contra los otros; para la correcta determinación del dolo se trata, en el caso de cada tipo y de cada elemento típico, de ponderar el dolo necesario, según sus elementos cognoscitivos y volitivos”.

¹⁴² ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 497; ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 496.

condición positiva y previa de relevancia penal, respecto de los comportamientos declarados prohibidos por el ordenamiento jurídico. Por esta razón, incluso lógica, de innegable contenido garantista, han sido excluidas del ámbito de las verdaderas acciones dolosas (y culposas), aquellas actuaciones en las que el agente no actúa con conciencia de sus circunstancias personales, de los aspectos que hacen controlable y previsible su conducta, del entorno en que la desarrolla y de los efectos que se pueden desprender de ella (C.P., artículo 32, num. 1), entre otras situaciones¹⁴³.

Desde luego, para efectos de configurar el dolo como forma de imputación subjetiva general, no basta que el agente actúe con mera conciencia o con cualquier clase de conocimiento de lo que hace al emprender la acción, porque es necesario que este conocimiento se refiera a la correcta comprensión general de ciertos elementos de los hechos objetivos, que tiene incidencia en la probable o posible producción de la descripción típica, con inclusión del resultado (material o de peligro), el nexo causal y la relación de imputación objetiva en los tipos que lo requieran. Además, en los tipos omisivos es necesario que el sujeto conozca, además, la posición de garante y la situación típica. En palabras de DÍAZ PITA: “*lo que ha de conocer el sujeto son las distintas realidades, bien sean empíricas, bien normativas que se corresponden con los diferentes elementos que conforman el tipo objetivo de un determinado delito*”¹⁴⁴. Precisamente, este elemento se encuentra regulado por el Código Penal en el artículo 22, cuando indica en el inciso 1° que la conducta es dolosa “[...] *cuando el agente*

¹⁴³ Cfr. CADAVID QUINTERO, *Introducción...*, *op. cit.*, pág. 105. El autor indica: “[I]o que fundamentalmente interesa dejar establecido en este lugar es que el presupuesto de la atribución de responsabilidad a una persona que constituye la acción debe estar integrado por una manifestación exterior que haya sido susceptible de ser controlada por sus capacidades superiores; es decir, constituye acción en sentido jurídico penal todo acto susceptible de llegar a tener trascendencia social por su aptitud, gracias a su exteriorización, de afectar a otras personas, siempre que correlativamente constituya representación de la capacidad inherente a su ejecutor, en ejercicio de sus capacidades superiores; de disponer la interrupción o la modificación de las condiciones en que se presenta, bien mediante una actuación positiva o bien mediante una omisión”.

¹⁴⁴ CEREZO MIR, “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas, op. cit.*, pág. 519; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 296; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 381.

conoce los hechos constitutivos de la infracción penal [...]; y, en el inciso 2º, cuando advierte con respecto al dolo eventual que: “[t]ambién será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable [...]” (bastardilla por fuera del texto original)¹⁴⁵.

Así las cosas, cuando el texto del inciso 1º del artículo 22 emplea la locución: hechos constitutivos de la “infracción penal”, referida al objeto de conocimiento —y al contenido de la voluntad— en el dolo, lo que en realidad indica la norma es que el agente debe tener, al momento de comenzar la realización de la conducta, conocimiento, conciencia o previsión de la dimensión real propia de los hechos integrantes de la “descripción típica”¹⁴⁶. No así en los términos del artículo 9º como conducta típica, antijurídica y culpable, porque se llegaría al absurdo de extender la demanda de conocimiento actual a la culpabilidad¹⁴⁷. Interpretación que no solo desconoce la doble regulación del error (C.P., artículo 32, num. 10 y 11), sino que, además, implica una desistematización de la teoría del delito prevista en el Código Penal, cuyas consecuencias político-criminales producirían amplias lagunas de punibilidad. Es bueno repetirlo: en esta fase no se trata de verificar si el agente conoce o no que está realizando una conducta contraria a derecho.

Precisamente, el elemento cognoscitivo del dolo está respaldado por la regulación del *error de tipo* en el artículo 32, num. 10, al indicar que no habrá lugar a responsabilidad penal, por atipicidad de la conducta, cuando el agente (inc. 1º) “*obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la*

¹⁴⁵ Sobre la teoría de la probabilidad, cfr. C. S. de J., sent. 15 septiembre 2004, rad: 20860.

¹⁴⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 268 y ss.

¹⁴⁷ Al respecto, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 310. indica que “se ha objetado lo contrario, afirmando que «literalmente [...] requeriría conocimiento del tipo, de la antijuridicidad, de la propia culpabilidad e incluso para algunos, también conocimiento de la punibilidad», pero las consecuencias de esta objeción serían inadmisibles, porque si «delito» [...] significase eso —es decir, «delito» en sentido jurídico estricto—, no cometerían tentativa los inimputables ni actuarían típicamente en grado de tentativa quienes actúan justificadamente. Precisamente de eso deducimos que

descripción típica [...]”; o esta solo será punible a título de imprudencia (inc. 2º), cuando la ley hubiere previsto la conducta como culposa “*si el error fuere vencible* [...]”. Desconocimiento de la realidad que incluye igualmente la previsión del resultado o del peligro. En otras palabras: no habrá dolo y por ende tipicidad (error invencible), o no habrá dolo sino imprudencia (por error vencible sobre los elementos típicos del supuesto de hecho doloso), cuando en el proceso de conocimiento del agente existe una discordancia o un juicio incorrecto, inexacto o irregular entre la realidad —la realización de los hechos peligrosos constitutivos de la descripción típica concreta— y la conciencia, conocimiento o previsión probable de lo que hace o hará efectivamente con su conducta temeraria.

Ahora bien, es necesario puntualizar que el conocimiento de los elementos que estructuran objetivamente la conducta típica respectiva debe ser *actual* o *actualizable*¹⁴⁸. Lo anterior significa, en el primer caso, que el agente debe tener un conocimiento efectivo, real y presente de estar realizando determinada conducta peligrosa, con conciencia del riesgo, de sus propias circunstancias personales, de los aspectos que la hacen controlable y previsible, del entorno real en que la desarrolla, de la forma de realización y, cuando sea del caso, los efectos probables que se pueden desprender necesaria o accidentalmente de ella, el nexo causal y la imputación objetiva¹⁴⁹. Por ejemplo: matar a otro, causar daño en el cuerpo o en la salud, portar un arma,

«delito» [...] significa tipicidad objetiva (o tipicidad a secas, para quienes optan por un concepto objetivo de tipo penal)”. También, véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 406.

¹⁴⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 268; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 409; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 298; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 495; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 399, 400 y 401. Además, ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio...*, *op. cit.*, pág. 166, sostienen que el conocimiento propio del dolo es actual, mientras que el conocimiento propio de la imprudencia es potencial.

¹⁴⁹ En sentido similar DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 28. Respecto de la forma de realización de la conducta, FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 359, señalan que “[...] es necesario distinguir según se trate de delitos de «forma vinculada» o de «forma libre». [...] en los primeros es necesario que la conciencia y la voluntad tengan por objeto las modalidades específicas de realización del hecho tipificadas en la figura incriminante. En cambio, en los segundos, dado que el legislador le atribuye

ejerger violencia, etcétera. A pesar de ello, es importante anotar que se ha discutido largamente la cuestión del grado de conocimiento que admiten algunos de estos elementos al momento de realizar la acción, como por ejemplo, los descriptivos referidos al propio autor o a la víctima y los normativos de naturaleza técnica o extrapenal, entre otros.

Así las cosas, respecto de algunos de estos elementos típicos descriptivos resultará suficiente que el agente actúe con *co-consciencia* o *co-pensamiento* de la realidad que subyace en ellos¹⁵⁰. Es decir, dadas las circunstancias del agente y su capacidad individual de percepción y reflexión, es necesario que este disponga efectivamente en su conciencia de los conocimientos del hecho necesarios para realizar la descripción típica, a pesar de no pensarlos *ex profeso*, de sacarlos a la luz o de *actualizarlos* efectivamente al momento de desarrollar la conducta; es decir, que *cuenta con ellos* con un grado más leve de conciencia en su esfera intelectual¹⁵¹. Al respecto, WELZEL manifiesta que “*la parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. No es necesaria una consciencia reflejada —sobre todo en relación a las circunstancias concomitantes—, más bien es suficiente una «co-consciencia» no reflexiva*”¹⁵².

relevancia penal a cualquier modalidad de agresión al bien protegido, el dolo, normalmente, debe abarcar el último acto cumplido antes que el curso causal escape a la capacidad de dominio personal del agente”.

¹⁵⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 212, hablan de “inconsciente dominado”; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 29 y 60; MAURACH, GÖSSEL y ZIPP, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 382 y 383; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 408.

¹⁵¹ Vid. DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 69. Cuando la doctrina emplea el término ‘actualización’, se refiere a dos procesos diferentes: por una parte, la vuelta a la conciencia de contenidos que permanecían de modo inconsciente en la memoria del sujeto y, por otro, la percepción de los objetos del mundo exterior de parte de aquel, llevando a cabo a su vez, un proceso de integración de ellos en el contexto de las experiencias anteriores de dicho sujeto.

¹⁵² WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 96 y 399. Cfr. BACIGALUPO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 312; CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 522; HAFT, *Strafrecht...*, *op. cit.*, pág. 152. Sin embargo, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 401, puntualizan que “[e]l dolo siempre requiere alguna actualización del conocimiento (cierto pensar en ello o darse cuenta), porque si no se actualizan ciertos contenidos de la consciencia en el momento de actuar, no puede configurarse la finalidad de la acción [...]

Así, respecto a los elementos descriptivos perceptibles, cuando Pedro le suministra droga que produzca dependencia a Juan (C.P., artículo 381), no es necesario que piense efectivamente al momento de entregar la droga en la calidad de menor de 18 años del suministrado; es suficiente que se haya “dado cuenta”¹⁵³ de que es un adolescente y que tenga disponible tal conocimiento en su conciencia al realizar su conducta. En efecto, cuando Pedro realiza la conducta de *suministro a menor*, manifiesta en el desarrollo de su acción el cumplimiento de su finalidad típica¹⁵⁴, que tiene por base el conocimiento latente de la situación acompañante. Conciencia que, para los efectos del dolo, aunque no es conocimiento ontológico en estricto sentido, satisface este elemento estructural de la figura. Igual disquisición vale en tratándose del tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (C.P., artículo 208).

En cualquier caso, se debe tener presente que el proceso de conocimiento del sujeto no es mecánico o automático porque, de ser así, siempre se presumirá un conocimiento *co-consciente* de todos los elementos que conforman la descripción típica objetiva de que se trate; y siguiendo esta clase de inferencia, no será difícil presumir la existencia del dolo. Por tal motivo, se exige a lo menos una percepción actual y sin errores de la situación específica en la cual se desarrolla la conducta en su totalidad o conjunto.

Ahora bien, respecto a los elementos normativos del tipo (abusivamente, piedad, indebidamente, etcétera), será necesario que el agente actúe con base en una valoración empírico-cultural sobre ellos (social-jurídica); es decir, que tenga una comprensión intelectual de su significado próxima a la “de un hombre medio o normal” según su nivel social, sin que se requiera una valoración rigurosamente exacta desde el

en cada caso el agente debe tener el grado de actualización de conocimientos necesario para configurar la finalidad típica”; FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 356, advierte que “[...] el dolo deberá excluirse si el pasaje desde una representación *potencial* a una *actual* ya no representa un mero momento de atención, sino un proceso de deducción lógica del dato (actualmente) ignorado a partir de las circunstancias (previamente) conocidas”.

¹⁵³ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 305.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, pág. 303.

punto de vista técnico, científico o jurídico¹⁵⁵. Así, en el hurto basta que el sujeto conozca que la *cosa (ajena)* objeto de apoderamiento no es suya (C.P., artículo 349), o en el delito de violencia contra *servidor público*, que la víctima ejerce funciones públicas; en los delitos de falsedad no es preciso que el agente conozca el concepto jurídico de *documento*: basta que sepa que el escrito puede servir de prueba en el tráfico jurídico documental.

De igual manera, el agente deberá prever de manera general, según su capacidad individual, el probable suceder causal de la conducta en el caso concreto¹⁵⁶, la realización del resultado típico¹⁵⁷ de lesión o de peligro y las circunstancias que fundan la imputación objetiva del resultado contra el bien jurídico tutelado (como producto probable del riesgo *ex ante* creado). Por lo que hace al resultado, se exige al menos una previsión general¹⁵⁸, precisamente, porque este elemento no admite *en todos los casos* un conocimiento *empírico, actual y cierto*, concomitante o *ex ante* a la acción; como sí lo admite la acción misma como objeto de conocimiento. Ello es así porque al momento de realizar la conducta generalmente el resultado efectivo aun no se ha producido, dando cabida al azar¹⁵⁹. El agente, como lo advierte DÍAZ PITA, “[q]uizás no conocerá el resultado efectivamente producido pero sí todas las

¹⁵⁵ Sobre el particular, véase MEZGER, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 164; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 213; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 268 y 269, recurren a la famosa fórmula de MEZGER sobre la “Valoración paralela en la esfera del profano”; HAFT, *Strafrecht...*, *op. cit.*, pág. 151; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 316; MIR PUIG, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 263; ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 498.

¹⁵⁶ Al respecto, FONTÁN BALESTRA, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 362, sostiene que “[...] el conocimiento del acontecer causal se limita a las posibilidades que el ser humano tiene de conocer, y con ello de dirigir los hechos que se encadenan, mediante el condicionamiento adecuado de las causas”.

¹⁵⁷ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 409; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 298; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 97. Sin embargo, no faltan autores que afirman que el conocimiento del riesgo en el dolo eventual no requiere ser específico, porque estaría vinculado con el conocimiento potencial que en principio funda a la imprudencia como conocimiento del riesgo-precaución: RIVERA LLANO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 520.

¹⁵⁸ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 159.

¹⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pág. 182.

*circunstancias que hacen previsible que dicho resultado se llegue a producir, y naturalmente, es siempre en relación a ese resultado global que quiere producir como planifica el hecho*¹⁶⁰.

Sin embargo, tampoco es fatal una separación temporal significativa entre la conducta y resultado típico, que impida al agente el conocimiento actual o actualizable y correcto del último. En realidad, podrán presentarse situaciones en las cuales tal discontinuidad no exista, porque la acción y el resultado se confunden en un solo momento temporal y espacial¹⁶¹; lo que le permite al agente tener ocasión para conocer o *co-conocer* el resultado, como sucede en las hipótesis de acceso carnal violento (C.P., artículo 205). Por supuesto, en el ordenamiento jurídico colombiano la exigencia del conocimiento y, por ende del dolo, también se hace extensiva a las circunstancias que atenúan o agravan la punibilidad del tipo penal, porque en caso contrario no le podrán ser imputadas al agente¹⁶². Desde luego, tal exigencia no se extiende a los resultados en los delitos calificados por el resultado y a las condiciones objetivas de punibilidad. Esta consideración se desprende del artículo 32, num. 12, al precisar que “*el error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente*”.

De esta manera, entonces, para configurar el elemento cognoscitivo del dolo se requiere, en *primer lugar*, que el agente conozca en su sentido global o al menos prevea —de forma actual o actualizable— como lo haría un hombre medio en una

¹⁶⁰ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 295.

¹⁶¹ Al respecto, *ibidem*, pág. 135, indica que “en tanto no se dé ese espacio de tiempo entre una y otro, no podremos nunca afirmar que el sujeto no pudo conocer el resultado a que daba lugar su acción”. Así mismo, *ibid.*, pág. 294 sostiene que “aseverar que un sujeto no puede en ningún caso conocer el resultado en el momento de la acción se ajusta solo a la realidad de aquellas situaciones en las que transcurre un lapso de tiempo considerable entre acción y resultado; no, por el contrario, en aquellas en las que la acción y el resultado se desarrollan sin solución de continuidad”. En contra: FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 23, 24 y 25, finamente advierte que en el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado, y que, la decisión del autor está vinculada al resultado.

¹⁶² *Vid.* CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 520 y 521; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 299.

situación normal¹⁶³, los hechos constitutivos de la conducta prevista en el aspecto objetivo del tipo penal¹⁶⁴ y aquellos elementos que implican mayor o menor punibilidad de la conducta tipificada¹⁶⁵. Y, en *segundo lugar*, que dicho conocimiento¹⁶⁶ se presente sin ninguna clase de error, que impida sugerir una afectación a la esfera intelectual del juicio del agente, en el sentido de que exista una incorrecta combinación de los elementos de la experiencia sobre las circunstancias en que el agente realiza la conducta peligrosa y su interpretación intelectual de lo que hace.

Precisamente, la indagación del contenido del concepto del dolo, en virtud de la regulación del error, puede ser útil para reforzar la existencia de su elemento cognitivo¹⁶⁷, dado que solo hay error por ignorancia o falta de conocimiento; sin embargo, resulta insuficiente para determinar positivamente todos los elementos que realmente forman parte de la figura. Desde este punto de vista, si bien es cierto que en Colombia la ausencia de conocimiento excluye la realización de la infracción penal a título doloso, también lo es que, para poder predicar el dolo del agente, no basta la sola concurrencia del conocimiento, sino que es necesario algo más: el elemento voluntativo

¹⁶³ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 407.

¹⁶⁴ Al respecto MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 393, sostiene que “el dolo del autor debe haber aprehendido en su significación los distintos elementos del tipo objetivo. Debe exigirse, entonces, el conocimiento del sentido”. El autor debe querer el tipo; no cabe exigir que él haga del hecho en su valoración jurídico-penal el objeto de su conducta finalista”. Así mismo, DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 74 sostiene que “no se trata solamente de que el sujeto reconozca todos y cada uno de los datos de la situación típica sino, que con ellos, forme en su mente una imagen global correctamente aprehendida en la que se incluye el conocimiento acertado de su comportamiento al encontrarse dicha situación aún bajo su control”.

¹⁶⁵ Cfr. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 393.

¹⁶⁶ DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 72, precisa que “tanto en el dolo directo como en el dolo eventual debe existir un verdadero conocimiento de la situación típica en el sentido de conocimiento exacto, es decir, exento de errores de los elementos que componen el tipo objetivo del delito de que se trate. Esta ausencia de error por parte del sujeto supone que este ha aprehendido todos y cada uno de ellos y los ha valorado en sus justos términos, en el sentido de haber apreciado la adecuación de los mismos para producir un resultado”.

¹⁶⁷ Sobre el particular, cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 165.

o volitivo, de conformidad con el artículo 22 del Código Penal, en concordancia con el artículo 23 en sentido negativo, que señalan los elementos propios de la conducta dolosa.

B) *El elemento volitivo*

La polémica actual relacionada con la definición del dolo encuentra su punto de fusión y equilibrio, justamente, en la posibilidad de admitir o rechazar la voluntad del agente como uno de sus elementos constitutivos. En este sentido, como se anotó, se trata de un tema complejo sobre el cual se sostienen diversidad de posiciones doctrinarias que fluctúan entre negar por completo su operatividad o viabilidad, aceptarla para ciertas modalidades de dolo o requerir dicho elemento en su definición general como uno de sus rudimentos estructurales irrenunciables.

Precisamente, en nuestra opinión, el Código Penal de 2000 asumió la última de las tendencias anotadas, cuando en el inciso 1° del artículo 22 el legislador demandó, en tratándose del dolo directo, que además del conocimiento de los elementos constitutivos de la conducta típica específica, era necesario e imprescindible que el sujeto “quiera su realización” por acción u omisión, asignando a su conducta la capacidad de cumplirla en el mundo exterior¹⁶⁸. En consecuencia, no se está exigiendo para configurar el dolo un elemento subjetivo afincado en una mera expresión lingüística, sino que este encuentra asidero legal innegable en la regulación legal de la figura.

A su turno, en el inciso 2° referido al *dolo eventual*, el legislador indicó que el agente debía *dejar* librada al azar la no realización de la infracción, que en los delitos de lesión encontrará su realización efectiva con la producción del resultado material. Así las cosas, si bien es cierto que en este caso existe una voluntad menos intensa respecto al fin a alcanzar, en comparación con el dolo directo de primer grado (respecto

¹⁶⁸ Cfr. WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 97; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 269.

del resultado o el peligro), no por ello se puede afirmar que el rasgo esencial del querer se elimina por completo; es decir, que desaparezca aquella *resolución en la que al menos se acepta seriamente la probable producción del resultado (necesario o accidental) o del peligro*¹⁶⁹. Así, cuando el sujeto *deja voluntariamente* la producción de la infracción típica librada al azar, lo hace en virtud de un elemento subjetivo de carácter volitivo que orienta la dirección externa de su conducta hacia un objetivo determinado (el logro de su finalidad principal); aunque con ello se vinculen algunas consecuencias concomitantes o accidentales derivadas de la acción o de los medios empleados en la realización, cuya producción previamente haya sido representada como probable de cara al tipo penal¹⁷⁰.

Es más, cualquiera que sea la matización que se introduzca con respecto al elemento volitivo del dolo, en la determinación del concepto básico, esta realmente no permite argüir de manera convincente que el legislador colombiano haya abandonado dicho elemento en el dolo eventual. Precisamente, porque resultaría contrario a la legislación construir un concepto enteramente cognitivo de dolo, que impidiera su distinción —como forma de imputación subjetiva cualificada— de otras formas de imputación subjetiva consagradas en el Código Penal. En efecto, un dolo que solo fuera conocimiento de los elementos objetivos del tipo o conocimiento del peligro, si

¹⁶⁹ Sobre el particular, ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, pág. 461, indica que “[b]aste señalar ahora que el dolo eventual supone un nivel más acentuado de debilitamiento de sus dos elementos en relación con las otras dos clases de dolo, sin que, al menos en los delitos de resultado material, aquellos se lleguen a difuminar del todo. Sin embargo, en los delitos de acción peligrosa podría ocurrir que no fuera posible encontrar en el plano subjetivo una diferencia entre el delito doloso y su correspondiente imprudente (de existir en el C. P. alguna extraña figura con esas características), pues el elemento volitivo, al no proyectarse sobre un resultado o al quedar este por fuera del tipo, se limita a la asunción de la propia acción que se ha previsto como peligrosa”. Del mismo modo, cfr. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 376.

¹⁷⁰ Como lo advierten MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 269 y 270, “en todos estos casos se puede decir que el autor quiere todas y cada una de estas circunstancias al incluir en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo”.

bien implica una sola modalidad de dolo¹⁷¹, *en primer lugar*, no precisaría clasificaciones legislativas como las previstas en los artículos 22 y 61.3 con fundamento en la voluntad; *en segundo lugar*, arrasaría el concepto de imprudencia con representación (artículo 23) y, *en tercer lugar*, haría difícil explicar la figura de la preterintención (artículo 24). Por esta razón, de *lege data* es necesario concluir que el conocimiento es solo uno de los rudimentos de la definición del dolo en la legislación vigente, que sirve como presupuesto inequívoco de la voluntad¹⁷². Por lo cual, la norma legal exige que la conducta dolosa sea aquella que implique voluntad de ejecutar la descripción tipificada en la ley penal, siguiendo la finalidad preconcebida por el autor.

Si bien es cierto que la voluntad de realización no garantiza fatalmente la producción del resultado, ni asegura la inexistencia de desviaciones causales, sí define y enmarca la forma de conducción que el agente da a la realización de su conducta, la cual finalmente es el criterio de la medida de la punibilidad¹⁷³. En este sentido, se afirma con razón que quien demuestra voluntad de realización de la conducta típica está exteriorizando una conducta dirigida a lesionar o a poner en peligro efectivo, con mayor intensidad (*desvalor* de acción subjetivo), los bienes jurídicos tutelados por la ley penal colombiana, en comparación con el agente que los lesiona por imprudencia; ya que el artículo 23 implica que el agente haya confiado racionalmente en la posible evitación el resultado típico previsto, con fundamento en la forma de conducción objetiva que ha impreso a la conducta realizada, aunque esta fuere violatoria del deber

¹⁷¹ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 186.

¹⁷² Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 300, afirman que “[...] el conocimiento es solo un presupuesto de la voluntad, pero la voluntad es independiente del conocimiento, puesto que solo se sirve de él, sometiéndolo a sus exigencias. JOAQUÍN COSTA decía muy justamente que «el hecho no se obra con solo conocimiento»”.

¹⁷³ Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 69, sostiene que “el dolo no es un simple querer, es una voluntad en realización, esto es, un querer que se materializa en actos. Luego, no hay dolo por faltar el elemento volitivo si el sujeto solo tiene la voluntad de hacer algo y esta voluntad no se materializa en hechos que están dentro de la esfera de dominio del sujeto”.

objetivo-subjetivo de cuidado¹⁷⁴. Así las cosas, el conocimiento no se caracteriza por ser el elemento que más distingue o caracteriza al dolo en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, es la voluntad de actuar referida a las consecuencias de la acción¹⁷⁵, la que marca la pauta para construir el concepto de dolo y diferenciarlo de la imprudencia. Tomando como punto de partida o presupuesto¹⁷⁶ el grado de conocimiento exigido al autor, desde la perspectiva de la conducta prevista en el tipo de la norma penal.

En síntesis, *en primer lugar*, no se puede hablar de voluntad sin que el agente, al menos, se haya representado previamente lo que constituirá el objeto del querer¹⁷⁷, o lo que es lo mismo, el agente no puede querer lo que aún no se ha representado al menos con probabilidad en los términos del artículo 22. Desde esta perspectiva, el objeto de la voluntad se encuentra conformado por los elementos objetivos del tipo conocidos por el agente al momento de realizar la conducta, y como es apenas natural, se debe extender a las probables consecuencias concomitantes, necesarias o accidentales de la acción¹⁷⁸. Y, *en segundo lugar*, tampoco habrá dolo sin que dicha voluntad, como proyecto, se manifieste en el mundo exterior, es decir, sin que el sujeto se decida efectivamente a realizar la conducta con los medios¹⁷⁹ elegidos en el caso concreto, para alcanzar su fin. Medios que quedan cobijados por la voluntad.

¹⁷⁴ Cfr. *ibid.*, pág. 398.

¹⁷⁵ Véanse MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 376.

¹⁷⁶ Cfr. *ibid.*, pág. 380.

¹⁷⁷ Al respecto, ROMERO SOTO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 68., estima que “[a]nte todo, se hace preciso aceptar que no puede hablarse de voluntad sin representación: no es posible querer una cosa sin representársela. Una voluntad en el vacío sería un concepto absurdo. La voluntad debe tener un objeto definido, y no es factible definírselo sin representárselo”. A su turno, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 381, precisa que “actúa dolosamente quien incluye en su voluntad el íntegro cuadro de la representación del hecho, tal como se expone conforme a la parte objetiva del tipo”.

¹⁷⁸ Cfr. KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 47.

¹⁷⁹ Sobre el particular, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 298, afirman que “una voluntad sin manifestación no es dolo. No hay manifestación de voluntad sin voluntad y tampoco hay voluntad sin manifestación que corresponda a un acto de acción. El dolo es finalidad que se individualiza

6. LA CLASIFICACIÓN DEL DOLO EN LA LEY PENAL COLOMBIANA

Como se ha dicho, el Código Penal consagró en los artículos 22, 32 numerales 10 y 61, inciso 3° la figura dogmática del dolo, utilizando una fórmula tripartita que atiende a la “intensidad” de la voluntad (artículo 61, inc. 3°, referido a la “intensidad del dolo [...]” en la individualización de la pena)¹⁸⁰, de la siguiente forma: en el inciso 1° *ibidem*, se establecen explícitamente los rudimentos característicos del dolo directo de primer y segundo grados, este último también designado como dolo de realización de las consecuencias necesarias. A su turno, en el inciso 2° *ibidem*, se establecen los elementos propios del dolo de realización eventual del tipo o dolo eventual. Todos ellos, desde la perspectiva asumida, contrapuestos a la figura de la imprudencia consagrada en el artículo 23, caracterizada por que el sujeto actúa con violación al deber de cuidado, confiando en que razonablemente se podrá evitar el resultado posible, efectivamente representado¹⁸¹.

En consecuencia, no se trata de una simple clasificación de carácter doctrinal o de la jurisprudencia, como a veces se piensa, sino de una verdadera división dogmática fundamental reconocida por el legislador, a la que se pueden reconducir todas las

en el tipo en atención a ella misma (y no por el modo de su realización, como sucede en los tipos culposos)”. Así mismo cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 409; RAGÜES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 30 y ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 416-417. En el sentido de la realización de un plan.

¹⁸⁰ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Teoría...*, *op. cit.*, págs. 27 y 28.

¹⁸¹ Cfr. JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 315, 322 y 323, cuando advierten que “[e]l concepto de dolo eventual también se determina a través de la definición de la imprudencia consciente con la que conecta de un modo inmediato. Esta significa que el autor, ciertamente, reconoce el peligro pero niega la existencia del riesgo concreto para el objeto de la acción, no tomándose en serio bien por defecto de sus propias capacidades, bien por el cálculo equivocado del grado de peligro existente en una infracción contraria a deber del cuidado exigible o bien, finalmente, porque aunque se toma en serio el peligro confía en la ausencia del resultado lesivo”.

clasificaciones elaboradas por la doctrina penal a lo largo de la evolución del derecho penal moderno¹⁸².

La importancia práctica de esta división resulta evidente de cara a nuestro ordenamiento jurídico, cuando, por ejemplo, se advierte que algunas de las conductas punibles consagradas a título doloso en la parte especial del Código Penal, precisan ser realizadas, por ejemplo, con dolo directo de primer grado: sería el caso del genocidio (artículo 101), del homicidio por piedad (artículo 106), de la tortura en persona protegida (artículo 137) o del hurto (artículos 239 y ss.), entre otras. Tipos penales en los que, además, se consagran como elementos subjetivos determinadas intenciones, ánimos o propósitos especiales del autor diferentes del dolo típico fundamental que, es menester indicarlo, solo coinciden con esta modalidad directa de la figura. Veamos a continuación cada una de estas modalidades.

A) *El dolo directo de primer grado*

Esta primera modalidad del dolo directo encaja, perfectamente, con la definición generalmente aceptada por la doctrina como conocer los elementos constitutivos de la conducta típica y querer su realización. Así las cosas, el dolo directo de primer grado o “intención” (*absicht*) se configura cuando, precediendo el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal, también existe voluntad de realización del agente respecto de la producción del resultado típico concreto¹⁸³. Voluntad que coincide

¹⁸² Así lo afirma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 257. Una extensa clasificación de las formas de dolo en: REYES ECHANDÍA: *Diccionario...*, *op. cit.*, págs. 19 y 20; FIANDACA y MUSCO, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 69 y ss. Afirma la importancia de dichas clasificaciones MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 384, al advertir que la parte especial requiere diversas intensidades de dolo en diferentes disposiciones típicas. Por el contrario, BACIGALUPO, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 315, entiende superada dicha clasificación, pues no tendrían sentido al asumir una teoría monista unitaria, que retoma un concepto de dolo basado exclusivamente en el conocimiento del peligro concreto.

¹⁸³ Cfr. HASSEMER, *Los elementos...*, *op. cit.*, pág. 65; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 318 y ss.

perfectamente con el fin a alcanzar. En otras palabras, habrá intención cuando el sujeto quiera de forma directa e inmediata el resultado como fin, sin que por ello el agente no pueda perseguir otros objetivos posteriores o colaterales a su actuación, o acepte que la producción de la conducta típica no es segura en el caso concreto¹⁸⁴. He aquí algunos ejemplos:

Pedro quiere la muerte de Juan, su padre, con el objetivo de heredarlo más pronto. Con tal fin, Pedro envía a través de una conocida línea de correos un sobre que contiene una poderosa bacteria contagiosa, cuya infección sabe que produce la muerte. Juan, que recibe el sobre de manos de Andrés cuando se hallaba en su casa (la de Juan) departiendo con Diego y Luis, como lo hacía todos los días, se infecta y muere dos días después.

Alberto quiere matar al señor ministro. Con tal finalidad pone un dispositivo explosivo en una vía de la ciudad, y prevé que el estallido producirá la muerte del funcionario. La bomba efectivamente detona y causa la muerte del ministro.

En estos casos, las conductas se pueden calificar como homicidios agravados (artículos 103 y 104 nums. 3 y 10) a título de dolo directo de primer grado, porque los agentes, al momento de realizar la acción, no solo conocen que están dirigiendo la conducta a la producción de los resultados típicos de “muerte” de Juan y del ministro — *previsión general del desarrollo del curso causal, de la producción del resultado muerte, imputación objetiva y conciencia de los demás elementos del tipo*—, sino que también quieren la efectiva causación de las muertes. Esta clase de hipótesis se caracterizan porque en ellas la voluntad de realización del agente: “el querer”, por una parte, es

¹⁸⁴ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 499; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 401. En sentido similar, véase CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 537; GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 8; MEZGER, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 158; REYES ECHANDÍA, *Diccionario...*, *op. cit.*, pág. 19; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 415; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 417; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 299 y 300.

mucho más intenso que en otras modalidades de dolo al coincidir con la finalidad y, por otra, porque predomina sobre el elemento cognitivo¹⁸⁵.

B) *El dolo directo de segundo grado*

Esta segunda modalidad complementaria del dolo directo, también denominada dolo de consecuencias necesarias, se presenta cuando el sujeto, respecto a la producción de una infracción típica, por un lado, la prevé como consecuencia — extremadamente probable— inevitable derivada de la utilización de los medios elegidos para la puesta en marcha de la acción voluntaria principal; y, por otro, la asume o *co-quiere* —aunque no la desee o le resulte desagradable— como condición necesaria para conseguir el fin propuesto. Medios y efectos concomitantes “necesarios” que igualmente han sido comprendidos por la voluntad de realización, puesto que el agente asume que solamente a través de ese procedimiento puede alcanzar el resultado que persigue¹⁸⁶.

Ejemplos: en los casos propuestos anteriormente, Andrés, el mensajero que entrega la carta a Juan, se infecta con la bacteria y muere a consecuencia de la manipulación del sobre. También mueren los escoltas y el conductor del señor ministro

¹⁸⁵ Cfr. ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 416 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 300.

¹⁸⁶ Cfr. JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 320; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 386, sostiene que “[...] actúa dolosamente, en relación con determinado resultado, quien tenga consciencia de que su acción lo traerá consigo necesariamente, sin importarle que el objetivo de su acción consista en tal o cual resultado; porque las consecuencias del acto, reconocidas como necesarias, son incluidas en la voluntad del agente, aun cuando ellas no le interesen en absoluto”; ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 423; WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 99, cuando afirma que “si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia, porque y en tanto esté necesariamente conectada con el fin o el medio, de acuerdo a la representación del autor”; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 409; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 300; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 499; *id.*, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 401 y 402.

como consecuencia de la explosión del artefacto. En estas variantes se podrá predicar el dolo directo de segundo grado de Pedro y Alberto respecto a la muerte de los sujetos pasivos del tipo, cuando: *primero*, los agentes hayan previsto con probabilidad¹⁸⁷ la producción de sus muertes, precisamente, como sucesos y consecuencias inevitables derivadas del uso voluntario de los medios empleados para realizar las acciones (manipular el sobre con la bacteria y la explosión del artefacto). Es decir, en los planes criminales de los agentes, tanto el mensajero, como el conductor y los escoltas, deben morir para lograr la muerte de Juan y del ministro, que precisamente son las finalidades iniciales que motivaron la realización de los hechos generales. Y, *segundo*, cuando a pesar de las previsiones pertinentes acerca de la probabilidad “alta” de producción de los resultados típicos señalados, Pedro y Alberto continúen realizando las correspondientes conductas aceptando como condiciones necesarias dichos resultados.

Así las cosas, a diferencia del dolo directo de primer grado, esta modalidad se caracteriza por la primacía que desempeña el elemento cognoscitivo sobre el volitivo, que resulta de menor intensidad, justamente, al no coincidir el querer del sujeto —la muerte del mensajero o el conductor y los escoltas— con la finalidad primaria que desea lograr mediante la conducta que realiza —la muerte de Juan o del ministro—. A pesar de ello, no es correcto afirmar: i) que el sujeto “no quiere” de modo necesario la muerte de los sujetos; y ii) que el grado de injusto y el grado de culpabilidad sean sustancialmente distintos en ambas clases de dolo¹⁸⁸. Por tal razón, ambos supuestos merecen genéricamente la misma penalidad¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Sobre el particular, ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 424, manifiesta que “la seguridad del agente, en relación con la producción de la consecuencia accesoria, ligada a su vez con la consecuencia querida por el sujeto, debe ser alta; pues de no serlo, no podría predicarse la previsión de la necesidad de la consecuencia en el agente; y ello, a lo sumo, podría establecerse como dolo eventual”.

¹⁸⁸ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 216; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho...*, *op. cit.*, pág. 657; MEZGER, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 157; ROMEO CASABONA, *Sobre la estructura...*, *op. cit.*, pág. 460.

¹⁸⁹ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 46.

C) *El dolo eventual*

Esta tercera modalidad se regula en el inciso 2° del artículo 22 del Código Penal, en cuya virtud la conducta será dolosa cuando el sujeto actúe: i) previendo la producción “probable” de un resultado no querido directamente (porque no coincide con la finalidad que lo lleva a realizar la acción peligrosa); y ii) deja su no producción “librada al azar” o, lo que es lo mismo, deja voluntariamente que el suceso típico siga su curso causal hacia el fin perseguido¹⁹⁰. Infracción típica que, por lo demás, constituye una consecuencia accesoria derivada de la utilización de los medios.

Así las cosas, si se parte de una teoría mixta y se interpretan dichos elementos, se puede afirmar que hay dolo eventual cuando el sujeto, pese a que: i) quiere los medios seleccionados para la realización de la acción principal, ii) prevé como altamente *probable* la producción de los resultados concomitantes derivados de la acción, y iii) sabe que puede producirlos, continúa realizando la acción hacia la producción de dichos resultados de acuerdo con el plan criminal, sin querer intervenir eficazmente en el desarrollo natural del curso causal, tomando medidas objetivas orientadas a disminuir, evitar o impedir la infracción típica (contrafactores), con lo cual: ciertamente el sujeto *deja voluntariamente la no producción del resultado (concomitante) librada al azar*. En estas condiciones es indudable que el sujeto acepta, se conforma o asiente la producción del resultado o del riesgo probable y no importa si este le agrada o no, verificándose así su *decisión por la lesión al bien jurídico tutelado*¹⁹¹. La consecuencia de ello es evidente: si “querido es lo que el autor toma a

¹⁹⁰ Sobre el concepto general, cfr. CEREZO MIR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 541; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 321, 404; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 386; ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 403.

¹⁹¹ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Manual...*, *op. cit.*, págs. 301 y 302, al afirmar que “[...] el inciso 2° del artículo 22 del Código Penal [...] pone énfasis en los conceptos de previsibilidad y de probabilidad, esto es, en el componente cognoscitivo del dolo; y por otro, como la ausencia de realización de la infracción prevista «se deja librada al azar», se parte de la idea de que las cosas deben seguir su curso,

su cargo con su intención”¹⁹², entonces no se podrá afirmar que el agente *confía seriamente* en que podrá evitar las consecuencias accesorias de la acción¹⁹³.

Por ejemplo: en los casos propuestos, Diego y Luis también se infectan con la bacteria y mueren. Y, también mueren algunos transeúntes que pasan por el lugar. Así, tales resultados podrán imputarse a Pedro y Alberto a título de dolo eventual, si:

Primero. Los agentes han previsto como consecuencias concomitantes accesorias o accidentales de las acciones que realizan, la *probable* muerte de los sujetos (saber que la realización del hecho queda en manos del azar), por ejemplo:

con lo que —así sea en menor medida— también se tiene en cuenta el componente volitivo gracias a que el sujeto activo puede «dejar librada» la realización de la infracción al acaso, a la causalidad o al azar —lo que ratifica que en todos los tipos dolosos hay un componente de albur en la producción del resultado, que también sucede en los imprudentes [...] sin que ello signifique extraer este elemento, el resultado, del injusto—, que es lo contrario de la certeza en torno a ello. [...] además, parece claro que el dolo eventual —por mandato de la «norma rectora» contenida en el artículo 11 que consagra el principio de lesividad— implica, necesariamente, la decisión en contra del bien jurídico, una de las pautas que C. ROXIN tiene en cuenta dentro de su concepción funcional del dolo eventual, la llamada teoría del tomarse en serio”; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 321 y 322, señalan que “[...] el dolo eventual está integrado por la voluntad de realización de la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la seria consideración del peligro de que el resultado acaezca (momento intelectual del injusto de la acción), así como, en último lugar, por la conformidad del autor con el advenimiento del resultado típico como ingrediente de la culpabilidad”.

¹⁹² MEZGER, *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 158 y 160.

¹⁹³ Sobre el particular, es importante tener en cuenta la siguiente afirmación de KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 51 y 52: “[e]l hecho doloso no es excluido por medio de «esperanzas», de cuyo desengaño toma en cuenta el autor, ni por una «confianza» sobre el feliz resultado, para cuya justificación, el mismo autor nada hace. Por el contrario, las formulaciones positivas de la «teoría de la aprobación» —«correr el riesgo», «consentir», «aprobar»— pueden muy bien ponerse en consonancia con el pensamiento aquí defendido. Así WEBER y MEZGER, y en parte también WELZEL, derivan de la teoría del consentimiento el reconocimiento de la idea de que la voluntad de realización dirigida a la evitación excluye el dolo”. Precisamente, WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 55, sostiene que “la consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o, en caso contrario, a dirigir la acción de modo de evitarlos”. Sobre la (solo) aparente contradicción de las

dado lo contagioso de la bacteria, la cercanía de los sujetos con el sobre y su interacción con Juan; o el radio de explosión del artefacto, la cantidad de personas que transitan a esa hora por el lugar, etcétera. No basta, como se deduce de la norma legal (C.P., artículos. 22 y 23), que los sujetos hayan previsto la producción de los resultados como eventos meramente *posibles*, porque en tal caso se estará en principio frente a una imprudencia con representación, que precisamente exige como componente cognitivo una representación lejana o baja de la producción de los resultados.

Y, segundo, si los agentes continúan voluntariamente la realización causal del fin (muerte de Juan y del ministro), sin que medie una medida voluntaria y consciente de evitación que permita, con márgenes de razonable de seguridad en consideración de los agentes, intervenir objetivamente la continuidad natural del nexo causal, impidiendo, disminuyendo o evitando las muertes de Diego y Luis, o de los transeúntes (verdaderos resultados concomitantes)¹⁹⁴. En otras palabras, es necesario que los agentes se hayan tomado en serio, conformado o aceptado la producción de los resultados o, lo que es lo mismo, que hayan abarcado en la voluntad realizadora las consecuencias concomitantes probables derivadas de la acción principal que realizan, sin que tal

teorías de KAUFMANN, ROXIN y STRATENWERTH, *vid.* CUELLO CONTRERAS, *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 649 y 650, nota al pie de página núm. 476.

¹⁹⁴ KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 50, indica que “una voluntad de realización más eficaz, con relación a la evitación de las consecuencias accesorias, existe solo si el autor concede a la puesta de su dirección y a su propia habilidad una posibilidad real de evitar el resultado. Si en cambio lo abandonó a su suerte, es decir, al azar, entonces obró dolosamente”; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 263. Cuando indica que “en la actualidad, y gracias sobre todo a los esfuerzos dogmáticos del finalismo, particularmente de WELZEL y ARMIN KAUFMANN, la diferencia entre dolo directo y eventual está clara o satisfactoriamente establecida, así: frente a los efectos concomitantes posibles o probables, habrá dolo eventual si el sujeto, habiéndolos previsto, no hizo nada serio y objetivo por evitarlos (v. gr. cambiar los medios, los modos o las oportunidades de la acción), esto es, no manifestó con relación a ellos una voluntad evitativa sino, por el contrario, causativa; y habrá culpa consciente, cuando en el mismo caso y ante la previsión de las consecuencias accesorias de la acción, el sujeto no se limitó a la esperanza sino que su actitud se tradujo en la fundada *confianza* de que no sobrevinieran, precisamente porque hizo lo que le era posible, en forma seria y objetiva, por evitarlos, produciéndose los resultados típicos solamente por imprudencia (infracción del cuidado objetivo) en el manejo de los medios”.

previsión probable de ellos, haya sido determinante para renunciar a la realización de los efectos de la acción, dejando voluntariamente su no producción librada al azar.

A pesar de ello, es bueno anotar que la voluntad de evitación solo anula la voluntad de realización, respecto de las consecuencias posibles que se hayan tratado de evitar, mas no de los de riesgos efectivos que el agente *no toma en cuenta*. Porque respecto a estos últimos, habrá voluntad de realización o resolución en la que existe aceptación de ellos, si el agente ha dejado voluntariamente su no producción librada al azar. Se trata, de este modo, de una teoría ecléctica objetivo-subjetiva que bien puede explicar la fórmula del artículo 22 del Código Penal de 2000, guardando afinidad con la fórmula del artículo 41 del Código Penal Militar.

Empero, se trata de una interpretación que implica una notable reducción de los eventos doloso-eventuales, por la vía de dos criterios limitativos: *primero*, el criterio cognitivo de la *probabilidad (como gran posibilidad)* que introduce expresamente el legislador en el artículo 22, a pesar de sus inexactitudes respecto de los eventos de equilibrio probabilístico. Inexactitudes que deberán ser rectificadas con base en el principio del *in dubio pro reo* (Const. Pol., artículo 29 y CPP., artículo 7°). En efecto, en el sistema penal colombiano la inicial previsión de la solo *posible o baja* producción del resultado (previsible), por oposición normativa, nos introduce con algunas excepciones en el ámbito de la imprudencia con representación (artículo 23). Lo cual implica entender que, si bien el dolo y la imprudencia no se distinguen cualitativamente por el aspecto cognitivo, necesariamente sí tienen diferencias por el aspecto cuantitativo, respecto de los factores que pueden producir la infracción penal.

Y, *segundo*, la aceptación de la probable producción de los resultados concomitantes, expresada indiciariamente por la dirección de la conducta a la producción de ellos, al no mediar actos objetivos de evitación o disminución, aunque estos sean erróneos o equivocados. Precisamente, si el agente *no* deja voluntariamente la *no* producción de la infracción librada al azar, obrará con imprudencia; siempre y cuando el sujeto no dude seriamente de las medidas de evitación, porque entonces, simplemente se obrará sobre la base de una confianza o

una esperanza irracional, cuyo trasfondo implica contar realmente con la eventual producción de la infracción¹⁹⁵.

Así las cosas, conjugando estos dos elementos, se pueden presentar cuatro hipótesis. Considerémoslas separadamente:

Primera. Si el agente prevé con *probabilidad* la producción del resultado (la infracción típica), y voluntariamente deja librada su no producción al azar (voluntad de realización), entonces, podremos predicar el dolo eventual, tal como ya lo explicamos¹⁹⁶.

Segunda. Si la previsión de la producción del resultado es *probable o no improbable*, pero el sujeto confía *fundadamente*¹⁹⁷ en que puede evitar las

¹⁹⁵ Así, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 311, advierten que “[e]n la culpa consciente, la actitud del sujeto es de confianza, sobre la base de circunstancias fácticas o personales comprobables, en que finalmente la posible afectación del bien jurídico no se producirá [...]”. Esta confianza tiene que ser fundada. Ello significa que los elementos en que se basa, personales o fácticos, tienen que ser aptos para generar tal confianza”. Y más adelante, *ibidem*, pág. 311, señalan que “[e]l sujeto no solo se representa el riesgo y no aplica ninguna de las medidas de precaución exigidas en ese ámbito de relación, sino que además su actitud es la de contar con dicho riesgo o de decidirse por ese curso de acción. Es decir, sigue siendo esencial que no tomó las precauciones requeridas y precisamente no las aplicó porque contó con el riesgo o se decidió por realizar la conducta a pesar de ser consciente de dicho riesgo”; FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, págs. 31 y 32, advierte que “[e]l derecho solo puede asumir de manera racional como relevante la confianza en la ausencia del resultado cuando el autor emprende unas medidas de evitación mínimas o carece de la información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando a pesar de saber que va a crear un riesgo se limita a confiar en el azar o que el resultado no se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación”.

¹⁹⁶ Cfr. GALLEGO y SOTOMAYOR, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 17, afirman que “el hecho de que el sujeto pueda influir sobre la realidad y no su mala intención o ánimo, convierte la acción dolosa, considerada *ex ante*, en una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ello más grave que la acción imprudente”.

¹⁹⁷ WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 100, sostiene que: “si de acuerdo a la representación del autor, la producción de la consecuencia concomitante no está unida necesariamente al fin o a los medios, sino solo en forma posible, habrá que distinguir si cuenta con que se produzca o si, por el contrario, confía en que no acontezca. Aquellas consecuencias que él cuenta con que se produzcan al realizar su acción, tiene que haberlas querido realizar eventualmente si emprende la acción (el llamado dolo eventual,

consecuencias accesorias (artículo 23), a partir de los actos de evitación o disminución del riesgo que ha llevado a la práctica, entonces, se entenderá que el resultado (concomitante) no fue vinculado ni con la voluntad del sujeto¹⁹⁸ ni con su finalidad (porque no ha dejado voluntariamente su no producción librada al azar) y, por tanto, será punible a título de culpa consciente con representación (artículo 23). Ello, como ya se ha dicho, *salvo que el agente dude seriamente de las medidas que ha empleado para evitar o disminuir la producción del resultado concomitante*, porque en tal caso actuará dolosamente¹⁹⁹. En estas hipótesis el agente no desvirtúa totalmente el nexo existente entre su voluntad de realización y la probable producción del resultado accidental, precisamente porque cuenta con ellas. A pesar de ello, tampoco es claro que deba responder por la punibilidad de todo el hecho doloso, porque recuérdese que el agente ha tratado de evitar los resultados concomitantes, lo que significa que, según el caso y el expediente procesal, no es del todo irrazonable pensar en una disminución de la pena en sede de la individualización judicial, pues el hecho se consuma a pesar de que el agente *ha hecho todos los esfuerzos objetivamente necesarios para evitarlo*.

equivocamente, dolo condicionado). Por el contrario, su voluntad de realización no se extiende a aquellos resultados posibles, con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan. Pues quien, al actuar, confía en que no se produzcan tales resultados, no los quiere realizar, del mismo modo como no quiere realizar resultados en los que no ha pensado”.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 499.

¹⁹⁹ En este sentido, cfr. CEREZO MIR, *Derecho...op. cit.*, págs. 545 y 546, precisa que “[...] si el autor a pesar de las medidas adoptadas para evitar el resultado, sigue considerando que puede producirse, queda abierta aún la posibilidad del dolo eventual. Desde nuestro punto de vista, diríamos que, si el sujeto, a pesar de todo cuenta con la posibilidad de que el resultado se produzca, se dará dolo eventual”; DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 315, cuando precisa que “en los casos en los que el sujeto albergue dudas sobre la efectividad de sus medidas y, a pesar de ello, siga actuando, su acción será valorada como dolosa y será merecedora de la pena prevista para tales delitos. No hay una errónea valoración del sujeto de la situación peligrosa frente al bien jurídico protegido por el ordenamiento, y siendo ello así, no se presenta una equivalencia entre esta y el dolo eventual, donde el sujeto a pesar de conocer la situación riesgosa, establecer medidas de evitación y valorarlas negativamente en su capacidad de evitación del resultado lesivo, continúa con su actuación dañosa o peligrosa contra el bien jurídico”.

De aquí que la confianza de evitación del resultado no se agote en una mera confianza, esperanza o ilusión de evitación, o de una creencia supersticiosa de que el resultado no se producirá²⁰⁰, porque ello de ninguna manera excluye el dolo de *lege data*; pues se trata de una confianza que reside en la forma de conducción — objetiva²⁰¹— que el sujeto le da a su conducta que, aun cuando sea errónea, mal calculada o insatisfactoria de conformidad con el cuidado debido exigido para evitar el resultado previsto²⁰², a su turno, es contraria a la voluntad de realización, a la aceptación o a la conformidad de este. Desde luego, en este punto es fundamental tener en cuenta los conocimientos especiales del agente. En fin, como se ha dicho, de *lege data* no basta el mero aspecto cognitivo para configurar el dolo eventual; también es necesario que se presente un plus subjetivo de realización.

Precisamente, si el criterio de la probabilidad no se limita en estos casos, entonces, todos los eventos de previsión probable (o no improbable) del resultado concomitante, aun cuando el sujeto no tenga voluntad de realización de la consecuencia accesoria, serían castigados a título de dolo eventual. Lo que implicaría una expansión del ámbito de lo doloso sobre lo imprudente, propia de la teoría cognitiva de la probabilidad. Recuérdese que el mero conocimiento no satisface las diferencias

²⁰⁰ KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 51, afirma este autor, que “[...] el hecho doloso no es excluido por medio de «esperanzas», de cuyo desengaño toma cuenta el autor, ni mediante una «desaprobación» que no impide al autor en su obrar, ni por una confianza sobre el feliz resultado, para cuya justificación, el mismo autor nada hace”; WELZEL, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 100, sostiene que “los conceptos de contar con la producción del resultado concomitante y de confiar en que no se realice son complementarios y, por lo tanto, excluyentes. Aquel que cuenta con que el resultado concomitante se produzca, bien puede «esperar», pero no «confiar» en que no se produzca. *A contrario sensu*, la precaria confianza en que el resultado concomitante no se realice significa por lo general que el autor cuenta con que se realice”.

²⁰¹ Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 501.

²⁰² Cfr. KAUFMANN, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 48, al afirmar que “si el autor cree erróneamente que la conducta dirigida a la evitación de la consecuencia accesoria alcanzará con seguridad ese fin, la voluntad de realización, entonces, no puede ya comprender la producción de la consecuencia accesoria, porque yerra en los componentes intelectuales de la voluntad de realización”.

entre dolo y culpa²⁰³. Así pues, *ni la mera esperanza de evitación excluye el dolo eventual, ni la sola previsión probable (o no improbable) del resultado lo funda*. Además, no se puede olvidar que en esta modalidad de dolo prima el elemento cognitivo sobre el volitivo²⁰⁴. Elemento volitivo que se convierte, desde la teoría tradicional, en un elemento necesario e irrenunciable de carácter limitativo, para poder predicar que la conducta del agente es dolosa.

Tercera. A su turno, si el agente prevé con *posibilidad* la producción del resultado, pero a la vez cuenta con una confianza fundada consistente en que lo podrá evitar, mediante los actos de evitación eficaces que lleva a la práctica (aunque estos fuesen erróneos, mínimos o mal calculados de conformidad con el cuidado debido exigido y sus conocimientos generales o especiales), se estará propiamente en el ámbito de la culpa consciente (artículo 23). Si el sujeto no continúa actuando, en realidad no se producirá ningún resultado; y, si sigue actuando, no por ello habrá dolo eventual, porque precisamente lo hace con una confianza objetivamente fundada de que no producirá las consecuencias concomitantes de la acción²⁰⁵ y, por ello mismo, no las acepta o vincula a su voluntad de realización dolosa, aun cuando se vinculen con la infracción voluntaria del deber objetivo de cuidado. Además, como es evidente pero no

²⁰³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *En el límite...*, *op. cit.*, pág. 956, precisa que “la distinción entre dolo e imprudencia se centra siempre en la delimitación de los conceptos de dolo eventual y culpa consciente. Ambos tienen en común, en efecto, el conocimiento por parte del autor del peligro que entraña la conducta y de la posibilidad de producción del resultado lesivo”.

²⁰⁴ En este sentido, véase a DÍAZ PITA, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 300. La mencionada autora anota que “en el dolo eventual se da una participación interna del sujeto distinta a la de alguien que actúa imprudentemente. En el dolo eventual hay algo más que una consciencia del peligro y una infracción del deber de cuidado que todos debemos observar. Ese algo más, junto con la base cognitiva, que aquí estimamos irrenunciable, pero insuficiente, constituyen la justificación de una pena de mayor gravedad. Y ese algo más solo podemos detectarlo en un ámbito diferente al estrictamente cognitivo”.

²⁰⁵ Cfr. RAGÚES I VALLÈS, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 56, indica que “la imprudencia no se basa en el error sobre el carácter reconocido como peligroso de una acción, sino sobre el error sobre la existencia de las circunstancias de hecho que fundamentan el carácter peligroso”.

fatalmente necesario, porque el sujeto no satisface el elemento cognitivo de la definición del dolo consagrada en la ley (artículo 22).

Cuarta. Finalmente, en virtud de la regulación legal que —en principio— reclama que solo los casos de previsión *probable*²⁰⁶ puedan ser castigados con la pena dispuesta para el dolo eventual, se tienen como límite las siguientes situaciones, en las cuales es difícil determinar cuáles procesos psicológicos deban ser tratados como dolo y cuáles como imprudencia:

i) el agente, a pesar de prever con *posibilidad* el resultado concomitante y tomar las medidas de evitación eficaces necesarias para evitar las consecuencias, sigue actuando con previsión de una *posible* consecuencia adicional o residual. En este caso, en principio, la solución es similar a la excepción realizada en el punto dos, es decir, el agente actuará a título de dolo si continua actuando: i) dudando seriamente de las medidas que ha empleado para evitar o disminuir la producción total de los resultados concomitantes adicionales, o ii) ha tomado dichas medidas de manera instrumental, sin que las mismas logren desvirtuar completamente el nexo existente entre su voluntad de realización y la probable producción —especialmente— del resultado concomitante adicional, que de todas formas acepta²⁰⁷.

A pesar de ello, se podría pensar que, en estos eventos, las infracciones (resultados) tratadas de evitar deberían ser imputadas a título de imprudencia consciente y, las que no, a título de dolo eventual. Desde luego, dicha solución salomónica no deja de ser cuestionable, sobre todo porque pasa por la necesidad de verificar el alcance real que el sujeto les haya querido dar en el caso concreto a las medidas de evitación, e implica partir de un análisis pormenorizado de la causa de los resultados, por oposición al análisis global de los hechos. Por ejemplo: si Pedro solo toma medidas de evitación para impedir la muerte de Diego y Luis, pero no lo hace

²⁰⁶ Al respecto, ROXIN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 418, indica que “[l]os resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino probable, han de considerarse a lo sumo producidos con dolo eventual”.

²⁰⁷ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo...*, *op. cit.*, pág. 40.

respecto de la trabajadora doméstica de Juan, la cual luego organiza el cuarto de juego. En este evento, parece desproporcionado castigar a Pedro por la muerte doloso-eventual de Diego y Luis; pero pocos dudarían en castigarlo a título de dolo por la “posible” muerte de la empleada, cuya no producción *se ha dejado librada al azar*, a pesar de no ser claro el ánimo de lesionar el bien jurídico, cuestión que se aborda en el siguiente punto. Tampoco parece válido tomar como punto de referencia de la imputación de todos los resultados causados, la sola muerte de la secretaria. En estos casos, en principio y si no hubiera limitación legal, encontraría sentido acudir a la teoría de la aceptación o del consentimiento, a pesar de recurrir a la valoración de la actitud del sujeto respecto a la lesión de cada uno de los bienes jurídicos puestos en peligro.

Y, ii) cuando el agente prevé como mera *posibilidad* la producción del resultado concomitante y sin embargo no hace nada por evitarlo, ello es, deja su no producción librada al azar (que coincide con el caso de la secretaria). Serían los eventos de imprudencia temeraria con previsión posible, cuya solución no es pacífica en la doctrina²⁰⁸. En este sentido, a pesar de que en estos casos parece no existir plena confianza de evitación del resultado, y de que pervive una cierta voluntad de realización objetiva de la acción, hay que hacer dos consideraciones: i) es necesario tener en cuenta que el legislador colombiano ha puesto fin de raíz a la discusión, al cualificar el conocimiento propio del dolo, desechando en este ámbito la teoría de la simple posibilidad. Y, ii) que, desde el punto de vista de sus efectos, tal limitación del dolo eventual parece razonable si tenemos en cuenta que, en estas hipótesis, el agente solo tiene en cuenta el resultado como un acontecimiento cuya realización sea una posibilidad remota que, en todo caso, no se persigue directamente. Dado lo cual, no parece tampoco razonable político-criminalmente aplicar la pena dispuesta por el ordenamiento para el dolo eventual, sino la pena aparejada para la imprudencia (que castiga el incumplimiento de la exhortación al actuar cuidadoso), por supuesto, superior

²⁰⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 404, señalan que “[l]os supuestos en que, pese a haber dominabilidad no hay dolo, son los que llamamos culpa consciente temeraria y estos serán los únicos casos en que puede lindar la culpa con el dolo eventual”.

a la pena de la culpa con representación convencional, agravada en sede de individualización judicial de la pena.

En fin, en cuanto a la punibilidad del dolo, que debería distinguir genéricamente entre el dolo directo y dolo el eventual, como se dijo, mediante una regla dosimétrica que obedeciera al menor injusto del último dada la menor intensidad del querer frente al resultado, por el momento, esta dependerá de su intensidad, tal como lo dispone el artículo 61, inciso 3°, en la fase de la individualización de la pena concreta. Lo cual significa, por otra parte, que no es fatalmente cierto que todos los eventos dolosos tendrán la misma penalidad. En realidad, esta cuarta postura, derivada de la tasación legal del elemento cognitivo prevista en los artículos 22 y 23 del Código Penal, no es enteramente satisfactoria, dado que prevalece el rigorismo dogmático sobre las perspectivas político-criminales, que tanto sirven para acondicionar los defectos teóricos en la aplicación de las normas jurídicas. También demuestra la quiebra de las tendencias que buscan imponer una definición legal de las instituciones jurídicas, cuando estas resultan inoperantes frente a casos límite.

7. CONCLUSIÓN

Lo más desconcertante de todo este asunto es que más allá del apurado debate teórico subyacente al concepto dogmático y a los elementos estructurales del dolo, lo que finalmente ha develado la doctrina contemporánea es la falta de criterios seguros y confiables, aun entre las teorías más críticas, que permitan hacer una construcción plenamente satisfactoria del concepto general del dolo. Noción que, diferenciada del concepto de imprudencia, satisfaga las complejas exigencias dogmáticas y político-criminales como hasta ahora lo han hecho —en mayor o menor medida— las teorías tradicionales o eclécticas imperantes; y que, al mismo tiempo, respete los principios de un Estado social y democrático de derecho de corte personalista como el nuestro (Const. Pol., Preámbulo y artículos 1° y 2°), donde el individuo mantenga un papel político trascendental y único mediante el principio de dignidad de la persona humana (C.P., artículos 1° y 2°).

Desde este punto de vista, es notorio que el legislador penal ha consagrado una figura de difícil interpretación sistemática, sobre todo, por lo que hace relación a la fórmula de la imprudencia prevista en el artículo 23 y con la fórmula del dolo eventual consagrada en el artículo 41 del Código Penal Militar. Lo cual demuestra que no es conveniente el recurso de la reforma, sin un cuidadoso estudio de las implicaciones dogmáticas y político-criminales que se generan al introducir definiciones ambiguas, como la consagrada en el inciso 2° del artículo 22. No obstante, se puede afirmar que se ha acogido una fórmula reconducible a las concepciones del dolo que reivindican el elemento volitivo como un rudimento necesario e irrenunciable en su definición. Porque, si no es así, contaríamos con una multiplicidad de definiciones incompatibles con violación de los principios de identidad y de razonabilidad (C.P., artículo 3°), relacionadas con una misma figura dogmática: el dolo.

Finalmente, es posible sostener que mediante la figura de la voluntad de realización de la conducta punible sea viable construir un concepto material de dolo que explique la clasificación tradicional de la figura consagrada en la ley penal, respetando no solo los referentes culturales para la penalización de las formas subjetivas de imputación sino, también, los principios fundamentales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, el de proporcionalidad, el de lesividad (artículo 11) y el de culpabilidad (artículo 12), entre otros.

8. BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, FRANCESCO: *Manual de derecho penal*, Parte General (trad. de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín), 8ª ed., Bogotá, Temis, 1988.

ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte General, 4ª ed., vol. 1, Bogotá, Temis, 1983.

BACIGALUPO, ENRIQUE: *Derecho penal*, Parte General, Lima, Ara, 2004.

BAUMANN, JÜRGEN: *Derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1981.

BELLO LANDROVE, FEDERICO: "El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)", en *Jueces para la Democracia*, núm. 32 (julio de 1998).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; ARROYO ZAPATERO, LUIS; GARCÍA RIVAS, NICOLÁS; FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS y SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN: *Lecciones de derecho penal*, Parte General. 2ª ed., SI, La Ley, 1999.

BETTIOL, GIUSEPPE: *Derecho penal*, Parte General, Bogotá, Temis, 1965.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Manual de derecho penal*, Parte General, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: *Lecciones de derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006.

CADAVID QUINTERO, ALFONSO: “Introducción a la teoría del delito: especial consideración a los fundamentos del delito imprudente”, en *Colección Sistema Penal*, núm. 2, Medellín, Diké, 1998.

CARNELUTTI, FRANCESCO: *El delito*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

CASTRO OSPINA, SANDRA JEANNETTE, *et al.*: *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

CEREZO MIR, JOSÉ: “Derecho penal”, Parte General, en *Obras completas*, vol. 1, Lima, ARA, 2006.

— “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006.

— “La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006.

— “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006.

— “Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español”, en *Obras completas*, vol. 2, Lima, ARA, 2006.

COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU: “En el límite entre dolo e imprudencia, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983”, en *ADPCP*, V. xxxviii, fajo 3, Barcelona, 1985.

COUSIÑO MAC-IVER, LUIS: *Derecho penal chileno*, vol. 1, Santiago, Jurídica de Chile, 1975.

CUELLO CALÓN, EUGENIO: *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1980.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho penal español*, Parte General, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 2002.

DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR: *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho penal*, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1986.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: “El dolo eventual”, en *Colección de estudios*, núm. 26 (Dir. Eduardo Montealegre Lynett), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

— “La imprudencia en el código penal de 1995 (Cuestiones de «lege data» y de «lege ferenda»)", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1995.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental, teoría general del delito y punibilidad*, 2ª ed., vol. 2, Santafé de Bogotá, Temis, 1995.

FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), 2ª ed., Madrid, Trota, 1997.

FIANDACA, GIOVANNI y MUSCO, ENZO: *Derecho penal*, Parte General, 4ª ed. (Trad. de Luis Fernando Niño), Bogotá, Temis, 2006.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho penal, Introducción y parte general*, (actualizado por Guillermo A. C. Ledesma), 15ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

FRÍAS CABALLERO, JORGE; CODINO, DIEGO y CODINO, RODRIGO: *Teoría del delito*, Caracas, Livrosca, 1996.

GALLEGO GARCÍA, GLORIA MARÍA y SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: “El dolo eventual en el código penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60 (Ene.–abr. 1999).

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: “Aspectos político-jurídicos que informan al nuevo Código Penal”, en *Memorias, jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002.

— *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

HAFT, FRITJOF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª Auflage, München, C. H. Beck, 1998.

HASSEMER, WINFRIED: “Los elementos característicos del dolo”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, Bogotá, Temis, 1999.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación (trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.

— “El delito imprudente”, en *Moderna dogmática penal, estudios compilados*, México, Porrúa, 2002.

JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho penal*, Parte General (Trad. de Miguel Olmedo Cardenote), 5ª ed., Granada, Comares, 2002.

KAUFMANN, ARMIN: “El dolo eventual en la estructura del delito” (Trad. Moisés Moreno), en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1 (oct.-dic. 1978).

LAURENZO COPELLO, PATRICIA: *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

— “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano*, Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho penal*, vol. 2, Bogotá, Temis, 1972.

MANZINI, VINCENZO: *Tratado de derecho penal*, vol. 4, Buenos Aires, Ediar, 1948.

MAURACH, REINHART; GÖSSEL, KARL HEINZ y ZIPF, HEINZ: *Derecho penal*, Parte General, vol. 1 (Trad. de Jorge Bofill Genzsch), 7ª ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994.

MERKEL, ADOLF: *Derecho penal*, Parte General, Maestros del Derecho penal núm. 13 (Dir. Gonzalo D. Fernández, Trad. Pedro Dorado Montero), Montevideo–Buenos Aires, BdeF, 2004.

MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO: *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Medellín, Universidad de Antioquia, 1962.

MEZGER, EDMUND: *Derecho penal*, Parte General, t. I, Buenos Aires, Valletta, 2004.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte General, 7ª ed., Buenos Aires–Montevideo, BdeF, 2004.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO: *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001.

MOLINA LÓPEZ, RICARDO: *La preterintención en el derecho penal colombiano*, Medellín, Comlibros, 2006.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho penal*, Parte General, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Compendio de derecho penal* (parte general y especial), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO: *Manual de derecho penal general*, Medellín, Bedout, 1981.

PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho Penal*, vol. 1, Bogotá, Temis, 1982.

PUIG PEÑA, FEDERICO: *Derecho penal*, Parte General, 5ª ed., vol. 2, Barcelona, Nauta, 1959.

RAGÚES I VALLÈS, RAMÓN: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal*, Parte General, 11ª ed., Bogotá, Temis, 1986.

RIVERA LLANO, ABELARDO: *Derecho penal posmoderno*, Bogotá, Temis, 2005.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: *Derecho penal español*, Parte General, 7ª ed., Madrid, Caracasa, 1979.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Colección autores de derecho penal (Hans Joachim Hirsch, José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna Dirs.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE: *Derecho penal*, Parte General, vol 2, Bogotá, Temis, 1969.

ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho penal*, Parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito (trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997.

STRATENWERTH, GÜNTER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4 auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 2000.

SOLER, SEBASTIAN: *Derecho penal*, vol.2, Buenos Aires, Tea, 1978.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte General, Bogotá, Temis, 1ª ed. 1994, 2ª. ed. 1995; 3ª. ed. 1997.

— *Manual de derecho penal*, Parte General, 3ª ed., Medellín, Comlibros, 2006. (2ª ed., Temis, 2004).

— “Teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 63, (ene.-abr. 2000).

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán* (trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 12ª ed, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2001.

— *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2005.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL (DIR) AA.VV: *Derecho penal*, Parte General, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA^{1*}

RONNIE LIPPENS

Profesor de la Universidad de Keele (Inglaterra)

(* Traducción de Marina Gaiteri con la supervisión del Dr. Carlos Elbert)

RESUMEN DE LA HISTORIA DEL CONTROL DEL DELITO

La historia del control del delito es, en gran medida, la historia de los intentos por controlar y verificar, o al menos hacer predecibles las “formas de vida” (usando las palabras de Nietzsche) y comportamientos a través de los cuales la existencia humana se *transforma*. En las épocas pre-clásicas (aproximadamente hasta el S.XVIII), en Occidente se podía decir que esto se hacía mediante castigos duros y a menudo impresionantes, cuyo carácter irregular e impredecible pudo haber agravado el terror. Sin mostrar interés por el ser interior de las personas, los legisladores y magistrados pre-clásicos tendían a interpretar el gobierno como el mero sometimiento de la población. Los delincuentes eran a menudo percibidos como alienados, diferentes, o simplemente terceros. Gobernar no implicaba tener un interés inquisitivo en la vida interior de los seres humanos, y se los trataba, en particular a los delincuentes, como organismos biológicos a quienes se debía hacer sentir dónde y cuándo ser, cómo comportarse, etc., y, de ser necesario, se los debía destruir físicamente. Este modelo de control nunca desapareció por completo. De hecho, se podría decir que ha resurgido en las últimas décadas. Así, por ejemplo, los pedófilos y otros agresores sexuales son considerados generalmente como seres alienados, impulsados por lujurias viles; como criaturas cuyo ser es meramente biológico y por tanto, justifican

¹ Conferencia en la Facultad de Derecho (UBA) , Argentina
Miércoles 15 de abril de 2009.

medidas biológicas, tales como la castración, la declaración de incapacidad permanente o incluso la muerte.

Al modelo pre-clásico se agregó, más tarde, el clásico, aproximadamente desde fines del siglo XVIII en adelante. Este modelo clásico vio el surgimiento de interés en la vida interior de los seres humanos. Pero solo se reconocía la dimensión mecánica, de maquinaria, calculadora en cuanto a costo - beneficio de esa vida interior. Se creía que todo sistema de control del delito y gobierno, como tal, debía jugar con este aspecto mecánico de las deliberaciones de los seres humanos. Ellas parecían ser iguales en todos los seres humanos, delincuentes o no. La meta del gobierno era lograr una previsibilidad mecanizada general. Algunos rastros de este modelo también resurgieron en las décadas recientes, por ejemplo en la teoría de la *elección racional*, y en las políticas prácticas de la *prevención situacional del delito*.

No obstante, recién en el siglo XIX surgió un claro interés por la riqueza interior del ser humano que se mantuvo durante casi todo el siglo XX. Sin embargo, este interés se orientaba hacia la “normalización” de enormes masas de la población. Los medios para lograr esa meta eran la disciplina y la autodisciplina, que se traducían en una estricta regimentación de la vida y en la vigilancia, no solo en las fábricas e instituciones educativas, sino en las prisiones. Falta mucho para que este modelo de gobierno del control, es decir, de disciplina y autodisciplina normalizadora, que hoy parece estar en decadencia, desaparezca por completo.

¿Entonces qué tenemos en estos fenómenos? Que tanto en la gobernabilidad como en las políticas de control del delito vemos el resurgimiento de modelos pre-clásicos y clásicos. En el pre-clásico no hubo interés por la complejidad del ser interior, y los delincuentes fueron considerados meros organismos biológicos, a los que se debía hacer *sentir* cómo comportarse. En el modelo clásico, tampoco hubo interés por la complejidad interna del ser. El delincuente era tratado como una máquina, una mera máquina de estimación de la relación costo beneficio. El proyecto moderno, que se interesó en la complejidad del ser interno (ej. con la intención de *transformarlo* en algo más útil) también está derrumbándose gradualmente hoy. Entonces, ¿debemos concluir que todo lo que nos queda hoy es pesimismo y negatividad? Entiendo que no, en

tanto hay un modelo de control del delito y gobernabilidad que 1) aun se interesa por la compleja vida interior de los delincuentes y que 2) no necesariamente apunta, como lo hizo el modelo moderno, a la normalización y disciplina de la población. Este modelo se ha cristalizado, desde alrededor de los 80, con el nombre de “**justicia restaurativa**”. Para desarrollar algunas ideas fundamentales en torno al concepto de justicia restaurativa, me valdré de una línea de pensamiento muy poco común, cual es la filosofía budista.

LA PAZ Y EL YO VACÍO

Uno de los principios básicos de la filosofía budista (que surgió por el siglo VI AC) sostiene que el camino para evitar el sufrimiento o para alcanzar la felicidad es conquistar nuestros propios deseos, nuestra voluntad y, finalmente, nuestro ser. Si no hay deseo, si no hay voluntad o, en otras palabras, cuando el contenido del ser ha desaparecido, habrá menos frustración, desilusión, agresión, violencia y sufrimiento. El camino hacia la paz, por lo tanto, no pasa tanto por dominar o controlar a los otros sino a nuestro ser, idea muy simple que, sin embargo, merece un análisis detallado.

Conquistar nuestros propios deseos, voluntad y ser significa *vaciarnos* (concepto del lenguaje común) lo más posible. Esto, a su vez, significa que uno(o su ser) no se identifica con nada ni nadie, evitando todo tipo de idolatría. Como hemos visto, Nietzsche concuerda en este punto, y en palabras de Sartre, se podría formular así: si despojamos a nuestro propio proyecto de vida de todas las cosas por hacer o tener, y si logramos dominar nuestro propio deseo y voluntad de identificarnos, al punto de la neutralización, entonces las elecciones tomadas por ese ser vacío no deberían causar frustración ni agresión. Dicho de otro modo, si el ser logra reducir la agresión de su propio proyecto de vida (elegir un proyecto de vida y llenarlo de identificaciones siempre implica un cierto nivel de agresión), entonces, el ser reducirá la probabilidad de experimentar agresión y frustración. Al expresar menos agresión, provocará también menos agresión y frustración a terceros, y de esa forma se irá drenando gradualmente

la energía de los (a menudo destructivos) ciclos de frustración, agresión y violencia que son tan característicos de las interacciones humanas.

Una de las mejores introducciones a la filosofía Budista se puede hallar en la novela filosófica *Siddhartha* [1922] del novelista alemán Hermann Hesse (1877-1962). El libro cuenta la historia de un hombre, Siddhartha, que viajó extensamente en los tiempos del Buda. Luego de explorar y experimentar una gran variedad de formas de vida, concluye en que, aunque todas resultaron valiosas, no vale la pena aferrarse tercamente a ninguna de ellas. No hay ninguna forma de vida que valga la pena seguir, que merezca ser deseada, querida o que nos obligue a identifiquemos con ella. Todas las identificaciones con formas de vida particulares llevan al sufrimiento (del ser y de terceros). Finalmente, el personaje se asienta cerca de un río, donde se hace amigo de una persona a cargo de una balsa. Ahí se da cuenta de que, al igual que el río, la vida es diferente de un momento al otro, mientras que, a la vez, sigue siendo eternamente la misma. Sea lo que fuere que hagamos, emprendamos o intentemos para marcar una diferencia, finalmente solo representará una gota en el río. Aunque cada gota cuenta, nunca tiene importancia de manera absoluta. El hombre de la balsa, justamente, se había dado cuenta de eso hacía mucho tiempo. Él no tenía metas u objetivos personales; estaba allí sólo para transportar a terceros de una orilla a la otra. Como su barca, el propio ser del hombre de la balsa está vacío. *Acepta* todas las experiencias que se le cruzan: las buenas, las malas, las irrelevantes, las hermosas, las feas, las iguales, las diferentes. Pero también se *niega* a cualquiera de ellas en particular. En otras palabras, elige no elegir. No se aferra a ninguna en particular. Su ser vacío se conforma con cruzar a la gente con la balsa. Jamás le impone nada a nadie, y al mismo tiempo, nunca deja que nadie llene su vacío ni ate su deseo y su voluntad a una forma de vida en particular. En las palabras existencialistas de Sastre, la filosofía del hombre de la balsa podría expresarse así: al evaluar nuestro mundo, no nos preocupemos por elegir lo que los demás dicen y hacen. No nos identifiquemos con nada de ello. No idolatremos. Rehusémonos a tener un proyecto de vida. Evitemos las metas de vida y en cambio vaciemos nuestro ser. Cuando elijamos un curso de acción,

elijamos decir *sí* a todo lo que se nos cruza, pero digamos *no* a todo aquello que se nos imponga, elijamos *no* seguir.

Siddhartha (o Hermann Hesse, si así se prefiere) era muy consciente de esta paradoja. En una conversación brillante con el Buda mismo, el joven Siddhartha sacude las convicciones del gran filósofo. Si su mensaje central es no identificarse ni seguir servilmente ninguna forma de vida en particular o enseñanza, ¿Por qué, entonces, habríamos de identificarnos o adherir al estilo de vida Budista y sus enseñanzas? Ciertamente, seguir o identificarse con un sistema que nos dice que no debemos seguir o identificarnos con un sistema en particular, resulta paradójico. Elegir no elegir sigue siendo una elección. Pero, como se da cuenta Siddhartha, la cuestión es ser conscientes de esta paradoja y aceptarla sin permitir que ate nuestro deseo, voluntad o ser.

Estas ideas por supuesto son aplicables a la cuestión del delito y el control del delito. Por ejemplo, en un caso de delito, uno podría percibirlo como el resultado de ciclos interminables de aspiración y ambición (basados, por ej., en identificaciones con lo que dicen, hacen y tienen los demás), seguidos por frustración, luego resentimiento, agresión, violencia y posiblemente, el delito. Dominar o, en realidad, vaciar nuestro ser podría ser la clave para romper esos ciclos.

Ahora pasemos al control del delito. Las medidas de control del delito en sí mismas son parte de este ciclo de aspiración y ambición; por ejemplo, la ambición de lograr una sociedad ordenada, pacífica y armoniosa y las consiguientes frustración y agresión, que llevan a adoptar medidas cada vez más punitivas o castigos más duros. No existen diferencias fundamentales entre esas dos dinámicas. Es más, las ambiciones y agresiones de una pueden, como es común, exacerbar las de la otra y viceversa.

No debería sorprendernos entonces que, durante las décadas del 80 y del 90, no solo los actores de Hollywood sino diversos *criminólogos pacifistas* de EEUU se inspiraron en la filosofía budista, entre otras ramas de pensamiento. El argumento básico fue que la reducción del delito (o agresión o violencia o daño) es lo que queremos lograr y si queremos construir la paz y relaciones armoniosas, la forma más efectiva de control del delito es reducir lo más posible la agresión, violencia y el daño potencial en las medidas

de control planeadas. Esto va a llevar a los otros a actuar en forma similar. Para algunos esto puede sonar ingenuo, pero ya retomaremos el tema de la ingenuidad. Sin perjuicio de lo naif que pueda parecer la criminología de control inspirada en Buda, sigue inspirando a los criminólogos, aunque ahora tienden a usarla en forma más realista, más pragmática, completamente conscientes de la necesidad de ser más activos y más creativos en el camino hacia la paz. Esta generación de criminólogos tiende a invertir más esfuerzos en analizar la importancia de impulsar un cambio de actitud o la construcción de la comunidad. Esto nos lleva a otro punto de *Siddhartha*.

MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Recordando al hombre de la balsa, una vez que vació su ser, es decir, que dominó su ser, no se quedó simplemente sentado; transportó gente de una orilla a la otra. Pero es preciso analizar la metáfora que eso encierra. El hombre de la balsa media entre las personas de uno y otro lado del río, sin contribuir ni agregar nada al proceso de comunicación (porque de eso se trata: comunicación) entre los de uno y otro lado del río. Él simplemente facilita su proceso de comunicación. Su barca vacía o, en otras palabras, su ser vacío, que no está atado a nada ni a nadie, hace que ello sea posible. Aunque no haga demasiado, el hombre de la balsa va más allá del simple vaciamiento de su ser. Hace más que eso. Actúa como mediador entre los demás.

Ahora bien, una de las tendencias de la criminología crítica entre los años 70 y 80, es conocida como el abolicionismo. Muchos (pero no todos) los criminólogos abolicionistas lucharon para que se aboliera (de allí su nombre) el sistema de justicia penal y se lo reemplazara con prácticas de resolución de conflictos que permitieran a víctimas y victimarios participar directamente de la resolución de sus *propios* problemas interpersonales o conflictos internos. Los delitos penales fueron redefinidos por los abolicionistas como *situaciones problemáticas* o conflictos que sólo pueden ser resueltos mediante una participación directa de las partes involucradas. No obstante, para llegar a esa resolución, es necesario que víctimas y victimarios se comuniquen y lleguen a un acuerdo, que por razones obvias puede plantear un problema, ya que sería

lógico inferir que la falta total de comunicación y acuerdo mutuo entre víctima y victimario fue precisamente lo que dio origen al conflicto original y al consiguiente delito (penal), en primer lugar. Por eso es posible que para la resolución de la situación problemática sea necesario organizar alguna forma de mediación entre las partes en conflicto.

La idea de la *mediación entre víctima y victimario* ha tenido gran impacto entre los criminólogos y los funcionarios de justicia penal desde aproximadamente la década de los 70. Sin embargo, muchos promotores de las formas mediadas de comunicación entre víctimas y victimarios preferirían que la mediación fuera más allá y tuviera un rol más relevante que el mero ir y venir del amigo de Siddhartha con su balsa. En las últimas décadas surgió un nuevo concepto que captura este “ir más allá”, y es el de la justicia restaurativa. En las iniciativas de *justicia restaurativa*, el proceso de comunicación generalmente tiene por objetivo instar a todas las partes involucradas, incluso al mediador o mediadores, a que trabajen activamente para reparar (las consecuencias de) un daño infligido, y restablecer relaciones y hasta comunidades más armoniosas o menos conflictivas. En la mayoría de los modelos de justicia restaurativa el mediador, que generalmente es un funcionario, posiblemente un oficial de justicia penal, participa activamente del procedimiento. En muchos modelos los mediadores están facultados oficialmente para volver a un proceso penal normal si resulta imposible llegar a un acuerdo entre el presunto victimario y la presunta víctima (aunque, a veces, en los conflictos interpersonales es difícil determinar claramente quién fue la víctima y quién el victimario).

Existen muchos modelos de justicia restaurativa, pero todos comparten, al menos en cierta medida, la intención de llegar a un acuerdo mediante la comunicación. En palabras existencialistas, se podría decir que su objetivo es que todas las partes involucradas abran un poco su complejo ser interno para compartir aunque sea un panorama de sus propias experiencias y su mundo con las demás partes, quienes a su vez podrán tener en cuenta eso durante sus deliberaciones, y viceversa. Pero la organización exacta de la comunicación en todos estos modelos varía enormemente. A fin de ilustrar la gran variedad de inspiración teórica, metas y objetivos, estrategias y

tácticas detrás de cada uno de ellos, podemos mencionar dos. En uno de ellos se supone que la mejor forma de reparar un daño y restablecer las relaciones de la comunidad consiste en organizar algún tipo de comunicación democrática, a través de la cual la búsqueda racional del mejor argumento probablemente resulte en una posición compartida y, luego, en una mejora en las relaciones interpersonales o hasta en las relaciones de la comunidad. El otro modelo sostiene que la mejor manera de mejorar las relaciones interpersonales y de la comunidad consiste en un proceso de comunicación en el cual se le asigne un rol importante al intercambio, que a menudo se torna bastante emotivo, con sentimientos tales como la ira y la vergüenza, pero también el remordimiento y el perdón. Analicemos el primer modelo. En el libro *The Politics of Redress (Las políticas del resarcimiento)* (1990), Willem de Haan, antiguo criminólogo abolicionista, se basó en el trabajo del filósofo alemán y teórico social Jürgen Habermas y diseñó un sistema de comunicación *procedimental* orientado a obtener la reparación práctica de los daños y conflictos. Por “procedimental” se entiende que la comunicación debe seguir unos pocos procesos simples, en lugar de centrarse en metas finales específicas. Por ejemplo, durante la comunicación no se deben esgrimir las diferencias de poder y los participantes deben estar de acuerdo en que la comunicación gire en torno a la búsqueda del mejor argumento, es decir, el más *racional*. Solo en tal *situación ideal del habla* (como lo denomina Habermas) se podría, en y a través de la comunicación, llegar a posiciones compartidas y al acuerdo. No sería procedente en este momento analizar las múltiples críticas que se han planteado respecto de este modelo. Alcanza con decir que la propuesta de Willem de Haan parece desarrollarse sobre la base de una tendencia particular de la racionalización en la modernidad tardía. No obstante, aunque esta racionalización a menudo asume la forma de racionalización meramente instrumental y el manejo frío, calculado y no comunicativo de poblaciones o grupos en particular, de Haan, con Habermas, se esfuerza por pensar en una forma más *comunicativa* de la racionalidad. La idea general es que las decisiones racionales reales deben surgir de la comunicación real, y viceversa: la comunicación real sólo es posible si se plantean argumentos racionales y si se desacreditan los argumentos autoritarios, partisanos o manipuladores. Para cerrar

el círculo, esto último sólo ocurre en y a través del proceso mismo de la comunicación. El proceso comunicativo propuesto por De Haan es abierto; no predetermina ninguna meta en particular. Entonces, si el proceso comunicativo, lleva a los participantes a acordar o a concluir que resulta necesario renovar o modificar su forma de vida comunal o la organización de su comunidad, esa creatividad es posible.

Al mismo tiempo que De Haan escribió este libro, el criminólogo australiano John Braithwaite estaba desarrollando su trabajo innovador sobre *Crímen, Vergüenza y Reintegración* (1989), en el que hace uso de otro recurso que también fue ampliamente usado en la modernidad tardía, pero en formas que tienden a alimentar el castigo y a implorar por castigos más duros. Este recurso es, por supuesto, el de la emoción y la emocionalidad. Sin embargo, al igual que De Haan, a Braithwaite le gusta reemplazar una forma de su recurso preferido por otra más humanitaria. Braithwaite plantea que las comunidades (locales) son las que están mejor posicionadas para lidiar con los delincuentes (locales). Entonces, las autoridades deberían facilitar la comunicación entre los delincuentes (y sus allegados), las víctimas (y sus allegados) y otros miembros de la comunidad, para que todos los miembros de la comunidad involucrados puedan expresar su indignación. Es posible que, de ese modo, los delincuentes experimenten sentimientos de culpa y vergüenza, lo cual, para Braithwaite, no es necesariamente negativo. Si los delincuentes logran expresar remordimiento y prometen subsanar sus errores, y si los miembros de la comunidad están preparados para perdonar y aceptar al delincuente de nuevo en la comunidad, entonces toda esta emoción y vergüenza tendrán efectos de reintegración, en lugar de estigmatizar y excluir. El modelo original de Braithwaite es un poco más conservador que el de De Haan, por cuanto su punto de partida y de llegada están, en cierto modo, predeterminados; es decir, el sentido de comunidad y la afinidad emocional dentro de la comunidad (local). El trasfondo de mucho de lo que se incluye en el concepto de justicia restaurativa parece apuntar a su sentido comunitario original y a la afinidad emocional en las comunidades, como finalidad última de la justicia restaurativa.

Tenemos, entonces, dos modelos de justicia restaurativa. Uno es más o menos racional. El otro es emocional en mayor o menor medida. Uno es más o menos abierto y

posiblemente transformador. El otro es conservador en mayor o menor medida. Entonces surge la pregunta elemental: ¿Es útil alguna de estas formas de justicia restaurativa? ¿Podrán producir relaciones más pacíficas y armoniosas? ¿No son demasiado ingenuas? Recordemos que siempre podemos elegir. Al igual que nosotros, los delincuentes eligen. Eligen racionalmente. Eligen emocionalmente, pero también eligen pragmáticamente. Eligen estéticamente, etc. Y muy poco de esa elección está grabado en piedra; recordemos que poco, o nada, es predecible al momento de hacer la elección. Ciertamente los delincuentes pueden elegir aceptar relaciones más armoniosas y pacíficas. Pero del mismo modo pueden decidir interpretar toda la idea de la justicia restaurativa y sus mediaciones como debilidad, temor o una manifestación solapada y perversa de un deseo de poder manipulador. Y pueden elegir actuar en consecuencia, porque no hay nada mecánico en los seres humanos. Los seres humanos relevan e interpretan, deliberan y eligen su curso de acción de una laguna de indeterminación que está en lo más profundo de su ser, como decía Sartre. Esto es aplicable a nosotros y a todos los delincuentes.

Cabe mencionar que, criminólogos de la talla de Charles Tittle, especialista en teoría de control, han planteado que tanto el exceso de control - como su escasez - entre controlador y controlado, tenderá a causar o exacerbar los problemas. Un equilibrio de control entre controlador y controlado quizás pueda reducir los niveles generales de frustración y agresión. Si ese fuera el caso, entonces la cuestión sería trabajar para lograr el equilibrio de control, no solo entre víctimas y victimarios o entre grupos y comunidades, sino en la sociedad o en las sociedades, como un todo. Sin embargo, el problema es que cualquier intento por lograr el equilibrio de control puede ser considerado por algunos como violencia o daño, y por consiguiente, ellos podrían decidir o elegir actuar en consecuencia, es decir, vengarse con más violencia y daño. De ese modo se podría comenzar o continuar un círculo vicioso de violencia y contra - violencia. En mi opinión, este es uno de los problemas que la criminología y la criminología crítica en particular afrontan en la actualidad y que deben intentar resolver.

DOCTRINA NACIONAL

ARGENTINA EN SU LABERINTO. PROPÓSITO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE
PERSONAS MENORES DE EDAD
(CARLOS TIFFER)

GENÉTICA, CRIMINALIDAD Y FILOSOFÍA
(FRANZ VEGA Z.)

PRISIÓN PREVENTIVA, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PROPORCIONALIDAD EN
EL CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA DE 1988
(JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ)

LOS JUICIOS PARALELOS Y DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL
(OMAR VARGAS ROJAS)

EL OFENSOR SEXUAL Y SU ABORDAJE PSICOLÓGICO FORENSE EN COSTA
RICA
(ALVARO BURGOS)

ARGENTINA EN SU LABERINTO. A PROPÓSITO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS MENORES DE EDAD

CARLOS TIFFER

Profesor en el Posgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

carlos@doctortiffer.com

1. PRESENTACIÓN

La libertad individual es uno de los derechos fundamentales que con mayor resguardo se encuentra protegido en el Estado Democrático y de Derecho. Cuando se afecta la libertad de las personas, debe ser en cumplimiento estricto de los instrumentos internacionales, la Constitución Política Nacional y la legislación interna. Sobre todo, deben cumplirse los estándares internacionales de lo que se conoce como un debido proceso, para que la privación de la libertad se encuentre conforme a los principios del Estado de Derecho.

La defensa de los derechos de los niños ha tenido una larga trayectoria histórica que culminó con la aprobación en 1989 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN o Convención). En esta Convención, de la cual forman parte todos los países del sistema de Naciones Unidas, excepto los Estados Unidos de América, se establecen estándares internacionales obligatorios cuando se acusa a una persona menor de edad de infringir las leyes penales. Reglas que deben ser cumplidas por todos los Estados parte mediante legislaciones internas acordes con la Convención. Referente a Argentina, en el año 2006 se aprobó una legislación que tiene como objetivo central (ley número 26.061) adecuar la legislación interna a los estándares internacionales de la CDN. Sin embargo, la privación de la libertad de las personas menores de edad en dicho país continúa atada a preceptos incompatibles con la

Convención y que se identifican más con el modelo tutelar y la antigua ley de Patronato de Menores de 1919. Esto se ha reflejado en una práctica de los Juzgados de Menores de la ciudad autónoma de Buenos Aires, al ordenar la privación de libertad de menores de edad en casos de abandono, falta de asistencia y peligro material o moral. Es decir, la plena vigencia de la denominada y conocida *situación irregular* como fundamento de la intervención judicial, que es precisamente lo que se buscaba derogar con la aprobación de la ley No. 26.061

Lo anterior motivó a la Fundación Sur Argentina, bajo la dirección del prestigioso Profesor argentino Dr. Emilio García Méndez y junto a otros organismos de defensa de Derechos Humanos, a interponer una acción de Hábeas Corpus a favor de los jóvenes menores de 16 años de edad privados de libertad por la supuesta *situación irregular* en que se encontraban. Como se expondrá, el recurso de Hábeas Corpus fue conocido primeramente por el Juzgado Nacional de Menores No. 5 de dicha ciudad y declarado sin lugar. Posteriormente, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional conoció el recurso en alzada confirmado la anterior resolución. Por lo anterior, la Fundación Sur Argentina impugnó lo resuelto, interponiendo los recursos de casación y de inconstitucionalidad ante la misma Cámara. Se alegó la inobservancia de normas sustantivas y procesales en el recurso de casación y se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º de la ley 22.278¹ que regula el régimen penal de la minoridad; por ser este artículo el fundamento utilizado por los Jueces de Menores para decretar la privación de libertad de niños y adolescentes menores de 16 años. Dichos recursos fueron también rechazados.

¹ Ley 22.278 que regula el Régimen Penal de la Minoridad promulgada en la época de la dictadura militar en 1980: "Art 1º. No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad... Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, precederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutores o guardador.... La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad."

En virtud de lo anterior, la Fundación Sur Argentina decidió plantear ante la Cámara Nacional de Casación Penal un recurso de queja, solicitando que se declararan mal denegados los recursos de casación y de inconstitucionalidad antes interpuestos. Con motivo de lo solicitado por la Fundación Sur Argentina, la Sala III de la Cámara de Casación decidió convocar a una mesa de diálogo a diversas autoridades del Gobierno y de la Ciudad de Buenos Aires. En el marco de esta situación, finalmente, la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió declarar con lugar los recursos de casación y de inconstitucionalidad. Con esto se anuló el artículo 1° de la ley 22.278 que regula el régimen penal de menores de edad y se ordenó la liberación progresiva de los jóvenes institucionalizados en un plazo determinado. Sin embargo, por razones que se explican a continuación las liberaciones no pudieron ser llevadas a cabo². El importante avance logrado con la sentencia de la Cámara de Casación Penal sufrió un retroceso al ser revocado por la Suprema Corte, la cual finalmente legitimó la detención y privación de libertad de los menores de edad. Esto bajo la justificación de la necesidad de *proteger* a dichos jóvenes y de impedir su liberación debido a la conocida “*situación irregular*” en la que estos se encuentran.

2. SITUACIÓN LEGAL QUE ORIGINA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO HÁBEAS CORPUS

Como antes se mencionó, las resoluciones de los Juzgados de Menores bonaerenses que ordenan los internamientos en los institutos de menores han sido emitidas con fundamento en una supuesta “protección” de niños y adolescentes considerados en riesgo social. Se trata del mismo argumento que históricamente se ha utilizado en el modelo tutelar, lo cual no es ni más ni menos que un eufemismo. El origen de dicha consideración se ubica en la famosa ley de Patronato de Menores N° 10.903

² Lo que a continuación se expone es un resumen de esta importante lucha de la Fundación Sur Argentina en defensa de los derechos de las personas menores de edad que se encuentran privadas de libertad, contraviniendo los estándares internacionales. Toda la documentación que aquí se presenta se encuentra completa en versión electrónica en la siguiente dirección: www.surargentina.org.ar. Las citas del presente artículo han sido tomadas de los documentos que se encuentran en la anterior dirección electrónica.

promulgada el 21 de octubre de 1919, que tanta influencia tuvo en nuestra región en casi todos los sistemas tutelares latinoamericanos. Esta ley fue posteriormente derogada por la Ley No. 26.061 que crea el sistema de Protección Integral de todas las personas menores de edad. Con la ley de creación del sistema de protección integral, se buscó dar cumplimiento efectivo a la Convención de los Derechos del Niño³, para así garantizar a los jóvenes el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos que les son reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que Argentina es parte.

Con la sanción de la ley 26.061 y la derogación de la ley 10.903, se excluyeron “teóricamente” del ordenamiento jurídico las disposiciones en virtud de las cuales se otorgaba a cada una de las provincias de la República Argentina, la facultad de dictar sus propias normas tutelares respecto a niños y jóvenes menores de edad. Así, con el establecimiento del modelo de protección integral mediante la ley 26.061, se produjo la extinción del Patronato del Estado, del sistema tutelar, de la disposición tutelar y de toda aquella intervención coactiva estatal en cuestiones de asistencia social de los niños. Con la derogatoria de la anterior ley, conceptos ambiguos tales como riesgo material y moral⁴, que justificaban la intervención coactiva del Juez de Menores en el

³Así, en especial, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 2 establece que: “... *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares...*”, mientras en su artículo 4 indica lo siguiente: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.*”

⁴ Al respecto, el artículo 21 de la Ley de Patronato de Menores N° 10.903 **establecía lo siguiente:** “*A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.*”

seno familiar quedaron sin fundamento legal. Esto significó sin duda, un gran avance a nivel legislativo.

No obstante, la realidad es distinta. En la práctica judicial se han continuado aplicando medidas tendientes a la “protección” de adolescentes considerados en estado de abandono o riesgo social, lo que ha llevado a la institucionalización de ellos. Estas acciones estatales han alcanzando dimensiones desproporcionadas, significando el principal instrumento mediante el cual los Jueces de Menores ejercen una potestad tutelar desmedida sobre todas las personas menores de edad sospechosas de haber cometido un hecho delictivo o consideradas en riesgo⁵. Judicializando de esta manera, problemas sociales que deben ser resueltos desde otras instancias públicas o privadas a través de una buena política social. Lamentablemente, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirma una confusión histórica entre las funciones asistenciales y la actividad jurisdiccional.

3. PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL RECURSO DE HÁBEAS CORPUS:

El recurso de Hábeas Corpus, con fundamento en la Constitución Nacional de Argentina, la Convención y los instrumentos de Naciones Unidas referente a las personas menores de edad, en concreto solicitó lo siguiente:

- a. La declaración de ilegitimidad de la privación de libertad a la que los jóvenes menores de 16 años de edad están siendo sometidos.
- b. El cese del trato discriminatorio del que son víctimas ante la imposibilidad de impugnar su situación.
- c. La recomposición en el goce de los derechos que les están siendo negados.
- d. Se ordene al Poder Ejecutivo Nacional y Local, que en un plazo máximo razonable, desarrollen un plan de liberación e incorporación progresiva de cada una de las personas liberadas, en alguna de las medidas de protección del

⁵ En el presente artículo se hace referencia especialmente al caso de los jóvenes menores de 16 años de edad, que son considerados inimputables por la legislación argentina.

sistema de protección integral de derechos que surge de la ley 26.061, dejando en claro que en ningún caso estos podrán consistir en privación de la libertad.

El argumento central del recurso de Hábeas Corpus consiste en que el Estado con una potestad tutelar, judicializa con medidas privativas de libertad, cuestiones sociales de los niños. Tales como la pobreza, la educación y las condiciones familiares en las que estos se encuentran. Aspectos que en su mayoría resultan atinentes a los jóvenes que pertenecen a ámbitos económico-sociales más vulnerables, provocando así una discriminación injustificada de dicha población juvenil.

La sanción de la ley 26.061, precisa competencias específicas de la administración para el abordaje de la problemática asistencial de niños, niñas y adolescentes. Dicha norma distingue claramente las políticas sociales de la política criminal. Plantea la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo (diseño y ejecución) de las políticas sociales, como una responsabilidad conjunta de la sociedad civil y del Estado.

Según se demuestra en el recurso de Hábeas Corpus, la actitud prejuiciosa de las autoridades aunada a la discriminación, ha propiciado que muchos jóvenes únicamente debido a sus condiciones económicas y sociales sean considerados en una situación de “peligro” o “riesgo” social. Por lo anterior, niños y adolescentes han sido reclusos e institucionalizados en centros especiales, los cuales son calificados en el recurso como *“vejatorios y distan de alcanzar los estándares de calidad y dignidad que demanda todo niño para desarrollarse y crecer plenamente y en buenas condiciones de salud”*. Al ser internados, a muchos niños se les separa de su familia, violentándose uno de los más importantes derechos de la niñez, hoy reconocidos tanto por la legislación argentina como internacional. Según demostraron los recurrentes, a lo anterior se suma la circunstancia de que en la legislación argentina no está prevista la posibilidad a los niños de impugnar su internamiento en este tipo de instituciones. Con dichas medidas, niños y adolescentes son tratados como objetos de intervención, violentando con esto el derecho, las garantías y los principios constitucionales e internacionales que les corresponden. Entre otros, el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y el principio de inocencia.

También ampliamente expuesto en el recurso de la Fundación Sur Argentina, fue el argumento respecto al abuso del *ius puniendi* cometido por las autoridades con dichas resoluciones; ya que es una obligación en todo Estado de Derecho la existencia de requisitos claramente establecidos para autorizar la privación de libertad de una persona. Esto ya sea como medidas cautelares o bien como sanciones, en especial tratándose de infracciones a la ley penal.

La medida privativa de libertad (y en especial tratándose de personas menores de edad) debe ser estrictamente excepcional y de carácter instrumental, únicamente en aquellos casos en que se requiera como medio para asegurar los fines del proceso. En tal caso, las mismas garantías exigidas en el proceso penal de adultos deberán respetárseles a niños y adolescentes en su condición de sujetos de derecho. El ámbito de los derechos de los niños debe ser más bien reforzado, precisamente por la condición de personas menores de edad que ostentan dichos sujetos.

Otro de los ejes centrales del mencionado recurso, consistió en que las cuestiones relativas al abordaje estatal en problemas asistenciales de los jóvenes se enmarcan, específicamente, en la órbita de la competencia de la Administración. Por lo que tales facultades se encuentran fuera de la competencia del Juez de Menores, a quien corresponde únicamente, conocer las cuestiones relacionadas a las causas en que un menor de edad haya sido acusado de un delito. Se trata de una distinción básica entre la función asistencial y la actividad jurisdiccional.

El cuestionamiento principal que se hace en el recurso, tanto de Derecho Penal Sustantivo, como de Derecho Procesal Penal, es la violación a los siguientes principios del Derecho Penal que se encuentran internacionalmente reconocidos para considerar un proceso limpio y transparente según los estándares internacionales. Dichos principios y derechos son los siguientes: legalidad penal, culpabilidad, inocencia y juicio previo. Además, el derecho al debido proceso, el principio de legalidad y reserva de ley, así como el derecho de defensa y presunción de inocencia. Lo anterior, por cuanto las personas menores de edad privadas de libertad por razones de carácter social, no están cumpliendo ni una prisión preventiva, ni una condena penal firme. Por último, se argumenta en el recurso que estas personas menores de 16 años no han sido

imputadas de la comisión de ningún delito que haga procedente el instituto de prisión preventiva como medida cautelar. Así como tampoco han sido halladas responsables penalmente de ningún delito de los previstos en el Código Penal. En fin, se trata de una clarísima privación de libertad, contraria al Derecho Penal Internacional. Una clara vulneración a una tutela judicial efectiva.

4. SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

Al pronunciarse sobre el Recurso de Hábeas Corpus presentado por la Fundación Sur, la Sala Tercera de la Cámara de Casación Penal consideró que el internamiento de los menores en una institución especial es equiparable a una privación de libertad⁶. Para la Cámara de Casación la detención forzosa en un instituto de menores es ilegítima. Esto por cuanto según lo señaló, los jóvenes menores de 16 años no son penalmente punibles de acuerdo a lo establecido por el artículo 1º de la ley 22.278. No obstante, como lo demostraron los recurrentes, muchos menores de 16 años son privados de su libertad a fin de realizarles estudios de su personalidad, sus condiciones familiares y ambientales, esto en contra su voluntad y sin que dicho internamiento obedezca a una prisión preventiva o a una condena firme. Además, señaló que la situación se agrava al no existir previsión legal que permita a los jóvenes la impugnación del internamiento en una institución de menores. Lo que claramente viola el principio de la garantía judicial y el derecho al recurso legal, establecido en el artículo 40.2.b.3.v de la Convención⁷.

⁶ Al respecto la Cámara de Casación señaló: “Hemos interpretado (cfr. C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley. Plenario n° 12. 29/06/2006) que la internación en los términos de la ley 22.278 resulta equiparable a la prisión preventiva. Allí se expresó, que la diferencia que existe entre ambos institutos se limita al nomen iuris que se le asigna pues en esencia ambos son similares. Los denominadores comunes de aquellos institutos se caracterizan por: tener un plazo determinado, se cumplen en establecimientos, se les aplica a quienes no han sido condenados por el hecho que se le imputa, se computan a los efectos de la pena que finalmente se imponga y son medidas de coerción que restringen la libertad...”

⁷ La Convención establece que los Estados partes garantizarán que en caso de que se considere que un niño ha infringido las leyes penales, esa decisión y toda medida impuesta, en consecuencia, sea sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial conforme a la ley.

La Cámara consideró que “*no media polémica en cuanto a que la internación de un menor por disposición de un juez penal en una institución de régimen cerrado es asimilable a una privación de la libertad*”, toda vez que el alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un espacio del cual no pueda salir por su propia voluntad, fundamentado en fines educativos, protectorios, punitivos, tutelares, de seguridad, o cualquier otro similar, se trata sin duda alguna de una privación de la libertad⁸. Una actuación de tal naturaleza, como se indicó, implica la vulneración de los principios constitucionales del debido proceso, de legalidad y reserva, derecho de defensa y presunción de inocencia. Reconocidos no sólo en la Constitución Nacional argentina, sino también en la CDN. La internación dentro del proceso penal de niños inimputables so pretexto de desamparo, es típica de la situación irregular y contraria al paradigma de la protección integral. No distingue entre dos situaciones que resulta necesario diferenciar: el niño en conflicto con la ley penal y el niño en situación de desamparo, situaciones que ciertamente merecen tratamiento distinto. La ley penal no debe castigar cuestiones sociales. En los supuestos de niños desamparados debe evitarse la judicialización y la intervención del juez penal, cuando se trate de cuestiones sociales de niños que son inimputables. En lo referente a cuestiones relacionadas a menores infractores de la ley penal, por encima de la edad de imputabilidad, deberá siempre atenderse al interés superior del niño⁹. Por lo anterior,

⁸ Como acertadamente se hizo ver en el Recurso de Hábeas Corpus, el artículo 11 inciso b) de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores de Edad Privados de Libertad indica que “*Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad...*”.

⁹ Como se indicó en el recurso de Hábeas Corpus, el interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos. La Convención de los Derechos del Niño ha atribuido a este principio un rol jurídico fundamental, que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico y hacia las políticas públicas que deben adoptar los Estados, a fin de que su normativa cumpla con dicho precepto. La Convención de los Derechos del Niño lo contempla en su artículo 3, que indica: “**1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.** 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas 3. Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de

la Cámara de Casación afirmó que *“...cualquier actividad desplegada desde la jurisdicción penal que posea injerencia sobre los derechos y garantías de los menores no punibles, en los términos que señala la ley bajo análisis –ley 2.278-, carece de legitimación por no existir los presupuestos previos y necesarios para que el Estado pueda desplegar sus facultades dentro de un proceso penal que sea respetuoso de los principios constitucionales...Tal como afirma Crivelli, bajo el pretexto de la ‘protección o tutela’, el niño es introducido en un sistema penal paralelo, donde las garantías sustanciales y procesales no juegan papel alguno; donde la autoridad judicial goza de un margen de discrecionalidad absoluto, pudiendo aplicar verdaderas sanciones sin título ejecutivo alguno que legitime jurídicamente su imposición...”*. Como se hizo ver en la sentencia, existe un amplio margen de discrecionalidad en las actuaciones que los Jueces de Menores pueden adoptar respecto a los niños en conflicto con la ley penal, pudiendo disponer medidas que no se encuentran legalmente reguladas, sin determinación de plazos ni modalidades de ejecución, lo cual atenta contra las garantías del debido proceso. Resulta inconstitucional que la detención de un joven o adolescente se funde en aspectos de la personalidad del menor y no por la comisión de un hecho delictivo. Es decir, con base en criterios de un derecho penal de autor. En su sentencia, los Jueces Angela Ledesma, Eduardo Riggi y Guillermo Tragant decretaron la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 22.278 (que regula el Régimen Penal de Minoridad) y exhortaron al Congreso a adecuar la legislación penal aplicada a niños y adolescentes a la Constitución Nacional argentina y a las directrices internacionales en materia de derechos del niño en el plazo de un año. Durante la tramitación del expediente, la Cámara de Casación suspendió la deliberación del recurso y convocó a una mesa de diálogo, a fin de discutir la problemática del régimen penal de las personas menores de edad en argentina y planificar propuestas para la implementación estructural de planes y políticas de protección de derechos que surgen de la ley 26.061 que instaura el Sistema de Protección Integral. Posteriormente, declaró con lugar el

seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

recurso y ordenó la liberación progresiva en un plazo de 90 días de todos los menores de 16 años detenidos en los términos de la ley 22.278¹⁰.

5. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El 2 de diciembre del 2008, ante un Recurso de Queja interpuesto por el Fiscal General de Casación, Raúl Plee, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió acoger la petición del Fiscal a fin de pronunciarse sobre los alegatos planteados. Durante el trámite del expediente en la Corte Suprema, figuras como el prestigioso Profesor y jurista de la Universidad de Roma *Luigi Ferrajoli*, así como el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) a través de su Director Elias Carranza y la reconocida organización de derechos humanos *Human Rights Watch*, se presentaron como “Amigos del Tribunal” a fin de dar a conocer sus opiniones sobre el caso.

En un voto unánime, los ministros Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay resolvieron que por haber sido planteadas en el recurso de queja cuestiones de índole federal y de gravedad institucional, correspondía habilitar la instancia y suspender la ejecución del fallo impugnado por el Fiscal General de Casación¹¹.

Tras resolver que la Cámara de Casación se arrogó facultades que no son propias del poder judicial¹², la Suprema Corte revocó el fallo dictado por la anterior instancia¹³. No

¹⁰ Por ende, dicha resolución resultaba extensiva a todos aquellos jóvenes menores de 16 años de edad detenidos en institutos de menores además de los de la Ciudad de Buenos Aires.

¹¹ Ver artículo publicado el jueves 8 de diciembre del 2008 disponible en la dirección electrónica: <http://noticiasdeinfancia.blogspot.com/2008/12/los-menores-acusados-de-delitos-seguirn.html>, en donde se establece con detalle la posición de la Suprema Corte.

¹² Al respecto puede leerse la opinión publicada en el diario electrónico *lanacion.com* que destacó: “*El ex camarista federal Juan Pedro Cortelezzi destacó que ‘en realidad la Corte Suprema hizo el mismo diagnóstico que Casación’ sobre la situación de los menores. ‘Lo que la Corte cuestiona es la atribución de competencia de Casación para dictar una sentencia con alcances de una norma general, como si fuera una ley’, explicó Cortelezzi. ‘Eso le compete al Poder Legislativo, como lo establece la Constitución, y no al Poder Judicial’, agregó. Además, el ex camarista federal destacó que la Corte Suprema instó al Poder Legislativo a adecuar las normativas sobre menores.*”

¹³ Resulta de interés mencionar lo indicado en el reportaje publicado el miércoles 3 diciembre 2008 en el Diario electrónico *Clarín.com*, en el cual se señala que la sentencia de la Corte Suprema se dictó en medio de “*una seguidilla de delitos cometidos por menores*”, lo que refleja el estado de alarma social en

obstante, es importante señalar que la Suprema Corte estimó que el fallo de la Cámara de Casación *“no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente”* más *“sí lo es respecto del medio escogido para superarlos”*. Con esto afirmó que ciertamente, la Convención evidencia un doble orden de consideraciones. Por un lado, presupone que los niños gozan de los derechos que le corresponden en tanto personas. Por el otro, tiende como objetivo primordial, a *“proporcionar al niño una protección especial”*. Dicha cuestión, como se indica en el fallo, se ajustó al paradigma de *“abandonar los modelos paterno-autoritarios, las orientaciones basadas en la llamada ‘situación irregular’ del niño, los marcos tutelares discrecionales... marcados por tendencias que entrecruzaban compasión y represión”*. La Corte Suprema reconoció además, que debido a que los derechos especiales de los niños no son sólo un postulado doctrinario, sino que constituyen un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, resulta evidente que el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, se encuentra en lo que denominaron *“una fuerte tensión”* con el paradigma de protección especial de los niños que establece la CDN.

En palabras de la Suprema Corte, la ley 22.278 se ha manejado con "eufemismos", empleando medidas con los jóvenes que materialmente han significado en muchos casos la privación de la libertad. Incluso en lugares de encierro de similar rigurosidad y limitaciones que los centros donde se ejecutan las penas para los adultos. Por esto, dicha instancia dio la razón al fallo de Casación, en cuanto consideró que *“La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278 ... resulta a todas luces ‘anacrónica’, por cuanto ‘caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la ‘protección integral’, sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño”*.

No obstante la coincidencia de la Suprema Corte con los argumentos expuestos por los recurrentes y la Cámara de Casación, ésta consideró que no se justifica el intento de

Argentina por los delitos cometidos por personas menores de edad, particularmente, los cometidos por niños menores de 16 años de edad. Disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2008/12/03/policiales/g-01814786.htm>.

crear mediante la derogación de normas, un régimen general sustitutivo del establecido en la ley 22.278. Ya que esto, según indicó la Suprema Corte “...implicaría sustituirse al Congreso en las funciones que le corresponden a éste...” y atribuirse la competencia en aspectos que son del resorte exclusivo de otros poderes.

La Suprema Corte estimó que la problemática de los menores en conflicto con la ley penal es de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas que no se puede solucionar únicamente con la desaprobación normas y políticas basadas en una supuesta situación irregular. Ante todo, según lo estableció la Suprema Corte, resulta necesario evitar que se desconozcan en plenitud los derechos, libertades y garantías de los niños. Lo que resulta paradójico de lo señalado por la Suprema Corte, es que este reconocimiento de derechos y garantías legales se busque por medio de la privación de la libertad en un supuesto afán “proteccionista” de los niños¹⁴.

Finalmente, la Suprema Corte justificó su sentencia en que la revocación del fallo de Casación “...en nada impide y en todo exige, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor...” lo cual según estimó, puede realizarse en apego a la Constitución Nacional argentina y a la ley 26.061 que instaura el Régimen de Protección Integral. Por lo anterior, se convalidó el decreto 22.278 que regula el régimen penal de la minoridad y se ordenó el reestablecimiento de las detenciones de los niños menores de 16 años en los institutos de menores. Frenando de esta manera la liberación progresiva ordenada por la Cámara de Casación. Además, la Corte Suprema requirió al Poder Legislativo que “en un plazo razonable” adecuara las normas locales a las de los tratados

¹⁴ Véase el artículo publicado el 3 de diciembre del 2008 en el sitio web denominado DERF/Agencia Federal de Noticias: http://www.derf.com.ar/despachos.asp?cod_des=236397&ID_Seccion=33, en donde se indica que la Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carmen Argibay manifestó lo siguiente respecto a la liberación de los niños menores de 16 años de edad: “si los largamos sin averiguar dónde pueden ir para estar seguros, hacemos de ellos chicos de la calle que van a sufrir el maltrato, la explotación o la muerte... no podemos largar a los chicos a la calle sin averiguar qué pasa, porque sino, estamos ofreciendo blancos móviles”. Respecto a la ley 22.278, la misma Jueza manifestó lo siguiente: “Hay una cosa que yo creo todavía no se terminó en la Argentina desgraciadamente: que es el gatillo fácil y estos chicos están marcados. No digo que los institutos estén bien ni que la ley de menores actual sea la más maravillosa del mundo”.

internacionales sobre protección de los derechos de los niños, sin establecer, no obstante, directriz alguna para lograr dicho cometido.

Según opinión de la Fundación Sur Argentina, el fallo de la Suprema Corte *“...constituye el más duro golpe que, en la historia de la vida democrática del país desde 1983, un tribunal haya dado a los derechos humanos de la infancia, pues convalida expresamente la detención y la privación de la libertad de personas no punibles bajo la justificación de ‘protegerlos’, aunque sin establecer ningún lineamiento en concreto para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Más aún, los fundamentos que sustentan al fallo conllevan inexorablemente a una decisión distinta a la adoptada, toda vez que el espíritu de las normas constitucionales citadas queda desdibujado y explícitamente contradicho en la sentencia final¹⁵.”*

COMENTARIO FINAL

Pese a 20 años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño (1989), también suscrita por Argentina y que establece claramente el principio de jurisdicción, la desjudicialización, el uso de la privación de la libertad contra los niños como último recurso y por el menor tiempo posible; lo mismo que una clara separación de las políticas sociales de las políticas criminales, en Argentina se sigue privando de libertad a niños en situación de abandono y falta de asistencia o por “peligro material o moral”. Sin duda alguna, en Argentina...20 años no es nada.

¹⁵ En la siguiente dirección electrónica se encuentra ampliamente expuesta la posición de la Fundación Sur Argentina. Igualmente el Hábeas Corpus, los fallos de la Cámara de Casación Penal, así como el de la Suprema Corte con los cuales se ha elaborado este artículo: www.surargentina.org.ar

GENÉTICA, CRIMINALIDAD Y FILOSOFÍA

FRANZ VEGA Z.

INTRODUCCIÓN¹

Este artículo es el resultado de algunas meditaciones que nacen como consecuencia de mi intervención en la academia universitaria donde se comentaba el tema de la génesis de la criminalidad.

No pretendo con este artículo profundizar en los aspectos técnicos que fundamenten mi propuesta², pues lejos de aclarar, podría complicar el tema. Tan sólo intento explicar mi posición en relación al origen de la conducta criminal, punto que no ha dejado de ser controversial y cuya explicación aun se disputan tanto científicos sociales como naturales.

El objetivo es tan solo generar un análisis científico sobre el origen de las conductas desviadas en el ser humano, como expresión de la interacción del entorno sobre la *esencia* del carácter genéticamente predefinida.

No procuro que esta tesis explique todo el fenómeno de la génesis de la criminalidad, pero sí que permita, de *manera general*, dar luces sobre la forma en que -desde mi perspectiva- interactúa el ambiente con la genética de cada individuo y cómo de esta interacción, puede surgir o reprimirse una conducta criminal.

Para la comprensión adecuada de esta tesis, consideramos necesario dejar en claro

¹ El autor es Médico Cirujano, especialista en Medicina Forense, Abogado, egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la U.C.R. Especialista en Derecho de la Salud y con estudios de posgrado en Valoración del Daño Corporal de la Universidad de París. Actualmente se desempeña como médico forense en el Depto de Medicina Legal del Poder Judicial y consultor internacional en temas de Derecho Médico. Es el profesor del curso de Medicina Legal y Derecho Médico, de la maestría en Ciencias Penales de la U.C.R.

² Ver: Dinwiddie SH. Psychiatric genetics and forensic psychiatry: a review. Bull Am Acad Psychiatry Law. 1994;22(3):327-42.

desde ya, que si bien es cierto, el *carácter* del ser humano, no viene definido desde el nacimiento³, su *esencia*⁴ si lo está.

Al decir que la *esencia* si lo está, nos referimos a que durante el desarrollo embrionario, los genes de ambos padres interactúan de tal manera, que generan una base o una plataforma del *carácter* sobre la cual se van a expresar las conductas del nuevo ser en sociedad.

Esa base o plataforma, es la *esencia* desde la cual se empieza a estructurar una personalidad, pero esa *esencia* (forma en que se acomodaron las bases nitrogenadas del *carácter*) permanecerá incólume siempre en cada quien, independientemente de la influencia del entorno. De tal manera que aunque alguien termine siendo un asesino en serie, un delincuente de cuello blanco, o tan solo un delincuente primario sin reincidencia alguna, esto no será consecuencia tan solo del ambiente en que se desarrolló sino, más bien, de la influencia de ese entorno, sobre una estructura genética determinada, siendo al final de cuentas, ésta la razón, por la que se podría explicar, desde un punto de vista general, porqué unas personas delinquen, otras no, y porqué unas reinciden y otras no. Hará falta que se desarrolle aun más, la Genética como ciencia, para poder dar una explicación más detallada sobre este punto.

GENOMA HUMANO

Desde un punto de vista estrictamente biológico, podríamos considerar al ser humano como un conjunto de células debidamente organizadas con una función determinada.

Cada una de estas células contienen en su núcleo, un material genético estrictamente codificado: *el genoma humano*, que no es más que una maraña de proteínas, (llamadas bases nitrogenadas) maravillosamente interrelacionadas de tal forma, que permiten que ese conjunto de células individualmente consideradas, funcionen organizadamente, de tal suerte que el *ser* que las contiene, tenga dos ojos y no ocho, dos piernas y no seis, manos y no alas, pulmones y no branquias, que piense, sienta, llore, hable, ría, tenga ira, le guste el helado de vainilla y no el de chocolate, que le guste la Ingeniería y no la Arquitectura, la Física y no la Filología o incluso, porqué no, que le disguste robar, pero que le apasione matar.

El genoma es un conjunto de proteínas que agrupadas en unidades de información denominadas genes, conforman los cromosomas, situados en el núcleo de cada célula del organismo humano. Todas nuestras células, desde la primera que se formó luego

³ Realmente se va formando y deformando según una cantidad infinita de variables, durante toda la vida de un ser humano.

⁴ Me refiero a la manera en que están acomodadas las bases nitrogenadas que dar origen al carácter.

de la concepción hasta la última tienen idéntica carga genética.

Este conjunto de genes que integran el patrimonio biológico de cada individuo contiene las claves de la herencia. Su conocimiento, hace posible entender los procesos de transmisión de todo tipo de características, desde las fenotípicas hasta la conducta humana.

Toda la información genética está codificada en la cadena del ADN que forman los cromosomas. El orden o secuencia en el que se suceden los cuatro componentes químicos elementales (nucleótidos, o bases nitrogenadas), determinan el código genético.

CONDUCTA Y CARÁCTER

Debemos antes que todo, recordar que el concepto de *crimen* y sus términos relacionados: *criminalidad, delito, conducta desviada y delincuente*, son constructos sociales y por lo tanto, no están genéticamente *determinados*, sino más bien, *socialmente* establecidos. Tanto es así, que dependiendo del concepto que cada sociedad tenga de estos términos, así serán, incluso, las estadísticas⁵ criminales de cada país.

La conducta humana, desviada, o no, es regida por el CARÁCTER, cuya estructura y función está bajo el control de la genética, pero *influenciada* por el ambiente⁶.

El carácter es la base de la conducta, sea ésta o no criminal. Lo que influya en el carácter, influirá en la conducta.

Los aspectos ambientales que influyen en la expresión del carácter y por lo tanto de la conducta, son tan diversos como impredecibles y van desde los daños cerebrales adquiridos durante la gestación o durante la vida extrauterina, pasando por las experiencias tempranas de la vida, los modelos de comportamiento aprendidos, la educación, el uso de medicamentos, enfermedades adquiridas o congénitas, la pareja con la que se viva, hasta un sin número de situaciones contingentes o probables, imposibles de enumerar en su totalidad.

Partiendo de la premisa que el carácter *humano está gobernado por la genética pero influenciado por el entorno*, pretendo afirmar que la CONDUCTA del ser humano -

5 Murray R. Violence, 1997.

6 Filley C, Price B, Morgan A. Toward an Understanding of Violence, 2001

socialmente considerada como *criminal, delictiva* o *desviada*- responde a una serie de interacciones del entorno social ⁷ con la *esencia* ⁸ genética propia de cada individuo. Ésta se empieza a *ensamblar* desde el momento mismo de la concepción y aquéllas inician su impronta a partir del nacimiento y continuarán ejerciendo su influencia durante toda la vida del sujeto.

De esta interacción solo son posibles tres resultados:

1. Que en la conducta se expresen únicamente los genes;
2. Que en la conducta se exprese únicamente la influencia del ambiente o
3. Que se expresen ambos a través de una específica interacción.

Creo, con la mayoría de los estudiosos del tema, en la tercera posibilidad, por lo que la pregunta que surge es: *¿de qué manera se interrelacionan los factores ambientales con los genes para la manifestación de la conducta humana?* Para contestar a esta pregunta es necesario referirme al concepto de lo que denomino: teoría genética – social.

TEORÍA GENÉTICA-SOCIAL ⁹

Así como el alfarero le va dando forma a su vasija, sin que esta le quite la *esencia* al barro mismo, así el ambiente social ¹⁰ irá moldeando el carácter y por lo tanto, la manifestación de éste por medio de la conducta del individuo, sin que por ello la estructura psíquica que se trae de nacimiento se vea alterada en su *esencia*, tan solo en su organización. Así un individuo que nace con tendencia a la agresión y a la

7 Al decir, *Social* lo digo en un sentido amplio, que abarca los aspectos económicos, psicológicos, antropológicos, educativos, y en fin, todo aquello que de una u otra manera nos afecta en nuestra vida de relación con el entorno. Estos factores sociales, son compartidos por todos los seres humanos, sólo que la exposición es distinta en cada quien.

8 Ésta, a diferencia de los factores sociales, no es compartida por todos los seres humanos, pues la *esencia genética* (acomodamiento de las bases nitrogenadas) es individual, es distinta para cada ser humano, única e irrepetible. A lo sumo se compartirán características que hagan que el genoma de un individuo sea similar al de otro, pero nunca igual.

9 Ver en este sentido a J. Farisse, C. Lancon, F. Hery, Contribution de la neurobiologie à l'étude des comportements agressifs en: Criminologie et Psychiatrie. Ellipse, París, France, 1997.

10 En el sentido amplio de la palabra

impulsividad¹¹ podrá, en algunos momentos, por la influencia del ambiente, reprimir esas exacerbaciones, pero en otros darles “rienda suelta”, permitiendo que la esencia de sus genes se expresen.

No es que el entorno social *define* la conducta a seguir, es tan solo que *influye* sobre una estructura genética para que esta se reprima o se exprese tal cual es: la conducta genéticamente esperable por el acomodamiento de las bases nitrogenadas del genoma, en un entorno determinado¹².

En suma: el entorno va a influir de una u otra forma en la conducta del individuo, según la estructura genética de cada quien.

Retomando la pregunta de unos párrafos arriba: *¿De qué manera se interrelacionan los factores ambientales con los genes para la manifestación de la conducta humana?*¹³, creo que la respuesta se puede representar, por un lado, en una expresión silogística que detallaré más adelante y por otro lado, se puede fundamentar con la forma en que se expresan las interrelaciones de los factores genéticos y ambientales en el ser humano. Empecemos por esto último.

CLASIFICACIÓN DE LA EXPRESIÓN DE LA INTERRELACIÓN DE LOS FACTORES GENÉTICOS Y AMBIENTALES

Sin pretender ser exhaustivos, podemos agrupar la forma en que se manifiestan en el ser humano las interrelaciones entre los factores genéticos y ambientales en tres grandes grupos:

-TIPO I: *Manifestaciones que se expresan por la influencia del entorno en el que se desarrolla el individuo, con independencia de su constitución genética.* Por ejemplo: ciertos tipos de cáncer como el gástrico, enfermedades ocupacionales como la asbestosis pulmonar, las parasitosis intestinales, etc.).

11 Ver los estudios de Brown G. L et al, (1982): Agressión, suicide and serotonine relationships to CSF metabolites. Am. J. Psychiatry, 139, 741-745 en los que documentan una relación entre los niveles de serotonina y agresividad.

12 Ver en este sentido: Joseph J. Genetics and antisocial behavior. 2003

13 Ver en este sentido: Rhee SH, Waldman ID. Genetic and environmental influences on antisocial behavior: a meta-analysis of twin and adoption studie. 2002.

-TIPO II: *Manifestaciones que se expresan genéticamente, sin influencia del ambiente.* Por ejemplo: el sexo, el color de los ojos, del cabello, de la piel etc.

-TIPO III: *Rasgos definidos genéticamente, con influencia del entorno al expresarse.* Por ejemplo: el peso, la talla¹⁴, el carácter, el temperamento, el humor, la conducta, etc.

Así las cosas, interesa para el fundamento de la tesis que aquí sostengo, el tercer tipo: *Las características del ser humano que cuentan con un componente genético preestablecido, pero sobre las que existe una influencia ambiental que en ocasiones es tan importante, que tiende a confundirse si lo **esencial** ahí es el orden de las bases nitrogenadas de ese individuo, o el entorno en que se desenvuelve.*

INFLUENCIA DEL ENTORNO SOBRE LA BASE DEL ENSAMBLAJE GENÉTICO

Creo que en el caso particular de la *conducta* del ser humano, el ambiente influye en el carácter y por lo tanto en su manifestación externa a través de la conducta, pero sin que por ello la *esencia* misma de la base de esa conducta (el carácter registrado en el genoma) se vea alterada, de tal suerte que esa esencia será una *constante* a lo largo de la vida del sujeto y la *variable* será el entorno, esta variable es la que interactúa con la constante genética, de manera que en un mismo individuo hoy puede manifestarse una conducta "X", mañana una "Y", pero luego una "Z", todas compartiendo un mismo sustrato (la esencia, el genoma del sujeto) y esto en parte, puede ayudar a explicar la reincidencia¹⁵ de los delitos pues la esencia misma de la conducta sigue inalterada: las bases nitrogenadas que la sostienen no variarán. Volviendo al ejemplo del alfarero, independientemente de la forma de la vasija, el barro que lo sostiene sigue siendo el mismo.

Es precisamente la condición genética del individuo, (la forma en que están ensambladas las bases nitrogenadas de ese genoma) lo que servirá de sustento para que sobre ella actúe el entorno, moldeando la conducta. Esto no debe confundirse con el ya superado *determinismo genético*.

Debo en este momento dejar claro, que **no** debe interpretarse de mis palabras que, el hombre nace criminal, o que nace con una conducta predefinida para ser criminal, NO; simplemente, el entorno¹⁶ y las circunstancias propias de cada quien, influyen

14 Un sujeto genéticamente determinado para llegar a medir de adulto, 2 metros, no alcanzará esa altura si durante su niñez y adolescencia no tuvo una adecuada alimentación, que le permitiera llegar a esa talla.

15 Ver en este sentido a Dinwiddie SH. Genetics, antisocial personality and criminal responsibility. 1996.

16 Ver a Bouchard TJ Jr, McGue M.J. Genetic and environmental influences on human psychological

decididamente de manera distinta en la estructura genética particular de cada individuo¹⁷, de este encuentro, surgirá una conducta que puede tener siempre la misma tendencia o variar en el tiempo de una manifestación externa de conducta a otra, dependiendo del entorno de cada individuo, pero que detrás, de esa manifestación externa siempre estará latente, como una sombra que nunca desaparecerá, la estructura genética del carácter que el ensamblaje de las bases nitrogenadas haya definido.

En otras palabras, como cada uno de nosotros tiene un patrimonio genético distinto (excepto los gemelos monozigotos), la acción de varios genes permite que ciertas características conductuales se expresen también de manera distinta, según las motivaciones ambientales.

Considero que individuos criados en un ambiente que no permite la expresión de un carácter, aun así, el comportamiento se expresará a pesar de ello, pero de una forma menos intensa que si ha sido criado en un ambiente que favorezca la expresión del mismo.

Los comportamientos adquiridos son el resultado de los aprendizajes individuales, de las experiencias que permiten al individuo evaluar y avanzar en su ambiente, adaptándose al modelo condicionado por la sociedad que él juzgue más adecuado. Lo *adquirido* es en alguna medida la expresión de lo *innato* en función del ambiente, pues el genoma se expresa a través de circunstancias que nos propone el medio.

PROBABILISMO GENÉTICO SOCIAL

Recordemos, como se dijo al inicio, que la criminalidad es una conducta *socialmente* reprochable, por lo tanto, es la sociedad, la que ha determinado qué es crimen y qué no lo es, según su propia escala de valores.

Además, es la misma sociedad, (estructuras de poder)¹⁸ la que ha definido que será un criminal, quien de manera consciente, realiza *conductas desviadas*, sea de manera culposa o dolosa. En el primer caso sin intención, y en el segundo con intención, pero en ambos, con un mayor o menor grado de consciencia, pues en ausencia absoluta de

differences. 2003.

17 Ver: Slutske WS. The genetics of antisocial behavior. 2001.

18 En este sentido consultar a Baratta A. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Cap. VII., 2004 de la editorial Siglo XXI.

ella, no podría existir delito. Así entonces, los actos humanos que se ajustan a lo que socialmente es considerado un *crimen*, en la medida en que sean realizados por un sujeto sin capacidad cognitiva, no podrán tener esta calificación, de tal manera que para este estudio, excluimos este tipo de acciones u omisiones, que corresponden más al campo de la Psiquiatría Forense, (caso del retardo mental severo, la esquizofrenia paranoide, las psicosis, etc.), que al de la *Sociobiología Criminal*¹⁹. Nos interesan para este estudio, las *acciones*²⁰ humanas criminales que se realizan con grados de conciencia.

Estas *acciones* están fuertemente influenciadas por el ambiente, pero, la base que sustenta la respuesta al ambiente, es de tipo genético. Estudios realizados con gemelos han arrojado resultados en ese sentido²¹. Por eso, en términos de conductas humanas, abogamos, no por un concepto de *determinismo genético o social*, sino de *probabilidad genético social*, en donde la posibilidad que un sujeto "X" se decante o no por una conducta desviada, va a depender de un juego de probabilidades que surgen de la interacción del entorno, sobre la esencia genética de su carácter.

APLICACIÓN DE LA LÓGICA SIMBÓLICA A LA TESIS DEL PROBABILISMO GENÉTICO SOCIAL DE LA CONDUCTA CRIMINAL

Afirmar que la conducta humana²² está *determinada* genéticamente, implicaría afirmar también, que los factores ambientales no influyen sobre la conducta, o lo hacen de manera muy velada. Habría que preguntarse: ¿De existir uno o varios genes que estén ligados a un tipo de comportamiento criminal, sería posible que el sujeto no pueda escoger libremente el llevar a cabo una acción ajustada a derecho?, ¿Puede un individuo con tendencia genética hacia la agresión, elegir no actuar agresivamente? ¿Si tiene un gen que lo induce a actuar criminalmente, será responsable de sus acciones? De ser así, estaríamos ante una ininputabilidad total, ante una marioneta manejada por su genoma²³. Dichosamente, el determinismo genético no es posible en el caso de las conductas humanas, pues, si bien es cierto que sí existen casos en los que la conducta

19 Se puede consultar el trabajo de Moffitt TE. Genetic and environmental influences on antisocial behaviors: evidence from behavioral-genetic research. 2005.

20 Entendemos el concepto de Acción, en sentido amplio: acción y omisión

21 Ver: M. Carlier Génétique, agresión et criminalité en Criminologie et Psychiatrie, París, France, 1997, pp377-380.

22 De los individuos síquicamente sanos o equilibrados

23 La realidad es que esto podría darse pero por la vía de la excepción pues no es la "normalidad" ni la generalidad.

criminal puede deberse a una condición genética preexistente, no estamos analizando ese caso, pues saldría del interés de esta investigación para entrar en el campo de la anormalidad psíquica o siquiátrica en la que no se tiene control sobre sus actos.

Expresiones lógicas sobre la forma en que interactúa el ambiente con la genética

Si quisiéramos representar esquemáticamente la tesis del *determinismo genético*, se debería hacer por medio del siguiente simbolismo lógico:

$$C \supset G^{24}$$

en donde “G” representa la genética y “C” la conducta. Se podría traducir así: “*Si se da una conducta “C”, entonces es porque existe un gen “G” que así la determina*”.

Siguiendo la misma lógica simbólica, el *determinismo social* lo representaríamos como:

$$C \supset A$$

donde “A” es el ambiente y “C” la conducta. Se traduciría: “*Si se da una conducta “C”, entonces es porque existe un factor ambiental “A” que así la determina*”.

La formulación que tradicionalmente combina los factores ambientales y genéticos se expresa así:

$$G + A = C$$

que se podría traducir así: *La conducta humana es el resultado de la sumatoria del ambiente con la genética.*

En nuestro criterio, esta fórmula no es suficiente para explicar la génesis *-en genera-*l de la conducta criminal. Proponemos más bien la siguiente:

$$C \supset (A^2 \cdot G)$$

Podemos traducirla de la siguiente manera: “*la condición necesaria de la conducta “C” es la interacción del ambiente “A” sobre el genoma “G”*”. O lo que sería lo mismo: “*Si se expresa una conducta humana, entonces ocurrió una interacción del ambiente sobre el*

24 Estamos ante la presencia de un enunciado condicional en donde se afirma que el antecedente C implica su consecuente G, esto no afirma que el antecedente sea verdadero, sino solamente que si el antecedente fuera verdadero entonces su consecuente también lo será.

genoma, donde “A” es fuertemente influyente (A²).

No puede haber conducta humana en ausencia de genes ni en ausencia del ambiente, pero no es la suma algebraica de A y G lo que produce la conducta, es más bien, la *influencia* de A la que moldea la *esencia* de G, y no al contrario, es por esta razón que al expresarlo mediante simbolismo lógicos, está elevado al cuadrado.

Debe recalcar que el Ambiente ejerce su influencia para *modular* el *carácter*, establecido, *en su esencia*, desde antes del nacimiento²⁵, así según la fuerza del ambiente, así será la expresión de los genes, manifestada en la conducta.

CONCLUSIÓN

Podemos sintetizar nuestra tesis en las siguientes premisas:

Las causas de la criminalidad son indudablemente multifactoriales, pretender defender la tesis del determinismo genético es tan peligroso como defender la tesis de un determinismo social.

No puede heredarse algo que es un constructo social y jurídico, cuya definición puede variar en el tiempo a gusto del legislador.

El ensamblaje de las bases nitrogenadas del genoma puede ser consecuencia de la herencia o del azar, de tal forma que hijos de “criminales” pueden, o no, nacer con tendencia a cometer actos delictivos.

Desde el punto de vista genético, los seres humanos no somos una *tábula rasa* al nacer, pues las bases de nuestro carácter están *esencialmente* predefinidas en el genoma, y será la interrelación con el entorno social, a lo largo de **toda** la vida, lo que irá *moldeando* el carácter y definiendo las conductas que tengamos en sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Baratta A. (2004): Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Siglo

²⁵ Manejamos el concepto que el carácter puede irse modificando en el transcurso de la vida, pero mantendrá siempre, *una esencia* que será invariable, la esencia que se le imprimió como consecuencia del acomodamiento prenatal de las bases nitrogenadas del Genoma.

Veintiuno editores.

2. Brown G. L et al, (1982): Agression, suicide and serotonin relationships to CSF metabolites. *Am. J. Psychiatry*, 139.
3. Dinwiddie SH. Psychiatric genetics and forensic psychiatry: a review. *Bull Am Acad Psychiatry Law*. 1994;22(3):327-42.
4. Dinwiddie SH. Genetics, antisocial personality, and criminal responsibility. *Bull Am Acad Psychiatry Law*. 1996;24(1):95-108.
5. Filley C, Price B, Morgan A. Toward an Understanding of Violence: Neurobehavioral Aspects of Unwarranted Physical Aggression: Aspen Neurobehavioral Conference Consensus Statement. *Neuropsychiatry Neuropsychol Behav Neurol* 2001.
6. J.-C. Archambault, C. Momont. *Déviances, délits et crimes*. Masson.1997, France.
7. Joseph. J. Genetics and antisocial behavior. *Ethical Hum Sci Serv*. 2003. Spring;5(1):41-4.
8. M. Carlier *Génétique, agresión et criminalité en Criminologie et Psychiatrie*, París, France, 1997.
9. Marcela Jara V. y Sergio Ferrer D. *Genética y Violencia*. *Rev. chil. neuro-siquiatr* v.43 n.3 Santiago sep. 2005.
10. Moffitt TE. Genetic and environmental influences on antisocial behaviors: evidence from behavioral-genetic research. *Adv Genet*. 2005;55:41-104.
11. Murray R. *Violence: From Biology to Society*. Valencia, España: Elsevier Science, 1997.
12. T. Albernhe. *Criminologie et Psychiatrie*. Ellpses, France, 1998.
13. Bouchard TJ Jr, McGue M.J. Genetic and environmental influences on human psychological differences. *Neurobiol*. 2003 Jan; 54(1):4-45.
14. Rhee SH, Waldman ID. Genetic and environmental influences on antisocial behavior: a meta-analysis of twin and adoption studie.. *Bull*. 2002 May; 128(3):490-529.

15. Slutske WS. The genetics of antisocial behavior. *Curr. Psychiatry. Rep.* 2001. Apr;3 (2):158-62.

PRISIÓN PREVENTIVA, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PROPORCIONALIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA DE 1988¹

JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ

Catedrático de la Universidad de Costa Rica

1. LA ACTUALIDAD DE LA TEMÁTICA SOBRE LAS RELACIONES DE TENSIÓN ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

La temática de las relaciones de tensión entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia², contrario a lo que se podría creer, no cesa de tener actualidad. Debe recordarse que las críticas a la presunción de inocencia lanzadas desde el positivismo criminológico, el fascismo, el nacionalsocialismo, el comunismo soviético y el de sus satélites y el comunismo chino, correspondían a la pretensión de librar de ataduras el dictado de la prisión preventiva, lo que se justificaba con base en el interés de la colectividad frente al delito, reclamando que la presunción de inocencia no era sino un exceso del individualismo y de la revolución francesa³. Hoy día las argumentaciones en tal sentido se repiten en Latinoamérica y como solución a la inseguridad ciudadana que se presenta, se propone la extensión de la prisión preventiva, criticándose que los derechos humanos y entre ellos la presunción de inocencia, son protectores de los delincuentes y desconsideran los derechos de las víctimas. Se pretende asignarle a la prisión preventiva la función de prevención general negativa, lo mismo que la de

¹ La versión original corresponde a la conferencia impartida en las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebradas en Lima en octubre de 2008. Esa versión fue publicada en Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Memoria de las Jornadas. Lima, Universidad de Lima, 2008, pp. 325-360. La presente versión contiene algunas modificaciones a la versión original.

² Cf. Llobet Rodríguez, 1995, pp. 547-571.

³ Sobre ello: Llobet Rodríguez, 1995a, pp. 47-66; Llobet Rodríguez, 2004, pp.1 105-112; Vázquez Sotelo, 1984, pp. 247-261, Vegas Torres, 1993, pp. 20-32; Ferrajoli, 1990, pp. 644-645; Illuminati, 1979, pp. 13-24.

prevención especial negativa, de modo que al hecho delictivo se llegue a imponer la prisión preventiva como forma de penalización inmediata.

La reforma procesal penal que se dio a partir de los años noventa del siglo pasado en Latinoamérica sobre la base del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988⁴, pretendía superar los procedimientos inquisitivos y escritos, con porcentajes muy altos de presos sin condena, de modo que lo común era la privación de libertad como consecuencia de la prisión preventiva y la excepción que dicha privación lo fuese como resultado de una sentencia condenatoria firme⁵. Unía a ello la larga duración de la prisión preventiva y las condiciones de hacinamiento en el cumplimiento de la misma. La investigación sobre los presos sin condena realizada por el ILANUD en la década de los ochenta del siglo pasado demostró ello, haciendo conciencia sobre la necesidad de la reforma procesal⁶. A pesar de lo anterior, los avances que se lograron con la nueva legislación procesal, en la práctica no se han reflejado como significativos con respecto a los porcentajes de presos sin condena, lo que refleja las dificultades para superar la cultura inquisitiva de los códigos procesales antiguos. Se une a ello que algunos en forma demagógica han atribuido el aumento de la inseguridad ciudadana a la existencia de una legislación con un “exceso de garantismo” en cuanto a la regulación de la prisión preventiva, lo que ha provocado contrarreformas en diversos países latinoamericanos.

Todo ello debe llevar a concluir que la temática de las relaciones de tensión entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva no solamente no ha perdido actualidad en Latinoamérica, sino que es precisamente uno de los temas más actuales.

2. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS PRINCIPIOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DE PROPORCIONALIDAD

⁴ Sobre la reforma procesal penal en Latinoamérica con base en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988: Llobet Rodríguez, 2005, pp. 549-560.

⁵ Llobet Rodríguez, 1994, pp. 335-373; Llobet Rodríguez, 1994a, pp. 372-382.

⁶ Carranza, E./Houed, M./Mora, L. P./Zaffaroni, R, 1988.

En 1980 Julio Maier publicó una reseña al libro del profesor alemán Jürgen Baumann *“Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts”*⁷. Indicó allí: *“Solamente es cuestionable, a mi juicio, la clasificación del derecho procesal penal como derecho público, no tanto por su solución, cuanto por los fundamentos que pretenden avalarla”*⁸.

A lo que hacía referencia Julio Maier era a lo indicado por Jürgen Baumann al señalar la esencia del Derecho Procesal Penal. Había dicho al respecto: *“El derecho procesal es una parte del derecho público. Ello se desprende de su naturaleza de derecho de realización. Se trata de realizar el derecho incluso frente al ciudadano que opone resistencia y trata de impedir por todos los medios que la pretensión penal estatal se lleve a cabo. Por consiguiente, también en el derecho procesal penal encontramos la relación de sujeción que caracteriza al derecho público. Los órganos de persecución penal y especialmente el tribunal, por un lado, y el imputado, por el otro, no son en absoluto sujetos procesales de la misma categoría, que estén provistos y actúen con los mismos derechos y deberes. El derecho procesal penal no cuida los derechos y la utilidad del individuo, sino el bienestar y la seguridad de la colectividad (que sin la resocialización del individuo no se pueden, por cierto, conseguir). Por tanto, también aplicando este criterio (quod ad statum... quod ad utilitatem singulorum spectat; Dig. 1, 1, 2), es evidente que esta parte del derecho tiene la naturaleza de derecho público. De la naturaleza de derecho público de esta rama jurídica parcial también se deduce que es posible emplear medios coercitivos procesales para lograr el fin del proceso, la ejecutoriedad y la garantía de estabilidad de las decisiones que se dictan en el proceso penal, y se explica la posición especial del tribunal. El otro órgano de persecución penal – el ministerio público – podría, sin embargo, tener otra posición. Según, el derecho procesal penal alemán, no es una parte en el proceso; su posición es ambigua. Es una autoridad estatal con facultades soberanas a la cual le corresponde la tarea de conducir las investigaciones y sostener la pretensión estatal (principio*

⁷ Maier, Julio, 1980, pp. 745-752.

⁸ Maier, Julio, 1980, p. 746.

acusatorio). La actividad del ministerio público está netamente separada de la decisión, que solo le incumbe al tribunal (...). El ministerio público se aparta de un nuevo papel de parte (como, v.gr., en el procedimiento penal angloamericano) y se convierte en una 'autoridad objetiva'; de ninguna manera debe considerar que su tarea consiste exclusivamente en un 'hostigamiento' contra el imputado. Conforme a nuestro derecho procesal penal, al ministerio público le incumbe, en forma similar al tribunal, descubrir y sostener la verdad material (...)"⁹.

Jürgen Baumann respondió a la crítica de Julio Maier con un artículo que tituló: "Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el Derecho Procesal Penal argentino y alemán", publicado en 1982. Indicó: "En el ámbito del derecho alemán la clasificación del derecho procesal penal, como también de todos los demás derechos procesales (derecho procesal civil, administrativo, fiscal, social, laboral y, finalmente constitucional del Estado federal y de los Estados particulares) dentro de la gran zona del derecho público (en contraposición con el derecho privado) no se discute. También el derecho penal material, que se verifica y realiza en el proceso penal, pertenece al ámbito del derecho público (...). De la naturaleza de derecho público del derecho procesal penal se deriva que los principios básicos generales del derecho público sean también aplicables al derecho procesal penal. Nombro aquí tres importantes principios: el principio de proporcionalidad (cualquier intervención en la posición jurídica del importante, importante en todas las medidas de coerción, especialmente la prisión preventiva, debe guardar relación proporcional con la importancia de la investigación y el grado de sospecha), el principio de la aplicación del medio más benigno (también en la necesidad de intervenir en los derechos de libertad de una persona, debe elegirse siempre, de varias medidas posibles, el medio más benigno para esa persona), el principio de legitimidad (cualquier intervención en los derechos del imputado, pero también en los derechos de otros intervinientes en el proceso, puede solo llevarse a cabo si y hasta donde lo permite una ley formal). Se dice también: derecho procesal es derecho constitucional reformulado o derecho constitucional aplicado; y, en realidad, a mí solo

⁹ Baumann, Jürgen, 1986, pp. 19-21.

me parece correcta tal comprensión del proceso penal (...). Todos los derechos de realización jurídica (= derechos procesales) sirven al interés público y en todos domina el principio de subjetivización, se encuentra el poder estatal-judicial y el sujeto de derecho, se verifica o realiza con la fuerza del Estado (monopolio estatal de la fuerza) o derecho público (como el derecho penal) o derecho privado (derecho civil, derecho comercial, derecho laboral) y muchos principios del derecho público (que, por ejemplo, son absolutamente indispensables notoriamente en derecho administrativo) rigen (¡afortunadamente!) también para el derecho procesal penal. Soy tan mal conocedor del derecho argentino que creo no provocar aquí ningún malentendido. A mí solamente me interesa eliminar un malentendido”¹⁰.

Sobre ello contestó Julio Maier: “Jürgen Baumann señaló, polemizando una observación mía, que de la naturaleza jurídica de Derecho Público parten varios de los principios con los que trabaja el derecho procesal penal; a manera de ejemplo nombró los principios de proporcionalidad, de la aplicación del medio más benigno y de legitimidad, relativos a los medios de coerción procesal. Por mi parte observé que, de ser así, se justificaría con creces el esfuerzo, pero apuntaba, al mismo tiempo, que no conocía en el Derecho alemán (comprensible falta de conocimientos) ni en el Derecho argentino una derivación similar. Particularmente para nosotros (...), todos estos principios limitativos del poder coercitivo del Estado emergen directamente del Derecho constitucional y son reglamentados por el Derecho Procesal Penal. Por supuesto, el Derecho constitucional es Derecho público, pero ello no es determinante para el acierto, pues también varios principios constitucionales se refieren y se aplican al Derecho privado (propiedad privada – autonomía de la voluntad) y a nadie se le ha ocurrido que esto transforme la naturaleza de sus normas. Por lo menos para nosotros es cierto que nadie extrae de la clasificación de Derecho procesal como Derecho público ninguna consecuencia, ni siquiera una sistemática que permita comprender e interpretar mejor el enjuiciamiento penal, posibilidad que justificaría el esfuerzo”¹¹.

¹⁰ Baumann, Jürgen, 1982, pp. 169-170.

¹¹ Maier, Julio, 2002, T. I, p. 97. Véase también: Maier, Julio, 1989, Vol. Ia, p. 126.

La discusión entre Jürgen Baumann y Julio Maier, principal redactor del Código Modelo para Iberoamérica de 1988, no es sino fruto del diferente desarrollo que han tenido en la doctrina alemana y la latinoamericana los principios de proporcionalidad y de presunción de inocencia.

En primer lugar las consideraciones de Jürgen Baumann con respecto al Derecho Procesal Penal como Derecho Público, deben ser entendidas en relación con la influencia que se le asigna en Alemania al principio de proporcionalidad, proveniente del Derecho Administrativo, en la configuración del proceso penal. Por su parte las consideraciones de Julio Maier parten de la relación entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Constitucional, lo mismo que la estimación de que el principio de proporcionalidad no es sino una consecuencia del principio constitucional de presunción de inocencia. Debe reconocerse que una preocupación latinoamericana constante es el establecimiento de límites al legislador y a la práctica judicial a través de la Constitución, ello frente a los problemas que se presentan en la realidad, en donde a pesar de que las Constituciones Políticas latinoamericanas son de las más garantistas del mundo entero, consagrándose derechos de todas las generaciones, en la práctica ocurre una situación muy diferente, expresión de lo cual el mejor ejemplo es la prisión preventiva.

En segundo lugar no puede desconocerse que la doctrina alemana ha llegado a afirmar que el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional aplicado¹², a lo que hace mención Baumann, y que es el sismógrafo de la Constitución¹³. Precisamente al afirmar Baumann que el Derecho Procesal Penal es Derecho Público, consideraba no solamente la influencia recibida del Derecho Administrativo a través del principio de proporcionalidad, sino también la recibida del Derecho Constitucional. A ello se agrega que la doctrina alemana, aunque reconoce el origen del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, ha afirmado que el mismo, aunque no establecido

¹² Cf. Zipf, 1977, p. 26.

¹³ Cf. Roxin, 1998, Par. 2; Roxin, 2000, Par. 2, p. 10.

expresamente en la Ley Fundamental alemana, encuentra acogida en los principios de Estado de Derecho¹⁴ y de dignidad de la persona humana¹⁵.

Debe tenerse en cuenta que en Alemania se le ha dado una gran importancia al principio de proporcionalidad como protector del imputado en el proceso penal, mientras que en Latinoamérica ese rol lo ha tenido en particular la presunción de inocencia.

En Alemania debe resaltarse que no se regula expresamente el principio de presunción de inocencia en la Ordenanza Procesal Penal, aunque está previsto el principio de proporcionalidad, de acuerdo con la reforma que a la normativa de la prisión preventiva se aprobó en 1964. Por otro lado, en Alemania no se prevé en la Ley Fundamental Federal la presunción de inocencia, la que debe reconocerse que no prevé tampoco el principio de proporcionalidad, aunque la doctrina tiende a darles una base constitucional. A pesar de ello, el desarrollo del principio de proporcionalidad, que como se dijo tiene sus orígenes en el Derecho Administrativo, tiene mucha importancia en la doctrina constitucionalista alemana, considerándose un principio de importancia capital al desarrollarse las injerencias permitidas en los derechos fundamentales, las que se dice deben respetar el núcleo básico del Derecho, el principio de proporcionalidad¹⁶ y tener una base legal. Con respecto a ello existe abundante jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán. Todo esto lleva a la doctrina a otorgarle una gran importancia al principio de proporcionalidad en el desarrollo de las injerencias a derechos fundamentales que se pueden disponer en el proceso penal, por ejemplo, en lo relativo a la libertad personal a través de la prisión preventiva. En comparación con ello, el principio de presunción de inocencia ha tenido un desarrollo

¹⁴ BVerfGE 19, 342 (348); Amendt, 1986, p. 85; Katz, 1991, Par. 10, No. 205, Par. 28, No. 651. En este sentido Alfredo Chirino en Costa Rica ha estimado que el principio de proporcionalidad supone una de las garantías más importantes del Estado de Derecho. Chirino Sánchez, 1996, p. 132.

¹⁵ Cf. Bleckmann, 1994, pp. 177-178. En realidad el principio de proporcionalidad se deduce tanto del de Estado de Derecho, como del de respeto a la dignidad humana. Por ello no es sorprendente que las razones que se dan para deducirlo de uno como del otro, sean, como se dijo, prácticamente idénticas, solamente que se analiza el asunto desde diferentes perspectivas. En lo atinente al principio de dignidad de la persona humana se estudia desde la del individuo, mientras que en lo concerniente al principio de Estado de Derecho desde la del Estado actuante. Sobre esta relación entre el principio de Estado de Derecho y el de respeto de la dignidad humana: Krauß, 1971, pp. 153-154, nota al pie 5; Linß, 1991, p. 33; Llobet Rodríguez, 1995a, p. 41, nota al pie 104.

¹⁶ Cf. Ipsen, 2007, pp. 45-54; Katz, 1992, No. 205-208, pp. 98-99.

rezagado, ligado a la importancia que con el transcurso del tiempo ha venido tomando la Corte Europea de Derechos Humanos en las últimas décadas y a la previsión de la presunción de inocencia en el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de 1950. Este poco desarrollo del principio de presunción de inocencia se aprecia en los libros de texto de Derecho Procesal Penal alemanes, en los que a diferencia de lo que ocurre en Latinoamérica, el espacio que se dedica a la presunción de inocencia es muy reducido¹⁷. Se agrega a ello que en Alemania han sido constantes los estudios sobre el principio de proporcionalidad¹⁸, pero menos frecuentes los relativos a la presunción de inocencia¹⁹.

Todo ello explica por qué un sector de la doctrina alemana llega a considerar que la presunción de inocencia no es sino una consecuencia del principio de proporcionalidad. Así es frecuente la afirmación de que la presunción de inocencia es una concretización del principio de proporcionalidad²⁰. Con un razonamiento ligado a este último principio, se dice que lo que no puede de ninguna manera exigírsele a aquél que sea en verdad inocente, no puede imponérsele a ningún sospechoso antes de una condenatoria firme²¹. También con una argumentación propia del principio de proporcionalidad, se ve como un quebranto a la presunción de inocencia cuando la prisión preventiva en el caso concreto implicaría un sacrificio especial inexigible para una persona que ex post resultara inocente²². No falta, sin embargo, un sector de la doctrina alemana que como una de las consecuencias principales de la presunción de

¹⁷ Véase por ejemplo: Volk, 2006, Par. 8, No. 4, pp. 31-32; Hartmann/Schmidt, 2007, No. 66-68, 126, pp. 23-24, 39; Schoeder, 2007, Par. 366-370, pp. 240-243; Beulke, 2004, No. 25, pp. 21-22; Krey, 2006, T. I, pp. 14, 19 y 198.

¹⁸ Cf. Degener, 1985; Amendt, 1986; Denzel, 1969; Schütz, 1969.

¹⁹ Véase, sin embargo: Köster, 1979; Frister, 1988; Krauß, 1971, pp. 139-178; Meyer, 1989, pp. 61-75, Gropp, 1991; Sax, 1959.

²⁰ Arbeitskreis Strafprozessreform, 1983, p. 32; Böing, 1979, p. 380; Burmann, 1984, p. 22.

²¹ Cf. Roxin, 1998, Par. 11, No. 4. En contra: Mrozynski, 1978, 1976, p. 256; Wolter, 1990, p. 514; Wolter, 1991, pp. 41-42; Wolter, 1991a, p. 92.

²² Cf. Arbeitskreis Strafprozeßreform, 1983, p. 32; Böing, 1979, p. 380; Burmann 1984, p. 22; Dahs, 1976, p. 2146; Geppert, 1993, p. 161; Grünwald, 1987, p. 457; Krauß, 1971, P. 176; Kühne, 1979, p. 617; Müller, 1976, p. 1066; Rönna, 1990, pp. 173-174.

inocencia establece que se prohíbe una prisión preventiva desproporcionada²³, argumentación que se encuentra también en Latinoamérica, pero que en ésta tiene un carácter menos protagónico, siendo más bien secundario. Se afirma en Alemania, introduciéndose a aspectos relacionados con el principio de proporcionalidad, que la presunción de inocencia marca el límite del grado tolerable de intensidad de la medida coercitiva, lo que lleva a reconocer la relación estrecha entre el principio de presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad²⁴. Igualmente se dice que la prisión preventiva solamente puede disponerse en casos excepcionales, como consecuencia de la intensidad de la injerencia en el derecho fundamental y de la presunción de inocencia. Al mencionarse la intensidad se está refiriendo al principio de proporcionalidad, sin que se delimite claramente con la presunción de inocencia, ya que la existencia de la misma se llega a valorar como parte de la valoración del peso de la intensidad de la intervención en el derecho a la libertad de la persona²⁵.

Haciéndose referencia al principio de proporcionalidad, se dice en Alemania que el equilibrio entre el derecho a la libertad del imputado y las apremiantes necesidades de una efectiva persecución penal, sólo se pueden alcanzar cuando las limitaciones a la libertad, que desde el punto de vista de la persecución penal sean necesarias y adecuadas, se confrontan como correctivo con el derecho a la libertad del imputado que no ha sido aún condenado²⁶.

En Latinoamérica, por el contrario, el principio que ha tenido un desarrollo rezagado no es el de presunción de inocencia, sino el de proporcionalidad, aunque bajo la influencia alemana se le ha ido reconociendo en las últimas décadas un papel al principio de proporcionalidad dentro del proceso, especialmente en relación con la prisión preventiva²⁷.

²³ Cf. BVerfGE 20, 45 (49); BVerfGE 20, 144 (147); BVerfGE 36, 264 (270); BVerfGE 53, 152 (158); Corts/Hege, 1976, p. 308.

²⁴ Cf. Volk, 2006, Par. 8, No. 4, pp. 31-32.

²⁵ Cf. Krey, 2006, No. 497, p. 198.

²⁶ Cf. BVerfGE 20, 45 (49); BVerfGE 20, 144 (147); BVerfGE 36, 264 (270); BVerfGE, 53, 152 (158).

²⁷ En 1971 afirmaron Hans Heinrich Jescheck y Justus Krümpelmann, luego de un estudio de Derecho Comparado, que se notaba una falta de reconocimiento de dicho principio en el Derecho no-alemán.

Así se tiende a considerar que en definitiva una consecuencia de la presunción de inocencia es la prohibición de una prisión preventiva desproporcionada²⁸. Conforme a esa concepción la presunción de inocencia es el principio general y el principio de proporcionalidad no es sino una de sus expresiones. Ello se aprecia en el artículo 3 del Código Modelo para Iberoamérica de 1988, en el que al regularse el principio de inocencia se prevé la exigencia de la proporcionalidad.

Al momento de elaborarse el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica todavía no se apreciaban muchos estudios en lengua castellana con respecto al principio de proporcionalidad, situación que ha venido cambiando con el tiempo²⁹.

Aquí se tratará de desarrollar los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad a partir del Código Modelo para Iberoamérica de 1988, tratando de delimitar los alcances de cada uno de esos principios. En general a partir de ambos principios es que se puede explicar la regulación de la prisión preventiva, puesto que algunas normas se pueden considerar como una consecuencia de la presunción de inocencia, mientras otras del principio de proporcionalidad. Para lo anterior el criterio que se asume aquí es que la presunción de inocencia y la proporcionalidad son dos principios diversos. No puede desconocerse que el principio de proporcionalidad ha tenido un desarrollo histórico propio, proveniente más bien del Derecho de Policía, lo que debería ser una dificultad para considerar que el principio de proporcionalidad es consecuencia de la presunción de inocencia, o que esta es una concretización del principio de proporcionalidad. Debe tenerse en cuenta que este último, a diferencia de la presunción de inocencia, tiene no solamente una función limitadora de las medidas

Señalaron que normas como las que exigían que en el caso concreto se hiciera un balance entre el significado de la privación de libertad en relación con la gravedad de la sanción esperada no se encontraban en otras legislaciones. Solamente se podía encontrar en algunos países una disposición que ordenase que la duración de la prisión preventiva no podía superar la de la pena privativa de libertad esperada. Dichas afirmaciones ya no son acertadas, debido a que existe una tendencia de la doctrina y del Derecho Comparado. a requerir el respeto al principio de proporcionalidad como necesario para el dictado de la prisión preventiva, con respecto a lo cual ha servido como modelo la regulación de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Sobre ello véase: Llobet Rodríguez, 1995a, pp. 151-152.

²⁸ Véase por ejemplo: Minvielle, 1988, p. 93; de Araujo Junior, 1993, p. 986; De la Rúa/Maier, 1982, pp. 90-91; Rojas/García, 1991, p. 206; Maier, 1981, p. 139; Maier, 1989, T. Ib), pp. 287-294.

²⁹ Cf. González Cuéllar, 1990; Pulido, Bernal, 2007; Carbonell (Coordinador), 2007.

de aseguramiento en el proceso penal, sino además de todas las formas de injerencia estatal en los derechos fundamentales, a lo que se hizo mención antes. Ambos principios pueden incluso llegar a colisionar, debiendo considerarse para resolver esa problemática que se trata de dos principios protectores frente al poder estatal³⁰, de modo que su característica garantista debe llevar a la aplicación del principio que en el caso concreto otorgue una mayor garantía (para el imputado). Por lo anterior el principio de proporcionalidad no debería llevar a una relativización de la presunción de inocencia, como ocurre cuando con base en la importancia para la colectividad se trata de justificar la prisión preventiva basada en el peligro de reiteración delictiva, no obstante el quebranto que implica a la presunción de inocencia. Debe tenerse en cuenta que ésta, como expresión que es del principio de dignidad de la persona humana, es un principio indisponible, no relativizable con la argumentación de la defensa del interés de la colectividad³¹. Debe reconocerse que la utilización del principio de proporcionalidad no como limitador de las injerencias en derechos fundamentales, sino como justificador de las mismas, aun en contra de principios como la presunción de inocencia, es una de las tendencias actuales del Derecho Penal Moderno, por ejemplo en la justificación de la prisión preventiva por peligro de reiteración o bien por la agitación de la colectividad, las que deben ser rechazadas, debiendo partirse del carácter garantista que debe tener el principio de proporcionalidad³².

Se pretende aquí explicar la regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, a partir de la influencia de los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad, señalando que aspectos corresponden a un principio y cuáles al otro.

³⁰ Sobre la función protectora del imputado que cumple el principio de proporcionalidad: Kleinknecht, 1966, pp. 1539-1540; Schütz, 1969, pp. 100-101

³¹ De acuerdo con Jürgen Wolter la presunción de inocencia no puede ser relativizada por el principio de proporcionalidad. Cf. Wolter, 1990, p. 514. Winfried Hassemer considera que la presunción de inocencia es un principio indisponible. Cf. Hassemer, 2000, p. 107. En Latinoamérica Hernando Londoño defiende la concepción de que las reglas del debido proceso (por ejemplo la presunción de inocencia) no pueden ser relativizadas conforme al interés de la colectividad. Cf. Londoño Jiménez, 1992, pp. 463-469.

³² Una crítica a esta tendencia en: Albrecht, 1993, pp. 163-164; Albrecht, 1994, pp. 269-270; Hassemer, 2001, pp. 129-147; Hassemer, 2000, pp. 87-108; Riehle, 1980, pp. 316-324.

La afirmación de que la prisión preventiva se encuentra limitada por los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad, ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones. Así en el caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay, resuelto por sentencia de 2 de septiembre de 2004, señaló:

“228. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”³³.

3. REQUISITOS PARA EL DICTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 establece tres requisitos materiales para el dictado de la prisión preventiva: a) probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, b) causal de prisión preventiva (peligro de fuga o peligro de obstaculización) y c) respeto al principio de proporcionalidad. Ello es establecido en el artículo 202, aunque debe reconocerse que el principio de proporcionalidad no está regulado en forma explícita en dicho artículo, ello a pesar de que se menciona que no puede ordenarse la prisión preventiva cuando no se espera el dictado de una pena privativa de libertad que se deba ejecutar. Por otro lado, el principio de proporcionalidad, como requisito material de las medidas cautelares, es previsto en el artículo 3 del Código Modelo.

En cuanto a los requisitos formales de la prisión preventiva sobresale la necesidad de que sea ordenada por un juez y en resolución fundamentada. Se requiere

³³ Igual Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005 (No. 74).

también que haya petición del Ministerio Público, lo que se deduce de los artículos 201 y 47, lo que es una consecuencia del principio acusatorio y del principio del juez imparcial.

4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO LÍMITE A LA PRISIÓN PREVENTIVA

4.1. LA COEXISTENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA CON PRISIÓN PREVENTIVA

La coexistencia de la presunción de inocencia y la prisión preventiva no es improblemática. Debido a ello, algunos autores, como se indicó, han combatido el reconocimiento de la presunción de inocencia por considerarla incompatible con la prisión preventiva. Otros, por el contrario, han criticado la posibilidad de que se dicte la prisión preventiva, por estimarla un quebranto a la presunción de inocencia³⁴.

Sin embargo, ambas posiciones son minoritarias, sosteniéndose por la doctrina mayoritaria que la presunción de inocencia no implica que no pueda disponerse la prisión preventiva. Así cuando los autores latinoamericanos y alemanes se ocupan de la relación de la presunción de inocencia con la prisión preventiva, sostienen que la presunción de inocencia no podría significar que el imputado debiera estar libre de toda medida coercitiva durante el proceso, ya que ello haría que ningún proceso penal pudiera ser realizado³⁵. Sin embargo, se reconoce a su vez que la presunción de inocencia influye la regulación de la prisión preventiva.

En el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 el tratamiento que se le debe dar al imputado como inocente, previsto en el artículo 3, no lleva a la eliminación de la prisión preventiva, lo que encuentra respaldo en los diversos convenios internacionales que reconocen a la presunción de inocencia, pero a su vez

³⁴ Cf. Pastor, 2004, pp. 25-26; Ferrajoli, 1995, pp. 555-561; Larrauri, 1991, pp. 57-58; Anitua, 2003, p. 292. Rectificando la posición anterior y en contra de la abolición de la prisión preventiva: Pastor, 2007, pp. 456-457.

³⁵ Cf. BVerfGE 35, 185 (190); BVerfGE 36, 264 (269-270); Sax, 1959, p. 987; Linß, 1991, p. 53.

admiten también la posibilidad de que el imputado sea privado de libertad durante el proceso. Así la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la presunción de inocencia como un principio fundamental, pero prevén también la posibilidad de que el imputado sea detenido, al disponer que toda persona detenida tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable³⁶. Estos mismos instrumentos internacionales de Derechos Humanos reconocen la influencia de la presunción de inocencia sobre la regulación de la prisión preventiva. Así tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la necesidad de que los detenidos preventivamente estén separados de aquellos que cumplen una pena privativa de libertad³⁷. Los dos tratados internacionales en dicha regulación enfatizan en el trato diferente que debe darse a los detenidos preventivamente, ello partiendo de su condición de personas no condenadas. Esto se encuentra desarrollado en diversas recomendaciones, reglas mínimas y directrices de la ONU, en la que se ha regulado la ejecución de la prisión preventiva, por ejemplo en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos³⁸. Se enfatiza en dichas normas que debe respetarse la presunción de inocencia de las personas en prisión preventiva, estableciéndose un régimen especial para la ejecución de la privación de libertad.

Una interpretación histórica lleva a conclusiones similares. Debe tenerse en cuenta que la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración Universal de

³⁶ Art. 7 inciso 5) de la CADH; Art. 9 inciso 3) del PIDCP. Véase además: Art. 9 inciso 3) del PIDCP. Sobre la temática de la prisión preventiva en los instrumentos internacionales de derechos humanos: Falcone, 2004, pp. 179-191.

³⁷ Art. 5 inciso 4) de la CADH; Art. 10 inciso 2) a) del PIDCP. Sobre la separación entre detenidos y condenados: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, No. 158. Puede consultarse además en: Huertas Díaz/Cáceres Tovar/Chacón Triana/Gómez Carmona (Compiladores) (2005, p. 79). Acerca de los establecimientos para los menores de edad: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de septiembre de 2004 (caso del "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay), n. 153, 163, 167 y 169-170. Puede consultarse además en: Huertas Díaz/Cáceres Tovar/Chacón Triana/Gómez Carmona (Compiladores), 2005, pp. 79-80.

³⁸ Véase: Art. 84 inciso 2) de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Consúltense también: Arts. 16 y 18 de las reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad y principios 8 y 36 inciso 1) del catálogo de principios para la protección de los sometidos a cualquier forma de encarcelamiento o prisión penal.

Derechos Humanos y en las diversas declaraciones y convenciones de Derechos Humanos tiene sus raíces en la Declaración Francesa de Derechos Humanos de 1789. El Art. 9 de la misma indica:

“Todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable; por ello, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

En este artículo se contempló expresamente la presunción de inocencia, pero al mismo tiempo se señaló que no excluía la posibilidad de que al imputado se le privase de la libertad durante el transcurso del proceso. Sin embargo, dicha privación de libertad, como consecuencia de la presunción de inocencia, estaría sometida a limitaciones.

Una de las mayores preocupaciones de los diversos autores que ejercieron una influencia sobre la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración Francesa de Derechos Humanos, por ejemplo Beccaria, fue precisamente la relación entre la presunción de inocencia con respecto a la prisión preventiva³⁹. Así se reconoció que la presunción de inocencia traza límites a la regulación de la prisión preventiva. Ello hace posible determinar, como la versión moderna de la presunción de inocencia, que surge

³⁹ Indica Beccaria que *“La estrechez de la cárcel (prisión preventiva) no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”*. Beccaria, 1988, p. 61 (lo que se encuentra entre paréntesis no es del original). Sobre Beccaria y la prisión preventiva: Llobet Rodríguez, 2004a, pp. 290-295. Otros como Marat y Pufendorf solo admitieron el peligro de fuga como causal de prisión preventiva. Cf. Marat, 1955, p. 148; Pufendorf, No. 759, 1993 p. 51 Sobre ello véase: Llobet Rodríguez, 2006, p. 292. Con todo debe reconocerse que la mayor preocupación de la doctrina ilustrada era la prohibición de la tortura, para lo cual enfatizaba la existencia de una presunción de inocencia. Cf. Llobet Rodríguez, 1995a, p. 71, nota al pie 256. Debido a que en ese entonces la prisión no tenía importancia como pena, la doctrina de la Ilustración no se preocupó mucho por la distinción entre pena privativa de libertad y prisión preventiva, aunque como se dijo, sí señaló que fines debía perseguir ésta. Sin embargo, como excepción Hobbes (1588-1679), que le asignó a la prisión preventiva una función de simple aseguramiento del imputado, sí trató la distinción entre pena de prisión y prisión preventiva. Dijo: *“Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia de un hombre acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, cualquier daño que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encarcelamiento o privación más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza”*. Hobbes, 1994, pp. 358-359.

de la Declaración Francesa de Derechos Humanos⁴⁰, está relacionada con la limitación al dictado de las medidas coercitivas.

Resumiendo, la presunción de inocencia no significa la prohibición de que se ordene la prisión preventiva, pero debe reconocerse que la presunción de inocencia ejerce influencia sobre la regulación de ésta.

4.2. LA PROHIBICIÓN DE UNA PENA ANTICIPADA Y LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PENA DE PRISIÓN

En general sostiene la doctrina que la prisión preventiva no puede constituir una pena anticipada⁴¹. A ello hizo mención la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Rosero, en el que señaló que no es autorizado “*anticipar una pena a la sentencia*”⁴². Igualmente en diversas sentencias ha enfatizado el carácter meramente cautelar y no punitivo de la prisión preventiva, por ejemplo en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 24 de junio de 2005⁴³. En ese sentido ha dicho el Tribunal Federal Constitucional alemán que la presunción de inocencia prohíbe que se dispongan medidas en anticipo de la pena, que en sus efectos igualen a la pena privativa de libertad⁴⁴. Sin embargo, existen dificultades para precisar qué se quiso decir con ello.

⁴⁰ De acuerdo con Köster con la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración Francesa de Derechos Humanos y la previsión de ésta en los Códigos Procesales Penales orientados de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, puede considerarse la historia jurídica del desarrollo de la presunción de inocencia por terminado. Köster, 1979, p. 115.

⁴¹ Cf. Maier, 1981, pp. 30-31; Maier, 2002, p. 522; Vélez Mariconde, 1969, T. I, p. 325; Eser, 1983, p. 160; Müller-Dietz, 1984, p. 83; Veit, 1971, p. 22; Zipf, 1977, p. 121; Joachimsky, 1991, p. 53; Kühne, 1993, Parr. 17, No. 136.2; Llobet Rodríguez, 1995a, pp. 72-77.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 12 de noviembre de 1997, No. 77.

⁴³ No. 74. Véase también el caso Tibi vs. Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 7 de septiembre de 2004, n. 180. Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la prisión preventiva véase: Llobet Rodríguez, 2009.

⁴⁴ BVerfGE 19, 347.

Como lo afirma Müller-Dietz, lo indicado por el Tribunal Federal Constitucional alemán no puede significar que los efectos prácticos de la privación de libertad, que obligatoriamente la prisión preventiva comparte con la pena privativa de libertad, sean absolutamente inadmisibles, ya que esto significaría cuestionar el mismo instituto de la prisión preventiva. Más bien lo que quiere decir es que las medidas que limitan la libertad en el proceso en cuanto a su intención, tipo y medida no pueden orientarse hacia las tareas que corresponden a la ejecución de la pena privativa de libertad⁴⁵. Lo afirmado por Müller-Dietz es correcto. La prohibición de que la prisión preventiva sea una pena anticipada lleva a la diferenciación con la pena de prisión. Sin embargo, no se puede distinguir entre ambas de acuerdo con la intensidad de la privación de libertad, sino solamente podría partirse de los fines que se persiguen por una y por otra. Lo anterior conduce a la conclusión de que la prisión preventiva no puede perseguir los fines que se le asignan la pena (retribución, prevención general y especial), puesto que en caso contrario se convertiría en una pena anticipada. La justificación de la prisión preventiva solamente puede encontrarse en un fundamento de carácter procesal. Se llega a señalar en forma expresa que la prisión preventiva, como consecuencia de la presunción de inocencia, no puede perseguir fines de prevención general ni especial. A esta conclusión tiende un sector de la doctrina alemana⁴⁶ y latinoamericana⁴⁷. De

⁴⁵ Müller-Dietz, 1984, p. 83.

⁴⁶ Cf. Arbeitskreis Strafprozeßreform, 1983, pp. 31-32; Fachausschuß I "Strafrecht und Strafvollzug" des Bundeszusammenschlusses für Straffällingenhilfe, 1983, p. 11; Hassemer, 1984, pp. 40-41; Hassemer, 1998, pp. 105-127; Heinz, 1987, pp. 7-8; Jung, 1985, p. 33; Krauß, 1971, p. 161; Linß, 1991, p. 43. Müller-Dietz, 1981, pp. 1268-1269; Wolter, 1981, p. 454 ss. La prohibición de que la prisión preventiva cumpla funciones de prevención general y especial, es una conclusión a la que tiende la doctrina latinoamericana. Véase al respecto la bibliografía que se cita en: Llobet Rodríguez, 1995a, p. 99, nota al pie 15.

⁴⁷ Cf. Abal Oliú, 1986, p. 172; Cafferata Nores, 1983, p. 32; Cafferata Nores, 1986, pp. 1-13; Clariá Olmedo, 1975, p. 39; Cruz Castro, 1989, pp. 113-120; De la Rúa/Maier, 1982, p. 90; Guariglia, 1993, p. 84; Llobet Rodríguez, 1991, pp. 306-307; Maier, 1978, p. 199; Maier, T. Ib, 1989, pp. 252-289; Minvielle, 1988, p. 92; Torres Gudiño, 1973, p. 125; Vélez Mariconde, 1962, pp. 12-13; Vélez Mariconde, T. I, 1969, pp. 325, 331-332; Vitele, 1990, pp. 170-171; propuesta No. 9 del III Encuentro de Profesores Argentinos de Derecho Procesal Penal de 1987. En: Cafferata Nores, 1991, pp. 68-69. En general la doctrina latinoamericana admite solamente la prevención de la fuga y de la obstaculización, como fines de la prisión preventiva. Se tiende actualmente a exigir que debe darse en concreto el peligro de fuga o de obstaculización, por ejemplo por Julio Maier, aunque algunos autores, como por ejemplo Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo, admiten como legítimas la llamada "presunción de fuga", con base en

gran importancia al respecto es el caso Chaparro Álvarez, en el que la Corte Interamericana dijo que la privación de libertad no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales⁴⁸. En este sentido en forma reiterada la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva, por ejemplo en los casos Suárez Rosero⁴⁹, Acosta Calderón⁵⁰, López Álvarez⁵¹, García Asto⁵², Chaparro Álvarez⁵³ y Bayarri⁵⁴.

El fin de la prisión preventiva puede ser encontrado solamente en el aseguramiento del proceso, ello a través de garantizar la realización del juicio y la ejecución de la eventual condena, evitando que el imputado se fugue (en caso de peligro de fuga). Igualmente se trata de garantizar la averiguación de la verdad material, evitando el falseamiento de la prueba por parte del imputado. Acerca de la función procesal de la prisión preventiva se pronunció la Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero:

el monto de la pena prevista para el delito atribuido, no exigiendo con ello el peligro concreto de fuga o de obstaculización. Sin embargo, es discutible que esa presunción de fuga no contenga realmente una consideración de prevención general tras de sí. En este sentido: Llobet Rodríguez, 1995a, pp. 112-119. Por otro lado, Alberto Bovino, gran crítico de la prisión preventiva, considera que de acuerdo con el artículo 7, No. 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos solamente es admisible la causal de peligro de fuga. Cf. Bovino, 2005, pp. 40-41.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “103 (...) *La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia*”.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997: “77 (...) *La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)*”.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, No. 75: “(...) *el Tribunal considera que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)*”.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: “69 (...) *La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva (...)*”.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005: “106 (...) *El Tribunal ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*”.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “145 (...) *La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*”.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: “110. *Este Tribunal ha establecido que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva (...)*”.

“77. Esta Corte estima que en 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 (...)”⁵⁵.

Este criterio fue reiterado en diversos fallos posteriores, por ejemplo en los casos Tibi⁵⁶, Palamara Iribarne⁵⁷, Acosta Calderón⁵⁸, López Álvarez⁵⁹, Servellón García⁶⁰,

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 12 de noviembre de 1997.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, No. 180: *“Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...)”*.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005: *“198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...)”*.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005: *“111. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)”*.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: *“69. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia (...)”*.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros Vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006: *“90 (...) La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea*

Chaparro Álvarez⁶¹, Yvon Neptune⁶² y Bayarri⁶³. Es importante tener en cuenta que en esas sentencias se ha exigido por la Corte Interamericana que el peligro de fuga o de obstaculización sea concreto, lo que excluye las llamadas presunciones de fuga con base en el monto de la pena esperada, tan frecuentes antes del proceso de reforma procesal en Latinoamérica y que perduran todavía en algunos países. Lo anterior fue desarrollado especialmente en las sentencias de los casos Chaparro Álvarez⁶⁴ y

estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia (...)".

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "93 (...) *Este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia (...)*". También: "103 (...) *La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia*". Además: "145. *De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*".

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yvon Neptune vs. Haití, sentencia de 6 de mayo de 2008: "(...) *Este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludiré la acción de la justicia (...)*".

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: "74 (...) *Las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia (...)*".

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "107. *El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes*".

Bayarri⁶⁵, en los que se enfatizó el deber de fundamentar el dictado de la prisión preventiva y de analizar el cumplimiento de los diversos requisitos para el dictado de la misma. Por ello mismo se ha resaltado que en cuanto dejen de subsistir las razones que llevaron al dictado de la prisión preventiva, debe dejarse sin efecto la misma, lo que implica la obligación de revisión periódica, lo que se indicó por ejemplo en los casos Chaparro Álvarez⁶⁶ y Bayarri⁶⁷.

Si uno se atiene a lo indicado por dichas resoluciones solamente se encontrarían autorizadas las causales de peligro de fuga y de peligro de obstaculización, no así la de peligro de reiteración delictiva⁶⁸, contemplado generalmente en las legislaciones latinoamericanas. En forma expresa en el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos negó la posibilidad de que se ordene la prisión preventiva para evitar que el imputado cometa nuevos hechos delictivos⁶⁹. Con ello se desautorizó el

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: “74. *La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad (...)*”.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: “117. *La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse*”.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: “76. *El Tribunal resalta que, además, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe*”.

⁶⁸ Cf. Llobet Rodríguez, 1992b, pp. 517-527.

⁶⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: “84. *Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio pro homine. Por ello, se deben desechar todos los demás*

peligro de reiteración como causal de prisión preventiva, lo mismo que el dictado de la prisión preventiva a los delincuentes habituales o a los reincidentes, causales asociadas a la prevención especial negativa y que en general son autorizadas en la legislación latinoamericana⁷⁰. En el informe indicado la Comisión Interamericana también desautorizó que se pudiera ordenar la prisión preventiva para tranquilizar al público, debido a la repercusión del hecho⁷¹. Además se pronunció en contra de los delitos no excarcelables⁷², rechazados por la doctrina latinoamericana, pero tan frecuentes en la legislación de Latinoamérica⁷³. Con esto se ratificó lo indicado en el informe 77-02, que

esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prevenir o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal”.

⁷⁰ Sobre el quebranto a la presunción de inocencia por la causal de peligro de reiteración delictiva y las causales relacionadas con ella, por ejemplo la prohibición de prisión preventiva para los delincuentes reincidentes, los habituales y los que tengan otros procesos pendientes: Llobet Rodríguez, 1992b, pp. 517-527; Llobet Rodríguez, 1999, pp. 194-216. Se analizan allí las discusiones que han existido con respecto a la causal de peligro de reiteración delictiva, la que ha sido tratada de justificar con base en la necesidad de protección de la colectividad, utilizando el principio de proporcionalidad en contra del imputado.

⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay, No. 84. Véase la cita trasanterior.

⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: “141. En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimas de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como ‘alarma social’, ‘repercusión social’, ‘peligrosidad’ o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad”.

⁷³ La doctrina mayoritaria latinoamericana es contraria a las prohibiciones excarcelatorias que con respecto a determinados delitos se establecen en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas. Cf. Arias, 1990, pp. 61-63; Carranza/Mora Mora/Houed Vega/Zaffaroni, 1988, pp. 116-117; Clariá Olmedo, T. V, 1964, p. 318; Clariá Olmedo, 1973, pp. 89-91; Cruz Castro, 1989, p. 116; Guzmán, 1973, p. 37; Hendler, 1984, pp. 729-732; Llobet Rodríguez, 1991, p. 319; Maier, 1981, p. 48; Torres, 1976, pp. 49-52; Vélez Mariconde, T. I, 1969, p. 340; Vitele, 1990, p. 474; Zaffaroni, 1984a, pp. 535-536. En contra: Álvarez, 1982-1983, pp. 200-202; Chichizola, 1963, p. 154; Huacuja Betancourt, 1989, pp. 101-102; Vela, 1981, p. 10. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, 1995, pp. 120-123

tenía como antecedente el 12-96 de la Comisión⁷⁴, pero que se había contrapuesto al informe 30-97, que había admitido el peligro de reiteración delictiva y la necesidad de tranquilizar al público, aunque rechazó los delitos no excarcelables. Ya las referencias explícitas al rechazo del peligro de reiteración, de la alarma social y de los delitos no excarcelables, se podía deducir de diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso López Álvarez, se dijo que las características del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva⁷⁵. Ello fue reiterado en el caso Bayarri⁷⁶. En el López Álvarez se hizo mención también a la prohibición de delitos no excarcelables con base en la pena prevista en abstracto. Además se indicó que en ningún caso la aplicación de la prisión preventiva estará determinada por el tipo de delito que se atribuye⁷⁷. En el caso Palamaca Iribarte la Corte Interamericana se había anticipado a la prohibición de que con base en la pena se establecieran delitos no excarcelables⁷⁸.

⁷⁴ Sobre este informe véase: Falcone, 2004, p. 184.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006. “69. *Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva (...)*”.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: “74) (...) *Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva (...)*”.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: “81. *En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que “[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente”, el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que “no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo*”.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005: “212. *En la jurisdicción militar chilena, al parecer, la prisión preventiva procede como regla y no como excepción. De las normas del Código de Justicia Militar y del Código Procesal Penal*

Las ideas de que la presunción de inocencia solamente permite las causales de peligro de fuga y de peligro de obstaculización, coinciden con lo establecido en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que previó solamente como causales de prisión preventiva el peligro de fuga y el peligro de obstaculización delictiva, ello en el artículo 202 inciso 2). En la exposición de motivos del Código Modelo no se encuentra mayor explicación de la regulación de las causales de la prisión preventiva, siendo por ello importante señalar la fundamentación que se expresó por Fernando de la Rúa y por Julio Maier, dos de los autores del Código Modelo de 1988, en las Jornadas del Instituto Iberoamericano, realizadas en la ciudad de Guatemala en 1981. Señalaron: *“De la afirmación, que ‘el imputado se reputa inocente hasta que una sentencia de condena lo declare culpable y lo someta a una pena’, surgen efectivas limitaciones a la posibilidad de encarcelarlo preventivamente. En primer lugar, el principio fija los fines del encarcelamiento preventivo, de modo que no se confunda con la pena porque ‘nadie puede ser penado sin juicio previo (sentencia) que lo declare culpable’. De ahí se deriva que los fines del encarcelamiento preventivo no son aquellos que se atribuyen a la pena (sintéticamente: la retribución, la prevención general, como amenaza para establecer un contramotivo psicológico para todos los capaces de perpetrar un hecho punible, y la prevención especial, como forma de auxiliar a quien ha delinquido a fin de que en el futuro observe los deberes fundamentales que le impone el orden jurídico) sino otros específicos: evitar que el imputado se fugue, imposibilitando la administración de justicia o el cumplimiento de la decisión final (rebeldía), o que entorpezca la averiguación de la verdad mediante acuerdos con cómplices, destrucción de rasgos del delito, etc. De ahí el encarcelamiento preventivo debe ser excepcional y*

aplicado al señor Palamara Iribarne que regulan la prisión preventiva se desprende que al momento de emitir el auto de procesamiento el juez puede conceder la excarcelación al procesado sin caución alguna cuando ‘el delito de que se trata está sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo’. Es decir, la libertad condicional es un ‘beneficio’ que el juez puede otorgar al procesado cuando se reúnen ciertos requisitos exigidos por la ley, partiendo de la premisa de la privación de su libertad como regla”.

*sólo autorizarse para los casos en que pueda fundarse la puesta en peligro de los fines anticipados y los modos examinados de poner en riesgo esos fines*⁷⁹.

Debe resaltarse que los fines permitidos de la prisión preventiva tienen una influencia fundamental en la determinación de sus causales, pero, como se indica luego, no en otros requisitos materiales de la misma (sospecha suficiente de culpabilidad y respeto al principio de proporcionalidad). Por ejemplo, el dictado de la prisión preventiva en contra de un tercero con respecto al cual exista peligro de que oscurezca la prueba, tendría una función de aseguramiento del proceso; o en caso de que exista este peligro o uno de fuga, la orden de prisión preventiva en delitos de bagatela o irrespetando el criterio de que ésta sea la ultima ratio; o la duración excesiva de una prisión preventiva ordenada con fines de aseguramiento procesal. En todos esos supuestos la finalidad que se perseguiría por la prisión preventiva sería compatible con la presunción de inocencia, lo que no quiere decir que sería admisible dictar o mantener la prisión preventiva. Pero lo anterior no como consecuencia de la presunción de inocencia, sino del principio de proporcionalidad, que indica cuando una prisión preventiva que ha superado los controles de la presunción de inocencia, no puede ser ordenada, ya que no podría exigirse que el sujeto que podría ser objeto de la misma, la soporte.

4.3. LA INFLUENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El que la prisión preventiva no pueda ser ordenada para perseguir la prevención general o especial tiene influencia no solamente con respecto a las causales de prisión preventiva admisibles, sino también con relación a la regulación de la ejecución de la prisión preventiva⁸⁰, lo que se refleja en el artículo 217 del Código Modelo.

⁷⁹ De la Rúa/Maier, 1982, p. 90.

⁸⁰ Cf. Arbeitskreis Strafprozessreform, 1983, p. 54; Baumann, 1990, pp. 10, 12; Haberstroh, 1984, pp. 232-233; Isola, 1987, p. 33; Seebode, 1988, p. 45; Müller-Dietz, 1991, p. 227; Winkelmann/Engsterhold, 1993, pp. 113-114. § 2 (1) del proyecto de una ley de ejecución penal, presentado por la comunidad de

Expresamente se establece en el mismo la necesidad de tratar a los presos preventivos como inocentes.

Sobre ello dice por la doctrina alemana que los sometidos a prisión preventiva deben ser tratados de manera diferente a aquellos que han sido condenados por sentencia firme y que a la prisión preventiva no se le puede asignar una función resocializadora⁸¹. Sin embargo, se reconoce que ello no puede significar que el imputado no pueda participar en actividades que eventualmente podrían tener una finalidad resocializadora. Al contrario, dicha participación se ve como beneficiosa, siempre y cuando se establezca sobre la base de la libertad del imputado de tomar o no parte en dichas actividades⁸². Al respecto debe afirmarse que la presunción de inocencia es un principio protector del imputado, por lo que no tendría sentido que funcionara en contra de éste cuando quisiera trabajar, de modo que se le impidiese hacerlo.

Por otro lado, la doctrina alemana con acierto reconoce que la presunción de inocencia ejerce una influencia sobre las limitaciones a que puede ser sometido el imputado durante la ejecución de la prisión preventiva.

4.4.EL SOMETIDO A UNA PRISIÓN PREVENTIVA DE ASEGURAMIENTO PROCESAL COMO SACRIFICADO ESPECIAL INDEMNIZABLE POR EL ESTADO

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 estableció el derecho del imputado absuelto que sufrió prisión preventiva a una indemnización, ello

trabajo de juristas socialdemócratas en 1986 indica: "*En la ejecución de la prisión preventiva debe considerarse que el preso vale como inocente hasta que no haya sido condenado por sentencia firme*". El Par. 3 inciso 2) del proyecto de ejecución de la prisión preventiva presentado por Baumann prevé: "*Todo apariencia a una pena así como toda presunción de culpabilidad es inadmisibles. El tratamiento de los presos debe tener en cuenta esto*". Baumann, 1981, p. 10. Se critica por la doctrina que aunque teóricamente la situación de los presos preventivos debería ser mejor que aquella de los que cumplen pena privativa de libertad, en la práctica impera lo contrario. Cf. Isola, 1987, p. 32; Preusker, 1981, p. 136; Seebode, 1991, p. 183.

⁸¹ Cf. Haberstroh, 1984, p. 233; Isola, 1987, p. 33; Ranft, 1991, p. 141; Seebode, 1991, p. 194.

⁸² Cf. Haberstroh, 1984, pp. 233-234; Seebode, 1991, p. 184; Baumann, 1990., p. 110; Isola, 1987, p. 33; Fachausschuß I "Strafrecht und Strafvollzug", 1983, p. 12; Müller-Dietz, 1984, p. 86; Hetzer, 1983, p. 50.

en los artículos 422 y 423. Si bien se estableció una tarifa para la misma, ello no impide que quien pretenda una indemnización superior reclame ante los tribunales competentes. Con lo anterior reconoció que el imputado sometido a prisión preventiva es un sacrificio especial indemnizable por el Estado, lo que es una exigencia de la presunción de inocencia, conforme se indica a continuación.

Importante es que la doctrina ha admitido que por razones de justicia el tiempo que se ha cumplido en prisión preventiva sea deducido del monto de la pena de prisión a la que se condena a un imputado. Así por ejemplo en el caso de un imputado que ha sufrido seis meses de prisión preventiva y es condenado a una pena de seis meses, no debe entonces ir a la cárcel a cumplir más tiempo de privación de libertad. Todo ello es una consecuencia del mismo principio de proporcionalidad. Sin embargo, sería totalmente injusta la situación del imputado que ha cumplido una prisión preventiva de seis meses y luego es absuelto, puesto que en términos prácticos quedaría en la misma situación de aquél que fue efectivamente condenado a seis meses de prisión. Es claro que tal situación sería contraria a la presunción de inocencia, ya que pondría en idénticas condiciones, en lo relativo a los efectos posteriores a la prisión preventiva, al declarado inocente que al encontrado culpable.

Para remediar dicha situación debe decirse lo siguiente: si la prisión preventiva que se dicta con base en el peligro de fuga o de obstaculización en ningún caso es una pena anticipada, entonces aquél que es sometido a la misma debe ser considerado como un sacrificio especial indemnizable por el Estado⁸³, puesto que en interés de la colectividad (aseguramiento del proceso y de la ejecución penal), ha tenido que sacrificarse. Por ello, el principio de igualdad ante las cargas públicas, hace que la prisión preventiva, tanto del luego absuelto como del condenado, debe ser indemnizada. En este sentido indica el francés George Vedel que *“no hay diferencia sustancial entre el caso de un individuo retenido en prisión preventiva durante meses (con todo lo que supone de perjuicios materiales y morales) en interés del buen*

⁸³ Sobre el preso preventivo como sacrificio especial: Dencker, 1971, p. 627; Seebode, 1985, pp. 136-141.

funcionamiento del servicio judicial y el de otro ciudadano, que, en interés general y por necesidades del servicio público administrativo, sufre un perjuicio grave, anormal y especial que rompe, en su perjuicio, la igualdad ante las cargas públicas”⁸⁴.

Sin embargo, en el caso de una sentencia condenatoria, a consecuencia de las particularidades jurídicas del encarcelamiento, la reparación - indica un sector de la doctrina alemana- no será en dinero, sino a través del cómputo del tiempo que se estuvo en prisión preventiva como parte del cumplimiento de la pena privativa de libertad⁸⁵. Por ello no es acertada la afirmación del argentino Zaffaroni, en el sentido de que el cómputo de la prisión preventiva, prueba que ésta significa siempre una violación de la presunción de inocencia⁸⁶. Al contrario de lo indicado por Zaffaroni, el cómputo de la prisión preventiva es una consecuencia de la presunción de inocencia.

En resumen puede decirse que como complemento de la exigencia de que la prisión preventiva cumpla una función de aseguramiento procesal, la presunción de inocencia exige que la persona que sufre de dicha medida coercitiva sea considerada como un sacrificado especial indemnizable. Solamente con ello se lograría que definitivamente la prisión preventiva dejase de ser una pena anticipada.

5. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

⁸⁴ Vedel, 1980, p. 352. A pesar de la falta de reconocimiento en general del preso preventivo como un sacrificado especial en la legislación latinoamericana, existe una tendencia de la doctrina a admitir dicha indemnización. Cf. Llobet Rodríguez, 1990, pp. 23-26; Llobet Rodríguez, 1995a, pp. 76-77; Zaffaroni, 1986, p. 95 y ss.; Castillo González, 1980, p. 250; Minvielle, 1988, p. 111; Muñoz Quesada, 1980, p. 47; Piza Rocafort, 1989, pp. 163-181; Cafferata, 1984, p. 74 y ss.

⁸⁵ Cf. Dencker, 1971, p. 627; Dreher, 1970, p. 968. Un resumen de las posiciones de la doctrina con respecto al principio del cómputo del Par. 51 del Código Penal alemán en: Burmann, 1984, pp. 17-18.

⁸⁶ Zaffaroni, 1992, pp. 39-40. Un criterio paralelo al de Zaffaroni se encuentra en la concepción defendida por un sector de la doctrina alemana, que entiende que la prisión preventiva es una pena anticipada, debido al cómputo de la prisión preventiva cumplida. Cf. Glaser, T. II, 1885, p. 298. Acerca del reconocimiento legislativo de la similitud entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, como consecuencia del cómputo de la prisión preventiva cumplida: Amelung, 1987, p. 742; Tiedemann, 1991, p. 17.

El principio de proporcionalidad es un principio desarrollado inicialmente por el Derecho Administrativo Policial⁸⁷. Así se encuentra ya alusión a dicho principio en Carl Gottlieb Svarez, redactor del Derecho General Estatal Prusiano de 1794⁸⁸. No en vano se encuentra hoy día un gran desarrollo del principio de proporcionalidad con respecto al uso de la fuerza por la policía, por ejemplo en lo atinente a la utilización de armas de fuego por la misma. También a nivel Latinoamericano ha tenido un gran desarrollo el principio de proporcionalidad con relación al uso de la fuerza por la policía en los centros penitenciarios, existiendo diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han resultado los abusos que han ocurrido al respecto, a través de una utilización desproporcionada de la fuerza⁸⁹.

Se considera que la primera mención que se hizo en Alemania en cuanto a su aplicación al Derecho Procesal Penal, tuvo lugar en una resolución del deutscher Journalistentag (Congreso de los periodistas alemanes), tomada el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitó que las medidas coercitivas dirigidas contra los periodistas que se negaban a declarar fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos perseguidos⁹⁰.

El tema tomó gran actualidad en Alemania, desatando una gran polémica, con la muerte del conocido político Dr. Höffle en prisión a causa de una grave enfermedad, provocando que se llegase a proponer que se incorporara al Derecho Procesal el principio de proporcionalidad⁹¹.

El respeto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, como requisito para el dictado de la prisión preventiva, no tuvo acogida expresa en la Ordenanza Procesal Penal alemana, sino hasta la reforma de la misma de 1964. En ella se dispuso que:

⁸⁷ Cf. Denzel, 1969, pp. 6-10.

⁸⁸ Carl Gottlieb Svarez (1746-1798). Cf. Svarez en: Brand, J./Hattenhauer, H. (Compiladores), 1994, pp. 82-83.

⁸⁹ Véase por ejemplo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 19 de enero de 1995 (Caso Neira Alegría en contra de Perú), No. 74.

⁹⁰ Cf. González-Cuéllar Serrano, 1990, pp. 22-23; Schütz, 1969, p. 11.

⁹¹ Cf. González-Cuéllar Serrano, 1990, p. 23.

“... No podrá ordenarse (la prisión preventiva) cuando fuera desproporcionada respecto a la importancia de la causa y la pena o medida de corrección y de seguridad esperadas (...)”⁹².

Sin embargo, debe decirse que aun antes de la aprobación legislativa del principio de proporcionalidad, ya la doctrina alemana lo había reconocido como un principio aplicable a las medidas coercitivas.

El principio de proporcionalidad desempeña en un Estado de Derecho una función garantista para los administrados con respecto a la actividad estatal, estableciéndose criterios de valoración en el caso concreto para determinar si el interés estatal que se trata de garantizar con la intervención estatal, tiene un carácter preponderante frente a los costos que para el administrado representa la injerencia en sus derechos fundamentales. Por ello no basta que en abstracto esté autorizada por la legislación la intervención estatal, sino debe hacerse un balance en el caso concreto, para determinar si la injerencia estatal es intolerable atendiendo los intereses en juego.

El principio de proporcionalidad opera como un correctivo de justicia material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma. Debido a su función como correctivo frente a la aplicación meramente formal de la ley procesal, debe reconocerse que ha sido objeto de críticas por algún sector, que reclama la indeterminación de los conceptos con que opera el principio de proporcionalidad, por ejemplo, la consideración de la importancia de la causa, lo mismo que el balance de bienes propio de la proporcionalidad. Se le cuestiona por ello desde la perspectiva del principio de Estado de Derecho y la seguridad jurídica que debe lograrse en el mismo, de modo que se ha indicado que implica un ablandamiento de las formas procesales bajo el criterio discrecional del juez⁹³. En sentido contrario más bien se llega a justificar el principio de proporcionalidad desde el punto de vista del Estado de Derecho material⁹⁴,

⁹² Par. 112 aparte 1) O.P.P. Traducción tomada de: Gómez Colomer, 1985, p. 307. Otra traducción en: Maier, T. II, 1982, pp. 76-77.

⁹³ Cf. E. Schmidt, 1969, pp. 1141-1143. En contra: Jescheck, 1970, p. 205.

⁹⁴ Cf. Amendt, 1986, pp. 85-86.

considerándose que no solamente debe darse una aplicación formal de la ley, sino debe buscarse una aplicación adecuada desde el punto de vista substancial, que marque el límite de lo tolerable para los administrados con respecto a la actuación estatal, lo que es exigible desde la perspectiva de la justicia, que debe ser considerada también un componente del Estado de Derecho.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio, conforme al desarrollo realizado por la jurisprudencia y doctrina alemana, se divide en tres principios: a) necesidad, b) idoneidad, y c) proporcionalidad en sentido estricto⁹⁵.

En lo concerniente al principio de necesidad, es relevante que toda medida que represente una injerencia en un derecho fundamental debe ser la *ultima ratio*, de modo que si el fin se puede lograr razonablemente a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben seguirse estos otros medios⁹⁶. Ello se traduce en la exigencia de alternativas a la prisión preventiva, previstas con amplitud por el artículo 209 del Código Modelo.

En Latinoamérica se estima generalmente que la búsqueda de alternativas a la prisión preventiva y que ésta se ordene como *ultima ratio* es una consecuencia de la presunción de inocencia⁹⁷. Al contrario, a nivel alemán la doctrina con frecuencia deduce la búsqueda de alternativas a la prisión preventiva del principio de proporcionalidad⁹⁸. Debe decirse que la preferencia por alternativas menos gravosas a la prisión preventiva es una consecuencia del principio de necesidad, derivado del de

⁹⁵ Cf. BVerfGE 30, 392 (316); BVerfGE 77, 84 (107 ss.); Degener, 1985, pp. 25-42; González-Cuéllar Serrano, 1990, p. 25; Katz, 1992, pp. 99-100; Pedraz Penalva, 1990, pp. 292-293.

⁹⁶ Cf. Denzel, 1969, pp. 21-32; González-Cuéllar Serrano, 1990, pp. 189-222.

⁹⁷ Cf. de Araujo Junior, 1993, p. 986; Clariá Olmedo, 1973, p. 92; De la Rúa/Maier, 1982, p. 90; Levene (hijo), 1981, p. 30; Maier, T. Ib, 1989, p. 287; Vélez Mariconde, T. II, 1969, pp. 43-44. Cf. también la recomendación No. 3 sobre los movimientos de reforma en el proceso penal y la protección de los derechos humanos, aprobada en el XV Congreso de la AIDP en 1994.

⁹⁸ Cf. BVerfGE 19, 342 (351); BVerfGE 53, 152 (159); Heinz, 1987, p. 9; Jehle, 1985, p. 16; Ranft, 1991, p. 130. Sin embargo, debe considerarse que el Tribunal Federal Constitucional alemán ha dicho que la prisión preventiva como consecuencia de la presunción de inocencia solamente puede dictarse en limitados casos de excepción. BVerfGE, 19, 342 (347). Klaus Tiedemann considera que la búsqueda de alternativas a la prisión preventiva como una consecuencia de la presunción de inocencia (y del principio de proporcionalidad). Tiedemann, 1993, p. 796. Cf. también: Böing, 1979, p. 380; Geppert, 1993, p. 161; Müller-Dietz, 1991, p. 229.

proporcionalidad. La presunción de inocencia no puede explicar por qué no se quebrantaría dicho principio cuando se dispone una medida de aseguramiento diferente de la prisión preventiva. Lo anterior ya que dicha medida también implicaría una injerencia en derechos fundamentales del imputado, aunque de menor intensidad que la prisión preventiva. No puede afirmarse que una medida cautelar de menor intensidad no implicaría un quebranto a la presunción de inocencia, pero en el caso de que se ordenara una medida de mayor intensidad, como la prisión preventiva, entonces habría un quebranto a la presunción de inocencia. Se trata en realidad precisamente de un problema de intensidad de la medida de aseguramiento, de modo que en realidad está relacionado con el principio de proporcionalidad, que es el principio que prevé los límites de las medidas coercitivas de acuerdo con la intensidad, estableciendo cuándo la misma supera el límite de lo tolerable. Así cuando otras medidas menos gravosas para el imputado pueden ser viables para evitar el peligro fuga o de obstaculización, debe acudirse a dichas medidas, todo como consecuencia del principio de proporcionalidad, cuyo subprincipio de necesidad precisamente indica que debe buscarse en las injerencias a los derechos fundamentales la medida menos gravosa.

El principio de idoneidad se refiere a que la prisión preventiva sea el medio idóneo para contrarrestar razonablemente el peligro que se trata de evitar⁹⁹. Este principio tiene gran importancia cuando se dispone la sustitución de la prisión preventiva, conforme al artículo 209 del Código Modelo. Esto ya que toda medida de aseguramiento debe ser adecuada para evitar razonablemente el peligro que existe en el caso concreto de fuga o de obstaculización. Debe tenerse en cuenta que existen medidas de aseguramiento que tienen relación en particular con un peligro determinado, por ejemplo la prohibición de salir del país está relacionada únicamente con el peligro de no comparecencia, por lo que no podría justificarse en principio para prevenir el peligro de obstrucción¹⁰⁰.

⁹⁹ González-Cuéllar Serrano, 1990, pp. 154-185.

¹⁰⁰ Sobre ello: Llobet Rodríguez, 2007, pp. 115-119.

Por su parte el principio de proporcionalidad en sentido estricto, llamado también principio de prohibición del exceso, exige que, en el caso concreto, se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida, guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar¹⁰¹.

Uno de los aspectos más relevantes del principio de proporcionalidad en sentido estricto es que prohíbe la prisión preventiva en asuntos de poca relevancia. Así, por ejemplo, de acuerdo al artículo 202 del Código Modelo no se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada ni en aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad.

Dentro de los requisitos materiales para el dictado de la prisión preventiva se establece en el artículo 202 inciso 1) del Código Modelo la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.

Con frecuencia este requisito material para el dictado de la prisión preventiva se ha querido deducir de la presunción de inocencia. Esta posición ha sido identificada como la concepción psicológica de la presunción de inocencia. Es sostenida por Sax, quien dice que cuando la fuerza de la sospecha de comisión del hecho aumento de modo que se condensa en un convencimiento de la culpabilidad, la presunción de inocencia se debilita, para terminar disolviéndose en el convencimiento de la culpabilidad y viceversa¹⁰².

¹⁰¹ Cf. Denzel, 1969, pp. 33-114; González-Cuéllar Serrano, 1990, pp. 225-282; Schütz, 1969, pp. 45-65.

¹⁰² Sax, 1959, p. 987. Véase también: Schroeder, 2007, No. 367, p. 241. En el sentido de un concepto psicológico de la presunción de inocencia debe entenderse lo indicado por Kühne, al decir que al valorarse la sospecha de culpabilidad se hace un balance entre la culpabilidad y la presunción de inocencia. Cf. Kühne, 1979, p. 622; Kühne, 1993, Par. 23, No. 183; Kühne, 2003, No. 337, p. 182. En Latinoamérica es frecuente que la doctrina colombiana siga un concepto psicológico de la presunción de inocencia: Londoño Jiménez, 1983, p. 30; Londoño Jiménez, 1981, pp. 289-295; Tocora, 1990, p. 101; Velásquez Velásquez, 1987, pp. 28-29. Un concepto psicológico de la presunción de inocencia puede encontrarse en las "*bases o principios para un código tipo de derecho procesal penal en los países iberoamericanos*", elaboradas por el profesor español Víctor Fairén Guillén. Cf. Fairén Guillén, 1990, p. 16; Fairén Guillén, 1992, p. 405. Sobre el tema véase en particular: Llobet Rodríguez, 1995a, pp. 83-87.

El concepto psicológico de la presunción de inocencia es tenido por la doctrina mayoritaria como inaceptable¹⁰³. Frente a él, Krauß formula, con acierto, una concepción normativa de la presunción de inocencia, la que implica un factor de carácter normativo constante durante el transcurso de todo el proceso. La pretensión punitiva – indica – surge con la sentencia condenatoria, no a través del convencimiento del aumento de la convicción de la autoría, que tenga el Tribunal¹⁰⁴. El concepto *normativo* de la presunción de inocencia no entra en colisión con la exigencia de la sospecha fundada de culpabilidad como requisito para el dictado de la prisión preventiva. Al contrario, con dicho concepto se elimina dicha problemática, ya que la afirmación de un grado determinado de sospecha no supone una relativización de la presunción de inocencia. Por otro lado, como se indicó, la presunción de inocencia se mantiene mientras no existe una sentencia condenatoria firme, a lo que se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso Canese vs. Paraguay¹⁰⁵.

La doctrina latinoamericana llega a una conclusión similar a la teoría alemana del concepto normativo de la presunción de inocencia, al hablar de un *estado jurídico de inocencia*. Así se dice que la posición jurídica del imputado como inocente no es perjudicada por la existencia de la sospecha de culpabilidad. Por ello incluso el imputado atrapado in fraganti, es desde el punto de vista jurídico inocente hasta que

¹⁰³ Cf. Burmann, 1984, p. 21; Krauß, 1971, p. 158; Linß, 1991, p. 40, Möller, 1982, p. 217, nota al pie 112; Schubarth, 1978, p. 32; Veit, 1971, pp. 21-22; Vogler, 1986, p. 162.

¹⁰⁴ Krauß, 1971, p. 158. En este sentido también: Burmann, 1984, p. 22; Gropp, 1991, pp. 805-806; Linß, 1991, p. 40.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2004: “153. La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En este sentido, la Corte ha afirmado que en 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. 154. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa”.

una sentencia firme no diga lo contrario, manteniendo este status de inocente durante todo el proceso¹⁰⁶.

Debe tenerse en cuenta que si se siguiera una concepción *psicológica* de la presunción de inocencia, entonces ésta debería ser enunciada en el sentido de que “*cada persona tiene derecho a ser considerada inocente hasta que no se haya dictado auto de prisión preventiva*” (el que tiene como requisito la sospecha fundada de culpabilidad). Un criterio así, debe reconocerse, ha tenido acogida en la historia legislativa latinoamericana; por ejemplo en los principios sobre los derechos y obligaciones de los nicaragüenses de 1979¹⁰⁷, en las Constituciones paraguayas de 1856 y 1940¹⁰⁸ y en la Constitución de Córdoba (Argentina) de 1855¹⁰⁹. Sin embargo, una regulación en dicho sentido de la presunción de inocencia no ha dejado de tener un carácter excepcionalísimo en el Derecho Comparado. Debe ser considerado que según éste, la presunción de inocencia rige hasta que exista sentencia condenatoria firme¹¹⁰. Este es el criterio que se sigue por las diversas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las que no admiten una relativización de la presunción de inocencia de acuerdo al material probatorio, sino que ésta se mantiene invariable, tal y como lo propone Krauß. Además precisamente la presunción de inocencia llega a tener importancia como principio protector del imputado cuando existe un grado importante de sospecha en contra de éste¹¹¹, puesto que aquél contra el que no existe siquiera una sospecha suficiente de culpabilidad, no tiene mayor necesidad de protección por la presunción de inocencia. En definitiva el concepto *normativo* de la presunción de inocencia no entra en colisión con la exigencia de determinado grado de sospecha como requisito para el dictado de la prisión preventiva. Al contrario, con dicho concepto

¹⁰⁶ Cf. Abalos, T. I, 1982, p. 6; Clariá Olmedo, T. I, 1964, p. 231; De la Rúa, 1980, p. 304; Levene (hijo), 1981, p. 28; Vásquez Rossi, 1985, p. 163.

¹⁰⁷ Cf. Mestre Alonso, 1987, p. 245.

¹⁰⁸ Art. 20 de la Constitución de 1956. Cf. Mariñas Otero, 1978, p. 149.

¹⁰⁹ Art. 5 de la Constitución de 1855. Cf. Vélez Mariconde, T. II, 1969, p. 40, nota al pie No. 43.

¹¹⁰ Cf. Vogler, 1986, p. 162.

¹¹¹ Cf. Veit, 1971, p. 21.

se elimina dicha problemática, ya que la afirmación de un grado determinado de sospecha no supone una relativización de la presunción de inocencia.

La explicación de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito de la prisión preventiva no debe buscarse en la presunción de inocencia, sino tiene más bien en el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto Schubarth defiende la posición de que el interés persecutorio aumenta, en comparación con el interés general en el descubrimiento del hecho delictivo, cuando el grado de sospecha es fundado (o suficiente según la legislación). Por otro lado desde el punto de vista del afectado se reduce el interés en la libertad, cuando con gran probabilidad debe contarse que como consecuencia de la sentencia que imponga la pena, va a perder la libertad por un determinado tiempo¹¹². Este criterio no puede ser aceptado, ya que el interés del imputado en conservar su libertad no se modifica con la afirmación de la sospecha fundada de culpabilidad. Más bien debe admitirse la posición de Paeffgen, en el sentido de que el interés del imputado en su libertad se mantiene invariable durante todo el proceso¹¹³. Lo que en realidad se modifica con la probabilidad de la culpabilidad del imputado es, por el contrario, el interés persecutorio del Estado, lo que lleva a un aumento del deber del imputado de tolerar medidas coercitivas¹¹⁴. Como lo indica la doctrina en el siempre existe una relación de tensión entre el interés del imputado en su libertad y el interés estatal en la persecución penal¹¹⁵. Cuando la sospecha de culpabilidad se fortalece, aumenta el interés estatal en la persecución, debido al aumento en la posibilidad de una futura condenatoria. No debe olvidarse que el fundamento del proceso penal en definitiva descansa principalmente en hacer posible en la práctica la aplicación del Derecho Penal sustantivo. Por otro lado, cuando la posibilidad de una futura condenatoria penal es escasa debido a la debilidad de la sospecha de culpabilidad, disminuye el interés estatal en la persecución penal. Debe

¹¹² Cf. Schubarth, 1973, p. 61.

¹¹³ Cf. Paeffgen, 1986, p. 77.

¹¹⁴ Cf. Paeffgen, 1986, p. 77.

¹¹⁵ Cf. BVerfGE 19, 342 (347); BVerfGE 20, 45 (49); BVerfGE 20, 144 (147); Böing, 1979, p. 380; Gössel, 1977, p. 66; Heyde, 1984, p. 1228; Hilger, 1989, p. 108; Ranft, 1991, p. 126; E. Schmidt, 1967, pp. 116-117; Schmidt-Leichner, 1961, p. 337. En Latinoamérica: Salt, 1991, p. 83.

tomarse en consideración que el aumento del interés persecutorio cuando existe una sospecha fundada de culpabilidad, no implica una disminución de las garantías que se deducen de la presunción de inocencia. Por ello no pierde la prisión preventiva su función de aseguramiento procesal en supuestos en que la sospecha de culpabilidad se condensa más allá de un determinado grado.

La justificación de la sospecha fundada de culpabilidad en el principio de proporcionalidad queda clara cuando se considera que no existe mayor discusión de que no sería admisible la orden de prisión preventiva en contra de una persona que no fuera ni siquiera imputada, por ejemplo un testigo, a pesar de que esa persona podría obstruir la justicia¹¹⁶. Tampoco sería admisible conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto que se ordenase la prisión preventiva cuando no pudiera esperarse que en el caso concreto se llegase a disponer una sentencia condenatoria privativa de libertad, de cumplimiento efectivo. Ello es establecido por el artículo 202 penúltimo párrafo del Código Modelo. Esto mismo debe llevar a estimar que no sería admisible una prisión preventiva cuando no se puede esperar razonablemente que se llegue a dictar una sentencia condenatoria.

Una exigencia de los tratados internacionales de derechos humanos, entre los cuales se encuentra el artículo 7 inciso 5) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es la necesidad de que la duración de la detención durante el proceso no supere un plazo razonable. En este sentido en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay dijo la Corte Interamericana:

“229. Al respecto, este Tribunal observa que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención

¹¹⁶ Frister considera que la causal de prisión preventiva por peligro de obstaculización debería ya sea ser derogada o al menos ampliarse también para no sospechosos en caso de existencia de concretos actos preparatorios de obstaculización. De lo contrario, estima, se quebranta la presunción de inocencia. Cf. Frister, 1988, pp. 118-119. Kuleman a principios del siglo XX llegó a pedir que se autorizara la prisión preventiva incluso con respecto a terceros. Cf. Kulemann, 1904, p. 706.

*Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos*¹¹⁷.

Para la determinación del plazo razonable de la prisión preventiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos toma en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales. Lo anterior, por ejemplo fue establecido por la Corte Interamericana en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 24 de junio de 2005¹¹⁸.

Debido a la indeterminación del término “plazo razonable”, como un concretización del mismo se ha tendido en el Derecho Comparado a establecer plazos máximos de duración de la prisión preventiva. En este sentido el artículo 208 del Código Modelo establece límites temporales a la prisión preventiva. Prevé así un límite máximo de un año, que se puede prorrogar por tres meses más en el caso de sentencia condenatoria. Sin embargo, permite que el Tribunal de Casación autorice la prolongación por un año más. Un sector de la doctrina tiende a deducir los límites temporales a la prisión preventiva de la presunción de inocencia¹¹⁹. Sin embargo, esta posición debe ser rechazada, puesto que en general la fijación de límites a la prisión preventiva es resultado del principio de proporcionalidad¹²⁰, en relación con el de aceleramiento procesal, expresión de la exigencia constitucional de justicia pronta¹²¹. Una prisión preventiva de larga duración no se convierte en un tipo de pena de prisión, mientras cumpla una función de

¹¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 2 de septiembre de 2004.

¹¹⁸ No. 104-106.

¹¹⁹ Cf. Gropp, 1991, pp. 808-809; Grünwald, 1987, p. 457; Krauß, 1971, p. 174; Schubarth, 1978, pp. 28-29; Schubarth, 1984, pp. 69-72.

¹²⁰ Cf. Meyer, 1989, p. 68; Wolter, 1991, p. 40; Wolter, 1991a, pp. 93-94.

¹²¹ Art. 41 de la Constitución.

aseguramiento procesal¹²². Lo que se quebranta con la duración más allá de lo razonable de la prisión preventiva es el principio de proporcionalidad. Al igual que otros temas relacionados con el principio de proporcionalidad, la duración de la prisión preventiva es un problema de intensidad, que establece hasta cuándo se puede tolerar la misma. Por el contrario, como que ocurre con respecto a las alternativas a la prisión preventiva, la presunción de inocencia es ajena a problemas de intensidad, ya que ello implicaría una relativización de la misma frente a injerencias de poca intensidad.

El límite temporal que lleva a evitar que la prisión preventiva se prolongue más de lo razonable, lo que establece es el límite de tolerancia al que se puede someter al imputado, pero no tiene relación alguna con la presunción de inocencia.

En lo relativo a los requisitos formales de la prisión preventiva sobresale la necesidad de que sea ordenada por un juez, lo que se establece en el artículo 206 del Código Modelo, no permitiéndose que se disponga por el Ministerio Público, como sucede con algunas medidas coercitivas. Esto se explica desde la perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Debe actuarse con cautela para la disposición de una medida de aseguramiento de la magnitud de la prisión preventiva, debido a la grave afectación que sufre el imputado con ello, tanto en cuanto a su magnitud en sí como a su duración, de modo que se requiere la garantía del principio de imparcialidad del juzgador. Precisamente en las legislaciones procesales se autoriza que ciertas medidas coercitivas puedan ser ordenadas por la Policía o bien por el Ministerio Público, mientras con respecto a otras, debido al grado de injerencia que suponen en los derechos del administrado, se requiere que como una garantía adicional una autorización judicial, lo que ocurre con respecto a la prisión preventiva¹²³.

A lo anterior se agrega la necesidad de la fundamentación de la medida cautelar, que trata de evitar la arbitrariedad en el dictado de la misma y que por ello se respeten los derechos constitucionales, en particular tanto la presunción de inocencia como el principio de proporcionalidad.

¹²² Cf. Wolter, 1991, p. 95; Wolter, 1991a, pp. 40-41.

¹²³ Cf. Llobet Rodríguez, 2007, pp. 149-151; Llobet Rodríguez, 2005a, pp. 368-369.

6. CONCLUSIONES

A través de los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad se puede explicar toda la regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988.

Es importante tener en cuenta que en general se reconoce la existencia de tres requisitos materiales para el dictado de la prisión preventiva: a) sospecha fundada de culpabilidad, b) existencia de una causal de prisión preventiva y c) respeto al principio de proporcionalidad. Para ordenar la prisión preventiva deben existir simultáneamente los tres requisitos.

Tradicionalmente las causales de prisión preventiva han tenido mucha relevancia, ya que determinan los fines de la misma y llevan a que se defina dicha medida de aseguramiento a partir de ellos. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia solamente son admisibles las causales de peligro de fuga y de obstaculización, por tener un carácter procesal y no sustantivo. Se trata de un criterio que se sigue en el Código Modelo.

En lo relativo al principio de proporcionalidad, el mismo explica la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito material de la prisión preventiva. Igualmente se deriva del principio de proporcionalidad de la prioridad de las medidas de aseguramiento, la prohibición de la prisión preventiva en asuntos pocos graves y los límites temporales de duración de la prisión preventiva.

Teóricamente desde una perspectiva garantista debería primero preguntarse sobre la existencia de peligro de fuga o del peligro de obstaculización, solamente cuando se llegase a afirmar uno de ellos debería preguntarse por la probabilidad de la responsabilidad del imputado y por el respeto al principio de proporcionalidad, de modo que estos otros dos requisitos materiales deberían desde una concepción teórica operar como límites a una prisión preventiva que fuera acorde con la presunción de inocencia, es decir estableciendo límites adicionales a la existencia del peligro de fuga y del peligro

de obstaculización, de modo que aunque fuera afirmado uno de ellos, la aplicación al caso concreto fuese estimada como injusta y por consiguiente como desproporcionada.

Por otro lado, en cuanto a los requisitos formales para el dictado de la prisión preventiva es importante resaltar que la necesidad de que sea un juez el que puede ordenar dicha medida cautelar, no es sino una consecuencia del principio de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Abal Oliú, A.: ¿Cuándo disponer la prisión preventiva? En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 2, 1986, pp. 170-172.

Abalos, R.: Código Procesal Penal de Mendoza, T. I. Mendoza 1982.

Albrecht. Erosionen des rechtsstaatlichen Strafrechts. En: KritV (Alemania), 1993, pp. 163-164.

Albrecht. Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik. En: StV (Alemania), 1994, pp. 269-270.

Amelung. Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe. En: JZ (Alemania), 1987, pp. 737-745.

Amendt, W.: Die Verfassungsmäßigkeit der strafprozessualen Sicherheitsleistungsvorschriften (§§ 116; 116a; 127a; 132 StPO). Berlín , 1986.

Anitua. Justicia penal pública. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

de Araujo Junior, J. M.: Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los Derechos del Hombre en Brasil. En: RIDP (Francia), 1993, pp. 969-992.

Arbeitskreis Strafprozeßreform: Die Untersuchungshaft. Gesetzentwurf mit Begründung. Heidelberg, 1983.

Baumann. Entwurf eines Untersuchungshaftvollzugsgesetzes. Tubinga, 1981.

Baumann, Jürgen. Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el Derecho Procesal Penal argentino y alemán. En: Doctrina Penal (Argentina), 1982.

Baumann, Jürgen. Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales (Traducción de Conrado A. Finzi). Buenos Aires, Depalma, 1986.

Baumann. Gesetzliche Regelung des Vollzugs der Untersuchungshaft. En JZ (Alemania), 1990, pp. 107-113.

Beccaria. De los delitos y de las penas. Madrid, Alianza, 1988.

Beulke, Werner. Strafprozessrecht. Heidelberg, C. F. Müller, 2004.

Bleckmann, A.: Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips. En: JuS (Alemania), 1994, pp. 177-183.

Böing, H.: Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren. En: ZStW (Alemania), 1979, pp. 379-391.

Bovino, A. Justicia penal y derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

- Brand, J./Hattenhauer, H. (Compiladores). Der europäische Rechtsstaat. 200 Zeugnisse seiner Geschichte. Stuttgart, 1994.
- Burmann, M.: Die Sicherungshaft gemäß § 453 c) StPO. Gelsenkirchen, 1984.
- Cafferata Nores, J.: Medidas de coerción en el proceso penal. Córdoba, 1983.
- Cafferata Nores, J.: Derechos individuales y proceso penal. Córdoba, 1984.
- Cafferata Nores, J.: Puntos para insistir en materia de eximición de prisión y excarcelación. En: Excarcelación y eximición de prisión (Editor: R. Levene (hijo)). Buenos Aires, 1986, pp. 1-13.
- Cafferata Nores, J.: La seguridad ciudadana frente al delito y otros trabajos. Buenos Aires 1991.
- Carbonell, Miguel (Coordinador). El principio de proporcionalidad. Bogotá, Universidad del Externado, 2007.
- Carranza, E./Houed, M./Mora, L. P./Zaffaroni, R. El preso sin condena en América Latina y el Caribe. San José, Ilanud, 1988.
- Clariá Olmedo, J. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Tomo I, 1964.
- Clariá Olmedo, J.: Juicio oral en el proceso moderno. Río Negro (Argentina), 1975.
- Corts, J./Hege, H.: Die Funktion des Tatverdachts im Strafverfahren. En: JA (Alemania), 1976, pp. 303-308, 379-386.

Cruz Castro, F.: La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho. San José, 1989.

Chirino Sánchez, A.: A propósito del principio de oportunidad y del criterio de "insignificancia del hecho". En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (Editor: D. González Álvarez), San José, 1996, pp. 105-143.

Dahs, H.: Das "Anti-Terroristen-Gesetz" - eine Niederlage des Rechtsstaats. En: NJW (Alemania), 1976, pp. 2145-2151.

De la Rúa, F. Proceso y justicia. Buenos Aires, 1980.

De la Rúa/Maier. Informe sobre las "Bases completas para orientar en Latinoamérica la Unificación en materia Procesal Penal. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, 1982

Degener. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen. Tesis doctoral. Berlín, 1985.

Dencker. Die Anrechnung der Untersuchungshaft. En: MDR (Alemania), 1971, pp. 144-151.

Denzel. Übermaßverbot und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen. Heidelberg, Tesis doctoral, 1969.

Dreher, E.: Zweifelfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB. En: MDR (Alemania), 1970, pp. 965-971.

Eser. Einführung in das Strafprozeßrecht, 1983.

Fachausschuß I "Strafrecht und Strafvollzug" des Bundeszusammenschlusses für Straffällingenhilfe, 1983.

Fairén Guillén, V.: Principios básicos para un proyectado "Código Tipo" para los países iberoamericanos y sus relaciones con los derechos fundamentales. En: Revista de Derecho Procesal (España), No. 1, 1990, pp. 7-28.

Fairén Guillén, V.: Bases o principios para un Código-Tipo de Derecho Procesal Penal en los países iberoamericanos. En: Derechos Fundamentales y Justicia Penal (Editor: ILANUD). San José, 1992, pp. 399-417.

Falcone: La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley Procesal. En: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (Argentina), No. 1, 2004, pp. 179-191.

Ferrajoli, L.: Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. Roma, 1990.

Ferrajoli. Derecho y razón (Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y otros). Madrid, Editorial Trotta, 1995.

Frister. Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts. Berlín, 1988.

Geppert, K.: Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention. En: Jura (Alemania), 1993, pp. 160-165.

Glaser. Handbuch des Strafprozesses, T. II. Leipzig, 1885.

- Gómez Colomer, J. L.: El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona, 1985.
- González-Cuéllar Serrano. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid, 1990.
- Gropp. Zum verfahrenslimitierten Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung. En: JZ (Alemania), 1991, pp. 804-813.
- Gössel, K.H.: Strafverfahrensrecht. Stuttgart y otros, 1977.
- Grünwald, G.: Menschenrechte im Strafprozeß. En: StV (Alemania), 1987, pp. 453-457.
- Guariglia, F.: Coerción procesal y principio de excepcionalidad. En: Justicia Penal y Sociedad (Guatemala), No. 3-4, 1993, pp. 83-88.
- Haberstroh. Voraussetzungen und Vollzug der Untersuchungshaft. En: Jura (Alemania), 1984, pp. 225-235.
- Hartmann, Arthur/Schmidt, Rolf. Strafprozessrecht. Grasberg bei Bremen, Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH, 2007.
- Hassemer. Voraussetzungen der Untersuchungshaft. En: StV (Alemania), 1984, pp. 38-42.
- Hassemer. Crítica al Derecho Penal de hoy (Traducción: Patricia Ziffer). Buenos Aires, Ad-hoc, 1998.

Hassemer. Strafen im Rechtsstaat. Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

Hassemer. Freiheitliches Strafrecht. Berlín, Philo, 2001.

Heyde, W.: Die Rechtsprechung. En: Handbuch des Verfassungsrechts (Editores: E. Benda/W. Maihofer/H. Vogel). Berlín/Nueva York, 1984, p. 1228 ss.

Hilger, H.: Die Entwicklung der Untersuchungshaft-Zahlen von 1981 bis 1987. En: NSTZ (Alemania), 1989, pp. 107-110.

Heinz. Recht und Praxis der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland. En: Bewährungshilfe (Alemania), 1987, pp. 5-31.

Hetzer. Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft unter verfassungsrechtlichen Aspekten. En: H. Jung/H. Müller-Dietz (Editores). Reform der Untersuchungshaft. Bonn, 1983, pp. 47-78.

Hobbes, Thomas: Leviatán. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

Illuminati, G.: La presunzione d'innocenza dell'imputato. Bologna, 1979.

Ipsen, J. Staatsrecht II. Grundrechte. Lutherland, 2007.

Isola. Untersuchungshaft. Die vergessene Reform. En: Bewährungshilfe (Alemania), 1987.

Jehle. Untersuchungshaft zwischen Unschuldsvermutung und Wiedereingliederung. Múnich, 1985, pp. 32-34.

Jescheck, H. H.: Der Strafprozeß - Aktuelles und Zeitloses. En: JZ (Alemania), 1970, pp. 201-207.

Jescheck, H. H./Krümpelmann, J.: Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung. En: Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht (Editor: H. H. Jescheck/J. Krümpelmann). Bonn, 1971, pp. 929-999.

Joachimsky. Strafverfahrensrecht, München, 1991.

Katz. Staatsrecht. Heidelberg, 1992.

Kleinknecht. Beweisverbote im Strafprozeß. En: NJW (Alemania), 1966, pp. 1539-1540.

Köster. Die Rechtsvermutung der Unschuld. Bonn, Tesis doctoral, 1979.

Krauß, D.: Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren. En: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Editor: H. Müller-Dietz). Colonia y otros, 1971, pp. 139-178.

Kühne, H.H.: Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen. En: NJW (Alemania), 1979, pp. 617-622.

Kühne, H. H.: Strafprozeßlehre. Heidelberg, 1993.

Kühne, H. H. Strafprozessrecht. Heidelberg, C. F. Müller, 2003.

- Kulemann. Gesetzentwurf betreffend Abänderung der Strafprozeßordnung. En: Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung (Alemania), 1904, pp. 716-754.
- Larrauri. Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España), 1991, pp. 46-63.
- Levene, R. (hijo): El debido proceso y otros temas. San José, Escuela Judicial, 1981.
- Linß. Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis. Gotinga, Tesis doctoral, 1991.
- Londoño Jiménez. De la captura a la excarcelación. Bogotá, 1983.
- Londoño Jiménez. Principios de garantía jurídico procesal. En: Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 11, 1981, pp. 274-300.
- Londoño Jiménez. Un escandaloso salvamento de voto. En: Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 58, 1992, pp. 463-469.
- Llobet Rodríguez, J.: Indemnización al absuelto que sufrió prisión preventiva. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 2, 1990, pp. 23-26.
- Llobet Rodríguez, J.: El nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en comparación con el Derecho alemán). En: Revista Judicial (Costa Rica), No. 57, 1992, pp. 33-92.
- Llobet Rodríguez, J.: La prisión preventiva en el nuevo proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en comparación con el Derecho alemán). En:

Derechos Fundamentales y Justicia Penal (Editor: ILANUD). San José, 1992a, pp. 597-607.

Llobet Rodríguez, J. El art. 471 inciso 2) del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana). En Revista Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 58, 1992b, pp. 517-527.

Llobet Rodríguez, J.: La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José 1993.

Llobet Rodríguez, J .Die Untersuchungshaft in Mittel- und Südamerika (La prisión preventiva en Centro y Suramérica). En: Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug (Editado por F. Dünkel y J. Vaag). Friburgo en Brisgovia (Alemania), Editorial del Instituto Max Planck de Derecho Penal, 1994, pp. 335-373.

Llobet Rodríguez, J. Situación actual de la regulación de la prisión preventiva en los países latinoamericanos con un sistema continental europeo, y perspectivas a la luz del nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En: Un Codice Tipo di Procedura Penale per L' America Latina (Editor: M. Massa/S. Schipani). Padova (Italia), Cedam, 1994a, pp. 375-382.

Llobet Rodríguez. La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana). En: Revista de Derecho Procesal (España), No, 2, 1995, pp. 547-571.

Llobet Rodríguez. Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo de Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1995a.

Llobet Rodríguez. La prisión preventiva. San José, UCI, 1997.

Llobet Rodríguez. "Justicia penal" en el Estado arbitrario (La reforma procesal penal nacionalsocialista). San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

Llobet Rodríguez. Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy. San José, Editorial Jurídica Continental, 2004a.

Llobet Rodríguez. Die strafprozessuale Reform in Lateinamerika (unter besonderer Berücksichtigung Mittelamerikas) (La reforma procesal penal en Latinoamérica, con consideración especial a Centroamérica). En: Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München, Verlag C.H. Beck, 2005, pp. 549-560.

Llobet Rodríguez. Presunción de inocencia y proporcionalidad de la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal colombiano. En: Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana. Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez (Coordinador: Fernando Velásquez). Bogotá, Temis, 2005a, pp. 355-372.

Llobet Rodríguez. Jean Paul Marat y la ilustración penal. CENIPEC (Venezuela), No. 25, 2006, pp. 273-306.

Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva y sus sustitutos. En. Asociación de Ciencias Penales (Compiladora). Derecho Procesal Penal costarricense. San José, 2007, pp. 89-147.

Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano.

En: Durán, D./Llobet Rodríguez, J. (compiladores). Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José, Editorial Jurídica Continental, 2009.

Maestre Alfonso, J.: Constituciones y leyes políticas de América Latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial, T. I. Sevilla, 1987.

Maier, J.: Política criminal y Derecho Procesal Penal. En: RIDP (Francia), No. 1, 1978, pp. 181-200.

Maier. Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso. Buenos Aires, 1981.

Maier, Julio. Jürgen Baumann. Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts (Conceptos básicos y principios procesales del derecho procesal penal). 3ª. edición, W. Kohlhammer (Kohlhammer Urban Taschenbücher, Band 310). Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1979, 190 páginas. En: Doctrina Penal (Argentina), Año 3, 1980, pp. 745-752.

Maier, J.: Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso. Buenos Aires, 1981.

Maier, J.: La Ordenanza Procesal Penal alemana, T. II. Buenos Aires, 1982.

Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Buenos Aires, Hammurabi, 1989, Vol. Ia.

Maier. Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002.

Marat. Plan einer Criminalgesetzgebung. Berlín, 1955.

Mariñas Otero, L.: Las Constituciones de Paraguay. Madrid, 1978.

Meyer, K.: Grenzen der Unschuldsvermutung. En: Festschrift für Herberth Tröndle (Editor: H. H. Jescheck y otros). Berlín y otros, 1989, pp. 61-75.

Minvielle. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal. En: Doctrina Penal (Argentina), No. 41, 1988, pp. 66-116.

Möller, K.H.: Vorläufige Maßregeln. Bonn, Tesis doctoral, 1982.

Mrozynski, P.: Die Wirkung der Unschuldsvermutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts. En: JZ (Alemania), 1978, pp. 255-262.

Müller, E.: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren. En: NJW (Alemania), 1976, pp. 1063-1067.

Müller-Dietz. Problematik und Reform des Vollzuges der Untersuchungshaft. En: StV (Alemania), 1984, pp. 79-87.

Müller-Dietz. Untersuchungshaft und Festnahme im Lichte der Menschenrechtsstandards. En: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend (Editores). Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Baden Baden, 1991, pp. 220-245.

Muñoz Quesada, H. A. Derecho a no ser sometido a tortura o tratamientos crueles. En: La Declaración Universal de Derechos Humanos (Editor: Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas). San José, 1980, pp. 44-48.

Paeffgen, H. U.: Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des U-Haftrechts. Colonia y otros, 1986.

Paeffgen. Haftgründe und Haftprüfung. En: Eser/Kaiser/Weigend (Compiladores). Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Baden Baden, 1991, pp. 123-144.

Pastor, Daniel. Tensiones. ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

Pastor, Daniel. La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones. En: Llobet Rodríguez, Javier (Coordinador). Justicia Penal en el Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. San José, Editorial Jurídica Continental, 2007, pp. 455-476.

Pedraz Penalva. Constitución, jurisdicción y proceso. Madrid, 1990.

Piza Rocafort, R.: Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos. La Convención Americana. San José, 1989.

Pufendorf. De Jure Naturae Et Gentium". En: Vormbaum (Editor). Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit. Baden Baden, Nomos, 1993, pp. 50-66.

Pulido, Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Preusker. Notwendigkeit eines Untersuchungshaftvollzugsgesetzes. En: Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe (Alemania), 1981, pp.131-138.

Ranft. Strafprozeßrecht. Stuttgart y otros, 1991.

Riehle. Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien. En: KJ (Alemania), 1980, pp. 316-324

Rojas, R./García, L.: Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad. En: Doctrina Penal (Argentina), 1991, pp. 183-214.

Rönnau, T.: Die Absprachen im Strafprozeß. Kiel, Tesis doctoral, 1990

Roxin, C.: Strafverfahrensrecht. Munich, 1998.

Salt, M.: La racionalidad en el uso de la cárcel: un paso entre la legitimidad y el abolicionismo. En: Justicia Penal y Sociedad (Guatemala), No. 1, 1991, pp. 79-91.

Sax. Grundsätze der Strafrechtspflege. En: Bettermann y otros (Compiladores). Die Grundrechte, T. III 2, Berlín, 1959, pp. 909-1014.

Schmidt, E. Deutsches Strafprozeßrecht. Gotinga, 1967.

Schmidt, E. Der Strafprozeß. Aktuelles und Zeitloses. En: NJW (Alemania), 1969, pp. 1137-1146.

Schmidt-Leichner: Untersuchungshaft und kleine Strafprozeßreform. En: NJW (Alemania), 1961, pp. 337-341.

Schubarth, M.: Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft. Berna, 1973.

Schubarth, M.: Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung. Basilea/Stuttgart, 1978.

Schubarth, M.: Die zeitliche Begrenzung von Untersuchungshaft. En: AnwBl (Alemania), 1984, pp. 69-72.

Schütz, D.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei strafprozessualen Maßnahmen. Tubinga, Tesis doctoral, 1969.

Seebode. Der Vollzug der Untersuchungshaft. Berlín/Nueva York, 1985.

Seebode. Das Recht der Untersuchungshaft und seine Anwendung in der Praxis. En: Praxis der Untersuchungshaft (Editor: G. Koop y otro), 1988, pp. 28-78.

Seebode. Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft – alte Gegebenheiten und neue Entwicklungen. En: Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie (Editor: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend). Baden Baden, 1991, pp. 169-185.

Schroeder, Friedrich-Christian. Strafprozessrecht. Múnich, Verlag C. H. Beck, 2007.

Tiedemann, K.: Verfassungsrecht und Strafrecht. Heidelberg. 1991.

Tiedemann, K.: Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme. Relación general. En: RIDP (Francia), 1993, pp. 783-811.

Tocora. Política criminal en América Latina. Bogotá, 1990.

Torres Gudiño, S.: Derecho Procesal Penal. Panamá, 1973.

Vázquez Rossi, J. E.: Curso de Derecho Procesal Penal. Santa Fe (Argentina), 1985.

Vázquez Sotelo, J.L.: "Presunción de inocencia" del imputado e "íntima convicción" del tribunal. Barcelona, 1984.

Vedel. Derecho Administrativo. España, 1980.

Vegas Torres, J.: Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. Madrid, 1993.

Veit. Die Rechtsstellung des Untersuchungsgefangenen, dargestellt am Modell des Briefverkehrsrechts. Francfort del Meno, 1971.

Velásquez Velásquez. Principios rectores de la nueva ley procesal penal. Bogotá, 1987.

Vélez Mariconde. A.: Exposición de motivos al Proyecto de Código Procesal Penal de San Juan. En: Provincia de San Juan. Código Procesal Penal. San Juan (Argentina) 1962, pp. 3-117.

Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal. Córdoba, 1969, T. I.

Vitele, G.: Reforma Neuquina en materia de "excarcelación". Ley 1821. Su inconstitucionalidad. En: Doctrina Penal (Argentina), 1990, pp. 469-477.

Vogler, T.: En: Karl y otros. Internationales Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Colonia y otros, 1986, pp. 139-179.

Volk, Klaus. Grundkurs StPO. München, Verlag C. H. Beck, 2006.

Winkelmann/Engsterhold. Einbringung technischer Geräte in die Untersuchungshaft. En: NStZ (Alemania), 1993, pp. 112-117.

Wolter. Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen. En: ZStW (Alemania), 1981, pp. 452-506.

Wolter. Menschenwürde und Freiheit im Strafprozeß. En: Geppert/Dennicke (Compiladores). Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer. Berlín/Nueva York, 1990, pp. 493-516.

Wolter. Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007. München, 1991.

Wolter, J.: Allgemeiner Überblick über Ermittlungsmaßnahmen und Verfahrenssicherung. En: Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie (Editor: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend). Baden Baden 1991a, pp. 89-112.

Württemberg, T./Heckmann, D./Riggert, R.: Polizeirecht in Baden Württemberg. Tubinga, 1993.

Zaffaroni, R.: Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final. Buenos Aires, 1986.

Zaffaroni. Las penas crueles son penas. En: Derecho Penal y Criminología (Colombia), No. 47-48, 1992, pp. 31-41.

Zipf. Strafprozeßrecht. Berlín y otro, 1977.

LOS JUICIOS PARALELOS Y DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL

OMAR VARGAS ROJAS

Juez de Casación Penal

Prof: Adjunto de la Universidad de Costa Rica

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los avances más significativos en los últimos años es el incremento y modernización de los medios de información colectiva. Ese avance tecnológico permite que sin importar el lugar y el momento en que se produzca un hecho relevante, el mundo conozca de su existencia prácticamente de forma simultánea. Con los procesos de globalización, la información se genera de forma constante e inmediata. Ello ha traído grandes beneficios a la humanidad, puesto que las decisiones se pueden tomar de manera más informada y consciente de las repercusiones que puede generar¹. La mayor o menor circulación de información equilibrada y veraz² en un determinado país, muestra la mayor o menor soberanía del pueblo y su participación política. Sin embargo, ese avance tecnológico, o más concretamente, el uso y especialmente el abuso que se le ha dado a los mismos, también han traído algunos efectos negativos.

¹Para Chirino: *“La información se ha ido convirtiendo, como ya hemos subrayado, en el motor de los cambios de la sociedad, cambios que se producen vertiginosamente. Las personas, que son, en definitiva, quienes promueven esos cambios, requieren un gran nivel de conocimiento, los cuales no sólo les permite percibir la magnitud y esencialidad de los elementos necesarios para alcanzar el desarrollo económico y social, sino que también contribuyen a garantizar la operatividad del extenso y complejo sistema de redes de comunicación que surgen en el orbe. Este papel fundamental de la información se puede entender plásticamente si se atiende, por ejemplo, al hecho de que hoy en día existe una relación directamente proporcional entre el grado de democracia y el número de informaciones que circulan.* Chirino Sánchez, Alfredo(1999). *El derecho a la información en su relación el derecho a la intimidad* EN Temas Claves de la Constitución Política (1999) Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José. p. 411

² Según el párrafo final del artículo 46 de nuestra Constitución Política. *“Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias*

Dentro de estos se ubica lo que la doctrina denomina, los juicios paralelos³. El juicio paralelo tiene sus propias connotaciones que lo hacen particular. Por un lado, se trata de las informaciones surgidas a raíz de un proceso judicial. Proceso que se conoce en las instancias judiciales y que todavía está pendiente del fallo definitivo y firme. De allí que los medios de información colectiva le dediquen un tratamiento y una cobertura especial, dentro de la cual se destaca la constancia. Es decir, la regularidad y seguimiento de los acontecimientos. Sin embargo, los medios de prensa, además de informar sobre los hechos, proceden a realizar juicios de valor de forma velada o explícita, a través de comentarios, editoriales o análisis de presuntos expertos, donde directa o indirectamente muestran ante la opinión pública, o a un importante sector de ella, a las personas involucradas como culpables o inocentes de los hechos investigados, o pretenden con ello persuadir a los jueces sobre la forma en que se supone debe resolver, lo cual no sólo afecta su intimidad, sino que sobre todo, el derecho a contar con un juez imparcial.

LA LIBERTAD DE PRENSA COMO LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y CRÍTICA

Para analizar el tema de los juicios paralelos, debemos necesariamente partir de un hecho incuestionable, cual es el carácter de derecho fundamental de la libertad de prensa, sea, el derecho a difundir libremente la información y opinión. De allí que cualquier análisis o relación entre la libertad de prensa y la independencia judicial debe considerar esa situación, en donde concurre el derecho fundamental a dar y recibir

³ Según lo define Espín "...puede entenderse por juicio paralelo el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto sub iudice (aunque se trate simplemente de fases indagatorias iniciales a cargo del Ministerio Fiscal), a través de las cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial. Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso (de juicio paralelo) en el que los diversos medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal y abogado defensor, así como muy frecuentemente, de juez". Espín Templado, Eduardo (2004). En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales. Revista del Poder Judicial de España. Consejo General del Poder Judicial. Número especial XIII, p.1

información veraz, como también el derecho fundamental a la libertad de expresión. De manera que debe tenerse especial cuidado para no cercenar un derecho fundamental.

En Costa Rica, el artículo 28 de la Constitución Política establece la libertad de opinión⁴, mientras que el artículo siguiente consagra la libertad de expresión⁵. Además de lo anterior, el artículo 30 del mismo cuerpo normativo se refiere a la búsqueda de la información en el sector público, con lo cual se satisface en parte, y por separado, otra de las ramificaciones o aristas del derecho a la información⁶. En relación con el derecho a la información debemos anotar que la Constitución Política de Costa Rica no sólo reconoce, sino que también protege el derecho de todo ciudadano a comunicar sus pensamientos de palabra y por escrito, pudiendo incluso publicarlos sin que se pueda realizar censura previa. Si bien concordamos con Chirino⁷ en el sentido de que el Constituyente no hizo referencia al derecho de información, debemos puntualizar que posteriormente, a través de una reforma constitucional⁸ se estableció el derecho “a recibir una información adecuada y veraz”. Siempre dentro del Marco de constitucionalidad, tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 13 dispone: *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su*

⁴Al respecto, la norma señala que: “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”.

⁵Sobre el particular, el artículo 29 establece: “Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca”.

⁶En ese sentido nuestra Carta Magna “ garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado.

⁷ “...el Constituyente no hace ninguna referencia específica al derecho de información, como sí lo hacen otras Constituciones más recientes como la española de 1978, en su artículo 20.1.d), que es en realidad un correlato necesario de la libertad de expresión. Según la citada norma, la Constitución española reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”. Chirino, Op. Cit. P. 413.

elección. (...) No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos... o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de las ideas y opiniones. Este texto tiene la virtud de que por una parte liga las libertades de pensamiento y de expresión, puesto que la primera no tendría sentido sin la segunda, pero también pone de manifiesto, en protección de ambas, que la libertad de expresión no puede restringirse por alguna vía, directa o indirecta, o por medios que impidan la libre circulación de ideas u opiniones, citando a modo de ejemplo y no taxativamente, algunas condiciones de ese tipo. Como instrumento de la libertad de expresión, hay un derecho de las personas a buscar, recibir y difundir cualquier información, y a escoger el medio para hacerlo. En síntesis, el derecho a la información lo que busca es garantizar no sólo el derecho de expresar las opiniones, ideas o divulgar los hechos que se producen en el entorno social, sino que también implica el derecho a tener acceso a la información. Se trata de un derecho subjetivo, pero que también interesa al conglomerado social, puesto que la participación del individuo en la comunidad, depende también en gran medida, del reconocimiento y efectivo ejercicio de este derecho. Por eso es que podemos advertir una clara vinculación entre esta garantía fundamental y la existencia propia de un Estado democrático. En efecto, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Por eso es que el ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los *departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público*, derecho fundamental que se denomina derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan

⁸ Mediante ley 7607, de 29 de mayo de 1996, publicada en la Gaceta número 115 del martes 18 de junio de 1996, se reformó el artículo 46 de la Constitución Política, para elevar a rango constitucional la idea de

aquéllas. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y de Derecho⁹, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan de manera activa e informada en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas.

La libertad de prensa es de carácter complejo y reúne tres facetas de gran trascendencia: a) libertad de imprimir, 2) libertad de expresión y 3) libertad de información. Cada una de ellas está contemplada en la Constitución Política como un derecho que tiene límites precisos. Las dos primeras facetas de la libertad de prensa, es decir, la de imprimir o publicar y la de expresión, están contempladas en el artículo 29 de la Constitución Política. Es claro, entonces, que el derecho a la libre expresión,

la protección al consumidor y en este contexto se incorporó la citada reforma.

⁹Entendemos por tal, siguiendo a Rodríguez, un sometimiento al derecho donde “... los órganos del Estado quedan sujetos al principio de legalidad. Deben preguntarse qué ley les ordena algo o les habilita para hacerlo, pues no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede (CP, art. 11). En cambio los ciudadanos no pueden ser inquietados por motivo alguno que no infrinja la ley (CP, art. 28). El derecho, para el funcionario, es ante todo sujeción. Los ciudadanos en principio son libres.” Rodríguez Oconitrillo, Pablo.(1995). Ensayo sobre el estado social de derecho y la interpretación de la Constitución. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, p. 35.

publicación y comunicación de los pensamientos no es irrestricto e ilimitado, como, en general, no lo es ningún derecho contemplado en el Ordenamiento Jurídico, ni siquiera los de rango constitucional¹⁰.

En cuanto a la libertad de información, como ya se dijo, no estaba expresamente regulada en la Constitución Política. No es sino con la reforma al artículo 46 de la Carta Magna que se introduce, por primera vez a nivel constitucional, una referencia concreta a la libertad de información. Dice el último párrafo del citado artículo 46: *Los consumidores y usuarios tienen derecho ...a recibir información adecuada y veraz(...)* Esta reforma, que se produce en el contexto del movimiento mundial en favor de la protección de los derechos del consumidor, es de particular importancia, pues queda claro que la adecuación y la veracidad son, indudablemente, límites constitucionales de la libertad de expresión. En este caso, y así lo dispone expresamente la Constitución Política, existe un claro derecho de los consumidores de los servicios informativos a que se les transmita información adecuada y veraz. Ello obliga a las personas y empresas que se dedican a la información a cerciorarse de que las informaciones y publicaciones que ellas transmitan se adecuen a los datos actuales que, sobre el particular, hayan recabado con toda diligencia.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Al igual que la libertad de expresión y de crítica constituyen un derecho fundamental en cualquier Estado democrático, también lo es la independencia judicial. En efecto, el sistema judicial constituye un pilar fundamental. Por esa razón se establece como

¹⁰Conforme lo ha señalado el Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de San José en la sentencia 111-98, de las catorce horas del 9 de marzo de mil novecientos noventa y ocho: *Una simple lectura del citado artículo 29, confirma que la propia Constitución Política, si bien garantiza la libertad de publicar los pensamientos sin previa censura, reconoce paralelamente que el que incurra en abusos que se comentan en el ejercicio de este derecho será responsable, precisamente en los casos y del modo en que la ley lo establezca. El ejercicio de un derecho deja de ser legítimo y se torna abusivo en el momento en que es contrario a la buena fe, a la utilidad, a la razonabilidad. También es abusivo cuando resulta contrario a los valores fundamentales del sistema jurídico.*

principio fundamental que el Sistema Judicial sea un poder independiente¹¹. De esta manera, el Estado se asegura la libertad del juzgador para resolver conforme con su entendimiento de la ley y el derecho en general. La independencia judicial en sí es la condición objetiva que permite ejercer la jurisdicción sin presiones, amenazas, sujeciones o interferencias. Cada juez, al conocer y decidir, reúne y tiene la totalidad del Poder Judicial otorgado en la Constitución¹². De allí que en el ejercicio de la función, los jueces deben ser independientes: frente a las partes, la sociedad, frente a los restantes órganos del Estado, frente a otros jueces, magistrados y funcionarios administrativos. La independencia Judicial cuya importancia es indiscutible, parte de una serie de paradigmas que datan del esquema tradicional propuesto por Montesquie, pues si bien se han transformado con el devenir histórico, estas transformaciones no han demostrado, de ninguna manera, que la independencia judicial sea un principio del que se pueda prescindirse, pues constituye un presupuesto de la imparcialidad y ésta, a su vez, es consustancial a la jurisdicción¹³. Resulta incuestionable que del mismo modo en que se necesita de una información oportuna y veraz que ayude a la formación de la conciencia cívica de los ciudadanos, también se requiere que los jueces tomen sus decisiones de forma libre, independiente e imparcial. La información veraz y la crítica equilibrada contribuyen a la transparencia y necesarios controles democráticos. Por supuesto que concordamos con Quintero¹⁴ cuando sostiene que: *...la ciudadanía y los medios de comunicación disponen del derecho a criticar las resoluciones judiciales, informando y opinando sobre ellas y hasta sobre sus autores (los jueces)*". Sin embargo, cuando la crítica se orienta a forzar o imponer una determinada decisión o a

¹¹ Como sostiene De Esteban "La noción de Estado de Derecho que se desarrolla en el S.XIX bajo la influencia alemana, implica la sumisión del conjunto de poderes del Estado al orden jurídico, y todos lo autores coinciden en que uno de los requisitos ineludibles para la vigencia de un Estado de Derecho es la existencia de una administración de justicia". De Esteban, Jorge.(1973). Desarrollo Político y Constitución Española, Barcelona: Editorial Ariel, p. 306.

¹² Pues como lo apunta Ferrajoli "En esta sujeción del juez a la Constitución y en consecuencia en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionales establecidos, está el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción, y de la independencia del Poder Judicial de los demás Poderes legislativo y judicial" Ferrajoli, Luigi. (1994). El Derecho como Sistema de Garantías. Justicia Penal y Sociedad. Guatemala, p 14.

¹³Al respecto Cfr: Véscovi, Enrique (1984). Teoría General del Proceso. Editorial TEMIS Librería Bogotá, Colombia. P. 118

cuestionar la ya tomada siendo justa, constituye un atentado contra la independencia judicial. Esta última es por encima de todo una condición o presupuesto de la imparcialidad y esencial en el ejercicio jurisdiccional. Constituye la garantía básica de la aplicación irrestricta de la legalidad. Como bien lo señaló Goldshmidt¹⁵, hace más de cincuenta años, la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez. Es decir, garantizar que el juzgador se encuentre en la mejor disposición anímica, psicológica y espiritual para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto que se le somete a consideración. Por eso es que el ordenamiento jurídico exige, en la figura del juez, la concurrencia de un acto previo de nombramiento¹⁶, una capacidad genérica, así como la imposición de una serie de incompatibilidades y prohibiciones¹⁷. Aparte de lo anterior, en un esfuerzo adicional por

¹⁴Quintero Olivares, *Op. Cit.* P. 8

¹⁵Goldschmidt, Werner (1950). *La imparcialidad como principio básico del proceso*, RDPProc. P. 208.

¹⁶El artículo 35 de nuestra Constitución Política establece el principio de juez natural, de allí que se dispone:- “Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución”.

¹⁷A manera de ilustración se pueden citar los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los cuales establecen. “*Artículo 8.- Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional. Tampoco podrán interpretarlas ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional..2.- Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones contrarias a cualquier otra norma de rango superior. 3.Expresar y aun insinuar privadamente su opinión respecto de los asuntos que están llamados a fallar o conocer. Aparte de la sanción disciplinaria que se impondrá al funcionario, el hecho deberá ser puesto en conocimiento del Ministerio Público. 4.- Comprometer u ofrecer su voto, o insinuar que acogerán esta o aquella otra designación al realizar nombramientos administrativos o judiciales. Se sancionará con suspensión a quien se compruebe ha violado esta prohibición. Las prohibiciones establecidas en los incisos 3) y 4) son aplicables a todos los servidores judiciales, en el ejercicio de sus funciones. Artículo 9.- Se prohíbe a todos los funcionarios y empleados del Poder Judicial: 1.- Ejercer, fuera del Poder Judicial, la profesión por la que fueron nombrados, con derecho a recibir por ello, en los casos en que legalmente corresponda, pago por dedicación exclusiva o prohibición, aunque estén con licencia, salvo en los casos de excepción que esta Ley indica. La prohibición a que se refiere este inciso no será aplicable a los profesionales que la Corte autorice, siempre que no haya superposición horaria y no se desempeñen como administradores de justicia o sus asesores, fiscales o defensores públicos, jefes de oficina, ni en otros cargos en que la Corte lo considere inconveniente. Los profesionales autorizados no percibirán sobresueldo por dedicación exclusiva ni por prohibición; tampoco podrán reingresar a ninguno de estos regímenes. 2.- Facilitar o coadyuvar, en cualquier forma, para que personas no autorizadas por la ley ejerzan la abogacía, o suministrarles a estas datos o consejos, mostrarles expedientes, documentos u otras piezas. Será destituido de su cargo, el funcionario o empleado que incumpla lo establecido en los incisos 1) y 2) de este artículo. 3.- Desempeñar cualquier otro empleo público. Esta prohibición no comprende los casos exceptuados en la ley ni el cargo de profesor en escuelas universitarias, siempre que el Consejo Superior del Poder Judicial así lo autorice y las horas lectivas que deba impartir, en horas laborales, no excedan de cinco por semana. 4.- Dirigir*

preservar dicha imparcialidad, la ley prevee distintos supuestos en lo que, por diversas razones, se puede poner en entredicho su objetividad¹⁸, razón por la cual se establecen mecanismos dirigidos tanto al juez (inhibición) como a las partes (recusación) para se pueda denunciar la posible falta de objetividad.

En realidad, la libertad de prensa y la independencia judicial no son derechos contrapuestos, de modo que la segunda no es una mordaza contra el periodismo independiente, pero responsable, o un instrumento para privilegiar los actos deshonestos. Cuando se habla de un conflicto es, según señala Quintero,¹⁹ *“...porque se puede producir un enfrentamiento entre un derecho fundamental, a la crítica, derivado de la libertad de información, y un bien o valor constitucional que se espiga a su vez en un derecho fundamental (el derecho a jueces independientes) y en un interés general de la sociedad (la independencia del Poder Judicial). Así las cosas es comprensible que la tensión entre ambos valores jurídico positivos se produzca en el momento de la crítica.* La disyuntiva entre la libertad de prensa y e independencia

felicitaciones o censura por actos públicos, a funcionarios y corporaciones oficiales. Se exceptúan los asuntos en que intervengan, en defensa de intereses legítimos y derechos subjetivos y en los casos en que la ley lo permita. 5.- Cualquier participación en procesos políticos electorales, salvo la emisión de su voto en elecciones generales.6.- Tomar parte activa en reuniones, manifestaciones y otros actos de carácter político electoral o partidista, aunque sean permitidos a los demás ciudadanos.7.- Interesarse indebidamente y de cualquier modo, en asuntos pendientes ante los tribunales, o externar su parecer sobre ellos. 8.- Servir como peritos en asuntos sometidos a los tribunales, salvo si han sido nombrados de común acuerdo por todas las partes o en causas penales, o si deben cumplir esa función por imperativo legal. En ningún caso, podrán recibir pago por el peritaje rendido.9.- Recibir cualquier tipo de remuneración de los interesados en un proceso, por actividades relacionadas con el ejercicio del cargo.Los servidores que incurran en los hechos señalados en este artículo serán corregidos disciplinariamente, según la gravedad de la acción, con una de las sanciones establecidas en el artículo 195 de la presente Ley. Las prohibiciones a las que se refieren los incisos 1) y 3) no son aplicables a los servidores que no se desempeñen a tiempo completo”.

¹⁸Sobre el particular véase lo establecido en el artículo 55 del Código Procesal Penal, donde se señalan las causales de excusa en materia penal. Aunque la norma contiene 10 incisos, cada uno de ellos aludiendo a un presupuesto diferente, lo cierto es que tanto la jurisprudencia constitucional, como la de los Tribunales de Casación han establecido que no se trata de un números clausus, sino más bien de una muestra y por consiguiente, en todos aquellos casos en lo que exista sospecha fundada de imparcialidad, debe el juez obligatoriamente apartarse del conocimiento del mismo, con independencia de que la causal se encuentre taxativamente establecida en la norma. En materia civil es el artículo 53 del Código Procesal Civil el que dispone las causales de recusación.

¹⁹Quintero Olivares, Gonzalo.(2004). Libertad de Prensa y Protección de la independencia e imparcialidad judicial. Revista del Poder Judicial. Número especial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid p.3.

judicial es sólo aparente, y responde a un exceso en ejercicio de uno de ellos o bien a la falta de formación profesional y determinación de los jueces.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Una de las garantías básicas sobre las que se estructura el proceso penal moderno es la presunción de inocencia. En tal sentido se establece que toda persona es inocente hasta que una sentencia firme no declare lo contrario. Nadie puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que lo declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción. Implica también la inversión de la carga de la prueba. De manera que no corresponde al encartado demostrar su inocencia, sino más bien al órgano acusador, llámese fiscal o querellante, establecer tanto la existencia del hecho como la participación del encartado y su culpabilidad. La consecuencia directa de la presunción de inocencia es el principio de *in dubio reo*²⁰, el cual dispone que en caso de duda, respecto a situaciones de hecho, debe estarse a lo más favorable al imputado. Como lo señala Sentís²¹, se presenta el *in dubio pro reo* cuando *“...el estado de ánimo del juzgador en el momento de fallar como una situación de equilibrio, entre las pruebas de cargo y las de descargo, sin que la situación de duda, que pertenece al estado de ánimo del juez haya de someterse al resolución judicial, ya que ...la duda puede presentarse en el ánimo del magistrado que resuelve y nunca puede ser articulación que tenga derecho a sostener el procesado, porque éste es el único que no puede tener duda sobre su participación en el hecho y su intención delictiva”*. Lo anterior implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que su existencia

²⁰El cual tiene sustento en los artículos 37 y 39 de la Constitución Política; así como en el apartado 2º. del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

²¹Sentís, Melendo (1971) *La presunción de inocencia*. Pp. 25-27.

exista obliga a fallar a su favor. Para nuestra Sala Constitucional²² se trata de un principio fundamental que *comporta, además, la obligación del juez de prepararse, y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse psicológica, espiritual y socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedor, no sólo de justicia, sino también de comprensión y compasión.*

Este principio básico del derecho se viola cada vez que los medios de comunicación colectiva sugieren y presionan a los administradores de justicia respecto a la forma en que consideran que deben resolver un caso concreto. También es contraria a la Constitución la práctica periodística de hablar de presuntos culpables, presuntas anomalías, o expresiones similares. La razón estriba en el hecho de que por esta vía, se invierte la carga de la prueba y se pone a la persona en situación de demostrar su inocencia, cuando, en realidad, la Carta Magna garantiza que toda persona es inocente hasta que en sentencia firme se le declare culpable, según se desprende del artículo 39 constitucional. En estos casos, el ejercicio de la libertad de prensa se torna abusivo, pues deriva en un doble juicio, paralelo al que eventualmente tiene lugar ante los Tribunales de Justicia, con el agravante de que en el juicio ante la prensa la persona no goza de las garantías que, en sede jurídico procesal, disfruta de manera incuestionada.

LA LIBERTAD DE PRENSA, EL DESACATO Y DERECHO AL HONOR

Durante muchos años se criticó el delito de desacato, por considerar que el mismo implicaba un atentado contra la Libertad de Prensa y un privilegio injustificado para los funcionarios públicos. La acción consistía en retar, amenazar, injuriar u ofender de cualquier modo la dignidad o decoro de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. En sus inicios el desacato constituía una modalidad de injuria, pero posteriormente terminó por independizarse para configurar un tipo penal con su propia

²²Sala Constitucional, Voto 1739-92.

nomenclatura²³. Hay que puntualizar que en esta figura la razón de la agravante no estaba dada por la figura o persona que ostentaba el cargo, sino que primordialmente por la función que desempeñaba. De allí que la gravedad derivaba de la ofensa proferida con ocasión del cargo. En Costa Rica, el delito de Desacato se contemplaba en el artículo 307 del Código Penal. Norma que nos fue heredada casi literalmente por el derecho argentino, el cual desde 1863 incorpora la figura del desacato, con una marcada influencia española, superada en las reformas aprobadas en el año 1887, esta vez con una influencia italiana básicamente. Ahora bien, esta reforma sobrevivió al proyecto de 1906²⁴, y posteriormente, en el año 1949, la Ley número 13.569 reformó sustancialmente el citado artículo 244, manteniendo intacta la no admisión de la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos o cualidades atribuidas al ofendido. Esa reforma significó básicamente la fusión de los artículos 244 y 245, y la agravación de la conducta del sujeto activo, transformándola así en un instrumento eficaz para evitar las críticas hechas fuera de la presencia del funcionario, de tal forma que se imposibilitaba la censura a la prensa, otros medios de comunicación colectiva, los discursos políticos y la simple crítica ciudadana. En atención a esto, una de las primeras medidas del gobierno revolucionario, fue el derogar- mediante Decreto número 487 del 7 de octubre de 1955, estas limitantes, para permitir el ejercicio de la *exceptio veritatis*²⁵. El legislador

²³Como lo apunta Soler, “los orígenes de la figura del desacato se encuentran en la calificación que recibían las injurias por el hecho de estar dirigidas contra una categoría especial de personas y en una ocasión determinada. El principio del derecho romano era simplemente el de que la injuria es más grave cuando es inferida contra un magistrado. Soler, Sebastián (1983). Derecho Penal Argentino. Tomo V. Talleres de Gráfica Patricios S.C.A. Buenos Aires, Argentina. p. 118.

²⁴Proyecto que en su numeral 244 establecía el desacato como la “acción cometida por el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones, y establecía en el artículo 245, la no admisión de la prueba de la verdad, al disponer que al culpable de desacato no se le admitirá la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos o cualidades atribuidas al ofendido, esto, se dijo, para proteger las desempeñadas por el sujeto pasivo.”

²⁵Citando los fundamentos utilizados en esa reforma, claramente se entiende su motivación: que mediante la Ley 13569 el Gobierno depuesto extendió los alcances del delito de desacato hasta extremos tales que significaron prácticamente la supresión de la libertad de crítica y de opinión y que, por otra parte, esa ley impedía probar cualquier imputación dirigida (*exceptio veritatis*), contra funcionarios públicos, lo que importaba también la supresión de una esencial garantía de la moralidad administrativa. Esa reforma permitió la *exceptio veritatis*.

costarricense, al incorporar a nuestro ordenamiento penal de fondo el texto argentino que establecía la prohibición de la prueba de la verdad, no analizó con detenimiento las razones que motivaron a la dictadura de ese entonces a crear la prohibición, limitándose a copiar el texto casi literalmente, sin detenerse a meditar sobre sus consecuencias directas en el proceso, ni en cuanto a su vigencia constitucional. Mucho se discutió sobre el origen de la figura del desacato, y su relación histórica con los delitos contra el honor, y muy poco se cuestionó si se justificaba la prohibición de la prueba de la verdad, en razón del bien jurídico que se tutela, la autoridad pública; así como tampoco analizó su conveniencia o no, y mucho menos su asidero constitucional. Precisamente en razón de lo anterior, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional la norma que impedía al acusado demostrar la verdad de la frase o comentario que el funcionario público consideraba lesivo a su investidura²⁶. Es dentro de este contexto y como resultado de las tensiones sufridas que desaparece en Costa Rica la figura del desacato. Realmente no existía alguna razón constitucional que justificara un tratamiento diferenciado para los funcionarios públicos, o más precisamente, que la injuria producida a un funcionario público significara un plus del injusto de penalidad en razón de la calidad personal del sujeto. Pero ello no implica que el administrador de justicia se encuentre desprotegido en su honor y decoro pues los insultos a las autoridades o funcionarios públicos deberán tramitarse como delitos

²⁶ Al respecto la Sala argumentó: *“A la luz de nuestro ordenamiento constitucional y de nuestro sistema democrático, no es legítimo, ni lógico, prohibir a persona alguna el ejercicio del derecho al debido proceso, en razón del bien jurídico que se protege, ni por ninguna otra razón, ya que la regla constitucional contenida en el artículo 39, al exigir, la necesaria demostración de culpabilidad, está imponiendo a cargo del Estado, la obligación de comprobar que el imputado es culpable, es decir, que actuó mediante dolo o culpa, y ello sólo es posible si se le otorga la oportunidad de ser oído ampliamente, pues bien pudiera ser que alguno o ambos supuestos quedaran excluidos, o bien que mediara alguna causa de justificación u otra que amerite la no imposición de la pena. Por otra parte, no es conveniente que en un estado democrático como el nuestro se castigue a quien denuncia actos de corrupción, sin dársele la oportunidad de probar su dicho, pues ningún ciudadano asumiría la función social de denuncia, que ejercida con ética es básica para el sano ejercicio de la función pública. Como dice un autor alemán, no permitir la exceptio veritatis en ningún caso, sería incurrir en una enorme injusticia, al condenar igualmente a quien dice de otras cosas ciertas que lo molestan o perjudican que quien dice falsedades con el ánimo de perjudicar el honor ajeno. Por el contrario, el ejercicio de la prueba de la verdad, sirve al ofendido en el caso de que se demuestre la falsedad de las imputaciones para limpiar su nombre, caso en el cual recaería condena, y se controlaría el ejercicio irresponsable de la libertad de opinar o expresarse, conciliándose dos intereses: la verdad como interés público, y por otro el honor del ofendido*

comunes de injuria, calumnia o difamación y por ello, sometidos al régimen de persecución a instancia de parte. Ello implica que el coste económico de la acción corre por cuenta y riesgo del funcionario afectado. Aunque estamos de acuerdo con la derogatoria para ese delito, pues todos somos iguales ante la ley, nos parece que como garantía para los juzgadores a título personal y para la administración de justicia como bien jurídico, debió establecerse la posibilidad de que el Consejo de la Judicatura o las asociaciones de jueces, ante gestión del interesado, pudiera promover las acciones legales que estime pertinentes²⁷. Esto por cuanto el respecto a los tribunales constituye un valor en sí mismo, independientemente de la respetabilidad personal del funcionario. De donde resulta necesario que el sistema jurídico contemple un mecanismo eficiente para responder a los ataques de quienes, abusando de la libertad de expresión y crítica, caigan en la descalificación injuriosa.

Por supuesto que la lesión al honor no sólo puede producirse en relación con los jueces, sino también entre las partes involucradas en el proceso²⁸, o entre los medios

como interés público". Voto 412-90 de las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa.

²⁷En España, de conformidad con el artículo 13 de LOPJ, los jueces o magistrados afectados pueden *"...demandar la tutela del CGPJ, pero éste no podrá hacer otra cosa que descalificar públicamente el comportamiento profesional de un determinado medio de comunicación, lo cual, por otra parte, y en cuanto sería un pronunciamiento relevante para la deontología profesional, tampoco debe ser tomado como reacción de poco significado"*. Cfr. Quintero Olivares, Gonzalo.(2004). Libertad de Prensa y Protección de la independencia e imparcialidad judicial. Revista del Poder Judicial. Número especial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid p.8.

²⁸El artículo 154 del Código Penal costarricense se refiere a las ofensas proferidas dentro de un juicios. Por tales debe entenderse las que se suceden y son concernientes al objeto de un juicio en sede jurisdiccional y no en sede disciplinaria administrativa. De acuerdo con una de las causas de justificación genérica (artículo 25 del Código Penal), no puede estimarse como delictivo el concepto desfavorable expresado en el ejercicio de un derecho (el de denuncia disciplinaria) contra un funcionario judicial, cuando se formula ante el Tribunal de la Inspección Judicial, siempre que los aspectos desfavorables que se acusan de ofensivos al honor constituyan el fundamento de la queja y no hayan sido dichos por maledicencia. En otros términos, las manifestaciones desfavorables expresadas por una de las partes en un proceso judicial, al formular una queja ante la Inspección Judicial, no puede ser sustento de un juicio por desacato contra el quejoso, siempre que esas manifestaciones desfavorables no sean dichas por el simple ánimo de ofender, sino que constituyan la esencia de los hechos de los cuales se queja, independientemente de la veracidad de tales hechos, de lo contrario se coartaría el derecho de cualquier ciudadano de denunciar irregularidades cometidas por los funcionarios en el ejercicio de su cargo bajo la amenaza de seguirse causa por delito contra ellos, y se impediría ejercer la necesaria labor de fiscalización de la administración de justicia" Sobre el derecho de denunciar . Para un resumen de las posiciones sostenidas por el Tribunal de Casación Penal con respecto al derecho a denunciar irregularidades en general y la aplicación de los artículos 149 inciso 1) y 151 del Código Penal, lo mismo

de prensa y las partes. El reconocimiento constitucional del derecho al honor, como derecho fundamental, requiere que el Estado disponga de mecanismos razonables e idóneos que protejan a los ciudadanos frente a los daños producidos por valoraciones precipitadas, infundadas o que responden a fines instrumentales. Incluso, debe hacerse la distinción según la etapa procesal en que se encuentra el proceso y si se trata de un procesado o de un sentenciado. Aún en esta última hipótesis, debe actuarse con cautela, pues el escarnio público puede afectar irremediablemente la incorporación de un exconvicto a la sociedad y convertirlo en un mero instrumento lo que resulta contrario a la dignidad humana²⁹.

LOS JUICIOS PARALELOS EN LA PRÁCTICA FORENSE

Lamentablemente, en nuestro país es una práctica común, aunque muy poco analizada, la existencia de juicios paralelos. Solo a manera de ilustración podemos señalar algunos casos famosos en los cuales los medios de prensa, no sólo le dieron cobertura integral a un proceso, sino que también emitieron juicios de valor respecto al fondo del tema planteado. Dentro de los muchos casos que se pueden citar, tenemos la querrela presentada por un candidato y posteriormente Presidente de la República, contra unas personas que publicaron un libro que se consideró calumnioso, injurioso y difamante. Este proceso fue televisado integralmente, de manera que los testigos que llegaban a declarar al debate, no sólo conocían lo que habían declarado los que le precedían, sino que además, estaban enterados de las valoraciones extraprocesales realizadas por los periodistas y terceros ajenos al proceso. De manera que el juez encargado de resolver el caso, no solo se encontraba sometido a una gran presión por

que a la aplicación del in dubio pro reo en caso de duda con respecto a la falsedad de lo denunciado, por tratarse de circunstancias de hecho relacionadas con una causa de justificación en: Tribunal de Casación Penal, voto 179-2002 del primero de marzo de 2002

²⁹Según señala Rivero, este es uno de los temas abordados por el Tribunal Constitucional Alemán, para quien “...ni el interés estatal en la investigación de los delitos ni ningún otro interés público, justifican que desde el principio (es decir, como pronunciamiento de principio), se afecten y se limiten de manera sistemática los derechos de la personalidad a favor de aquellos intereses”. Cfr: Rivero Sánchez, Juan

la naturaleza del debate, sino que también por el resultado *del “fallo paralelo”* emitido por la opinión pública a partir de los insumos otorgados por la prensa.

En el mismo sentido, durante el mes de junio de 2002 se presentó una sustracción y posterior muerte de una persona menor de edad, que generó una importante discusión entre la fiscalía y la policía judicial, lo que a su vez repercutió en los otros Poderes del Estado. El hecho se produjo durante los primeros días del mes de junio de 2002, cuando un sujeto conocido de la familia sustrae un niño. A los pocos días el niño aparece sin vida en un río. En el lapso transcurrido entre la sustracción y aparición del cuerpo se inició una discusión pública sobre si el caso constituía una sustracción de persona menor de edad, la cual no autorizaba la intervención telefónica o el delito de tráfico de personas. A ello hay que agregar que durante ese año se habían desaparecido dos niños más. La fiscalía sostenía la tesis de que la información era ambigua e insuficiente para establecer una vinculación entre los tres casos, mientras que la policía pretendía por una intervención telefónica³⁰.

Otro caso, citado por Inecip fue el de dos personas a quienes se les vinculaba con un fraude de simulación en perjuicio del Estado Costarricense. En dicho proceso los imputados y la Procuraduría General de la República presentaron ante los jueces una solución alternativa denominada Reparación Integral del daño, conforme a la cual se comprometían a pagar el daño causado a cambio del dictado de una sentencia de sobreseimiento. Gestión que fue aprobada por los jueces, dictando la sentencia respectiva. Posteriormente, la prensa hace una relación entre este caso y la quiebra de

Marcos (2008). *Tutela jurídica del honor: reflexiones y contrapuntos*. San José, C. R. Editorial Jurídica Continental. P. 168.

³⁰Como lo señala Inecip: *“En los editoriales de los días posteriores al suceso, no sólo se cuestionó la actuación de la fiscalía, sino que la estructura misma de la legislación procesal penal, en la cual se estableció como uno de los principales avances el concepto de ‘dirección funcional’ de la Fiscalía sobre el Organismo de Investigación Judicial (OIJ). En el editorial de Radio América, 780 am, y que luego fue publicado en La Prensa Libre el 22 de junio de 2002, se señaló: “La acción de la policía no puede estar supeditada a los criterios de fiscales. Esa no es una buena práctica, porque limita el espacio para la investigación. Y, en esto, normalmente, el tiempo es fundamental. Diferencias de criterios –como los que se dieron en torno a la investigación de un niño sustraído y que finalmente fue asesinado- no deben ser tolerados. Pero es obvio que sólo un cambio de ley para hacer más práctico el proceso, puede resolver el*

uno de los bancos del Estado, lo que generó que el Presidente de la República argumentara que había sido mal asesorado³¹.

Más recientemente se dio una polémica en torno a un juicio donde se investigaba la muerte de una periodista y donde figuraba como acusado el exjefe de la misma. Era frecuente encontrar en la prensa nacional grandes titulares donde presentaban al imputado como culpable y donde señalan la existencia de prueba en su contra³². El problema surgió cuando el tribunal de juicio dictó una sentencia absolutoria en favor de todos los acusados. En ese momento, la prensa nacional reacciona en contra del Poder Judicial y de la administración de justicia, sin tomar en cuenta que la labor de los tribunales no es precisamente de la encerrar a las personas, sino la de garantizar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, incluyendo los delincuentes y sospechosos de haber cometido un delito. Sobre esta temática, no cabe duda que por lo menos existe una percepción general por parte de los operados de la administración de justicia, respecto de la influencia y presión que ejerce la prensa sobre las decisiones judiciales³³. Percepción que también fue ratificada en el estudio de Inecip practicado al año siguiente³⁴ donde los encuestados dejaron patente su preocupación por la forma en

problema". Inecip. (2002). Informe sobre la administración de justicia en Costa Rica: Inecip, San José, Costa Rica, p 11.

³¹La polémica generada motivo la renuncia de uno de los Ministros Asesores de la negociación. Paralelamente, se solicitó al Fiscal General de la República que analizara la posibilidad de plantear un recurso de casación orientado a buscar la anulación de la sentencia dictada. Recurso que efectivamente fue interpuesto. Aparte del cuestionamiento político y probablemente como secuela de aquel, se plantearon discrepancias entre los fiscales y los jueces de juicio que intervinieron en el caso. Discrepancia que motivó notas aclaratorias en el mismo periódico que divulgó el conflicto político generado con el "arreglo". En dicha discrepancia, los jueces justificaban su decisión, respaldados por la supuesta 'anuencia' de los fiscales' (...) En cuanto a la discusión de los jueces, a través de los comentarios se sugirió que los mismos deben valorar aspectos tales como el 'daño social que este evento produce' previo a admitir este tipo de arreglos.

³²En tal sentido La Nación del 24 de mayo de 2004 tituló Llamadas vinculan a Millot con asesinato de Ivannia Mora, el 16 de setiembre del mismo año. Dinero para matar a periodista Ivannia Mora vino de Panamá, el 18 de agosto de 2005 Periodista pudo haber sido asesinada por tensa relación laboral.

³³Al respecto el estudio de Inecip concluye: "*Desde el punto de vista de los resultados estadísticos, podemos afirmar que los funcionarios del poder judicial perciben una injerencia indebida por parte de algunos sectores de la República. En efecto, de las encuestas aplicadas a 50 defensores, e igual número de fiscales y jueces, pudimos detectar (...) (que) el grupo que ejerce mayor presión a los diversos funcionarios del Poder Judicial, lo constituye en orden descendiente: la prensa, el gobierno, poder legislativo, grupos económicos y los partidos político*" Inecip (2002). Op. Cit p 19-20.

³⁴Inecip. (2003). Informe sobre la administración de justicia en Costa Rica: Inecip, San José, Costa Rica, p 19.20.

que los medios de comunicación colectiva interfieren en las decisiones judiciales y sobre todo las jurisdiccionales.

En el derecho comparado también se ha discutido bastante respecto a la polémica entre libertad de información y opinión y la independencia judicial, aunque se debe acotar que en Europa las constituciones brindan cierto grado de protección frente a los juicios paralelos. En razón de ello, el conflicto se resuelve en favor de la administración de la justicia. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español, para quien: *“...el riesgo de que la regular Administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto y de que la función de los tribunales pueda verse usurpada si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia o si las partes sufrieran el pseudojuicio en los medios de comunicación”*³⁵. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que la protección frente a declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos se debe a que éstos no sólo pueden influir en el prestigio de los tribunales, sino muy especialmente, que pueden llegar a menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de los jueces y tribunales, ya que la publicación de extractos del proceso y la opinión pública formada al respecto pueden incidir en la decisión del juez. Sobre todo cuando las opiniones dimanen de destacados miembros de otros poderes e incluso del mismo Poder Judicial³⁶. En esa misma línea de análisis, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la necesidad y legitimidad de establecer límites al derecho de información, pero dejando claro que ello no puede constituirse en un mecanismo para lograr su aniquilación³⁷. El ordenamiento jurídico costarricense otorga valiosas herramientas con las cuales los encargados de administrar justicia pueden controlar y

³⁵Tribunal Constitucional Español. No: 195/1991

³⁶Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, caso Worm No: 54): *“...se conculca el derecho a un proceso con todas la garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar”*.

³⁷Al respecto el Tribunal adujo (TEDH, caso Worm No: 50) que: *“...si bien la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión, ello no significa ni mucho menos, que permita limitar todas la formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los tribunales.”*

evitar la injerencia indebida por parte de los comunicadores. En ese sentido el Código Procesal Penal de manera clara y contundente dispone que en la investigación preparatoria rige el principio de privacidad. En efecto, tratándose de diligencias preliminares, donde los órganos encargados de la investigación penal buscan determinar la existencia de un delito y en caso afirmativo, sus posibles partícipes, resulta lógico que se disponga la privacidad de las actuaciones. Ello no sólo por el éxito de la investigación, sino que también para proteger los derechos fundamentales de las personas investigadas³⁸. El legislador costarricense fue sumamente cuidadoso al preservar la privacidad de las actuaciones, pues solamente las partes involucradas tienen acceso al mismo. Incluso los abogados que tengan o invoquen algún interés legítimo, deben solicitar permiso al fiscal correspondiente para poder acceder a dicha información y en todo caso, están obligados a guardar secreto. Desde luego que los medios de prensa y personas ajenas al proceso, no pueden y no deben tener acceso a dicha información. Algunos consideran que la posición del legislador ha sido extrema, constituyendo un obstáculo dentro del proceso. En ese sentido Cortés³⁹ reprocha que: *“La norma en éste último sentido resulta poco práctica, ya que cada vez que algún abogado invoque un interés legítimo, el fiscal deberá atenderlo y darle una explicación sobre el asunto que se investiga, dejando de lado otras funciones más importantes en la que sí se requiere su presencia. Estimamos que la norma debió haber facultado al personal auxiliar del Ministerio Público para que, previa autorización del Fiscal que está a cargo de la investigación, brinde la información del caso al interesado”*. Pese a la crítica formulada por Cortés y considerando además las posibles incomodidades que la norma puede producir, resulta indispensable mantener las limitaciones establecidas en

³⁸Según dispone el numeral 295 del Código Procesal Penal: *“El procedimiento preparatorio no será público para terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes. Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados por el Ministerio Público sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos que existan, con el fin de que decidan si aceptan participar en el caso. Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave”*.

³⁹Cortés Coto, Ronald. (1998). La Etapa preparatoria en el nuevo proceso penal. 1 edición, San José, C. R. IJSA, p 69.

atención a los derechos que se intenta proteger. Por un lado, los derechos fundamentales de los investigados y por otro, el éxito de las investigaciones. El legislador costarricense todavía va más allá cuando establece el secreto de las actuaciones cuando el imputado no está privado de su libertad. En esta hipótesis, el artículo 296 del Código Procesal Penal autoriza al Ministerio Público, para que, por una sola vez y mediante resolución fundada, pueda decretar el secreto total o parcial de las actuaciones, por un plazo que no podrá superar los diez días consecutivos. Ello cuando se considera que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. El plazo podrá prorrogarse hasta por otro tanto, pero, en este caso, cualquiera de los nombrados, sus defensores o mandatarios podrán solicitar al tribunal del procedimiento preparatorio, que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva. A pesar del vencimiento de los plazos establecidos, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá solicitar al juez que disponga realizarlo sin comunicación previa a las partes, las que serán informadas del resultado de la diligencia.

Así como la privacidad es la característica fundamental de la fase de investigación, la publicidad es la nota distintiva de la fase del debate. Se ha insistido en que este principio no sólo sea aplicable a la materia penal, sino que también a todas las materias y procesos. De igual forma, se ha puntualizado que no existe algún derecho absoluto, sino que todos tienen sus limitaciones particulares. Eso es precisamente lo que ocurre con la publicidad de los debates penales, donde esa es la regla general y sólo por excepción y mediante resolución fundada, se permite la privacidad parcial⁴⁰. En el mismo sentido, la Ley de Justicia Penal Juvenil, atendiendo a

⁴⁰Al respecto el ordinal 330 del Código Procesal Penal establece: *Publicidad. El juicio será público. No obstante, el tribunal podrá resolver por auto fundado y aun de oficio, que se realice total o parcialmente en forma privada, cuando: a) Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes. b) Afecte gravemente la seguridad del Estado o los intereses de la justicia. c) Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible. d) Esté previsto en una norma específica. e) Se reciba declaración a una persona y el tribunal considera inconveniente la publicidad; particularmente si se trata de delitos sexuales o declaraciones de menores. Desaparecida la causa, ingresará nuevamente el público y quien presida la audiencia relatará brevemente lo sucedido, si así lo dispone el tribunal. El tribunal podrá imponer a las partes que*

la particularidad propia de la materia, pues se trata de personas menores de edad, seres en formación y donde imperan otros principios, tales como la finalidad pedagógica de la sanción, se establecen los principios de confidencialidad y privacidad durante todo el proceso. Con ello se pretende evitar la estigmatización que conlleva la publicidad del proceso⁴¹. Todas las hipótesis allí establecidas constituyen excepciones a la regla general. Como tal, él o los juzgadores se encuentran obligados a dar razones por las cuales dispone la privacidad total o parcial de la audiencia. Esas razones obedecen y se pueden clasificar en dos grandes grupos. Por un lado, las que se sustentan en la necesidad de mantener el secreto. Dentro de ellas está la de evitar la afectación de la intimidad, pues la divulgación de algunos eventos puede generar un grave daño moral al declarante, como por ejemplo, en los delitos sexuales o personas menores de edad. En ese mismo acápite se encuentra el secreto para proteger la seguridad personal. Se asume que la declaración pública podría poner en peligro la vida de los intervinientes. Dentro del mismo grupo se ubica la privacidad por razones de Estado o para la protección de secretos industriales o comerciales. El segundo conglomerado de excepciones a la publicidad se justifica por razones de orden. En este se ubican las personas menores de doce años de edad, quienes solamente pueden ingresar a la sala de juicio si se encuentran acompañados por un adulto responsable. El legislador asumió, de forma razonable, que un niño o niña menor de doce años, que se encuentre sin supervisión de un adulto, usualmente no va a guardar la compostura y solemnidad propia de una audiencia judicial. Además, ponderó la incidencia que este acto violento por naturaleza (puesto que a través de un proceso contradictorio se pretende privar de libertad a un ser humano) pueda tener en su desarrollo posterior. En el mismo sentido, la ley establece la posibilidad de prohibir el ingreso u ordenar su expulsión de la sala,

intervienen en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron. De lo ocurrido se dejará constancia en el acta del debate.

⁴¹Sobre el particular el artículo 20 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala: "Los menores de edad tendrán derecho a que se les respeten su vida privada y la de su familia. Consecuentemente, se prohíbe divulgar la identidad de un menor de edad sometido a proceso. Otro tanto ocurre en la fase del debate, donde el artículo 99 de la ley citada expresamente dispone que la audiencia debe ser oral y privada, so pena de nulidad. En el mismo sentido el Código de la Niñez y Adolescencia, donde el artículo 25 dispone que las personas menores de edad tendrán derecho a no ser objeto de injerencia en su vida privada,

de cualquier persona que no guarde el comportamiento adecuado o cuando la sala agote su capacidad de ingreso. De igual forma, la ley establece la posibilidad de establecer limitaciones y restricciones a la prensa⁴². Debe acotarse que el principio de publicidad no implica, de por sí, el derecho automático para que los medios de información colectiva puedan transmitir de forma simultánea o diferida la totalidad del debate o algunas partes del mismo. La verdad es que se trata de dos situaciones diferentes. Nada impide que el reportero pueda estar en la sala de audiencias y desde allí generar las informaciones que estime convenientes a partir de sus propias notas. El problema surge, como lo señala Dall' Anese, cuando: *la mayoría de los medios de comunicación colectiva dirigen sus esfuerzos a la satisfacción del morbo antes que a informar objetivamente. Además de lo anterior, el uso de las cámaras y micrófonos es molesto para el tribunal y las partes, o podrían inhibir al declarante al sentirse observado por los comunicadores*⁴³. En efecto, la presencia de los medios de comunicación colectiva, especialmente los televisivos, usualmente conllevan una importante alteración del curso normal de la audiencia del debate. Por su propia naturaleza, el debate constituye un medio generalmente extraño e incómodo para las víctimas, testigos y algunos de los sujetos procesales que intervienen, lo que unido a la presencia de las cámaras, luces, micrófonos y periodistas, producen un incremento de la incomodidad, el nerviosismo y afectan ostensiblemente la finalidad del acto. La práctica forense demuestra que lleva razón Dall' Anese cuando concluye que en algunas ocasiones, la prensa, en lugar de contribuir con la justicia, más bien se

*familia, domicilio y correspondencia; sin perjuicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad*⁴².

⁴²Respecto el artículo 331 del Código Procesal Penal determina: *Participación de los medios de comunicación. Para informar al público lo que suceda en la sala de debates, las empresas de radiodifusión, televisión o prensa podrán instalar en la sala de debates aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros. El tribunal señalará, en cada caso, las condiciones en que se ejercerán esas facultades. Podrá, sin embargo, por resolución fundada, prohibir esa instalación cuando perjudique el desarrollo del debate o afecte alguno de los intereses señalados en el artículo anterior. Si el imputado, la víctima o alguna persona que deba rendir declaración solicitan expresamente que aquellas empresas no graben ni su voz ni su imagen, el tribunal hará respetar sus derechos.*

⁴³Dall' Anese Ruiz Francisco (1996). *El Juicio*. En Reflexiones sobre el nuevo procesal penal. Primera edición. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. S. A. 1996, p. 659.

constituye en un obstáculo para la misma⁴⁴. Esa tensión entre los medios de prensa y los administradores de justicia, en la práctica se ha resuelto de forma favorable a los primeros, pues existe temor por parte de los órganos jurisdiccionales de enfrentarse a este “cuarto poder” y aplicarle los límites establecidos en el ordenamiento jurídico. Generalmente, el o la juzgadora se limita a reiterar la petición que haga alguno de los intervinientes del proceso, en el sentido de que no graven su voz o imagen. Petición que en algunas oportunidades ni siquiera es atendida por los comunicadores y que tampoco genera ulteriores consecuencias. Todo ello se relaciona con la posición histórica que ha tenido la judicatura costarricense, la que tradicionalmente ha tenido un papel discreto y ajeno a la confrontación con las estructuras internas y demás instituciones sociales⁴⁵. Ha sido la Sala Constitucional, la que de alguna forma ha reconocido la existencia de esos límites. En un caso concreto, donde se investigaba un asunto de la materia penal juvenil, en la cual se acusaba a una niña de haber asesinado a sus padres y hermano, la Sala Constitucional, aunque reconoció la existencia de un interés público, señaló que ello no constituye una autorización para violentar el derecho a la intimidad y sobre todo el de privacidad, que de acuerdo a la Ley de Justicia Penal Juvenil, gozan las personas menores de edad⁴⁶. De manera

⁴⁴En determinados casos la prensa se ha convertido en un verdadero obstáculo para el desarrollo de los debates, cuando quienes se dedican a este oficio como reporteros, camarógrafos u otros constantemente interrumpen en el recinto del tribunal e instalan cámaras, caminan entre los abogados y el estrado, sin importar el trabajo de los operadores del derecho. Cualquier llamado al orden es presentado al público como una forma de coartar la libertad de expresión, sin considerar que el oficio del periodismo –tan necesario para una democracia cuando es ejercido con corrección como una forma de control indirecto de las instituciones- no deben superponerse a la administración de justicia que es el desarrollo y vida de las garantías ciudadanas”. *Op. Cit.* P. 660

⁴⁵Situación que resulta absolutamente comprensible, si se toma en consideración la verticalidad asfixiante a que se encuentran sometidos los funcionarios judiciales. Ello se refleja en aspectos tan variados, pero a la vez tan simbólicos, como el uso del lenguaje, la separación por jerarquías, las brechas salariales, etc.

⁴⁶ La Sala Constitucional, mediante voto 1999-06418 de las quince horas con quince minutos del diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve, señaló : *De las pruebas aportadas por el noticiero recurrido, -video de la nota periodística que fue transmitida los días 21 y 22 de junio del año en curso- se desprende que éste ha lesionado el derecho a la intimidad de la amparada, toda vez que en ejercicio del derecho a la libertad de información ha procedido de una manera abusiva que transgrede el ámbito de intimidad de la señorita M. M. En este sentido, se aprecia que si bien el hecho que presuntamente se le atribuye a la amparada reviste de una naturaleza que interesa a la opinión pública, la misma no es razón suficiente para que se pueda menospreciar la intimidad de esta persona mediante la transmisión de lo que hace cuando goza de libertad, toda vez que dicha actividad está fuera del manejo de la opinión popular, pues corresponde al particular dominio de intimidad de la amparada. Además, dicha actuación del noticiero recurrido lesiona el contenido de los artículos 20 y 21 de la Ley de*

similar, pero referido a material penal de adultos, la Sala Constitucional ha señalado de manera precisa, que si bien el proceso de adultos es oral y público, ello no obsta para que el tribunal pueda establecer límites orientados a garantizar los fines del proceso y sobre todo, para dar cumplimiento a los derechos de las partes⁴⁷. De manera que aún en materia especial, como lo es penal juvenil, donde existe una normativa expresa que garantiza el principio de confidencialidad y privacidad, los periodistas quebrantan dicho principio y convierten al proceso en un espectáculo, con mayor razón en materia de adultos, donde la ley no es tan clara y más bien se contempla y legitima el acceso de los medios de información masiva, aunque, según lo resuelto por la Sala Constitucional, ello no obsta para que se puedan poner límites. En razón de lo expuesto, lo más recomendable, conforme lo apunta Dall' Anese, sería *la prohibición total de cualquier equipo, de registro de audio o de imagen, en la sala de debates. Así el periodista permanecerá respetuoso en el espacio del público, sin obstaculizar el desarrollo del proceso y con obligado respeto de los derechos inherentes a las personas*⁴⁸.

En síntesis, si bien se reconoce la libertad de expresión y opinión como un derecho fundamental en la sociedad costarricense, como en cualquier sociedad democrática, también se tutelan otros intereses públicos a los que en ciertas oportunidades y bajo reglas preestablecidas deben dársele preferencia. Así como el reconocimiento judicial de los derechos fundamentales de los distintos participantes del proceso puede a veces requerir la libertad de prensa, también es necesario imponer

Justicia Penal Juvenil, pues como ya se indicó, los menores de edad -en razón de sus especiales condiciones- ostentan el derecho a la privacidad de los asuntos que se discutan en esa sede jurisdiccional. El reportaje en cuestión, evidentemente se difunde a propósito de la notoriedad de los hechos con que se relaciona a la amparada. Consecuentemente, procede estimar el recurso.

⁴⁷ Al respecto, La Sala Constitucional, en el voto 5053 -93 dijo que *"...la publicidad sólo garantiza que el debate sea presenciado por un número razonable de personas, conforme a la cabida que tenga el local en que el mismo se desarrolla, de manera que, las determinaciones que tome el juzgador, en un sentido o en otro, respecto a la difusión pública del debate, no están prevista por la norma mencionada, ni atenta contra el debido proceso el hecho de que se impida la transmisión -ya sea en directo o en diferido- por los medios de información colectiva de lo que acontece en la Sala de Debate. Es al propio juez a quien corresponderá, con arreglo a los intereses de las partes, decidir en que caso resulta apropiada esa transmisión y en los cuales no, sin que su negativa implique una violación al principio de defensa"*.

⁴⁸Dall' Anese Ruiz Francisco (1996). *El Juicio*. En Reflexiones sobre el nuevo procesal penal. Primera edición. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico. S. A. 1996, p. 660.

limitaciones para proteger los derechos públicos. Situación que es plenamente reconocida y aceptada en la cultura occidental⁴⁹.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución Política de Costa Rica de 1949.

Código Procesal Penal. Ley 7594, publicado en el Alcance No: 31 a la Gaceta No. 106 de martes 4 de junio de 1996.

Cortés Coto, Ronald. (1998). La Etapa preparatoria en el nuevo proceso penal. 1 edición, San José, C. R. IJSA.

Chirino Sánchez, Alfredo(1999). El derecho a la información en su relación el derecho a la intimidad EN Temas Claves de la Constitución Política (1999) Edditorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José.

Dall' Anese Ruiz Francisco (1996). El Juicio. En Reflexiones sobre el nuevo procesal penal. Primera edición. Imprenta y Litografía Mundro Gráfico. S. A. 1996.

De Esteban, Jorge.(1973). Desarrollo Político y Constitución Española, Barcelona: Editorial Ariel

⁴⁹Como lo señaló el Tribunal Constitucional Español en la sentencia de 20 de julio de 1999 "...la protección frente a las declaraciones en los medios de comunicación acerca de proceso en curso y frente a los juicios paralelos se debe a que éstos no sólo pueden influir en el prestigio de los tribunales, sino muy especialmente, y esto es aquí lo relevante, , a que pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los jueces y tribunales, ya que la publicación de supuesto o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que deben adoptar los jueces, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que están depuradas por las garantías que ofrecen los cauces procesales".

Espín Templado, Eduardo (2004). En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales . Revista del Poder Judicial de España. Consejo General del Poder Judicial. Número especial XIII.

Ferrajoli, Luigi. (1994) El Derecho como Sistema de Garantías. Justicia Penal y Sociedad. Guatemala.

Goldschmidt, Werner (1950). La imparcialidad como principio básico del proceso, RDPro.

Inecip. (2002). Informe sobre la administración de justicia en Costa Rica: Inecip, San José, Costa Rica.

Inecip. (2003). Informe sobre la administración de justicia en Costa Rica: Inecip, San José, Costa Rica.

Quintero Olivares, Gonzalo.(2004). Libertad de Prensa y Protección de la independencia e imparcialidad judicial. Revista del Poder Judicial. Número especial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

Rivero Sánchez, Juan Marcos (2008). Tutela jurídica del honor: reflexiones y contrapuntos. San José, C. R. Editorial Jurídica Continental.

Rodríguez Oconitrillo, Pablo.(1995). Ensayo sobre el estado social de derecho y la interpretación de la Constitución. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica.

Sala Constitucional de Costa Rica. Votos: 412-90, 1992-1739, 1993-5053, 1999-06418

Sentís, Melendo (1971) La presunción de inocencia.

Soler, Sebastián (1983). Derecho Penal Argentino. Tomo V. Talleres de Gráfica Patricios S.C.A. Buenos Aires, Argentin.

Tribunal Constitucional español (ATC 195/1991).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, caso Worm No: 54):

Tribunal de Casación Penal, voto 179-2002 del primero de marzo de 2002

Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de San José. Sentencia No: 111-98, de las catorce horas del 9 de marzo de mil novecientos noventa y ocho

Véscovi, Enrique (1984). Teoría General del Proceso. Editorial TEMIS Librería Bogotá, Colombia.

EL OFENSOR SEXUAL Y SU ABORDAJE PSICOLÓGICO FORENSE EN COSTA RICA

*ÁLVARO BURGOS M.
Catedrático de la UCR¹*

SUMARIO

Introducción

Marco Teórico

I. Parte. Psicólogo Forense

1.1 Concepto de Psicología Forense y Funciones del
Psicólogo Forense

1.2 El Perito y el Peritaje Psicológico

II. Parte. Psicólogo Forense y Ofensor Sexual

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 Derecho Penal Especial, y Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR. Prof. del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.

2.1 Qué es una Ofensa Sexual

2.2 Quién es un Delincuente u Ofensor Sexual

2.3 Origen y Desarrollo del Delincuente Sexual

2.4 ¿Existe un Perfil de Ofensor Sexual?

2.5 Tipos de Delitos y Trastornos Sexuales

2.6 Problemática al Trabajar con un Ofensor Sexual

2.7 Valoración del Ofensor Sexual. Instrumentos

2.8 Preguntas Legales Más Frecuentes

2.9 ¿Hay una “cura”?

2.10 Diferencias entre un Ofensor Adulto y uno Juvenil

2.11 Programas de Tratamiento para Ofensores Sexuales Juveniles

2.12 Generalidades del Tratamiento

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Dice Patitó (2003)², acerca de la violencia sexual que: "...

es una conducta sexualmente reprochable; cualquier persona puede ser víctima sin distinción de sexo, edad o condición social. Sus orígenes se encuentran en los albores de la humanidad enraizados en la noción tribal, bíblica y feudal según la cual se considera a la mujer como propiedad del hombre, sin libertad en cuanto a su elección sexual..." (p. 156).

Las agresiones sexuales afectan no sólo el honor, sino también la integridad y la dignidad como persona, por lo que, si bien se afecta la libertad de elección sexual, en un enfoque amplio y moderno, se estima que las víctimas viven esos sucesos particularmente como atentados a su privacidad, a su intimidad, a su físico y a su identidad en forma integral, sin desconocer que también afecta a quienes las rodean: familia y amigos. En el planeo corpóreo, la sexualidad como acto resulta perjudicial cuando se presenta con el aspecto de sometimiento físico o psíquico, o cuando está influida por sustancias que modifican el comportamiento. (Patitó, 2003).

Razón por la cual, aunque el ofensor vaya a prisión o se trate de resarcir a la víctima de alguna forma específica, el daño, físico, sexual, emocional, entre otros, causado a esa persona nunca podrá ser borrado de su vida, aun recibiendo la ayuda necesaria en el momento oportuno, lo ocurrido lo llevará consigo toda su vida.

Por otro lado, está la posición del ofensor, propiamente, quien viene a ser aquel en el cual se van a depositar no sólo todo el rechazo y reproche social, sino también se buscará que caiga sobre él todo el peso de la ley. Si bien, muchos de ellos presentan una personalidad bastante deteriorada y peligrosa para la sociedad, no se debe dejar de lado que son seres humanos que en algún momento de su historia de vida fueron dañados tan profundamente que llegaron a convertirse en depredadores sociales.

² Patitó, José A. (2003). Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense. Argentina: Editorial Quorum

Ahora bien, la parte que más va a interesar a este trabajo es la que tiene relación con la función del psicólogo forense y su trabajo con el ofensor sexual. Partiendo de lo anteriormente dicho, el psicólogo debe mantener siempre una posición totalmente objetiva durante la evaluación, sin llegar a emitir juicios de valor o responder directamente a la pregunta legal. Su labor es realmente importante para el ejercicio del Derecho y por ende deberá tratar de cumplirla lo mejor posible y de manera que no se afecten los derechos de ninguna de las partes.

MARCO TEÓRICO

I. PARTE. PSICÓLOGO FORENSE

1.1. CONCEPTO DE PSICOLOGÍA FORENSE Y FUNCIONES DEL PSICÓLOGO FORENSE

Ching (2002)³, define la Psicología Forense como la disciplina o ciencia aplicada fundamentalmente probatoria que enseña la aplicación de todas las ramas y saberes de la Psicología ante las preguntas de los jurídicos, y que coopera en todo momento con la administración de la justicia, actuando en el foro (el tribunal) y ayudando a mejorar el ejercicio del derecho. (p. 54)

Heilburn (2001)⁴ menciona que los Estándares de la Salud Mental en la Justicia Criminal (1989) de los Estado Unidos, especifican 4 posibles roles para los profesionales en salud mental en un proceso criminal:

1. Evaluador.
2. Científico.
3. Consultor.
4. Agente de tratamiento.

³ Ching Céspedes, Ronald. (2002). Psicología Forense. Principios Fundamentales. San José, Costa Rica: EUNED

⁴ Heilburn, Kink. (2001). Principles of Forensic Mental Health Assessment [Principios de la Valoración Forense de la Salud Mental]. New York, United States: Plenum Publishers

Para el rol de evaluador, estos estándares lo consideran como “experto” bajo dos circunstancias:

- a) Suficiente educación profesional y suficiente entrenamiento clínico y experiencia para establecer el conocimiento clínico requerido para los tipos específicos de evaluación.
- b) Suficiente conocimiento forense, obtenido a través de entrenamiento especializado para poder entender asuntos de índole legal y para satisfacer el propósito específico para lo cual se ha ordenado la evaluación.

Asimismo, el experto a testificar deberá:

- 1- Establecer una relación empática con la persona a la cual se le está aplicando la evaluación.
- 2- Haber realizado una adecuada evaluación que incluya una entrevista personal, relevante con el asunto legal y clínico para el cual deberá testificar.

Ching (2002), cita las funciones del psicólogo forense, las cuales fueron dadas por el Concejo Americano de Psicología Forense en 1987, el cual se dedica a estudiar y centralizar todas las competencias de la Psicología en este ámbito, y posee gran influencia en el mundo:

1. Responder las consultas y enseñar a los abogados, estudiantes de leyes, procuradores y otras áreas afines como criminólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, etc.
2. Responder a todas las consultas de los juristas tales como:
 - ✓ Establecer la imputabilidad de un acusado.
 - ✓ Aclarar la credibilidad de un testigo y la veracidad de sus declaraciones.
 - ✓ Verificar la sospecha de un abuso sexual de un niño y de la responsabilidad correspondiente.
 - ✓ Determinar, después de un divorcio, cuál de los padres es más idóneo o cuál cuenta con mejores recursos para tener, la patria potestad sobre los niños.
3. Servir a los tribunales.
4. Servir en las consultas de la justicia criminal y a los sistemas correccionales.
5. Servir a las consultas del sistema de salud mental (cuando corresponda).

6. Servir a todas las consultas y enseñar al personal ejecutor de la ley (policía, investigadores, auxiliares de justicia, etc.).
7. Diagnosticar, pronosticar y tratar a la población criminal.
8. diagnosticar, pronosticar y hacer recomendaciones en todo aquello que tenga que ver con el estado mental del sujeto.
9. Analizar todos aquellos problemas y dar las recomendaciones pertinentes en lo que a responsabilidad, salud mental y seguridad del sujeto se refiere.
10. Conducir, realizar y analizar estudios para proveer a los abogados de todos los datos psicológicos necesarios en el proceso.
11. Servir como expertos en todos los casos psicológicos civiles y criminales que la administración solicite.
12. Evaluar y tratar a cualquier persona de la administración de justicia que tenga que ver con un proceso.
13. Servir como maestros especializados en cualquier tribunal judicial o administrativo.
14. Mediar entre diferentes servicios judiciales en conflictos psicológicos que surjan en la arena legal.
15. Investigar en las ciencias de la conducta para entender los comportamientos legales del sujeto.
16. Formar en los programas de la policía a todos aquellos sujetos que tengan que ver con los procesos legales.
17. Enseñar y supervisar a otros psicólogos forenses en formación. (p. 55-56)

1.2 EL PERITO Y EL PERITAJE PSICOLÓGICO

Dado que los seres humanos son complejos y diferentes unos de otros, el declarar su estado de peligrosidad es un trabajo arduo ya que lo que hace que un individuo delinque puede deberse a diferentes causas: lo psíquico, lo somático, el ambiente en que vive, la hostilidad intra o extra familiar, la educación recibida, el abandono en que creció, y demás factores endógenos y exógenos.

El diagnóstico pericial – psicológico ha ido adquiriendo, cada vez más, importancia en la tarea de hacer justicia por parte de los tribunales. Si bien es un apoyo auxiliar para los jueces, Varela, Álvarez y Sarmiento (1997)⁵ opinan, que en la mayoría de los casos:”...

la intervención del psicólogo es solicitada cuando el pleito entre las partes alcanza un “callejón sin salida” jurídica, y el auxilio psicológico es pedido como una suerte de intervención “mágica” que permite al juez un veredicto que deje conforme a querellante y querellado, acto imposible desde su inicio, pues es dable pensar que si hubiese existido esta posibilidad, las partes en conflicto la hubiesen adoptado sin tener necesidad de llevar el conflicto ante los estados judiciales...”. (p. 149)

Además, en ocasiones, los requerimientos que se le solicitan al psicólogo poco tienen que ver con el tema central del conflicto, pretendiéndose, más bien, poder obtener lo más favorable del peritaje para beneficio de cada una de las partes, alejándose del objeto básico que es hacer justicia (Varela et al., 1997).

El psicólogo perito debe atender los requerimientos solicitados de acuerdo a las técnicas y métodos existentes en ese momento, sin llegar a considerar que es el encargado de hacer justicia, teniendo sus sugerencias, llegando a desvirtuar la tarea encomendada.

Varela et al. (1997) brindan una serie de recomendaciones tanto para los abogados como para los peritos de partes o de oficio:

a) El escuchar al que sufre no sólo es tarea del profesional de la conducta, sino de todos aquellos que son consultados por ocupar un lugar de “supuesto saber”, y es deber de estos intentar calmar la ansiedad del otro, devolviéndole con claridad una posible alternativa

⁵ Varela, Osvaldo; Álvarez, Héctor y Sarmiento, Alfredo. (1997). Psicología Forense. Buenos Aires, Argentina: Abeledo – Perrot S.A.

para satisfacer su necesidad, y a la vez con esto, prever una posible complicación mayor para su consultante...

b) El profesional psicólogo que deba peritar, deberá asumir su total imparcialidad respecto de la causa,... pues por lo general el perito de partes aparece demasiado comprometido con la parte a representar, y esto, a vista del juez aparece como poco confiable.

c) Sería dable de sugerir que cada juzgado contara entre su *staff*, con un especialista en el trabajo pericial psicológico cuya dependencia sea directa con el juez, y su remuneración económica corresponda al ente tribunalicio. Esto posibilitará que el magistrado cuente con un especialista de su confianza, que con total objetividad lo asesore, a la vez que el profesional no se sienta condicionado al elaborar su informe pericial.

d) Sería conveniente que el abogado de la parte que solicita el estudio pericial psicológico, fuese asesorado por un profesional de la Psicología al cual pueda volcarle su necesidad, y que el especialista decodifique este lineamiento y lo grafique en términos técnicamente claros para quien deberá realizar el estudio.

e) Los puntos periciales deberán ser lo suficientemente amplios como para permitir al perito explayarse sobre la problemática, y no estar limitado a la conveniencia de las partes...

f) En los casos en que se sugiere la conveniencia de iniciación de un tratamiento psicoterapéutico, es aconsejable que éste sea incluido en la sentencia de forma orientativa y con un efectivo control del tribunal sobre su realización, pues en muchos casos la sugerencia no es atendida y la situación conflictiva continúa y se manifiesta a través de una nueva causa.

g) El contenido del informe pericial debe estar explicitado en forma que pueda ser comprendido por un lego (no significando con esto que el nivel técnico – científico deba ser pobre), permitiendo con esto que el estudio

realizado y las conclusiones puedan ser aprovechadas en forma total por las personas a quienes está dirigido. (p. 151 – 153)

Zazzali (2000)⁶ define al **perito** como aquel que por sus elevados conocimientos en una materia o área de la realidad humana puede ser convocado por un tribunal para dictaminar sobre sucesos para cuya comprensión no está capacitada una persona común (p. 223). La calidad del perito es de naturaleza procesal, ya que es llamado por el órgano jurisdiccional en un proceso para ayudar al juez y a las partes sobre determinados aspectos de interés.

A su vez, considera la **pericia o peritaje**, como el informe oral o escrito que el experto transmite al tribunal, que valorará su contenido y podrá o no basarse en sus conclusiones para emitir el fallo. Tanto el tribunal como las partes pueden solicitar respuestas sobre concretos puntos de pericia y coincide con Varela (1997) en que el dictamen deberá estar redactado en “lenguaje entendible para el lego” (p. 224), y en caso de necesitarse el uso de algún tecnicismo éste deberá ser aclarado.

Asimismo, Zazzali (2000) aclara que dado que la persona no acudió de forma voluntaria a donde el perito, lo que éste obtenga en la entrevista no está cubierto por el secreto profesional, dado que tiene la obligación de comunicar al tribunal todo lo que conoce, por esto antes de iniciar con el peritaje debe informar al acusado acerca de su derecho a negarse a ser examinado y hacer un relato de su presunta participación en el hecho que se le atribuye.

El peritaje psicológico se centra en el análisis de la responsabilidad del individuo sobre su conducta, la conciencia sobre sus acciones y cuán imputables le pueden ser (conciencia misma de la ejecución del acto). Esta conciencia se basa en tres grupos de capacidades muy complejas y específicas: la cognición, la volición y el juicio (Aguilar, 1996: p. 14 – 15; citado por Lin Ching, 2002):

- **Capacidades cognitivas:** en ellas se incluyen todas las aptitudes con que el sujeto cuenta para incorporar la información que el medio emite; por ejemplo, todos los procesos sensorio-perceptivos y la capacidad intelectual del sujeto. Estas aptitudes determinan si el sujeto comprende lo que está haciendo.

- **Capacidades volitivas:** comprenden todos los aspectos motivacionales que subyacen una conducta, como la voluntad de ejecutar un acto; es decir, si se desea o no hacer.
- **Capacidad de juicio:** analiza la congruencia y la adaptabilidad de la conducta que presenta un individuo en relación con la resolución de los problemas que genera el medio; es decir, decide y emite su conducta según su criterio e interés. (p. 49 – 50)
Asimismo, el perito deberá informar sobre la **capacidad resocializante** del individuo: sus condiciones de reinserción y las posibilidades académicas, laborales, familiares, personales, culturales y ambientales para la integración social.

II. PARTE. PSICÓLOGO FORENSE Y OFENSORES SEXUALES

2.1. ¿QUÉ ES UNA OFENSA SEXUAL?

Spencer (1999)⁷ la define como un acto sexual cometido por una persona contra otra, incluso contra la voluntad de esa persona o cuando el consentimiento no puede ser válidamente dado [por ejemplo un niño](p. 21). Por su parte O'Connell, Leberg y Donaldson (1990), citados por Spencer (1999), consideran que la ofensa sexual es una ofensa criminal que involucra comportamiento sexual que ocurre cuando una persona no da, o es incapaz de dar, consentimiento, o también cuando la diferencia de poder entre dos personas es tal que una de ellas no está en posición de escoger libremente (p. 21).

2.2. ¿QUIÉN ES UN DELINCUENTE U OFENSOR SEXUAL?

La dinámica de las conductas sexuales presenta dos elementos importantes: la particular sexualidad alterada del delincuente y el comportamiento de la víctima. Los

⁶ Zazzali, Julio R. (2000). Manual de Psicopatología Forense. Argentina: Ediciones La Rocca

delitos caracterizados por una problemática sexual de tipo agresivo y violento los realizan individuos que presentan una honda conflictiva en la personalidad. En casi todos los casos se advierte de que manera en la historia del sujeto existía la conflictiva sexual mucho tiempo antes de que la desencadenara, de hecho, afirma, Walter Ramírez (2005)⁸, que es en la adolescencia temprana (11, 12, 13 años) cuando se comienzan a dar este tipo de ofensas. La conducta sexual agresiva se caracteriza por ser sumamente repentina, impulsiva, sin control y muchas veces con marcado sadismo.

Según Karpman (citado por Marchiori, 1990⁹), un delito sexual es un acto que atenta contra las costumbres sexuales de la sociedad en la que el individuo vive, ofende principalmente porque genera ansiedad entre los miembros de la sociedad.

Para llamar en doctrina como sexual un delito se requiere, en primer lugar, que su acción típica sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual. Se debe aclarar que no basta que la conducta sea presidida por antecedente, móvil, motivo o finalidad de lineamientos eróticos más o menos definidos en la conciencia del actor o sumergidos en su subconsciente, sino que es necesario, además, que la conducta del delincuente se manifieste en actividades lúbricas, somáticas, ejecutadas en el cuerpo del ofendido u ofendida o que a estos se le hacen ejecutar.

Los ofensores sexuales son, según los define la International Association for Therapy of Sexual Offenders (IATSO), personas que con su conducta sexual someten a otros a un contacto físico, verbal, visual o táctil, con intenciones sexuales que el (la) ofendido (a) no sabe (por inexperiencia), no puede (por predominio de los juegos de poder del ofensor) o no se anima (por sometimiento) a rechazar (Valeria Shapira: emprendedores en red.com.ar/articulos/articulo154.htm).

Las ofensas sexuales pueden ser cometidas tanto por hombres como por mujeres, en víctimas de ambos sexos.

⁷ Spencer, Alec. (1999). Working with Sex Offenders in Prisons and Through Release to the Community [Trabajo con ofensores sexuales en prisión y prontos a ser puestos en libertad]. Great Britain: Athenaeum Press, Gate Shead, Tyne and Wear

⁸ Psicólogo de la Clínica del Adolescente, Hospital de Niños. Encargado del programa de atención para ofensores sexuales juveniles.

⁹ Marchiori, H. (1990). Personalidad del Delincuente. México: Editorial Porrúa, S.A.

En cuanto a la finalidad del delito, hay diferentes opiniones entre los conocedores del tema, mientras unos consideran que se deben a una obtención de placer sexual, otros piensan que es algo que tiene que ver más con tener el poder y control, y también están los que piensan que son estos dos aspectos unidos los que llevan a una persona a cometer una ofensa de este tipo. Con relación a la víctima, no suele haber una preferencia con respecto al sexo, por lo menos en la adolescencia, sino que está más relacionado con la vulnerabilidad de ésta, según palabras del Lic. Walter Ramírez (2005).

2.3 ORIGEN Y DESARROLLO DEL DELINCUENTE SEXUAL

Aquellos individuos que cometen delitos sexuales de tipo agresivo y violento traen ya consigo una conflictiva sexual. Su personalidad se caracteriza por una acentuada inmadurez emocional, habiendo un desequilibrio afectivo que se proyecta en las conductas repetitivas. Su comportamiento tímido, retraído, inhibido, producto de una inseguridad básica es paradójico con el ataque sexual.

El hogar del delincuente sexual está desintegrado, hay una falta de supervisión, carencia de afecto y cuidados, a consecuencia de esto el individuo se sintió confundido y con una conflictiva en el área sexual. A estos sujetos se les negaron las dos necesidades fundamentales: seguridad y afecto, ante estas carencias exterioriza hostilidad y resentimiento.

Se dice que la estructura y calidad de las relaciones familiares son un factor importante en el desarrollo de los niños. Durante su crecimiento, la calidad de la relación con sus padres y otros miembros de la familia es importante, ya que dependiendo de ésta se marcará la forma en que estos niños se conviertan en adultos y se relacionen y valoren a otros miembros de la sociedad. Estas relaciones tempranas, a menudo llamadas “vinculación”, pasan a un plano de modo que el menor se relacione con situaciones ajenas a la familia.

En la mayoría de los casos el ofensor sexual fue maltratado o abusado durante la infancia. El ataque sexual se pudo haber presentado como un abuso sexual, violación,

acoso sexual, incesto, estando, en todas ellas, libre de culpa la víctima, siendo más bien los responsables el ofensor y la sociedad, esta última promoviendo el que los hombres no deben expresar sus emociones si no que las deben mantener controladas, además de a las otras personas y el entorno en el que están, siendo esto una dificultad que les impide revelar libremente el haber sido víctima de un ataque sexual, ya que sufren además un fuerte choque emocional porque consideran que nunca van a ser víctimas, y mucho menos en el plano sexual.

El motivo del ataque sexual no es primordialmente el placer o la satisfacción sexual, no importa si es hombre o mujer, si no que tiene que ver más con aspectos como el control, dominación y humillación.

El sexo es utilizado como un arma contra la víctima, como consecuencia, a la mayoría de los hombres sobrevivientes les va a preocupar su sexualidad, en lo relacionado con su posición masculina, su posición entre hombres, la masculinidad de su conducta, sus preferencias sexuales, la frecuencia y satisfacción de su actividad sexual o su capacidad para la intimidad sexual, pudiendo afectar esto a la víctima aun después de años del ataque (www.europofem.org/02.info/22contri/2.05.es/5es.sex/oles_sex.htm).

Muchos hombres víctimas de ataque sexuales llegan a ser considerados como homosexuales, ya que la sociedad en general piensa que durante estos ataques se busca la gratificación sexual ignorando todo aquello relacionado con el poder y control, así, sufre el estigma social de ser considerado homosexual junto con la sensación de culpa por el ataque.

Otro mito estigmatizante que hace que los hombres callen es que se considera que toda víctima de ataque sexual llega a convertirse en un ofensor sexual a su vez, si bien, en muchos casos esto sucede, no en todos, después de todo hay que recordar que el ataque sexual es siempre la elección del ofensor, sin importar si éste fue abusado en la niñez.

El ataque sexual de hombre contra hombre refuerza y apoya la naturaleza patriarcal de la sociedad, como lo afirman Anne Game y Rosemary Pringle en su libro Género en Acción, citadas por Dez Wilwood:

www.europrofem.org/02.info/22contri/2.05.es/5es.sex/oles_sex.htm, el patriarcado es una estructura que da a algunos hombres poder sobre otros hombres, y a todos los hombres poder sobre las mujeres.

2.4 ¿EXISTE UN PERFIL DE OFENSOR SEXUAL?

Según el Master Mario García H. (2001)¹⁰, si bien no existe, en términos psicológicos, un perfil único que defina a todo agresor sexual, sí existen conductas habituales que permiten hacer un patrón característico de la persona, conservando cada una algo particular. Lo mismo opina la Master Carmen Zeledón G. (2005)¹¹ al afirmar que las investigaciones hechas con respecto a este tipo de ofensores hablan de ciertas características pero no establecen un perfil específico, incluso personas con capacidades intactas y sin trastorno alguno pueden cometer este tipo de ofensas.

Por su parte, el Lic. Walter Ramírez (2005), prefiere hablar más de factores de riesgo, siendo estos una mezcla de factores socioeconómicos (ej. pobreza), familiares (peleas entre los padres, falta de afecto, etc.) y personales (ciertos rasgos de personalidad). Considera que los más importantes son el acceso indiscriminado a la pornografía (a una edad promedio de 10 – 11 años), lo cual distorsiona la sexualidad en su vínculo afectivo, una historia de violencia en cualquiera de sus manifestaciones, problemas en las relaciones de pareja de sus progenitores (encontrándose los ofensores en medio de la problemática), no hay una figura de autoridad clara y definida (lo que conlleva a problemas de conducta), historia de machismo y determinados rasgos de personalidad (antisocial, narcisismo, entre otros), los cuales unidos a lo anterior (por si solos no basta) hacen que una persona sea más propensa a cometer este tipo de ofensas.

¹⁰ García H., Mario. (2001, setiembre). El Señor Z. Caso de un Violador Serial. Revista de Medicina Legal de Costa Rica, N° 2, vol. 18. Costa Rica: Asociación Costarricense de Medicina Forense, p. 78-84

¹¹ Psicóloga y Perito Forense de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Complejo de Ciencias Forenses, Poder Judicial. San José, Costa Rica

2.5 TIPOS DE DELITOS Y TRASTORNOS SEXUALES

El hogar es, y ha sido, el lugar más frecuente y cotidiano donde se realizan los delitos sexuales, ya que las personas con quienes se tienen vínculos afectivos de confianza y familiaridad, son los que con mayor facilidad y frecuencia abusan y agreden sexualmente. Estas personas se aprovechan de su jerarquía y autoridad, aparte de la confianza que se les tiene, entre ellos están los padres, padrastros, tíos, hermanos, abuelos o amigos muy cercanos, los cuales se aprovechan de los lazos cercanos, del chantaje, las amenazas y la violencia, para agredir y abusar sexualmente en la más completa impunidad.

2.5.1 EL DELITO DE VIOLACIÓN

Según Marchion (1990), violación es la relación sexual impuesta y consumada con violencia, en la cual la víctima es forzada a realizarla (p.25).

Si bien el tipo de violación va a depender del agresor y las circunstancias, se puede hablar de violación clásica, que es una conducta primitivamente agresiva, y violación sádica, donde la satisfacción se obtiene más por la expresión de la agresión violenta y sádica sobre el cuerpo de la víctima que por la significación genital de la conducta; en ocasiones no llegan a cometer la violación si no que se complacen hiriendo, golpeando o matando a la víctima.

El violador realiza la formación, sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido (a), anulando así su resistencia (violencia física), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar daños, le impiden resistir (violencia moral).

Ya sea en cualquiera de estos dos tipos de violencia, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose de esta manera el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia sexual. Los ataques se manifiestan en forma de amenaza, injurias, intimidaciones, golpes, privación violenta de libertad física, asalto, lesiones más o menos graves y aun homicidio.

En este último caso hay que distinguir el homicidio que se dio como expresión de una sexualidad anómala ya que sólo a través de él consiguen el orgasmo, de aquel que se dio durante la violación es vencer la resistencia de la víctima o impedir que llame la atención. Los sujetos que matan a sus víctimas después de violarlas actúan motivados por el temor a las consecuencias sociales y por el que les produce la intensidad de su propia agresión sexual (Marchiori, 1990:27).

Como los homicidios, la violación se explica entonces por la predisposición a veces sólo latente, se trata de una descarga, el acto se vive entonces como más o menos incontrolable.

Algunos individuos sólo pueden superar su vivencia de sentimientos de inferioridad a través de impulsos sádicos o violando a su pareja, otros deben agredir sexualmente a la mujer de otro. Los individuos que cometen violación no pueden aceptar las pautas sexuales de la masculinidad porque se sienten acosados por el temor de exteriorizar su ineficacia sexual, siendo frecuente encontrar tendencias femeninas inconscientes (Marchiori, 1990:26-27).

Los mitos que giran en torno a la violación son bastante conocidos y discutidos. Uno de ellos proclama que “la mujer es la que provoca este tipo de acto sexual”, debido a esto se considera válido cuestionar a la mujer por la hora y el lugar donde estuvo, cómo estaba vestida, la forma en que caminaba, bailaba o se comportaba, culpabilizando a la mujer y justificando la acción del violador. Se parte de la creencia de la responsabilidad de la mujer en el riesgo que está asumiendo y por lo tanto en sus consecuencias, así como en si incurre en ciertos comportamientos que la sociedad considera como impropios en las féminas.

Es ilógico pensar que un niño (a) de escasa edad o una persona con sus facultades mentales afectadas, den su consentimiento para que se les acaricie, lo hacen sin pensar en la malicia del sujeto activo, sobre todo si el agresor es un miembro de la familia o un conocido. Se trata de un delito de “propia mano” por requerir del comportamiento corporal del autor, no se requiere acceso carnal para la consumación del hecho punible, no se trata de la realización del coito, sino de otros comportamientos provistos de significación sexual diferentes del acceso carnal. Se requiere una

aproximación corporal con o sin desnudez y, en consecuencia, no bastan ni las palabras ni la simple contemplación, siempre que ésta no sea el resultado de la acción física de desnudar a la víctima.

En el caso del Rapto, para Irureta Goyena (citado por Gutiérrez, 1999)¹², es la sustracción o la retención de una persona, ejecutado por medio de la violencia o fraude, con propósitos deshonestos o matrimoniales. La seducción simple ausente de todo engaño o violencia puede ser un posible medio de ejecución del rapto cuando recae en mujeres muy jóvenes o si el raptor se aprovecha de la capacidad de resistencia de la víctima por enfermedad de la mente o el cuerpo o por semejantes estados de indefensión, ya que en estos supuestos el responsable no necesita emplear fuerza o intimidación ni medios fraudulentos o seductivos

El rapto consiste en las acciones de sustraer o retener a cualquier persona con propósitos lúbricos o matrimoniales realizados:

- a. por medios violentos o engañosos,
- b. aprovechando su incapacidad de resistir y
- c. tratándose de una mujer muy joven, por medios seductivos.

Con referencia a la corrupción típica, esta es el resultado en que se ha deformado el sentido naturalmente sano de la sexualidad, sea por lo prematuro de su evolución, sea porque el sujeto pasivo llega a aceptar como normal, para su propia conducta, la depravación de la actividad sexual.

La acción corruptora debe ser medida no ya en relación con un tipo perfecto de relación sexual monogámica y casta, sino con el tipo de pura relación sexual en el sentido biológico-natural. La acción para que sea corruptora debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcarle a la víctima el hábito de las prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma prematura sobre una sexualidad aun no desarrollada, lo que puede dejar una huella psíquica de carácter deformante o perverso.

¹² Gutiérrez, Maribel. (1999). Delitos Sexuales. San José, Costa Rica: EUNED

En referencia al Proxeneteta, que implica el fomento de la prostitución a través de la administración, regencia o sostenimientos de lugares donde se ejerza, por cualesquiera acto de favorecimiento o tercería de la prostitución ajena. El fin de lucro y el de satisfacer deseos de otros (deseos de carácter sexual, sean ellos normales o anormales, con personas indeterminadas) son las formas normales de proxenetismo, o la mediación que es la figura tradicional.

Promueve el proxenetismo quien engendra en el menor la idea del ejercicio de la prostitución o de las prácticas corruptas, le impulsa a otras que suponen un grado mayor de depravación o lo incita a que no cumpla su propósito de abandonar el alcanzado.

2.5.2 SEGÚN EL DSM – IV TR

El DSM – IV¹³, en su sección Trastornos Sexuales y de la Identidad Sexual describe:

- A. Disfunciones Sexuales: se caracterizan por una alteración del deseo sexual, por cambios psicofisiológicos en el ciclo de la respuesta sexual y por la provocación de malestar y problemas interpersonales. Comprenden:
- a.1 Trastornos del deseo sexual: deseo sexual hipoactivo, trastorno por aversión al sexo.
 - a.2 Trastornos de la excitación sexual: trastorno de la excitación sexual en la mujer, trastorno de la erección en el hombre.
 - a.3 Trastornos orgásmicos: disfunción orgásmica femenina, disfunción orgásmica masculina, eyaculación precoz.
 - a.4 Trastornos sexuales por dolor: dispareunia, vaginismo.
 - a.5 Disfunción sexual debido a una enfermedad médica.
 - a.6 Disfunción sexual inducida por sustancias.

¹³ Asociación Americana de Psiquiatría. (2002). Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. Texto Revisado. España: Masson, S.A.

a.7 Disfunción sexual no especificada.

B. Parafilias: se caracterizan por impulsos sexuales intensos y recurrentes, fantasías o comportamientos que implican objetos, actividades o situaciones poco habituales. Producen malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo. Incluyen:

b.1 Exhibicionismo.

b.2 Fetichismo.

b.3 Frotteurismo.

b.4 Pedofilia.

b.5 Masoquismo sexual.

b.6 Sadismo sexual.

b.7 Fetichismo transvestista

b.8 Voyeurismo.

b.9 Parafilia no especificada.

C. Trastornos de la Identidad Sexual: se caracterizan por una identificación intensa y persistente con el otro sexo, acompañada de malestar persistente por el propio sexo. La *identidad sexual* hace referencia a la percepción que tiene un individuo de sí mismo como hombre o mujer. El término *disforia sexual* denota sentimientos intensos y persistentes de malestar con el sexo asignado, así como el deseo de poseer el cuerpo del otro sexo y de ser considerado por los demás como un miembro del otro sexo.

D) Trastorno Sexual No Especificado: se incluye para codificar trastornos de la actividad sexual que no son clasificables en una de las categorías específicas

2.6 PROBLEMÁTICA AL TRABAJAR CON UN OFENSOR SEXUAL

Según Carmen Zeledón (2005), uno de los problemas se presenta cuando se realiza la valoración pericial debido a que puede presentarse una simulación patológica por parte del imputado para poder ser exonerado de la culpa o, también, simulan una aparente normalidad mintiendo acerca de su sexualidad y al nivel de relaciones interpersonales, con el fin de obtener un beneficio propio.

Asimismo, menciona que otro problema se presenta con relación a los que deciden asistir a tratamiento, ya que tienen mayor grado de reincidencia que aquellos que nunca ingresaron, esto por el objetivo verdadero que persiguen, el cual es como un puente para salir y no para curarse, es decir, actúan en forma manipuladora, más por razones psicopáticas ya que no generan sentimientos de culpa. Ahora bien, ella hace la aclaración de que así como sí hay personas que quieren asistir al tratamiento y otras no lo desean, están aquellas que por sus conductas disociales y psicopáticas sólo lo utilizan para fines propios.

Por su parte Laura Chacón (2005)¹⁴ considera que la mayor dificultad es que los ofensores suelen negar su problemática y actuar a la defensiva, lo que hace que lo más difícil de trabajar sea el nivel de conciencia, de aceptación y de compromiso.

El Lic. Walter Ramírez (2005) opina que son varias las problemáticas:

- a) Problemas institucionales: no hay instituciones que puedan contener a estos jóvenes. La ley es menos restrictiva.
- b) No hay un abordaje familiar que vaya paralelo al tratamiento del menor.
- c) Cambiarle al adolescente sus programaciones mentales, afectivas y conductuales.

Los ofensores de mayor riesgo son aquellos que han empleado algún tipo de fuerza física y verbal y, por ende, son diferentes a los de riesgo bajo y medio.

¹⁴ Psicóloga y Perito del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial. San José, Costa Rica.

- d) Este tipo de programas de atención necesita de personas con capacidades cognitivas básicas, pero a veces, son referidos menores con cierto grado de retardo mental.

2.7 VALORACIÓN DEL OFENSOR SEXUAL. INSTRUMENTOS QUE SE UTILIZAN

Según Aguilar y Morales (2003)¹⁵, las evaluaciones forenses en material penal son solicitadas para diagnosticar diferentes posibilidades. En el Derecho Penal costarricense se utilizan para: casos de imputabilidad en el momento del hecho, analizar la personalidad del delincuente, se solicitan evaluaciones pronóstico y de diagnóstico, finalidad de determinar la capacidad para comparecer como testigo, valoración del daño en víctimas de abuso sexual y evaluación de ofensores sexuales (p. 208).

Con respecto a este último que es el tema de interés de este trabajo, la evaluación de los imputados en delitos sexuales deriva del artículo 87, inciso a, del Código Procesal Penal, y si bien, generalmente, no se especifica por la parte que solicita el dictamen los aspectos sobre los cuales quiere que verse éste, los peritos, usualmente, los extienden sobre los siguientes puntos: determinar si el individuo conoce el carácter ilícito de los hechos, si está mintiendo o simulando enfermedad mental, determinar el nivel de peligrosidad y recomendar el tratamiento adecuado (p. 228).

Giselle Aguilar (2000), citada por Aguilar et al., (2003) considera al ofensor sexual como

un delincuente cuya conducta tiene una dimensión de enfermedad mental muy definida. En la evaluación se debe partir de varias premisas:

- **El mejor predictor de conducta futura es la incidencia de esta conducta en el pasado.**

¹⁵ Aguilar A., Maritza y Morales B., Alexandra. (2003). La Valoración Judicial de la Prueba Pericial Psicológica en Delitos Sexuales. Tesis. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica

- **La conducta sexual es parte de un patrón complejo de factores que incluye biología, fisiología, aprendizaje y actitudes culturales.**
- **Los patrones de excitación sexual son estables y emergen en la adolescencia.**
- **Los patrones de excitación y conducta sexual se mantienen por medio de la fantasía, la masturbación y el orgasmo.**
- **Los delitos sexuales son siempre atendidos por un impulso o un proceso mental.**
- **La conducta sexual desviada tiene un patrón progresivo. (p. 228)**

Afirma Carmen Zeledón (2005) que la valoración que se le realiza a una persona acusada de un delito sexual es igual que la hecha a cualquier imputado, no obstante se hace una mayor profundización en lo que respecta a la historia sexual, condiciones antecedentes, sexualidad en la familia de origen y presente, relación con la víctima, que incluya características, selección y preparación de la víctima, relación de autoridad con la víctima, también debe indagarse la preparación para la conducta ofensora, análisis del delito y sus circunstancias, para determinar el nivel de gravedad, la conducta posterior al delito, los pasos para evitar la detección, pasos para asegurar el silencio de la víctima, cómo lidió con la ansiedad después de la ofensa. Se debe determinar la respuesta a largo plazo, la actitud hacia su detención, el grado de empatía con la víctima, la percepción de su problema y necesidad de tratamiento, la cooperación con la investigación (Aguilar et al., 2003: 230).

Si bien es preferible que al ser un hombre el imputado la evaluación la haga un hombre también, debido a que es inevitable el hecho de que se vive en una sociedad patriarcal y se debe evaluar la sexualidad de la persona, la experta considera que todo depende del tipo de entrevista y del profesionalismo de la persona a realizarla.

Las pruebas que se le aplican, en casos de valoraciones para juicio y libertad condicional, van a ser:

1. Test de Personalidad
2. Test de Inteligencia

3. Escala de Hostilidad

4. Escala de Impulsividad

5. Escala de Valoración de Riesgo y Violencia (ej. SORAG, no evalúa la conducta en sí sino el tipo de riesgo).

Y en otros países, pero no en Costa Rica, se utiliza el Inventario Multifásico Sexual, el cual ha cobrado popularidad como forma de tratamiento.

El problema con las pruebas, según la experta, es que son fácilmente manipulables.

En lo que respecta al dictamen pericial, al no haber un perfil específico, se van a describir las características de la persona, va a interesar la capacidad mental, la capacidad de juicio, el coeficiente intelectual, la capacidad de reconocer si los actos están o no aceptados socialmente y si reconoce las consecuencias de estos.

Además, de los trastornos de la personalidad que están más relacionados con rasgos disociales o psicopáticos, historia delictiva (fugas de la escuela, maltrato de animales), otras causas legales que hablen de su tendencia a este tipo de conductas (sexuales), control de impulsos, conductas acting – out, manejo de la ansiedad, algún trastorno mental, si está psicótico o no, algún tipo de tratamiento médico, niveles de enojo u hostilidad y manejo de los mismos.

En cuanto a los peritos de Trabajo Social y Psicología, afirma Chacón (2005), que aplican:

1. Una prueba de inteligencia (para demostrar la imputabilidad).

2. Tienen dos instrumentos elaborados por ellos mismos.

3. Teste Oraciones Incompletas.

4. Bender.

5. Figura Humana.

6. MMPI

Además de una entrevista semiestructurada que se va a modificar dependiendo del caso específico.

Por su parte, Ramírez (2005) utiliza una entrevista y una observación clínicas, en algunos casos se evalúa el coeficiente intelectual y a otros se les da tratamiento

farmacológico, en casos de depresión y trastornos de ansiedad. Asimismo, puede llegar a necesitar aplicar el Rorschach, pero esto para casos aislados.

Según Ching (2002), existen 3 aspectos que deben ser tomados en cuenta en la valoración de los ofensores sexuales: consentimiento, igualdad y coercitividad, en relación con éstas agrega:

las tres características antes citadas no se realizan aisladamente, sino dentro de un contexto abusivo que produce crisis y esto implica un estado de desorden mental que muchas veces paraliza a la víctima; primero, porque es algo inesperado en lo que nunca ha pensado que le sucederá. Segundo, porque se da en una relación de poder, en el mejor de los casos, suficiente para no tener que usar amenazas, intimidaciones verbales, con armas, etc. Y la tercera, se da un fraude emocional o traición de parte de la persona que llegó a admirar, querer, respetar; esta situación le toma por sorpresa y atónito y desequilibrado, puede sufrir anulación su voluntad para defenderse.

Estos tres elementos servirán para valorar el relato de las víctimas, la peligrosidad del ofensor, fundamentalmente porque nos darán una idea de la calidad del abuso y de cuáles podrían ser las víctimas vulnerables (p. 129).

2.8 ¿CUÁLES SUELEN SER LAS PREGUNTAS LEGALES MÁS FRECUENTES?

- ♦ Valorar la capacidad mental.
- ♦ Si reconoce las consecuencias de sus actos.
- ♦ Tipo de personalidad.
- ♦ Capacidades cognitivas y volitivas para reconocer las conductas lícitas e ilícitas.

Básicamente, las preguntas legales específicas para las que busca respuesta es juez son:

1. ¿Es imputable o inimputable?

Ante ésta, el psicólogo evalúa los rasgos de personalidad del sujeto que podrían explicar (no que lo explican con certeza) si el delito se dio o no.

2. ¿Es una persona peligrosa? ¿Nivel de riesgo?

Esto a través de la historia delictiva, la reincidencia en determinadas conductas, manejo del enojo, capacidad cognitiva, respuestas contenciosas, si hay “insight” del delito, si cuando salga de prisión existen elementos externos de contingencia.

No obstante, el (la) perito tiene la potestad para elegir otros aspectos que reconoce son relevantes para la causa y por ende deben ser del conocimiento tanto del juez como de las partes.

Aclara Zeledón (2005) que en el ámbito forense no se habla de una certeza, de una verdad o mentira, sino que se hacen predicciones en relación con lo que se desea saber. De hecho, en el informe no se dice “el sujeto presenta...”, sino, “el sujeto impresiona con...”

En cuanto al ámbito penal juvenil, dice Chacón (2005) que no hay una pregunta legal específica sino que lo que se suele solicitar es un “Estudio Psicológico”, y ha sido con el tiempo y la experiencia que han podido ir definiendo lo que realmente se desea. El peritaje, entonces, se realiza con base en una entrevista, pruebas psicológicas, una observación conductual y una revisión documental, indagando acerca de la familia, los antecedentes delictivos, la sexualidad, drogas, personalidad, así como el grado de conciencia que se tenga de la problemática y la disposición para recibir tratamiento.

Y las conclusiones incluyen los aspectos cognitivo y emocional – afectivo, así como los recursos internos y externos que tiene el joven para reinsertarse a la sociedad, que al fin de cuentas es lo que busca la Ley Penal Juvenil.

2.9 ¿HAY UNA “CURA” PARA ESTAS PERSONAS?

Zeledón (2005) opina que más que hablar de una cura, mejor hablar de lograr una estabilidad de conductas por parte del sujeto, pudiéndosele dar herramientas para reconocer y controlar los impulsos.

Por su parte Chacón (2005) afirma que ellos les daban el ejemplo de una persona alcohólica, la cual siempre va a tener la propensión a consumir pero no por eso no van a poder tener una vida normal. Se les enfatiza mucho lo que tiene que ver con las situaciones de riesgo y como no exponerse a ellas.

2.10 DIFERENCIAS ENTRE UN OFENSOR ADULTO Y UNO JUVENIL

Los ofensores sexuales no pueden reconocerse a una edad temprana, sino que generalmente se hace después de que cometen su primera ofensa, siendo su conducta impulsiva o regida por distorsiones cognitivas y deseos del sujeto. El adolescente no sabe si está realizando una conducta delictiva o una exploración en sí misma.

Para Ramírez (2005) los adolescentes tienen un mejor pronóstico que los adultos.

Ahora bien, en cuanto a la evaluación, Zeledón (2005), expresa que en el caso de los ofensores juveniles los instrumentos de medición van a ser diferentes, pero la posición del psicólogo es igual a la del adulto, utiliza el mismo vocabulario, no expresa emociones ni juicios de valor, intenta que el sujeto de descripciones más detalladas y no establece alianzas para no contaminar la información.

En la elaboración del informe hay que establecer que hay una diferencia a nivel del desarrollo de acuerdo a la edad del sujeto (reconocimiento de la sexualidad, impulsos exploratorios, en la adolescencia no está estructurada la personalidad en sí). Los adolescentes aun están bajo la tutela del Estado por lo que hay instituciones que los pueden contener y tienen recursos para el tratamiento, mientras que los adultos tienen problemas en cuanto los sistemas de control externo, ya que no hay instituciones inmediatas para controlar y contener sus conductas, a menos que vayan a prisión.

Asimismo, también hay diferencias con relación a la capacidad de entendimiento de la conducta delictiva (ver el por qué de la misma) y si de fondo hay un trastorno de la personalidad y su propia ubicación dentro del desarrollo del individuo.

Para Chacón (2005), el hecho de que son seres humanos menores, en formación, permite que sean más moldeables y con apertura al cambio. Los adultos tienen un patrón de comportamientos y pensamientos más arraigado.

2.11 PROGRAMAS DE TRATAMIENTO PARA OFENSORES SEXUALES JUVENILES

2.11.1 Hospital Nacional de Niños. Clínica del Adolescente

Encargado: Lic. Walter Ramírez Mora

-Población: jóvenes de 12 a 18 años.

-Duración: 2 años.

-Quién los remite?: denuncias de la Corte, PANI o CCSS

-Orientación psicológica utilizada: Teoría Sexo – Género y la Cognitiva – Conductual.

-El programa se divide en tres fases:

- Primera fase: se hace la inducción y se evalúa si son de bajo, medio o alto riesgo.

Debe haber un reconocimiento parcial de los hechos por parte del menor.

- Segunda Fase: dura 6 meses y deben asistir 1 vez por semana por 2 horas.

-Se realiza un trabajo temático:

a. Poder (formas: saludable y no saludable).

b. Sexualidad: perspectiva biológica, mandatos sociales, rol del hombre y el de la mujer.

c. Empatía con la víctima.

d. Asertividad (comunicación sentimientos).

e. Barreras internas y externas del abuso sexual.

f. Círculo del abuso sexual (historia familiar, de su vida, problemas más importantes).

g. Realizan un plan de prevención (cómo lo proyectan, situaciones de riesgo y cómo enfrentarlas). Se hace con base en los factores internos de cada participante.

- Tercera Fase: dura año y medio, se da un seguimiento grupal, debiendo asistir 1 vez al mes.

-En este momento hay de 3 a 4 grupos simultáneos.

2.11.2 Departamento Trabajo Social y Psicología. Poder Judicial

- Tiempo en el que se ha estado impartiendo: 3-4 años. Se trabajaron de 6 a 7 grupos.
- Población: jóvenes de 12 a 18 años.
- Duración: 1 año.
- Quién los remite?: Juzgado Penal Juvenil, porque tienen una suspensión del proceso a prueba (por lo que no han ido a debate ni han sido encontrados responsables)
- Orientación psicológica utilizada: Teoría Sexo – Género y la Cognitiva – Conductual.
- El programa se divide en tres fases:
 - Primera fase: se hace la inducción. Debe haber una aceptación de los hechos por parte del menor.
 - Segunda Fase: dura 6 meses y deben asistir 1 vez cada 15 días de 2 a 3 horas. Básicamente se trabaja el tomar conciencia de la ofensa y prevenir la reincidencia.
- Se realiza un trabajo temático: poder (formas: saludable y no saludable).
- Sexualidad: perspectiva biológica, mandatos sociales, rol del hombre y el de la mujer.
- Empatía con la víctima.
- Asertividad (comunicación sentimientos).
- Barreras internas y externas del abuso sexual.
- Círculo del abuso sexual (historia familiar, de su vida, problemas más importantes).
- Realizan un plan de prevención (cómo lo proyectan, situaciones de riesgo y cómo enfrentarlas).
 - Tercera Fase: dura 6 meses, se da un seguimiento grupal, debiendo asistir 1 vez cada 2 meses. Se amplía el plan de prevención y se revisan las dificultades para cumplirlo.
- Este programa ya no se imparte por más tiempo debido a que se ha establecido el dilema de que el psicólogo forense no puede cumplir una doble labor, como perito y como terapeuta, y no hay suficiente personal para dividir las funciones. Los jóvenes que eran remitidos a este programa lo serán ahora al de la Clínica del Adolescente.

2.12 GENERALIDADES DEL TRATAMIENTO DE OFENSORES SEXUALES

El tratamiento de los ofensores sexuales difiere del de otros, principalmente por la naturaleza de la persona y sus problemas psicológicos a los que se les suman los patrones de conducta sexual desviados. Tienden a emplear estrategias defensivas (como negación, racionalización, minimización y represión) junto con miedos de persecución, pérdida de empleo y de la familia, rechazo comunitario y sus propios conflictos morales y de valores.

Hay negación hacia la terapia, están enojados y se centran sólo en sus sentimientos porque se sienten tratados injustamente por haber sido expuestos a la vergüenza pública, además de que se les dice con quién y dónde residir, con quién pueden o no tener contacto y qué tipo de actividades diarias pueden realizar, por lo que tienden a asistir a recibir el tratamiento por mandatos de otros, principalmente por el sistema judicial, y no por voluntad propia.

Suelen presentar patrones de distorsiones cognitivas muy grandes, siendo estos los mayores obstáculos para el éxito de la terapia.

Por esto, Fonseca (2002)¹⁶ sugiere como aspectos importantes que se deben trabajar con ellos:

-Patriarcado.

-Poder, control y sentimientos.

-Tipos de ofensa.

-Culpa vs. Responsabilidad

-Mitos.

-Errores de pensamiento característicos del ofensor: justificar, minimizar y racionalizar para seguir haciendo lo que hicieron.

-Conceptos de coerción, condescendencia, consentimiento.

Además, sugiere que se realice una confrontación con cada error de pensamiento que tenga preguntándosele qué pretende con eso, por ejemplo:

Error: "No fue mi culpa" □ ¿Qué pretende? Responsabilizar al otro.

¹⁶ Fonseca, Cristina. (2002, mayo - agosto). Taller: Tratamiento a Víctimas y Ofensores en Violencia. San José, Costa Rica

Error: "Nunca fue planeado" □ ¿Qué pretende? Que fue instintivo.

Otro aspecto a trabajar con ellos es el patrón ofensivo que incluye:

- El acicalamiento: es parte del patrón ofensivo, es ir buscando a la víctima adecuada a él, que le tenga confianza, debe asegurarse que no lo va a acusar. Cuando comete la ofensa lleva mucho tiempo trabajando y ganándose la confianza de los padres.
- El mantenimiento: siempre estar hablando, pensando y actuando en función de lo sexual, lo cual se da por la socialización, Cuando a la sexualidad se le quita lo erótico, ya tiene más libertad de hablar, y ellos necesitan practicar esto.
- Planificación: para esto necesita usar errores de pensamiento así como de pensamientos de mantenimiento.

Hay que enseñarle al ofensor que él puede mantener el control de su excitación, con esto se logra bajar el mito de que todo es instintivo. Cuando se manejan bien las barreras internas no se cometen las ofensas, de la misma forma como se controla la excitación.

También hay que trabajar habilidades sociales, asertividad, hablar de sexualidad, aclarándoles que el muchacho que se masturba continuamente, planea de forma constante la ofensa.

CONCLUSIONES

Definitivamente, para resolver los casos remitidos desde la perspectiva terapéutica, relacionados con algún tipo de delito, en este caso en particular, con ofensas sexuales, se necesita de un arduo trabajo conjunto entre el Derecho y la Psicología, porque uno sólo no podría obtener el mayor beneficio para la sociedad, la víctima y el ofensor, en virtud del principio de igualdad ante la ley y el del debido proceso en materia penal.

No obstante, se debe enfatizar el gran trabajo que deben realizar los peritos forenses al valorar a este tipo de población, principalmente por las características

particulares que presentan e impiden, en muchas ocasiones, obtener un pronóstico favorable en todos los casos.

De allí la importancia de que reciban tratamiento adecuado aquellos ofensores que aún se encuentran en la adolescencia o adultez joven debido a que según los expertos en esta materia, es un momento idóneo para trabajar con ellos sus creencias irracionales y distorsiones cognitivas, las cuales, en los adultos con mayor edad, se encuentran ya muy arraigadas y son difícilmente modificables.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar A., Maritza y Morales B., Alexandra. (2003). La Valoración Judicial de la Prueba Pericial Psicológica en Delitos Sexuales. Tesis. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica

Asociación Americana de Psiquiatría. (2002). Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. Texto Revisado. España: Masson, S.A.

Fonseca, Cristina. (2002, mayo - agosto). Taller: Tratamiento a Víctimas y Ofensores en Violencia. San José, Costa Rica

García H., Mario. (2001, setiembre). El Señor Z. Caso de un Violador Serial. Revista de Medicina Legal de Costa Rica, N° 2, vol. 18. Costa Rica: Asociación Costarricense de Medicina Forense, p. 78-84

Gutiérrez, Maribel. (1999). Delitos Sexuales. San José, Costa Rica: EUNED

Heilburn, Kink. (2001). Principles of Forensic Mental Health Assessment [Principios de la Valoración Forense de la Salud Mental]. New York, United States: Plenum Publishers

- Ching Céspedes, Ronald. (2002). *Psicología Forense. Principios Fundamentales*. San José, Costa Rica: EUNED
- López, Rodríguez, Jenny. (2005). *Evaluación y Tratamiento de Ofensores Sexuales. Presentación de Power Point. Elaboración propia*. San José, Costa Rica.
- Marchiori, H. (1990). *Personalidad del Delincuente*. México: Editorial Porrúa, S.A.
- Patitó, José A. (2003). *Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense*. Argentina: Editorial Quorum
- Somoza Montero, María José. (2005, abril). Entrevista con Laura Chacón Mora, psicóloga y perito del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial. San José, Costa Rica
- Somoza Montero, María José. (2005, abril). Entrevista con Walter Ramírez, psicólogo de la Clínica del Adolescente del Hospital de Niños, San José, Costa Rica
- Somoza Montero, María José. (2005, abril). Entrevista con Carmen Zeledón G., psicóloga y perito de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense, del Complejo de Ciencias Forenses, Poder Judicial. Heredia, Costa Rica
- Spencer, Alec. (1999). *Working with Sex Offenders in Prisons and Through Release to the Community* [Trabajo con ofensores sexuales en prisión y prontos a ser puestos en libertad]. Great Britain: Atheneum Press, Gate Shead, Tyne and Wear
- Varela, Osvaldo; Álvarez, Héctor y Sarmiento, Alfredo. (1997). *Psicología Forense*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo – Perrot S.A.

Zazzali, Julio R. (2000). Manual de Psicopatología Forense. Argentina: Ediciones La Rocca

Zúñiga Morales, Ulises. (2002, enero). Código Penal. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.

Artículos de Internet

Shapira, Valeria. (2005. abril). www.emprendedoresenred.com.ar/articulos/articulo154.htm

Wilwood, Dez. (2005, abril). www.europofrem.org/02.info/22contri/2.05.es/5es.sex/oles_sex.htm

Universidad de Costa Rica
Vicerrectoría de Investigación
Instituto de Investigaciones Psicológicas

Memoria digital

I Simposio Internacional Violencia y sociedad:

Una discusión sobre la violencia social y el malestar cultural

Colaboradores:

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona (OSPDH-UB), Poder Judicial de Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales y Deutscher Akademischer Austausch Dienst (Servicio Alemán de Intercambio Académico)



Introducción

I Simposio Internacional “Violencia y Sociedad”: Una discusión sobre la violencia social y el malestar cultural

Del 01 al 04 de diciembre del 2008 se llevó a cabo en la Universidad de Costa Rica el I Simposio Internacional “Violencia y Sociedad” con el objetivo de analizar la vinculación entre las diversas manifestaciones de la violencia y la dinámica social y las formas en que se manifiesta el malestar contemporáneo en la articulación entre el ámbito de la subjetividad y la dimensión cultural.

Así mismo se leyó la subjetividad de la época a la luz del malestar contemporáneo y las especificidades del sufrimiento social, con el fin de vislumbrar propuestas que reafirmen la posibilidad real de la singularidad y los lazos sociales.

De la misma manera, durante el simposio se analizó el proceso de globalización y su relación con nuevas formas de lógica segregativa, incluyendo la judicialización, la criminalización de la pobreza y la represión selectiva de sectores sociales.

Este encuentro académico brindó un espacio interdisciplinario para la reflexión y el planteamiento de soluciones con el fin de vislumbrar la incidencia que la Universidad puede tener en torno a la formulación de políticas públicas en el tema.

Las dimensiones subjetivas y sociales de la violencia exigen una reflexión sobre sus múltiples manifestaciones, la diversidad de sus causas y las posibilidades de su abordaje.

El análisis de la violencia debe hacerse desde una perspectiva que abarque la pluralidad sociocultural, la inclusión económica y política, así como a partir de una visión ética del desarrollo de los pueblos y de las naciones, a contrapelo de una tendencia global marcada por exclusión y segregación.

En Costa Rica, los indicadores estadísticos de violencia, en general, van acompañados por un incremento en los indicadores de inseguridad social. Con esos datos como argumento, algunos medios de comunicación abogan por la aplicación de medidas represivas y por una transformación regresiva del Derecho.

De esta manera, en el tejido de la discusión colectiva se inscribe una tendencia a la judicialización y la justificación de medidas “excepcionales”.

La juventud recibió especial atención en este simposio ya que es entre los jóvenes donde se manifiesta con claridad el malestar cultural, en la lógica de la economía globalizada, y donde irrumpen los efectos de este fenómeno. Esto hace necesario vislumbrar propuestas que alojen la palabra de los jóvenes como una vía para la construcción de la singularidad y la diferencia.

El análisis de los temas desarrollados dentro de este simposio reconoció la complejidad de la violencia, que requiere de perspectivas múltiples que perciban diversos niveles de significación y capten diferentes efectos subjetivos y sociales. El simposio por ello fue multidisciplinario y pluridimensional.

La metodología de trabajo que fue empleada en el simposio giró en función de los siguientes ejes temáticos:

Causas y consecuencias subjetivas y sociales de la violencia
Respuestas contemporáneas al mal - estar social.
Jóvenes y Violencia
Exclusión / Inclusión

Cada bloque dio inicio con la intervención de un conferencista invitado, seguida por una mesa redonda, un foro o un conversatorio relacionado con el tema.

Tuvo como destinatarios diferentes profesionales y público en general, entre ellos: Profesores, investigadores y académicos en general; Miembros de ONGs de la sociedad civil, afines a las temáticas que se tratarán y Representantes de la clase política con responsabilidades en dichas áreas temáticas.

En la presente edición de la versión electrónica de la Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, ponemos a disposición los textos de las intervenciones de los y las participantes de este simposio, con el fin de que se constituyan en un insumo para la reflexión crítica y el análisis sistemático del fenómeno de la violencia social, para comprenderla, anticiparla y, en la medida de lo posible, para ayudar a crear las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales que contribuyan a su contención.

Comité Científico y Organizador

Dr. Henning Jensen P., Vicerrector de Investigación, U.C.R.
M.Sc. Mónica Vul, Investigadora Instituto de Investigaciones Psicológicas, U.C.R.
Dr. Jorge Sanabria, Director del Posgrado de Psicología, U.C.R.
Dr. Rolando Pérez, Director del Instituto de Investigaciones Psicológicas
Licda. Giselle Boza, Directora Radio Universidad
Dr. Ignacio Dobles, Catedrático Escuela de Psicología, U.C.R.
M.Sc. José Manuel Arroyo, Magistrado Corte Suprema de Justicia
Licda. Cristina Alvarado U., Jefa de Unidad de Promoción, Vicerrectoría de Investigación, U.C.R.
Lic. Filiberto Vega, Vicerrectoría de Investigación, U.C.R.
Bach. Karla Vega, Asistente Instituto de Investigaciones Psicológicas

Participantes

Sr. Víctor Hugo Acuña, Universidad de Costa Rica.
Sra. Wendy Aguilar, Universidad de Costa Rica.
Sr. José Manuel Arroyo, Magistrado de la Sala Tercera de Justicia.
Sra. Shirley Barquero, Centro de Formación Juvenil Zurquí.
Sra. Lara Blanco, Programa de las Naciones Unidas PNUD.
Sra. Guiselle Boza, Universidad de Costa Rica.
Sr. Rodolfo Calderón, FLACSO.
Sr. Armando Campos, ILANUD.
Sra. Francisca Cano, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona OSPDH.
Sr. Elías Carranza, ILANUD.
Sra. Anyelick Campos, Universidad de Costa Rica.
Sr. Fernando Cruz, Corte Suprema de Justicia.
Sra. Laura Chacón, Universidad de Costa Rica.
Sra. María Díaz, Universidad de Costa Rica.
Sra. Paula Dobles, Cátedra Latinoamericana de Criminología y Derechos Humanos Alessandro Baratta.
Sr. Ignacio Dobles, Universidad de Costa Rica.
Sr. Julio César Díaz, Universidad de San Carlos Guatemala.
Sr. Douglas Durán, Universidad Estatal a Distancia UNED.
Sra. Laura Fernández, Universidad de Costa Rica.
Sra. Nora Garita, Universidad de Costa Rica.

Sra. Anny González, Ministerio de Educación Pública.
Sra. Marisol Gutiérrez, Universidad de Costa Rica.
Sr. Miguel Gutiérrez, Estado de la Nación.
Sr. Alirio Wilfredo Henríquez, Universidad de El Salvador.
Sr. Pablo Hernández, DAAD- Alumni.
Sr. Bernal Herrera, Universidad de Costa Rica.
Sra. Dora Herrera, Universidad de Costa Rica.
Sra. Roxana Hidalgo, Universidad de Costa Rica.
Sr. Sebastian Huhn, German Institute of Global and Area Studies, GIGA.
Sra. Milagros Jaime, Universidad de Costa Rica.
Sr. Henning Jensen, Universidad de Costa Rica.
Sr. Carlos Jiménez, Poder Judicial.
Sra. Ety Kaufman, Universidad de Costa Rica.
Sr. Javier Llobet, Universidad de Costa Rica.
Sr. Werner Mackenbach, Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD)
Sra. Yanet Martínez, Universidad de Costa Rica.
Sra. Angela Méndes de Almeida, Pontificia Universidad Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Xenia Mejía, Universidad Nacional Autónoma de Honduras.
Sra. Haydeé Montesano, Universidad de Buenos Aires.
Sr. Alfonso Navas, Poder Judicial.
Sr. Peter Peetz, German Institute of Global and Area Studies
Sr. Rolando Pérez, Universidad de Costa Rica.

Sr. José Pires, Director Regional para América Central y México OIM.
Sr. Eugenio Polanco, Ministerio de Seguridad Pública.
Sr. Iñaki Rivera, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona OSPDH.
Sr. Mariano Rosabal, Universidad de Costa Rica.
Sra. Emma Ruiz del Campo, Universidad de Guadalajara, México.
Sr. Luis Sáenz, Universidad Latina.
Sr. Ricardo Salas, Poder Judicial.
Sra. Adriana Sánchez, Universidad de Costa Rica.
Sra. Vanessa Smith, Universidad de Costa Rica.
Sr. Manuel Solís, Universidad de Costa Rica.
Sr. Carlos Tiffer, Universidad de Costa Rica.
Sra. Larisa Tristán, Universidad de Costa Rica.
Sr. Constantino Urcuyo, Universidad de Costa Rica.
Sra. Isabel Vega, Universidad de Costa Rica.
Sra. Evelyn Villarreal, Estado de la Nación.
Sra. Mónica Vul, Universidad de Costa Rica.
Sr. Mario Zúñiga, Universidad de Costa Rica.

JÓVENES Y VIOLENCIA

JÓVENES EN RIESGO: UNA EXPRESIÓN DEL MALESTAR SOCIAL
(MÓNICA VUL)

LAS DOS FAMILIAS: LA SUSTITUCIÓN DE LAS RELACIONES PRIMARIAS EN TRES
RELATOS DE VIDA DE MIEMBROS DE PANDILLAS SALVADOREÑAS
(MARIO ZÚÑIGA)

ÉTICA, CULTURA Y JUVENTUD
(EMMA RUIZ MARTÍN DEL CAMPO)

JÓVENES EN RIESGO: UNA EXPRESIÓN DEL MALESTAR SOCIAL

MÓNICA VUL GALPERÍN
Universidad de Costa Rica

“En todas partes esta generación parece caracterizarse en términos psicológicos, por una valentía inmensa, una extraordinaria voluntad de actuar, y una confianza, no menos extraordinaria en la posibilidad de cambio .Estas son cualidades y no causas”

HANNA ARENDT “SOBRE LA VIOLENCIA” (1970)

Es entre los jóvenes donde se manifiesta con claridad y donde irrumpen los efectos del malestar cultural: la profunda crisis a nivel del lazo social, la violencia en sus múltiples manifestaciones, los “nuevos síntomas”, que los nombran y etiquetan, la creciente anorexia y bulimia. Presenciamos un proceso ininterrumpido de fragmentación de los lazos sociales, en que la violencia goza de un “espacio privilegiado” y los “síntomas modernos” del malestar y sus efectos se ven reflejados tanto en el ámbito subjetivo como en su dimensión colectiva y social.

Sobre este tema versa la siguiente exposición en que la hipocresía de nuestro tiempo, se escandaliza ante estallidos de violencia; así como ante el hecho de que las adicciones, el alcoholismo, las constantes muertes, por “accidentes” en las carreteras, los homicidios y el suicidio afectan más a los jóvenes que al resto de la población

La propuesta que se desarrolla parte de la concepción de que los jóvenes encarnan una de las formas del malestar en la cultura actual.

Por un lado, en el vínculo social contemporáneo existe la dominación exclusiva de la tecnociencia, el cientificismo y el mercado. Se trata del saber de la ciencia, en que, la globalización constituye uno de los pilares fundamentales de la civilización contemporánea

Por otro lado, la lógica exclusión-inclusión y el estado de excepción, (Agamben, 2005) que pesa sobre los jóvenes.

El entramado jóvenes - violencia - sociedad, así como el lenguaje y las formas de producción de subjetividad son producto de las condiciones sociales, particularmente del lazo social contemporáneo, con esto quiero decir el lazo en tiempos de la globalización.

La condición de joven no es la misma en nuestras sociedades actuales. En este sentido, las categorías adolescencia y juventud se han replanteado. La modernización y la globalización incrementan la necesidad de los adolescentes y jóvenes de encontrar nuevos desafíos y modos de relación con el mundo.

En el sexagésimo primer período de sesiones, el 29 de agosto del 2006, el Secretario General de Naciones Unidas presentó a los miembros de la Asamblea General el informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños y adolescentes, Paulo Sergio Pinheiro¹.

En él manifiesta la profunda seriedad del fenómeno de la violencia que afecta a niños y adolescentes y excede plenamente el ámbito jurídico, plantea que el mismo responde a una multiplicidad de causas de toda índole; sociales, económicas, políticas, culturales y recomienda la “prevención en diversos contextos: familia, escuela, instituciones alternativas de acogida o detención, lugares de trabajo y comunidad.

Siguiendo esta vía de reflexión me permito enunciar algunas preguntas:

¿Qué rasgos definen la subjetividad de la época actual y qué consecuencias tienen particularmente en los jóvenes?

¿Por qué se multiplica el número de sujetos jóvenes con empuje a la violencia?

¿Cómo abordar el sufrimiento particular de cada uno?

¹ Designado por la Resolución 57/90 de la Asamblea del año 2002. El Informe del Experto Independiente para el Estudio de la Violencia contra niños y adolescentes de las Naciones Unidas, se encuentra disponible en <http://www.violencestudy.org/r25> Dicho informe representa a todos los pueblos de las Naciones del mundo y establece recomendaciones para que crezcan y se desarrollen en un mundo mejor.

¿Cómo hacerse destinatarios de su urgencia, en tanto toman la marca que se denomina exclusión, expulsión, fracaso escolar, toxicomanía, suicidio, homicidio?

Hannah Arendt con su implacable lucidez nos señala "...el progreso tecnológico nos está conduciendo directamente hacia el desastre, de que las ciencias, tal y como se enseñan y se aprenden en esta generación, no solo se han mostrado incapaces, de rectificar las consecuencias desastrosas de su propia tecnología, sino han llegado a un punto donde resulta imposible encontrar quehacer alguno que no se convierta en guerra." (Arendt, 1970)

La estigmatización y la discriminación social contra adolescente y joven, los ha sometido a situaciones complejas, entre las que se destacan, la dificultad para que ellos puedan sostener un nombre acompañado de un deseo que los haga sujetos, que se conviertan en actores protagónicos sociales y que participen en la toma de decisiones.

Hoy, los discursos dominantes, aliados a los medios masivos de comunicación tienden, no solo, a negativizar su imagen sino a asociar los significantes violencia y juventud, y a considerarlos peligrosos por el solo hecho de su condición de jóvenes como si al hablar de uno se estuviera indisolublemente refiriendo al otro.

En una realidad social que privilegia lo imaginario y la ficción, los medios de comunicación se encargan de impartir promesas de felicidad, que responden a un ideal de abundancia y progreso, donde el valor cultural de intercambio es aquello que cubre el orden de la necesidad, pero no aquello que responde al orden del deseo, del amor y del lazo social. . Discurso de civilización y cultura que propone "súper sujetos" en procura de acceder a la "súper abundancia".

Ideales de mismidad, belleza, eficiencia y éxito inmediato, sin costos, a condición de que se consuman mensajes ilusorios de imágenes prefabricadas y falseadas. Esta situación lejos de asegurar el camino de acceso a la felicidad convoca al malestar individual y social, y provoca insatisfacción, violencia y finalmente, dolor.

El saber de la ciencia son, hoy en día, las nuevas y variadas formas de Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (*TIC*) muy utilizadas entre los jóvenes, con una influencia especialmente notable en los adolescentes, que si bien fueron creadas para informar pueden convertirse en un *no ligarse a nada*, más que a ellas, tal como lo hace el adicto con la sustancia que consume y después es consumido por ella.

Sin duda la constante explosión tecnológica especialmente en el área de interrelaciones y la informática enlaza a millares de jóvenes en espacios que están cambiando la forma de hacer lazo social, de ser, de pensar la naturaleza de la sexualidad y de construir la subjetividad.

La multiplicación de las tecnologías comunicativas y de información, ha generado la aparición de nuevos lenguajes de la hiperconectividad, diferentes códigos para realidades diversas.

Jóvenes atravesados por una ciber-época, pasan su vida, surfeando literalmente dentro de la computadora, franqueando múltiples fronteras de espacio y tiempo y permitiéndose contactos entre ordenadores. Las redes sociales son grupos de personas relacionadas entre sí por temas o afinidades específicos. Sitios como *MySpace*, *Facebook*, *Hi5*, entre muchísimos otros, permiten intercambiar comentarios, contenidos de audio y video, fotografías; hacer amigos en cualquier parte del mundo y “perteneer” a un grupo que en teoría los comprende y comparte los mismos intereses.

Se conectan virtualmente con sus amigos, y chatean por medio de las pantallas, eso no es complicado ni implica demasiado riesgo aunque sí, cierta forma de comunicación.

La aceleración de los cambios y de los encuentros lleva a revalorizar momentos los momentos presentes frente a las pantallas. Ellos han crecido y se han construido subjetivamente en un mundo tecnológico y a esa modalidad responden sus subjetividades contemporáneas.

El riesgo está, cuando, protegidos por el anonimato o inventando y simulando vidas paralelas e identidades ganadoras. En juegos de la red, no salen de las computadoras y viven una vida *ciber-espacial*.

Numerosos sitios de Internet tienen como fin reunir a potenciales suicidas, mientras que otros dan consejos sobre cuáles son los mejores métodos para quitarse la vida, e incluso ofrecen paquetes con todo lo necesario para hacerlo.

Internet, constituye una revolución tecnológica sin precedente para la informática y las comunicaciones y con consecuencias en la transformación para la vida privada y pública que cambia radicalmente el carácter de la comunicación. El tamaño de la red es muy difícil de precisar dada la velocidad a la que se expande.

Por ejemplo con solo poner la palabra suicidio en *Google* el más famoso y valorado instrumento de búsqueda o en *Youtube*, aparecen una enorme lista de las más variadas formas y características, para todo tipo de jóvenes.

Hemos entrado en lo que (Lash, C., 1999), califica como la cultura del *self* en el individuo moderno, marcada por un exacerbado individualismo² e imágenes ganadoras de *comunidades digitales* en medio de un declive de las instituciones

Esto constituye un aspecto importante y nos lleva entre otros a preguntarnos, cuál es el estatuto del saber en la subjetividad de algunos adolescentes, y jóvenes para quienes la educación ya no es la llave del alcance al futuro, ni un lugar de fuerte inscripción en medio de una cultura incapaz de sostener respuestas singulares a la pregunta de lo que cada uno es y del tipo de sociedad en la que desea inscribirse

Por ello la violencia en los jóvenes se enmarca en la exclusión/ inclusión, material y simbólica, de la lógica de mercado del capital global. El mercado promete al sujeto joven fabricar el objeto del que cada uno tiene necesidad, hecho justo a su medida para obturar la pregunta por su deseo y asegurar una falsa felicidad a su existencia.

Este es el contexto en el que podemos situar y analizar solamente algunas características de la violencia en los jóvenes como un efecto del orden social actual, más que como una patología aislada o un problema generacional.

² Por "individuo" se hará referencia a la concepción moderna de la subjetividad, o sea, y según el autor: "(...) el ser moral, independiente, autónomo y, por lo tanto esencialmente, no social, tal como lo encontramos ante todo en nuestra ideología moderna del hombre (...)" Dumont, Louis, *Ensayos sobre el individualismo*, Pág., 75 Alianza, Madrid, 1978 Citado por Eidelzstein, A. (2008). *Las estructuras clínicas a partir de Lacan* Voll, Buenos Aires, Letra Viva, p. 48.

Lamentablemente la violencia y las llamadas patologías del consumo, y síntomas contemporáneos, en algunos jóvenes se han convertido en un lugar privilegiado para leer la subjetividad de la época.

Las “patologías” del acto, constituyen un problema crucial y sumamente complejo en la clínica, sin embargo sería un error, ponerlas todas en la misma bolsa y hacer de ellas una categoría homogénea. Violencia juvenil, toxicomanía, bulimia, anorexia, síndrome de estrés postraumático, SDA, TOC, trastornos obsesivos compulsivos y todo lo que etiquetemos desde ese lugar, excluye y deja por fuera, la vertiente simbólica de la palabra.

Excesos diversos: adicciones, trastornos de alimentación, conductas de riesgo. Saturados de las sustancias y de objetos, sin nada que los haga despertar del aburrimiento, carentes de deseo, tatuados, perforados, o en riesgo por la segregación, se exponen a situaciones de riesgo contra sí mismos y contra otros, con imperiosa necesidad de “sensaciones fuertes” que los hagan sentirse vivos.

Una nueva modalidad es la de muchachos que se cortan la respiración para luego sentir sensación de euforia, señala el periódico La Nación. (Mata, A. 2009) Lo llaman, *chocking game* o “juego del ahorcado”, y tiene en estado de alerta a autoridades de Salud y Educación Pública que se han dado a la tarea de investigar sobre el tema, así como a proponer campañas preventivas de comunicación con los jóvenes.

Desde dónde operar para que emerja el efecto sujeto como respuesta de lo real, justo allí donde la respuesta de la época es la de proponer el objeto que la ciencia inventa y la tecnología produce para intentar obturar la falta existencial y hacer creer que el malestar se cura con objetos de goce tecnológico y remedios que ofrece el mercado, para todo tipo de trastorno infantil, adolescente o adulto (ritalina, viagra, sedantes, estimulantes y antidepresivos).

ALGUNOS CONCEPTOS

En el Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana de Joan Corominas (1983), “violento”, tomado del latín *violentus*, deriva de *vis*, fuerza, poder, violentar, violencia, violar lat, *violare* íd, violador. La violencia se encuentra, por lo tanto, relacionada con la fuerza, aunque no se reduce a ella, e implica un ejercicio no reglamentado de la fuerza para poder ejercer la destrucción o el sometimiento del otro.

La violencia es una amplia categoría que puede llegar a ser relativamente difusa ya que abarca los más diversos tipos de manifestaciones (violencia contra el otro, guerra, agresiones diversas, violencia contra sí mismo. De allí la importancia de distinguir el tipo de manifestación de violencia que en esta investigación se estudia.

La violencia, se encuentra estructuralmente ligada al lazo social, es decir, al vínculo con los otros y es constitutiva de la civilización y de su malestar. Puede ser el ejercicio de la fuerza contra la naturaleza o contra el otro, el semejante, el extranjero o el sí mismo. Puede ir de la mano del miedo, quienes muchas veces actúan juntos, se potencian y esa violencia se estructura frente a la segregación, al Otro, responsable de todos mis males, como ejemplo paradigmático, el racismo y tantas otras expresiones de violencia extrema contra el otro.

El psicoanalista Marie Jean Sauret plantea, que el término violencia siempre ha conservado una determinada dignidad teórica, en el campo filosófico ya sea esta desde la filosofía de la Naturaleza- en particular en la Física de Aristóteles, o más cercano a nuestras preocupaciones el sujeto y el lazo social (Sauret, 2004).

Si se sostiene lo igual como lo correcto, lo diferente queda excluido y por ello segregado. Lo segregado funciona como *éxtimo*, se trata de lo excluido en el interior mismo del sistema Muchas veces ese Otro contra el que hay que defenderse y, a quien se teme, son los jóvenes.

Violencia, jóvenes, exclusión, segregación, se articulan, en la subjetividad de una época en la que se hace cada vez más necesario que educadores, investigadores sociales, políticos de juventud, tengan elementos, para enfrentar los “a priori” con que miran a los jóvenes. La relación entre el significante violencia y la categoría jóvenes da cuenta, de cómo la exclusión y la segregación van de la mano de la violencia.

Propondremos la violencia desde un punto de vista a partir del cual podremos ver de manera particular la relación entre ella, el sujeto y lo social enfatizando que cada sujeto entra en juego según su particularidad y su posicionamiento ante el mundo.

ALGUNOS DATOS:

La I Encuesta Nacional de Juventud (Consejo Nacional de Política Pública de la Persona Joven, 2008) realizada a 2.500 jóvenes de Costa Rica de edades entre 15 y 35 años, puso en la palestra el aspecto de la discriminación y exclusión de la que son objeto los jóvenes. Más del 50% de los jóvenes consultados muestran que son segregados por su condición de jóvenes.

Discriminación que también la viven las personas jóvenes nicaragüenses y de otras nacionalidades que migraron a Costa Rica, en búsqueda de mejores oportunidades de vida. (UNPFA, 2008)

Y tantos otros jóvenes migrantes que abandonan sus países centroamericanos en la búsqueda del "sueño americano" con el fin de llegar a los Estados Unidos, tal como lo muestra el excelente documental dirigido por Uli Stelzner "Asalto a un sueño."

Si sabemos escuchar la "voz de los jóvenes", la exclusión, es una de las voces y sentimientos subjetivos más destacados por ellos mismos en que denuncian la mentira de los discursos dominantes que dicen promover como valores fundamentales la "tolerancia" y "el respeto", sin que exista una verdadera posibilidad de escuchar su propia voz, sus necesidades, su exclusión, como parte de un sistema que los criminaliza, discrimina y les miente. Pero, sobre todo, olvida que la verdadera apuesta no está en las reivindicaciones explícitas sino en el reconocimiento de su derecho fundamental a ser escuchados y tomados en cuenta como sujetos.

Hoy, los efectos de circunstancias sociales aumentan las expectativas sin aumentar las posibilidades de alcanzarlas, lo que incrementa la frustración y genera en los jóvenes una promesa del orden de lo inalcanzable. Sin duda en esta lógica se necesita tanto de los excluidos como de los integrados. El mercado ofrece el objeto a la

medida para a cada quien, en la salvedad de que se lo pueda procurar, es decir comprar. Es una lógica del “para todos”, con excepción de algunos (Nicoletti, 1999), los que no entran en el lazo social y son expulsados del sistema.

Los excluibles son los que sobran en las lógicas del mercado, los que solo están precariamente sostenidos en el lazo social, los que el sistema expulsa, a modo de desecho.

La polarización social hace que los jóvenes con mayor propensión tecnológica digan ser los más satisfechos con los distintos aspectos de su vida, 90,9%, familia, (PROSIC, 2008) educación y cosas materiales, mientras que otros no tengan ni siquiera casa donde vivir, se debatan entre pagar el pasaje del bus o comer, o ,como en el caso de comunidades “excepcionales”, originarias de Latinoamérica, como los pueblos indígenas, queden fuera del derecho pleno, excluidos de la condición de ciudadanos de los estados nación. Situación similar a la de millares de jóvenes desplazados con estatus de refugiados.

Vivimos un mundo extremadamente desigual en que el 10% más rico tiene el 85% del patrimonio mundial, y el 50% más pobre el 1%, según datos del economista Bernardo Kliskberg.

América Latina el promedio adolescentes y jóvenes, corresponde al 46.8%, existiendo diferencias significativas entre países (Naciones Unidas; 2006).

Por ejemplo, en países como Bolivia, El Salvador, Guatemala y Honduras, la población menor de 18 años es superior al 50%. Países como Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Costa Rica, presentan promedios entre el 50 y el 30%, con la tendencia más baja Cuba y Uruguay.

También en América Latina, hay 18 millones de adolescentes menores de 14 años que trabajan en basureros, minas, campos, y son súper explotados y en riesgos graves de salud.

Solo 1 de cada 2 adolescentes de la región termina la secundaria, son expulsados del lazo social y la segregación se constituye en una de las marcas

fundamentales en el desarrollo de la construcción subjetiva, dejándolos frente al desamparo y la errancia.

El impacto de la brecha social lleva a que la riqueza se acumule en los estratos más altos, mientras que los riesgos se acumulan en los más bajos (Kraupskopf, 2009), en espacios sociales donde la violencia y la exclusión son las características predominantes, tanto para los jóvenes como para sus familias y el contexto social general.

Para los expulsados del sistema, las respuestas a los efectos de la globalización no se hacen esperar en esa franja de la población joven; una creciente judicialización y criminalización, segregación, y una asociación entre los significantes violencia y juventud, como si ambos estuvieran ligados, y, al hablar de unos se estuviera implícitamente refiriendo al otro.

Para ellos el estado de excepción y la *"nuda vida"*. (Agamben, 2003) Ser incluidos a través de la exclusión, la suspensión del orden jurídico y el estado de excepción convertido en regla. Debemos ser conscientes que la economía globalizada influye directamente en la cultura de los jóvenes.

La profunda intensidad en estallidos de violencia cometidos por jóvenes contra ellos mismos y/o contra los otros parece dar cuenta en lo interno de la infantilización de los adultos, el declive de la institucionalidad, los cambios de valores, entre otros.

Pese a los debates suscitados en torno a niños y jóvenes, los adultos en general y los padres en particular están menos presentes, tanto en la familia como en otras instituciones sociales. Hay una renuncia por parte de Otros de los jóvenes al ejercicio de la autoridad, que para nada quiere decir autoritarismo, y una mayor posición de *"laissez-faire"*.

Entre los Otros de los jóvenes se encuentran la familia, la educación, los adultos, y ellos son quienes en los momentos actuales parecen dejar caer al joven. Dejar caer, implica dejarlo a la deriva, de los lazos que lo sostienen, tanto a nivel subjetivo, como de los lazos que lo sostienen en lo cultural y lo social ya que no se puede dudar que la

modalidad del discurso actual propone fragmentar los lazos sociales y los alimenta con mentiras, ocultamientos y falsas ilusiones.

Muchas son las interrogantes que surgen en ese aspecto, sin embargo, se necesita una mirada crítica ante el creciente discurso enmarcado en una lógica de homogeneización.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La incidencia de la violencia en los síntomas de los jóvenes de nuestro tiempo trae aparejado un ineludible replanteo ético. También una necesidad de abordaje que posibilite la escucha, en el sentido de hacer algo con aquello que se plantea, llámese malestar, queja, angustia, denuncia y potencie la exigencia de alojar lo singular.

Es necesario que educadores, investigadores sociales, políticos de juventud, tengan elementos, para enfrentar los “a priori” con que miran a los jóvenes. Es allí donde la propuesta es producir un nuevo lazo que permita al sujeto joven incluirse en otro discurso.

En la “*sociedad del riesgo*” Ulrich Beck (1986) anunció que junto a los progresos que trae la civilización, aparecerían nuevos riesgos vinculados a ella. Habitamos hoy una cultura del riesgo y somos también habitados por ella. Una cultura en que las urgencias subjetivas toman la marca de la homogeneización.

En la subjetividad de la época hoy, la lista de “riesgos” podría ser ampliada: pero todos llevan la marca de los bordes de lo social, como borde de lo real.

Variadas formas de las urgencias del “no pienso”, al que el sistema responde con terapias reglamentadas en doce pasos, de condicionamiento de los más diversos tipos, como respuesta al consumo de los adictos al alcohol, al sexo, al juego, a Internet o los *cybers-cafés*.

Es el discurso amo quién intenta a través de la nominación y la segregación desconocer el estatuto de sujetos de los jóvenes.

Resulta de vital importancia hacer un viraje de posición, estudiar esta situación y la forma en que incide en los jóvenes para abrirse a la circulación de nuevos saberes y no a un fortalecimiento de la criminalización, el autoritarismo, y la justificación de medidas “excepcionales”, como reacción a los cambios de valores e ideales en el mundo contemporáneo.

La cuestión de la llamada violencia juvenil tomada desde el lugar de la excepción corre el riesgo de ser “el campo de concentración”, es decir, el encierro y la segregación. Nos alejamos por ello, de la precipitación de sentidos que otorgan las nominaciones “con que la época intenta suturar las incertidumbres del hombre” (Dobón, J. 2004), delincuente, criminal, toxicómano, víctima, homicida.

Tal como intentamos exponerlo la violencia en los jóvenes no es homogénea.; diferentes nombres y personas jóvenes apuestan al riesgo sin tener ninguna idea de que se trata ni adonde los lleva. Cumplen causas penales, se encuentran y desfilan bajo el efecto de la Ley Penal Juvenil. La Justicia Penal Juvenil no debe ser un instrumento de persecución, mucho menos de prevención. “La justicia al servicio de la Policía es una concepción autoritaria, alejada de los principios democráticos de división de poderes” (Urcuyo F., C. 2008).

Conscientes del dilema que afrontamos en nuestra civilización, la solución no es la lucha por la sanción y vigencia formal de las leyes que, si bien son necesarias, en su exceso de legislación, son cada vez más susceptibles de punición y castigo que de producción de responsabilidad subjetiva.

El problema de la violencia juvenil ha pasado a ser a considerado un problema de "Seguridad Ciudadana". En la agenda de las políticas públicas, la cuestión de la violencia juvenil esté ahora asociada a la Seguridad Ciudadana, y es desde allí donde se pretende enfrentar el problema: proclamando el estado de excepción.

Coincidimos en la línea propuesta por Iñaki Rivera que “el gran desafío consiste en ir liberándose del lastre que supone intervenir punitivamente sobre los niños y los jóvenes a través de unas prácticas y unos discursos que padecen una insalvable crisis

de legitimación y, en todo caso, son indignos de un Estado democrático de Derecho” (2007).

El lugar ofrecido a la palabra en una de las vías posibles en la prevención de actos de violencia extrema contra sí mismos y contra otros. Por ello, es imperioso ubicar nuestra respuesta a nivel de la palabra. “Lograr un retorno a la palabra en un momento de urgencia subjetiva, que permita operar desde allí” (Vul, M, 1998).

Una palabra en la que el sujeto joven, sea cual sea su estructura, se responsabilice de ella. Esto no significa hacer pasar por la palabra a todos estos adolescentes con tendencia a la acción, violencia, drogadicción, etc., sino, que la palabra, tome en cuenta la causalidad psíquica, para destrabar las identificaciones frente a saberes ya constituidos.

Alojar la palabra del joven para que éste asuma una posición frente a su acto, es el desafío. Algo del ideal freudiano en la cura del alma, y el poder de la palabra se juega allí.

Ante la globalización del mundo y la sociedad del bienestar y del desarrollo tecnológico, surge la necesidad del vacío, de lo inmaterial, así como el rechazo del sentido y de la ideología.

Paradoja que según Maffesoli (2007) constituye el cambio de espíritu de la época, el fin de la modernidad. Se puede pensar que un momento en que el lugar (entorno natural) hace el lazo (social), nuestra manera de decir está cambiando. “Los jóvenes actuales se sienten en gran medida, alejados de los grandes discursos y relatos de la historia y se sitúan enfrente de esta línea de pensamiento” Un desafío epistemológico que hay que asumir.

Las prácticas de los profesionales que intervienen en las instituciones, deben ser consecuencia de una posición ética, que supere las visiones reduccionistas en ámbitos explicativos de la conflictividad juvenil.

De esa manera será más sencilla la posibilidad de entrecruzamiento de los discursos y el del Amo, en su exceso de nombres y sentidos, no será el que predomine.

Dejo abierta la cuestión por el lugar de la subjetividad, el desciframiento del sufrimiento particular de cada uno y la invención de lazos sociales en los jóvenes de nuestro tiempo.

Producir un nuevo lazo impone la condición del deseo de escuchar y de no ceder ante el imperativo homogeneizador de la época.

Plantear propuestas de intervención que apelen a la diferenciación y la construcción de la subjetividad y ayuden a enfrentar los fragmentados lazos sociales en los jóvenes hoy, es la apuesta.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, G., (2003). *Estado de excepción*. Buenos Aires, Editorial Adriana Hidalgo. Pág., 9,28.

Arendt H., (1970). *Sobre la violencia*, México, Editorial Joaquín Ortiz. Pág., 20

Beck, U., (1986). *La sociedad del riesgo*, Buenos Aires, Paidós. Pág., 108

Consejo Nacional de Política Pública de la Persona Joven. Informe Final. 1^{era} Encuesta Nacional de Juventud Principales resultados .1era Edición Fondo de población de las Naciones Unidas UNPFA San José. 2008.

Corominas, J. (1983). *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Tercera edición, Madrid, Editorial Gredos, p. 608.

Dobón, J. (2004). *Lo público, lo privado, lo íntimo. Consecuencias de la ley en el sujeto*, op. cit., p. 47.

Kraupskopf, D. (2006). *El Estado del arte de las experiencias y proyectos de prevención de la violencia en ámbitos escolares*. Organización Panamericana de la Salud y Agencia de Cooperación Técnica Alemana. Pág., 17

Lash C. (1999) *La cultura del narcisismo*. Barcelona. Ed. Andrés Bello. Pág., 34

Lacan, J., (1950). "Función y Campo de la palabra y el lenguaje" (1984), en: *Escritos*, Argentina, Editorial Siglo XXI.

Mata A., (2009) Colegios lanzan alerta sobre peligroso “Juego del ahorcado” La Nación ,9 de mayo, p 14 A.

Maffesoli, M (2007) Los fenómenos emergentes del nuevo tribalismo y sus consecuencias sociohistóricas .El nomadismo y sus múltiples expresiones. En *Una sociología de lo actual y lo concreto. La emergencia de nuevos fenómenos de tribalismo*. Barcelona, Antrhopos, N. 215. Pág., 76

Montessano, H (2008) La Subjetividad efecto de la lógica: Exclusión-Inclusión. El Discurso del Psicoanálisis, una respuesta más allá de excepción. I Simposio Internacional Violencia y sociedad. Ciudad de la Investigación. Universidad de Costa Rica Versión digita

Naciones Unidas; 2006. (2006). Reseña del Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra niños de las Naciones Unidas. El difícil vínculo social entre niños y adultos: un desafío para las Naciones Unidas. Organización para las Naciones Unidas.

Nicoletti, E., 1999. (1999). “Tomar la palabra”, Cuaderno 2 CIEN, Argentina, Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre el Niño, Instituto del Campo Freudiano. Pág. 35.

PROSIC, 2008 *Acceso y uso de las TIC. Un estudio exploratorio para. Un estudio exploratorio*. Universidad de Costa Rica .Versión digital.

Rivera Beiras, I, (2007). Jóvenes y adultos El Difícil vínculo social. Ed. Anthropos Barcelona. p. 16.

Sauret, M. J., *Violencia y subjetividad: La degradación del lazo social contemporáneo*, Conferencia, Miniauditorio de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Febrero 2004. Pág., 4

Urcuyo Fournier, C. (2008). Los desafíos de la seguridad en Centroamérica, Costa Rica, Editorial Segura y Asociados. Pág., 17.

Vul, M. (1998) *Conferencia “Niños que matan. Jugar con fuego”*. Centro Cultural Español, Ecos del Psicoanálisis. San José, Costa Rica, Ciclo 1998.

Vul, M., (2004). *Cuando lo que habita es el goce. Una lectura acerca de la violencia en algunos jóvenes*, Costa Rica, Editorial Diseño Gráfico.

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.

LAS DOS FAMILIAS: LA SUSTITUCIÓN DE LAS RELACIONES PRIMARIAS EN TRES RELATOS DE VIDA DE MIEMBROS DE PANDILLAS SALVADOREÑAS

MARIO ZÚÑIGA NÚÑEZ

...mis sueños pues me los habían tirado por un lado, yo era un niño y yo no tenía la culpa de lo que estaba pasando, ni sabía que era lo que estaba pasando, no tenían porqué hacerle eso a uno también, si los adultos andan en su joda es su joda. (Héctor)

Hasta hace muy poco tiempo, los mayores podían decir: “¿sabes una cosa? Yo he sido joven y *tu* nunca has sido viejo” Pero los jóvenes de hoy pueden responder: “Tú nunca has sido joven en el mundo que yo lo soy y jamás podrás serlo”. Esta es la experiencia común entre los pioneros y sus hijos. (Margaret Mead, Cultura y compromiso: Estudio sobre la ruptura generacional)

INTRODUCCIÓN

Una y otra vez, mientras realizaba mi trabajo de campo en El Salvador, surgió un ligamen directo entre pandilla y familia: la pandilla se narraba como una *familia sustituta*. Este ligamen entre pandilla y familia es resaltado en otras investigaciones sobre estos grupos tanto en Centroamérica (Cruz, 2005; Demoscopía, 2007; ERIC, IDESO- UCA , IDIES- URL, IUDOP- UCA, 2001; Rodgers 2003; Smut y Miranda, 1997) como en Suramérica (Cerbino, 2004; Salazar 2002) y La frontera norte Ángeles (Valenzuela, 2007); acá tratará de dársele énfasis a un aspecto no abordado en las investigaciones anteriores: entenderá la sustitución de la familia por la pandilla como

fundamento de una *institucionalización alternativa*. Esto surgió de las declaraciones cuando preguntaba por este vínculo a dos de mis informantes clave en algún momento y su respuesta sintetiza de manera clara el problema que quisiera exponer en este capítulo:

“Moderador: ¿qué significa la pandilla en la vida de una persona?

Participante 1: la pandilla para mí personalmente [...] significa como una familia, una familia unida, estar unidos, todos nosotros nos respetamos, respetar a la pandilla, y estar unidos y ver la espalda entre nosotros pues.

Participante 2: es como una hermandad, se maneja como una hermandad, como una familia. La mayoría la tomamos así verdad porque es la única familia que encontramos, después que ya estamos dentro de la pandilla que es nuestra única familia nosotros nos consideramos hermanos que estamos apoyándonos en las buenas en las malas, lloramos, reímos juntos, compartimos diversidad de cuestiones. Nos preocupamos [...] porque si a uno le falta algo vemos como hacemos pues para darle las cosas [...] Siempre un respeto que se mantiene [...] es algo que nace en el corazón, el respeto y todo, o sea para todos por igual.”

Me parece que esta manera de enunciar lo que ellos llaman “familia” plantea elementos fundamentales para la teoría social, y en particular, para el estudio de las relaciones primarias entre las pandillas. Generalmente, cuando hablamos de familia, tenemos en mente una estructura de socialización que se basa en la jerarquización y distribución de roles de género y edad a partir de la subordinación generacional. Esta distribución se basa en la idea de la familia nuclear occidental que se impone como estructura performativa en nuestras sociedades. Pero lo que tenemos en la declaración de mis informantes es una “familia” basada en el vínculo de una sola generación y además basada en el ideal de “igualdad” (que evidentemente contradice muchas de las prácticas de pandilleros y pandilleras). Pero ¿qué ocurre con la familia biológica de la estas personas? ¿Cuál es la relación entre la familia biológica y las pandillas? ¿Cómo se vive este proceso en los relatos de pandilleros y pandilleras?

Partiendo de estas preguntas expondré los vínculos problemáticos que existen entre estas dos “familias”, utilizando tres relatos de vida que obtuve en el trabajo de campo. Voy a centrarme especialmente en la etapa de la niñez hasta la entrada a la pandilla (que en los tres relatos se ubica en la adolescencia temprana). El artículo se dividirá en cuatro secciones, la primera de ellas hará una presentación de los sujetos con los que se trabajará y alguna descripción de la metodología con la que se ha trabajado. En la segunda sección se presentará una discusión sobre el abordaje del problema del relacionamiento primario en las ciencias sociales y se aprovechará para proponer un abordaje que adaptado al dilema que se quiere elucidar, tomando como punto de partida la realidad salvadoreña sobre el relacionamiento primario. En un tercer apartado se expondrán los relatos de vida en lo que tiene que ver con el proceso de sustitución del relacionamiento primario en la familia biológica hasta llegar a la pandilla. Por último se expondrá, a manera de conclusiones, algunas ideas puntuales que surgen a raíz de la discusión de esta problemática en lo tocante a los conceptos de cultura, institucionalización y sujeto.

1. SUJETOS DE INVESTIGACIÓN Y RECOLECCIÓN DE LOS DATOS

Este artículo se basa en los relatos de vida de dos pandilleros “calmados” y uno activo a quienes denominaremos Katia, Mauricio y Héctor respectivamente (“Calmados” y “activos” es una categorización que surge de las pandillas que habla de la relación entre la persona y los actos de violencia que comete). Es importante remarcar que los nombres que se utilizarán son ficticios, así mismo, han sido modificados o suprimidos algunos datos de identificación para preservar la integridad de las personas que dieron los datos para esta investigación.

Para introducir la temática, se presentará a continuación un recuento sumario de los hechos más relevantes de la vida de estos pandilleros haciendo énfasis en las relaciones primarias del periodo que se pretende estudiar, a saber, de la niñez temprana a la adolescencia (excluyendo el relacionamiento primario en otras etapas

vitales). Se ha profundizado esta etapa porque es en ella donde justo ocurre el tránsito entre las dos “familias” que narran las y los pandilleros. El grupo focal al que me refiero al inicio fue realizado con Katia y Mauricio en un momento posterior a cuando tomé sus relatos de vida (14 de febrero 2008).

La técnica que se utilizó para la recolección de información es la denominada *relato de vida* que se diferencia de la *biografía* o la *historia de vida* en la medida que, la primera, se entiende un ejercicio institucionalizado que se realiza con personajes de la vida pública a manera de ejemplificación. La segunda como un esfuerzo de recolección de una vida que implica además el complemento de documentos sobre esa vida (artículos de periódico, fotografías, etc.). En el caso de los “relatos de vida”, estos se dedican a: “...examinar una vida o parte significativa de esta, tal como es contada por los individuo.[Es decir]... una invención concebida como construcción o reconstrucción de las vivencias individuales” (Dezin, 1989, citado en Rojas, 2004). Lo cual permite adentrarse en los laberintos de la vivencia profunda y las asociaciones libres sin la tutela de documentos externos que determinen si la persona “tiene razón o no la tiene”.

El relato de vida de Katia fue obtenido en 2007 entre el 22 y 23 de enero, ella pertenece a la padilla Barrio 18 St (denominada popularmente como “la 18”). Nació en un barrio periférico de San Salvador (ha vivido toda su vida allí salvo un corto periodo). Vivió una niñez en la que constantemente salía y entraba de la pobreza, este hecho dependía de si su madre estaba acompañada o no de algún hombre que apoyara el sustento del hogar. Tuvo algún periodo de estabilidad económica cuando su madre convivió con un militar que se dedicaba además al contrabando ilícito de mercancías. Katia adoptó a este hombre como padre y él se ganó su confianza, pero más adelante en su vida ella se dio cuenta que él había utilizado esta confianza para violarla, alrededor de los ocho años. Su padrastro finalmente terminó en la cárcel por contrabando y allí lo asesinaron. Su padre biológico, a quien no había conocido, pareció en esta etapa y su madre la forzaba a ir a su casa para que le diera dinero. Esto provocó un intenso desgaste de la relación primaria que le indujo a una crisis que se manifestó primero como adicción a las drogas (pastillas principalmente) y

posteriormente con el ingreso de la pandilla. Ingresó a “la 18” a la edad de 13 o 14 años. Quedó embarazada a los 15 años de otro pandillero con quien tuvo otra hija dos años después. En la actualidad se ha calmado y tiene un empleo remunerado que le permite una existencia modesta, cría a sus hijas en un barrio popular de San Salvador y se siente fuertemente identificada con la pandilla, al tiempo que evita caer en problemas con la ley. Tiene alrededor de 30 años.

Mauricio fue parte de una pandilla de Los Ángeles llamada “Peaceful varrio norwalk”, me relató su vida el 8 de febrero de 2008 en una larga sesión. Nació en San Salvador y vivió allí hasta los 8 años de edad junto con su madre, siendo él el segundo de tres hermanos. No conocería a su padre hasta tiempo después. Se trasladó de El Salvador hacia Los Ángeles a una edad muy temprana dada la violencia provocada por la Guerra Civil, el hombre que vivía con su mamá fue asesinado por motivos políticos, por ello su familia materna lo trasladó hasta Estados Unidos, pero allá, le encargó su crianza a su padre a quien tuvo la oportunidad de conocer hasta ese momento. Un par de años después de su llegada a Estados Unidos llegó su madre, con quien vivió a partir de ese momento. En este periodo su hermana menor (5 años) fue asesinada en su presencia mientras dormían en un pequeño apartamento donde vivía con sus hermanas y su madre. Tiempo después (tal vez a los 12 o 13 años) se unió a la pandilla pese al airado reclamo de su madre. Al final de la adolescencia, tuvo una hija y se “acompañó”¹ con la mujer que era su novia en ese momento. Por un tiempo vivió bajo el techo de sus suegros gestando una nueva familia y siguió asistiendo con cierta regularidad a las actividades de su clicca², hasta que cayó preso y fue posteriormente deportado a El Salvador. Allí se acompañó con otra mujer con la que ha tenido tres hijos. En la actualidad tiene un sueldo modesto que le permite mantener a su familia. Ronda los 35 años.

¹ En El Salvador se utiliza la expresión “se acompañó” o el verbo “acompañarse” para designar la unión de pareja bajo un solo techo en unión libre.

² Clicca: la unidad geográfica básica de la pandilla. Representa una pequeña unión barrial que se compone de varios pandilleros que defienden el territorio, controlan el narcomenudeo, etc.

Por último Héctor, que es miembro de la Mara Salvatrucha 13 (o MS13) desde que tenía unos 16 años. Tuve contacto con él entre el 2 y el 5 de febrero de 2008. Nació en San Salvador y vivió allí un tiempo pero luego su familia se trasladó a una zona rural, donde viviría con alguna holgura económica. Héctor se reivindica como miembro fundador de la MS 13 en Los Ángeles. En su niñez perdió contacto con sus padres luego de que el Ejército Salvadoreño arrasara con la comunidad en la que vivía, lo cual lo motivó a integrar las filas del FMLN. Como miembro de esta agrupación guerrillera, fue seleccionado para infiltrar al ejército cuando todavía no contaba con catorce años, ingresó exitosamente al ejército por un tiempo pero al tiempo fue descubierto. Habiendo sido descubierto como infiltrado sufrió un largo periodo de torturas hasta que pudo escapar hacia Guatemala. Allí pidió asilo en la embajada de los Estados Unidos, país donde se refugió. Fue en Los Ángeles donde conoció a sus primeros *home boys*³ y se integró a la pandilla. En una de sus actividades con la pandilla fue arrestado luego de una pelea callejera. Luego de un largo periodo en la cárcel lo deportaron hacia El Salvador, donde vive hoy. Según dice nunca tuvo una esposa ni se acompañó con ninguna mujer, tiene una hija de unos 20 años que no conoce. Hoy tiene alrededor 40 años.

2. RELACIONAMIENTO PRIMARIO Y ESTUDIO DE LA SOCIEDAD

La literatura existente sobre relaciones primarias es basta e intrincada. Por ello he acotado esta discusión a una serie de autores que me parecen relevantes para analizar estos casos. La relación primaria puede ser entendida como *socialización primaria* en la perspectiva de Berger y Luckman (1972, pp. 164- 174) que basan la mayoría de su aporte, para este tema en específico, en la teoría del *interaccionismo simbólico*. Otro enfoque es el del *grupo primario*, elaborado desde Centroamérica por Martín- Baró (2004, pp. 229- 304) que dialoga y problematiza el enfoque de la psicología social

³ *Home boys* y *home girls*: son denominaciones traídas desde Los Ángeles que se utilizan en las dos pandillas (MS 13 y Barrio 18St) para designar a los compañeros y compañeras de pandilla. También se utiliza la palabra *homie* o en algunos casos *bato*, también de influencia chicana.

norteamericana en lo tocante al “pequeño grupo”. Un tercer enfoque es el Pierre Bourdieu (2007, pp. 126-138), quien hace una problematización de la categoría de *familia* en un diálogo crítico con la etnometodología. En cuarto lugar se encuentra el punto de vista historiográfico expuesto por Gil (2007, pp. 22-103). Por último se tienen las aproximaciones antropológicas que se puede subdividir en tres: la de los estudios de parentesco que sistematiza Robichaux (2007, pp. 27-77), la de de género que expone Bastos (2007, pp. 103) y la intergeneracional que expone Mead (1997).

En las diferentes aproximaciones este tipo de relación recibe designaciones como socialización, grupo o familia. Para este trabajo trataremos de utilizar la designación de *relación primaria* que amplía el concepto lo suficiente como para dialogar con los diferentes marcos categoriales que se acaban de mencionar. Discutiré algunos de los puntos de los diferentes acercamientos para terminar con una propuesta que permita interpretar los relatos de vida que tienen como telón de fondo varias tendencias de la cultura salvadoreña contemporánea: la interacción transnacional producto de la migración, una fuerte segmentación de las relaciones de género según los criterios patriarcales y una separación en vínculos primarios entre las generaciones de padres e hijos que tiene como antecedente fundamental la Guerra Civil que asoló este país de 1980 a 1992.

2.1. RELACIÓN PRIMARIA Y FETICHIZACIÓN

En un momento de su análisis Berger y Luckman (1972, pp. 170- 172) plantean que para niños y niñas que viven la socialización primaria:

...no existe ningún *problema* de identificación, ninguna elección de otros significantes. La sociedad presenta al candidato a la socialización un grupo predefinido de otros significantes a los que debe aceptar en cuanto a tales, sin posibilidades de optar por otro arreglo [...] Hay que aceptar a los padres que el destino nos ha deparado. Esta desventaja injusta inherente a la situación de hijo tiene la consecuencia obvia de que, aunque el niño no

sea un simple espectador pasivo del proceso de socialización, son los adultos quienes disponen las reglas de juego.” (subrayado del original)

Cuando releía el relato de Héctor me quedé pensando en esta idea de Berger y Luckman. Un niño queda de repente en medio del monte en El Salvador, sus padres y su familia desaparece y no le queda de otra que sumarse a las filas de la guerrilla ¿no plantea esto un *problema* de identificación? Es cierto que eran adultos los que estructuraban todo su campo de acción, pero eso no quiere decir que el mundo se le presentara como un problema resuelto. Desde su adultez Héctor problematiza este periodo: “...yo era un niño y yo no tenía la culpa de lo que estaba pasando, ni sabía que era lo que estaba pasando, no tenían porqué hacerle eso a uno también, si los adultos andan en su joda es su joda”.

Es un hecho que Berger y Luckman no tenían en mente la niñez de Héctor cuando elaboraron su teorización, pero entonces ¿qué niñez tenían en mente? Tal vez las de ellos o las de sus hijos, sería probable en todo caso pensar que tenían en mente un tipo niñez donde la identificación no era un *problema*, pero acá lidiamos justo con lo contrario. El relacionamiento primario de Katia, Héctor y Mauricio está cargado de lo que los autores llaman *problemas*, es decir de elecciones de acuerdo a circunstancias propias de sus condiciones de vida: pobreza, migración, hacinamiento, abusos sexuales. Todo ello ha llevado a los tres a vivir la niñez llena de *problemas* con el agravante de tenerlos que resolver en un campo de poder siempre marcado por las personas adultas. Son prácticas de niñez en las cuales la autoridad adulta no elimina los problemas de identificación, sino que los agrava e inhibe la posibilidad de solución que los niños y niñas formulan.

Ver a la niñez como un periodo *resuelto* es un tipo de idealización de los tantos que abundan en las teorías consultadas (Bourdieu, 2007, pp. 128-129). Por lo general se recurre a una imagen fetichizada de la institución familiar, marcada por la idealización de los roles que impone la unidad doméstica patriarcal. Así, las generalizaciones abstractas y naturalizadas son comunes, y de ello se derivan argumentos cargados de normativas morales (Martín- Baró, 2004, p. 276). Ha sido

curioso en este proceso, estar repasando un discurso científico y topar de repente con una argumentación moral propia de un púlpito, es una especie “deber ser” que acompaña las reflexiones sobre relaciones primarias.

En los estudios sobre pandillas se encuentran un par de ejemplos. En un trabajo de Cruz (2005, pp. 1172) donde se sistematiza el conocimiento sobre pandillas realizado hasta ese momento en El Salvador, el apartado de la familia se denomina “Familias problemáticas” y comienza con esta afirmación:

“Si hay un factor que se puede considerar como una de las causas más *importantes y decisivas* para que un niño que está a punto de convertirse en adolescente y en adulto se convierta en pandillero, se vuelva *extremadamente violento* y termine siendo un *criminal de carrera*, ese factor es la familia” (subrayado mío)

El apartado tiene tres adjetivos para definir a las familias que cuentan con hijos integrantes de pandillas: problemáticas, disfuncionales y negligentes. La descripción-prescripción del análisis es evidente desde el punto de vista crítico pero esta naturalizada para el autor. Lo está a tal punto que no cae en cuenta que su afirmación contrasta decididamente con el resto del trabajo que intenta explicar, mediante lo que el autor llama un “modelo ecológico”, la multiplicidad de causalidades y variables que influyen en el problema de las pandillas. Producto de esta naturalización, el discurso científico, al abordar analíticamente las relaciones primarias se torna soliloquio moral. Y esto es lo que permite referirse a las familias biológicas de pandilleros y pandilleras con adjetivos peyorativos que las califican como: creadoras de problemas, holgazanas, y no “funcionales” (que bien podríamos traducir como *no reproductoras del orden existente*). Una vez superado el punto de la familia, el discurso científico vuelve a su cauce habitual de “neutralidad valorativa” y el modelo ecológico se reestablece.

El mismo fenómeno ocurre con un informe del PNUD (2005, pp. 314-315), donde el discurso científico es interrumpido por un ejemplo moralizador centrado en una joven llamada “Marcela” que recibió a un hermano menor en los Estados Unidos y “terminó con un problema mucho mayor”. Dado que Marcela no pudo dar la atención que

necesitaba a su hermano “Comenzó a relacionarse con algunos jóvenes del vecindario y pronto su apariencia y semblante comenzó a cambiar”. La historia luego de inducir maliciosamente algunas relaciones termina con una tragedia:

“Aunque Marcela se avergonzaba de decir la verdad sobre las actividades a las que se dedicaba su hermano, un día tuvo que aceptar que había sido arrestado [...] Tristemente, el joven regresó a El Salvador sin cambiar sus patrones de conducta y se unió a su llegada a un grupo delincencial [...] y fue posteriormente asesinado en un tiroteo”.

Como en el caso anterior, el discurso analítico de las Ciencias Sociales se reestablece después del alegato moral. Este fenómeno, que ocurre tanto en textos de teoría como en resultados de investigación científica, pone en evidencia el problema que existe en la ciencia social de abordar el *relacionamiento primario* más allá de la jaula performativa que impone la moralidad. El argumento moralizador se basa en el criterio abstracto de que la familia nuclear patriarcal clasemediera, es una especie de ideal abstracto, con el cual se debe medir todo tipo de formaciones familiares. La familia en estos análisis se convierte por momentos en una institución fetichizada y monolítica.

Si abordara los relatos de Katia, Héctor y Mauricio con este criterio analítico, tendría como producto una serie de regulaciones morales incumplidas y una baja calificación para personas que “han perdido los valores”. A continuación voy a proponer un abordaje que permita leer un poco más allá de la *falta* o la culpabilización.

2.2. RELACIÓN PRIMARIA Y PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN

Para salir de la concepción fetichizada de familia, debemos entender las relaciones primarias en un contexto cultural e institucional. Y especificar el papel de las relaciones primarias en este contexto. Esto puede dar como resultado un proceso de *humanización* de las relaciones primarias, que sería contrario al de fetichización. Mientras que con la *humanización* visibilizaríamos el proceso de institucionalización en términos de relaciones humanas, con la fetichización lo que se logra es imponer la

institucionalidad como ley absoluta sobre las subjetividades (Martín- Baró, 2004; Hinkelammert, 2003).

2.2.1. ACERCA DEL CONTEXTO

Las relaciones primarias en Mesoamérica están fuertemente marcadas por una mezcla de patrones producto del contacto colonial, Robichaux (2007, p 41) sugiere que en las áreas indígenas y rurales “Hoy en día [...] el principio patrilineal en la reproducción social sigue siendo dominante [...] En cuanto a la residencia post- marital es decisivamente virilocal”. En cuando a las áreas urbanas, el autor no expone un patrón claro pero sugiere coexiste el de la áreas rurales con otros de orden patriarcal que se comparten con Europa. Evidentemente las reformulaciones y apropiaciones de estos modelos de relación primaria dependen del contexto donde estos colectivos vivan sus vidas.

Como unidad cultural Mesoamérica se caracteriza por una distribución de roles de género que responde al modelo patriarcal de relacionamiento. En sectores populares y medios (que es de donde provienen Katia, Mauricio y Héctor) esto implica que los hombres sean socializados como los proveedores del dinero necesario para vivir y las mujeres para desarrollar las labores de reproducción del hogar. Pero la carencia económica trastoca ese “deber ser” en los sectores populares y las mujeres se ven obligadas a salir a trabajar asumiendo así una doble (a veces triple) jornada laboral, una fuera de la casa y otra adentro. Mientras que los hombres construyen su rol de forma escindida entre el espacio público (hombre que utiliza los recursos para el “vacil⁴” con sus amigos) y el privado (hombre que “cumple” con llevar alimentos al hogar); las mujeres, aún saliendo al espacio público a trabajar, ven su aporte al hogar como una “ayuda” a sus compañeros, que no puede desplazar su rol fundamental que es el cuidado de los hijos (Bastos, 2007, pp. 106 y ss.; PNUD, 2005, pp. 290 y ss.).

⁴ *Vacil*: Una categoría utilizada en el lenguaje popular salvadoreño que designa la reunión informal de amigos (por lo general hombres) en el espacio público que se aprovecha para las acciones de riesgo (ingesta de alcohol, peleas, etc.).

A esta distribución de roles de género hay que agregar el fenómeno de la transnacionalización de las relaciones primarias, promovidas por la reciente ola migración internacional masiva, sobre todo rumbo a los Estados Unidos. Para el PNUD, este fenómeno ha sido potenciado tanto por causas estructurales de la sociedad salvadoreña (la falta de tierras para cultivar, un mercado de trabajo expulsivo, la dinámica económica que desincentiva el agro); como por fenómenos naturales como los terremotos que han asolado recientemente al país.

“En la década de los años setenta, al diáspora salvadoreña se calculaba en unas 73 mil personas. Para el año 2005, la cifra podría ser de casi tres millones o más” (PNUD, 2007, p. 28). El destino primordial de estas personas es los Estados Unidos. Esto ha modificado radicalmente los patrones de relación social, el mismo informe de PNUD (2007, p. 29) compara el cambio de las fuentes de las divisas entre 1978 y 2006, mientras que en la década de los setenta la mayor fuente de divisas (81%) eran las “Agroexportaciones tradicionales”, para 2006 esta se ha reducido a un pequeño 6%, invirtiendo los papeles con las remesas que pasaron a representar del 8% al 72% del ingreso de divisas en este período.

El éxodo masivo del país, ha transformado la manera de relacionamiento primario en varios sentidos. En primer lugar, se han transnacionalizado los roles establecidos en las relaciones de género. Cuando los hombres que se van hacia Estados Unidos tienen a dejar sus hijos con sus madres, las mujeres, por el contrario, tienden a llevarse a sus hijos. Los sentimientos como la pérdida o la culpa son constantes, tanto en las madres o padres que se van como en los hijos e hijas que se quedan. Muchas de las vidas se construyen en torno a una reunificación que en algunos casos se hace realidad y en otros no. Una investigación de PNUD (2005, p.197) constató cómo se mantienen los patrones de relación de género de la familia patriarcal:

“Dentro de los sentimientos provocados por la separación, se constató que había diferencias al respecto al género de la persona que migra, pareciendo ser que, emotivamente, las familias en las que migra la madre tienden a sufrir más que aquellas en las que migra el padre. En el caso de

estas últimas, si el padre remite remesas regularmente los jóvenes tienden a sentir que por lo menos económicamente vale la pena la separación. En cambio, aquellos jóvenes cuyas madres han migrado tienden a enfocarse mucho más en los efectos emocionales y el dolor que viven al estar separados de ella, expresando tristeza y confusión al tratar de entender que sus madres les tienen amor a pesar de la distancia”.

La actividad de las remesas, que hoy sostiene la economía de El Salvador es un acto necesariamente cruzado por el relacionamiento primario, lo que hace que sea visto como un “acto de amor” cuando se cumple o de “des amor” cuando no, los roles de género y las relaciones intergeneracionales tienen un papel fundamental en esto.

En todo este proceso histórico, hay un antecedente inmediato que marca la vida de las y los salvadoreños. La guerra civil, desarrollada entre 1980 y 1992, es un acontecimiento determinante en el relacionamiento primario de millones de familias que vieron sus procesos vitales truncados por uno u otro motivo, como el asesinato, la tortura, las violaciones, etc. El conflicto confrontó a la sociedad en dos bandos armados, uno del representado por la Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), que conjuntaba los distintos sectores progresistas de la sociedad salvadoreña en una organización guerrillera fundada por cinco partidos de izquierda. El FMLN contaba con ramificaciones políticas y militares que tuvieron gran apoyo popular en el periodo de insurgencia y siguen teniéndolo hoy luego de la firma de los Acuerdos de Paz. Del otro lado, se encontraban los sectores conservadores tanto las oligarquías del campo que defendían la estructura de tenencia de tierra en grandes concentraciones, como los sectores burgueses que se favorecen del capitalismo especulativo y el pequeño sector industrial. Este segundo sector se consolidó como fuerza política a mediados de los años 80 en el partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA), que también tuvo ramificaciones políticas y militares (dentro y fuera del aparato del Estado)

y que desplazó hacia finales de la década las opciones socialdemócratas que intentaron concretarse electoralmente⁵.

El despliegue de violencia y las consecuencias sociales en la vida de las personas fueron motivo de preocupación y análisis del psicólogo social Ignacio Martín Baró, quien a inicios de los años 80 escribía con preocupación:

Día tras día el salvadoreño medio confronta la cercanía de una muerte violenta, ya sea por causa de sus convicciones, ya sea como víctima inocente de una lucha cuyas consecuencias directas e indirectas nadie puede eludir. Pero la guerra civil que desde 1981 (sic) asola El Salvador hunde sus raíces en una historia de opresión secular, verdadera matriz de la violencia que hoy impera en el país. Por ello, un análisis realista de la violencia en El Salvador exige un recordatorio histórico, ya que la continua conculcación de los derechos humanos más fundamentales ha producido una acumulación explosiva de aspiraciones frustradas, de anhelos pisoteados, de reivindicaciones reprimidas (Martín Baró, 2007, p. 359).

En los relatos de la vida de Katia, Mauricio y Héctor tenemos evidencia suficiente de estas aspiraciones frustradas y anhelos pisoteados, que han marcado a la generación que le tocó vivir la guerra desde la niñez, como tendremos oportunidad de analizar.

En este contexto se han desenvuelto las vidas de Katia, Mauricio y Héctor, justo en este proceso de transnacionalización de las relaciones sociales donde las relaciones primarias resaltan por la separación física e institucional de las generaciones. Las vidas de estas tres personas darán cuenta de un tipo de relación primaria en la cual hay dos generaciones que se alejan físicamente (migrando hacia Estados Unidos) pero además institucionalmente.

⁵ Evidentemente este es un proceso de inmensa complejidad que no se puede explicar acá en toda su dimensión, cumplo con citar los dos sectores más visibles para dar apenas una ubicación muy general del conflicto. Para un examen incisivo de la guerra civil y sus ramificaciones históricas a lo interno de la historia salvadoreña se pueden consultar los textos de Menjivar Ochoa (2008), Dunkerley (2001) así como el informe de la Comisión de la Verdad de Naciones Unidas (1993); para un punto de vista desde la política centroamericana se puede revisar a Figueroa (1993) y Torres-Rivas (1993).

2.2.2. UNA PROPUESTA PARA INTERPRETAR

El relacionamiento primario en la socialización de las personas funge como articulador de los procesos de institucionalización que vendrán en una segunda etapa (o relacionamiento secundario). Las relaciones primarias introducen al sujeto en la sociedad, siendo institucionalizaciones que preparan el terreno para otros procesos de institucionalización. En el relacionamiento primario el sujeto adquiere conciencia de una realidad objetiva y subjetiva por separado y busca un equilibrio entre las dos que se manifiesta como encuentro con “lo otro”. Ese “otro” se presenta ante el sujeto como diversidad de subjetividades pero también como ley –u *otro generalizado*- y mediante el relacionamiento primario, el sujeto aprende las formas de mediación con esa subjetividad objetivada (Berger y Luckman, 1972, p. 169; Martín- Baró, 2004, p. 302).

El papel de la relación primaria, estará mediado por las imposiciones institucionales que una sociedad desarrolle y por la transmisión de esas imposiciones en la dinámica cultural de las generaciones.

En los relatos de Katia, Mauricio y Héctor, se podrá de manifiesto una visión *generacional* de un país transnacionalizado, que pondrá en evidencia las recurrentes rupturas de vínculos entre generaciones subordinadas (niñez y adultez) y generaciones adultas. Lo que quiere decir que los hilos de transmisión intergeneracional fueron cortados progresivamente hasta crear un abismo entre padres e hijos. Por ello, considero fructífero que, en términos de análisis, enfoquemos el conflicto del relacionamiento primario salvadoreño como un conflicto intergeneracional.

Los diferentes estudios sobre pandillas (Smuth y Miranda, 1998; Cruz y Santacruz, 2001; Salazar, 2002; Rodgers 2003; Savenije, 2006), coinciden en que la agregación generacional de los miembros es un elemento clave de estos grupos. Las pandillas se manifiestan en las generaciones jóvenes de los países donde están presentes pero ¿qué queremos decir con *generación*?

Margulis y Urresti (1996a, p. 18) afirman que el concepto de *generación* "... alude a una época en la que cada individuo se socializa [...] cada época tiene su *episteme*, y las variaciones epistémicas son percibidas y apropiadas, con toda su intensidad, durante el proceso de socialización, por los nuevos cambios que va incorporando la sociedad." Por ejemplo, si hiciéramos el relato de vida de las madres de Mauricio, Héctor y Katia, un hecho como la Guerra Civil sería narrado de forma absolutamente diferente, en buena medida porque la apropiación generacional desde la adultez de lo acontecidos no es la misma. El relacionamiento primario de dos generaciones difiere enormemente en dos momentos históricos, lo que hace que estas generaciones se apropien de forma diferencial de los procesos históricos. Hinkelammert (2007, p. 18) expresa esto con una idea en diálogo con Walter Benjamín:

"Cada generación hace su presente. Viendo desde su presente, tiene su propio futuro y su propio pasado. Como cada presente tiene su propia historia, también tiene su propio pasado. Al cambiar con el presente el futuro, cambia igualmente el pasado. No solamente cada generación escribe su propia historia, tiene también su propio pasado. Precisamente por eso tiene su propio futuro".

Si tomamos esta idea en serio se nos plantea un problema de difícil solución en cuanto a relacionamiento primario: si tenemos dos generaciones una adulta y otra joven y las dos tienen dos presentes, dos pasados y dos futuros ¿Cómo se entienden la una con la otra? ¿cuáles son los mecanismos de transmisión intergeneracional –valga decir, de comunicación entre pasados presentes y futuros- que tiene la cultura salvadoreña contemporánea?

La antropóloga Margaret Mead realizó estudio muy interesante acerca de este tema del cual extraemos algunos conceptos para analizar estos casos. Para Mead (1997) las culturas humanas han desarrollado tres patrones de relación intergeneracional que denominan: *postfigurativo*, *cofigurativo* y *prefigurativo*. Desde mi modo de ver, los dos primeros conceptos son fundamentales para leer este fenómeno; *postfiguración* y *cofiguración* conforman una dupla explicativa muy sugerente para

entender el problema del relacionamiento primario desde el punto de vista generacional. No así la *prefiguración* que parece que simplemente lleva la idea de *cofiguración* al extremo, no tiene, desde mi modo de ver, una especificidad analítica. Paso a exponerlos a continuación.

Las culturas donde predomina un patrón de relación postfigurativo se basan en una relación intergeneracional donde

“... la vieja generación expresa en todos sus actos [...] que su forma de vida (aunque lleve incorporados, de verdad, muchos cambios) es inmutable, eternamente igual... [Antaño] Para que se perpetuara semejante cultura eran necesarios los viejos, quienes no solo debían guiar el grupo hacia los refugios [...] sino también debían proporcionar el modelo de lo que era la vida” (Mead, 1997, p. 37).

La estructuración de la relación primaria en estas culturas, prevé un alto grado de comunicación intergeneracional, con rango de *incuestionable*, que sirva para transmitir el proceso de institucionalización como *inmutable*. El grado de transmisión es tan alto e incuestionable que la autoridad del padre o el abuelo puede tornarse fetiche ante las generaciones jóvenes (Cf Erdheim, 2003).

Pero en las sociedades industriales, desde donde Mead realizaba su reflexión, se veían cambios radicales en este patrón de relación intergeneracional. Y justo es la migración, el punto en el que la autora pone la centralidad de su argumento. Ese mismo fenómeno que tiene en su centro la sociedad salvadoreña contemporánea y que se torna constitutivo de las pandillas juveniles. Para la autora, el fenómeno migratorio impone un tipo de relacionamiento primario *co figurativo*, donde la estrategia de configuración de la institucionalidad es construida por pares que deben tomarse como apoyo en ausencia de generaciones adultas que posibiliten la figuración del mundo. En los pueblos migrantes esta estrategia funciona a menudo, sobre todo en la primera generación que llega a un destino nuevo sin poseer referentes concretos de relacionamiento (asentamiento, relación con la naturaleza, etc) en generaciones

superiores⁶. La relación cofigurativa, se ha institucionalizado en las sociedades occidentales en ciertos espacios como las escuelas o, más recientemente, en la industria cultural y el fenómeno del “mercado adolescente”.

Evidentemente la cofiguración trae aparejado el conflicto generacional, dado el desconocimiento de la autoridad postfigurativa. En determinados momentos históricos, la ausencia de legitimidad del aporte de las personas jóvenes contrasta con la incapacidad de las personas adultas de ofrecer modelos válidos de relacionamiento primario:

“Cuando estos jóvenes [que se relacionan de forma cofigurativa] son numerosos, se convierten en modelos recíprocos y, al rechazar los modelos de conducta que ofrecen los adultos al nuevo entorno tratan a los maestros y administradores como fuerzas enemigas a las que no se debe seguir sino engañar mediante despliegues de astucia” (Mead, 1997: 73).

La autora atribuye a esta forma de relacionamiento primario, la existencia de una cultura, como al de las pandillas, que tiene sentido entre personas jóvenes: “Donde la cofiguración entre pares se ha institucionalizado a través de la cultura [p.e. en el sistema educativo] uno se encuentra con el fenómeno de la cultura juvenil o la cultura adolescente” (Mead, 1997, p. 88).

Un sentimiento aparejado a la cofiguración es la inseguridad, en la medida que la desaparición (o ilegitimación) de las generaciones superiores induce un sentimiento de extravío respecto del pasado y del futuro. En grupos humanos donde las relaciones primarias son principalmente cofigurativas, se genera un sentimiento de inseguridad individual ante la desaparición del pasado: “Cuando más aguda es la percepción del cambio generacional dentro de la familia y del cambio social mediante la participación

⁶ Mead (1997: 69) explica la cofiguración así: “...la cofiguración se produce en circunstancias que la experiencia de la joven generación es radicalmente distinta a la de sus padres, abuelos y otros miembros más ancianos de la comunidad inmediata. Ya se trate de los jóvenes que formen la primera generación nativa en un grupo de inmigrantes, o de que sean los primeros miembros por derecho de nacimiento de un nuevo culto religioso, o que integren la primera generación educada de un grupo de revolucionarios triunfantes, lo cierto es que sus progenitores no pueden proporcionarles modelos vivos apropiados para su época. Ellos mismo deben desarrollar nuevos estilos fundados sobre su propia experiencia y deben proporcionar modelos para sus propios pares.”

en nuevos grupos, tanto más frágil resulta el sistema social y tanto menos seguro tiende a sentirse el individuo” (Mead, 1997, p 89).

Por ello la cofiguración, es una solución parcial a un momento de crisis de relacionamiento primario, un momento donde los abuelos han desaparecido, los padres trabajan dos turnos en Estados Unidos y la persona joven se haya sola, en un país extraño. Allí es donde surgen grupos como las pandillas, que dan respuesta a la urgencia primaria de contención, al tiempo que introducen a esta persona en el relacionamiento secundario (escuela, industria cultural, etc.). Apliquemos ahora estos conceptos para entender los relatos de vida de Héctor, Mauricio y Katia.

3. LA NARRACIÓN DE LA CRISIS Y RECONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES PRIMARIAS EN LOS TRES RELATOS DE VIDA

Es muy interesante que en la narración de los relatos de vida de estas tres personas haya una regularidad casi estricta, en lo que refiere a los momentos por los que han pasado en su infancia antes de entrar en las pandillas. Se mencionarán a continuación tres momentos del relato (idilio, ruptura, erosión-seducción) que puedan ayudarnos a comprender las transformaciones de las relaciones primarias en estas personas.

3.1. MOMENTO IDÍLICO

Al ser interpelados respecto los primeros recuerdos de su infancia, los tres informantes han recurrido a un relato idílico de niñez, caracterizado en el caso de Héctor y Katia, por la contención y la asistencia de las figuras adultas (no solo los padres y las madres sino también como vecinos u otros familiares). En el caso de Mauricio, hay una recurrencia más bien a las relaciones configurativas mediante el ejercicio de juego.

Héctor

Héctor narró al inicio de la entrevista una serie de traslados de residencia que vivió con su familia porque su hermano, que era luchador de “lucha libre”, se metía en problemas constantemente, lo que obligaba una y otra vez la peregrinación constante entre diferentes puntos de San Salvador. Sin embargo, en un momento determinado el padre decide que la familia se mudará al campo, a partir de lo cual, la niñez es narrada como un idilio en la relación con la naturaleza:

“...si era una niñez bonita [...] después que nos movimos de allí a aquí mismo en San Salvador, compramos un terreno allá en [lugar al que se trasladaron] como mi jefe no quería que nosotros estuviéramos aquí en la capital, que creciéramos así, él quería que creciéramos como él, con terrenos con animales y árboles de fruta y una vida más sana pues [...] entonces nos fuimos para allá [...] huy allá teníamos una vida color de rosa, había una cascada de agua donde yo me iba a bañar, con agua bien celestita, bien cristalina [...], teníamos animales, teníamos varios tipos de flores alrededor de la casa, una casa grande, árbol de frutas, de todo[...]

[...] era primera vez en mi vida que teníamos de todo, que yo miraba de todo y para mí era chivo⁷. Si más [...] las flores se miraban bien chulas⁸ puya⁹ muy bonito, vida bien de que uno iba a la escuela, pasaba una vereda, por unos aguacates, la escuela en una pradera, bien bonito.” (Héctor)

El traslado al campo, es el detonante de un relato idealizado donde predomina la descripción de elementos de la naturaleza como el agua, los animales, las flores, la casa grande. Las flores que son evocadas dos veces y traen al relato el elemento de la belleza, la vida bella, donde se tiene de todo con holgura. En el relato, el padre es el proveedor de todo esto mediante la decisión de mudarse y así trasladar

⁷ *Chivo*: palabra del lenguaje popular en El Salvador que caracteriza algo (evento, situación, cosa) como bonito o emocionante.

⁸ *Chula/o*: es una palabra con varias acepciones, en esta parte del relato está utilizada para designar algo que es bonito: “las flores son chulas”. Pero en otras formulaciones que encontraremos en otras partes del relato como *chulón* o *chulona* se utiliza para designar la desnudez: “quedó *chulón*”.

⁹ *Puya*: no es utilizada acá en su acepción de *lanza* o *asta*, más bien hace referencia a una variante de *pucha* o *puchica* que a su vez es una forma de suavizar una expresión considerada vulgar: *¡puta!*

postfigurativamente su infancia a la de sus hijos. Es de resaltar que el padre de Héctor aparece de forma difusa y únicamente en la etapa de la niñez, no se narra como parte del ambiente de la casa; al contrario de la madre, que aparecerá ligada a los elementos de belleza y al ambiente bucólico del campo: "...si, en la casa, si ella [la madre] nos cuidaba, también costureaba, entonces teníamos una vida bien bonita, teníamos una chiva, dos cabritos que daban leche me acuerdo, como 60 gallinas, 30 patos, perros, gatos..." (Héctor). En los años posteriores será la madre un pilar fundamental de su sobrevivencia a momentos difíciles como su paso por la cárcel en Estados Unidos, mientras el padre desaparece por completo del relato.

Mauricio

Mauricio por su parte evoca de forma corta y rápida su niñez recurriendo al juego:

"...cuando yo era niño yo me acuerdo muchas cosas, cuando jugaba con mis amigos, en el río, andar corriendo, haciendo muchas cosas que un niño hace verdad en su infancia [...] pues me gustaba andar jugando, jodiendo¹⁰ con mis amigos, subiéndome a los árboles, jugando pues."

(Mauricio)

En el relato de Mauricio el elemento de idealización no está tan remarcado pero esta corta reminiscencia al juego, se puede interpretar como la evocación a la ausencia de responsabilidades y reglamentaciones. Resalta el contraste entre la declaración de que se acuerda de "muchas cosas" pero el repaso ellas es tremendamente sumario. Otro elemento que hay que destacar es que en esta evocación existe una total ausencia de figuras adultas, no solo las paternas, sino en general, convirtiendo esto en un momento idílico cofigurativo.

Katia

¹⁰ Jodiendo o joder, se utiliza mucho para referirse al juego y a la desresponsabilización que este conlleva.

Katia realizó dos evocaciones idílicas sobre su niñez, una de ellas cuando comenzamos la entrevista. En ella hacía referencia al juego y al “pasaje” donde ella se sentía protegida en su infancia:

“... yo nunca salía de la colonia. [La colonia] tiene muchos pasajes, pasajes les llamamos a los callejoncitos donde hay muchas casas, entonces yo nunca salía de mi pasaje, siempre me mantenía al margen no salía, solamente me relacionaba con los niños de allí del pasaje que la mayoría tenemos la misma edad, la mayoría que vivimos allí y jugábamos con ellos, nos gustaba jugar fútbol, jugar al maestro, yo siempre era la maestra de todos allí y siempre jugábamos juegos sanos. Como la mayoría de todos mis amiguitos de allí de pasaje tenían una familia completa, un hogar de papá y mamá juntos, entonces siempre estaba pendiente la mamá de ellos y me cuidaban también, podría decir que me echaban un ojito.” (Katia)

Esta referencia idílica es determinante en este relato de vida. Como veremos adelante, Katia considera que su propia familia fue siempre *desintegrada*, pero cuando evoca idílicamente su niñez, se descubre jugado con los niños y niñas de su pasaje, hay un sentimiento de contención que se desarrolla alrededor de estos *juegos sanos*, que la llevan a declarar que ella nunca abandonaba el pasaje, como con Mauricio, se ve acompañada de congéneres que la reconfortan mediante el juego y la ausencia de responsabilidad. Pero Katia agrega que estos congéneres tenían “una familia completa”, compuesta por papas y mamás que según declara cumplían la función que no cumplían sus propios padres.

Otro momento idílico fue relatado por Katia al final de la entrevista cuando le pregunté acerca de cuál había sido su experiencia “más bonita” de la niñez:

“...cuando era chiquita vivía feliz en la casa, pobremente pero vivía feliz porque te digo nadie había querido llegar a usurpar mi lugar, de quererme quitar de ser la niña linda, la mano derecha de mi mamá y todo eso, yo vivía *feliz, feliz, feliz*. No tuve ningún papá pero yo vivía feliz porque

nadie me maltrataba, no sabía nada de maldad, era una niña que ya hasta los ocho años era una niña que no conocía violencia ni nada.” (Katia)

Esta evocación hace referencia al momento anterior a dos eventos: la llegada de un hermano mayor a la casa por quien se sintió desplazada, dada la preferencia que sintió de su madre hacia él. El otro evento fue la violación que su padrastro cometió contra ella cuando era niña. El momento previo a estos dos acontecimientos es percibido como una etapa “feliz, feliz, feliz” de relación postfigurativa armónica, donde los roles de madre e hija están claros y debidamente distribuidos es un momento antes de la llegada de la maldad.

3.2. EVENTOS DE RUPTURA

Las circunstancias idílicas son ubicadas por Mauricio, Héctor y Katia en un momento previo a ciertas rupturas trágicas y tremendamente violentas en sus vidas. Es importante resaltar, que en el caso de Mauricio y Héctor, las rupturas que leeremos me fueron narradas en orden cronológico de los acontecimientos (es decir, de forma posterior a los momentos idílicos). En el caso de Katia se narraron dos rupturas, una en forma cronológica que tiene que ver con su padre biológico, y otra, otra al final del relato, en un ejercicio de sinceridad que presumo tiene que ver con el acercamiento que logramos en varios días.

Héctor

En el relato de Héctor, los eventos de ruptura arrasan por completo con las figuras paternas en y en general con las figuras primarias, que no vuelven a aparecer hasta su llegada a Los Ángeles varios años después:

“... mira yo ingresé a la guerrilla a los diez años, cuando [...] a huevo pues me hicieron guerrillero [...], a esa edad porque llegaron [los del ejercito] y barrieron todo [...] Porque hicieron un desmadre, en ese tiempo solo estaba yo, mi hermano y mi hermana en la casa, mis papás andaban por el mercado o estaban trabajando. Puta [...] venían matando todos los de allí [la

comunidad donde vivía] loco, pero dando *corte parejo*¹¹, todas las casas *corte parejo*. El dicho era *muerto el perro se acabó la rabia*¹², y corrimos nosotros porque de ahí teníamos una casa como a casi medio kilómetro quizás [...] entonces corrimos. De allí llegaron a donde otros vecinos de nosotros; agarraron al señor, a la señora, los hijos pa' bajo¹³, ya la señora como de unos 75, 80 años, morritos¹⁴ como de unos 15 años pa' bajo también, todo *muerto el perro se acabó la rabia* decía el dicho, allí venían barriendo.

[...] nosotros nos logramos ir, a mi hermano lo agarraron allá por donde mi cuñado, por la casa de él. Lo mataron a él y a mi cuñado.” (Héctor)

Luego de esta escena apocalíptica, donde Héctor presenció el asesinato masivo de las personas de su comunidad y de sus propios familiares a manos del ejército, el vínculo primario existente es arrancado de forma abrupta, el paisaje que queda después de esto es el de un desierto:

“... yo, nosotros, toda la gente del valle nos internamos en el monte, todos tuvimos que correr pa' l monte, a los 15 días que salimos. ¡Huy! la casa de nosotros toda balaceada, la puerta toda abierta balaceada, la ropa de nosotros llena de sangre, no había ningún animal, todo estaba desierto, ni el perro ni el gato, *desierto, desierto*. Y la matanza que había por todos lados, entonces nosotros tuvimos que salir así como andábamos.” (Héctor)

¹¹ *Corte parejo*: es una expresión muy común en el lenguaje popular salvadoreño, en este caso está utilizada para expresar que se mataba por igual a todas las personas que el ejército encontraba, no se diferenciaba por sexo o edad.

¹² La formulación del refrán popular *muerto el perro se acabó la rabia* tiene mucho sentido el contexto de la guerra civil en El Salvador. En un momento determinado de la lucha contrainsurgente las fuerzas represivas determinaron que, tanto en Guatemala como en El Salvador, antes de atacar a la guerrilla misma, era prioritario atacar a las poblaciones civiles que servían de apoyo logístico, emocional y estructural al movimiento guerrillero. *Matar al perro* hace alusión a esta política de exterminio de civiles que eran acusados de ser causantes directos de *la rabia*, es decir, el movimiento insurgente. Las masacres de civiles realizadas bajo esta política contrainsurgente fueron documentadas por las Comisiones de la Verdad en ambos países, así como en los testimonios sobre la guerra (Cf. López Vigil, 1992) y en los trabajos académicos realizados sobre este proceso (Cf Bourgois, 2005; Tishler, 2005).

¹³ *Pa' bajo*: refiere directamente a que fueron asesinados “se los bajaron”.

¹⁴ *Morritos*: forma de designar a los niños pequeños en el lenguaje popular salvadoreño. Es una formulación que evoca ternura y cariño.

El contraste es evidente, entre la tierra abundante, los ríos, las montañas y los animales que motivaron la evocación idílica de la niñez y el desierto que nombra la muerte, tanto de la naturaleza que rodeaba el paisaje, como de las relaciones primarias que le daban sentido –vida- a este. En el desierto el agua se ha secado, no pueden crecer las flores ni pueden vivir los animales. Me atrevería a decir que *desierto* es una palabra que describe una realidad externa al sujeto así como una realidad interna. En el relato, este episodio es la antesala de la entrada a la guerrilla, como vemos Héctor dice que se hizo guerrillero “a huevo”, es decir, no fue una opción racional (que difícilmente podría haber dado un niño en sus condiciones) sino su única opción luego de presenciar esta masacre.

Después de un periodo de integrar las filas de la guerrilla, Héctor narra que fue seleccionado junto con otros compañeros para infiltrar al ejército. Según dice el criterio de su escogencia era que difícilmente traicionaría a la guerrilla dado la cantidad de mal que le había hecho el ejército “...como vieron lo que a mí me habían hecho, la historia de mi familia, vieron toda mi historia ellos confiaban en nosotros...” (Héctor). Se puede decir entonces, que la organización que había acogido a Héctor luego de la desaparición de su familia, veía su desgracia como una oportunidad de tomar ventaja del enemigo. La contención que el niño pudiera o no tener en este contexto quedaba en segundo plano respecto de la disputa de ejércitos contrarios, lo que determinó, en efecto, que Héctor se infiltrara en el ejército. En el relato, cuando infiltra las Fuerzas Armadas narra sus primeros asesinatos mediados por una lógica de venganza, cimentada en la ruptura de su vínculo primario y enmarcada en el juego de violencias entre la guerrilla y el ejército. Eventualmente Héctor fue descubierto como infiltrado junto con otros niños y es condenado a muerte y allí narra un segundo evento de ruptura, cuando fue torturado duramente antes de ser fusilado:

“...ya llevábamos un mes así [siendo torturados], yo ya echaba pus así, bien feo en la manita, nos estaban dando con electricidad tipo gusanos nos despertaban. Nosotros en la noche *men* nos dábamos duro, [...] porque

nosotros los esperábamos a cada rato que llegaban a vergasearnos¹⁵ con fusiles en la cabeza en la noche, y a ponernos la electricidad, en la lengua, en los huevos, puta decía yo [a mis compañeros de celda...] “sabe que *men* si vamos a morir vámonos a morir peleando”, simón pues va, démonos verga pues, acostumbrémonos [...]

[...]entre nosotros mismos [nos golpeábamos], ya estábamos locos, es que nosotros estábamos esperando nada más que nos mataran, simplemente nosotros queríamos morir, o sea, peleando, queríamos estar preparados para eso, y nos poníamos uno a otro en la noche y al que no, le dábamos verga entre todos y lo levantábamos a patadas ...” (Héctor)

El evento de tortura se prologó, según el testimonio, durante un mes, lo que quiere decir que fue un largo proceso de sufrimiento para una persona que rondaría en ese momento los 15 o 16 años. Resalta - por doloroso- el dato de que la tortura se volvió parte de la vida cotidiana de los presos a tal punto que en un momento comenzaron a infringírsela ellos mismos. Era un momento de absoluta desesperanza donde no se veía salida posible, ante eso hace aparición una especie de ética del guerrero “si vamos a morir, lo vamos a hacer peleando” que degenera en un prolongación y apropiación de los métodos de tortura por los mismos torturados. Esta segunda ruptura culmina con un escape repentino y sorpresivo cuando un oficial superior se compadece de los torturados y deja abierta la puerta de la celda. Héctor narra que luego de escapar cruza la frontera con Guatemala y pide asilo en la embajada de los Estados Unidos, hacia donde parte tiempo después.

Mauricio

La madre de Mauricio es la figura que está presente en el relato los primeros años de su vida, a su padre lo conoce apenas por referencias dadas por su madre:

“...yo solo vivía con mi mamá, yo me crecí con mi mamá, porque cuando nosotros éramos, estábamos chiquitos lo que a mí me contaron fue

¹⁵ *Vergasear* o *dar verga*: se utiliza en el lenguaje popular salvadoreño para designar la acción de golpear a otra persona.

que mi papá se fue para Estados Unidos, fue a emigrar allá, yo siempre me he crecido con mi mamá.” (Mauricio)

El núcleo familiar estaba constituido por él, sus dos hermanos y su mamá, pero la relación con su madre no cruzaba por el cuidado directo, dado que ella trabajaba para sostener el hogar y delegaba en su hermana mayor el rol femenino de cuidado de la familia. Ante la ausencia de la figura paterna, la madre asume el rol de proveedora y se apoya en su hija menor que funge como madre:

“...mira, lo que yo me acuerdo, ella siempre trabajaba, como es la única en el hogar ella daba todo, ella siempre trabajando, nos dejaba con mi hermana mayor, ella nos cuidaba.” (Mauricio)

El primer evento de ruptura que narra Mauricio tiene que ver con su migración hacia los Estados Unidos, circunstancia en la que coincide con Héctor. La violencia política que padeció su padrastro detona en la familia materna la alerta y ellos presionan para que él su hermana mayor migren:

“...yo iba a la escuela hasta como a los 8 años es cuando nos fuimos nosotros [mi hermana y yo], nos fuimos para Estados Unidos, antes mi mamá se había acompañado con un señor, y a él lo mataron cuando ya empezaba ya la guerra, empezó la guerra aquí también, y también tuvo otra niña tuvo mi mamá también, y yo después lo que me acuerdo cuando tenía 8 años, como mataron al... digamos esposo de ella. Todos mis tías por parte de mi mamá se preocuparon, como ya empezaba algo feo aquí la guerra, que me acuerdo que ellas nos mandaron a traer, nos mandaron a traer a mi hermana mayor y a mí, nos mandaron a traer para que nos fuéramos a Estados Unidos.” (Mauricio)

Esto provoca el alejamiento del vínculo primario con la madre se da promovido, y en buena medida posibilitado, por figuras primarias de índole materno, sobre todo tías:

“...lo que yo me acuerdo [...] agarramos un avión hasta México, desde aquí hasta México, y de allí, nos encontramos con mi tía, porque de aquí nos fuimos mi hermana mayor y yo y una amiga de mi mamá, la hija de ella se

fue con nosotros, éramos tres que nos fuimos, y allá cuando llegamos al aeropuerto me acuerdo que nos estaba esperando mi tía, una de mis tías, y de allí, nos fuimos a un hotel. Nos esperamos un día, después al camino, ya después a la frontera con México, nos estaba esperando mi otra tía y su esposo, nos estaban esperando, y recuerdo que solo nos tiraron un carro, en un baúl a los tres y así como cruzamos nosotros, nos pusieron una valija con ropa y todo, y así cruzamos. Yo me acuerdo que cuando ya cruzamos, nos parqueamos en un lugar, y nos salimos y nos metimos al carro como si nada, y nos fuimos (Mauricio).

Sin embargo, toda esta cadena facilitada por relaciones primarias de tipo maternas – que podría verse como una extensión de la contención de la madre- se rompe al final del proceso, cuando llegan a los Estados Unidos y “... me salieron a mí que yo me iba a separar con mi hermana, que mi hermana se iba a quedar con mi tía y yo con mi papá, ¡pero cómo! [si] yo nunca conocí a mi papá hasta que llegué hasta allá.” (Mauricio).

Todas las formas de relacionamiento primario que Mauricio había experimentado hasta ese momento fueron rotas con esa decisión. Y a partir de allí debe recomenzar un proceso de generación de vínculo primario desde cero con un padre, con el cual, no había siquiera hablado hasta ese momento de su vida.

“...yo me sentía raro, porque nunca tenía esa palabra de decir mi papá, y yo a mi me costó vivir con él y decirle papá, porque en mi vida, desde mi niñez que anduve yo desde los 8 años nunca conocí a él, y nunca tuve una relación con él, y nunca nos hablamos, yo hasta allá lo conocí.” (Mauricio)

El vínculo no fue roto del todo, dado que Mauricio relata que los fines de semana su padre lo llevaba a ver a su familia materna. Pero la evidencia concreta de que no pudo construir un vínculo primario sólido con su padre fue lo ocurrido cuando su madre llegó a los Estados Unidos:

“...como a los 2 años [de vivir en Estados Unidos] mi papá me dice: - mira te tengo una noticia, vamos a ir donde tu tía, vamos a ir a ver a tu hermana, pero, allí va a estar tu mamá, ya está aquí-.

“Yo me sentí alegre, porque yo pensaba que ya no la iba a ver, ya estando yo allá ya nunca la iba a ver, pero yo también antes de todo eso ya cuando yo estaba allá, yo le escribía a mi mamá, en veces me daban unos dos dólares y eso yo lo iba guardando y yo me acuerdo que yo le escribía a mi mamá y se los mandaba.

“...mi mamá llegó con mis otras dos hermanas, las menores, mi hermana tenía, mi hermanita menor tenía como 3 años, y después ese día que mi papá me llevó donde mi mamá, él me dijo:

-Mira yo voy a ir a que veas a tu mamá pero tenés que regresarte conmigo, no te vas a quedar con ella-

-aja está bien- le digo,

Pero ya después cuando ya llegué a ver a mi mamá nos abrazamos y todo eso, yo feliz por verla, pero ya después yo le dije a mi mamá y a mis tías:

-yo no me quiero quedar con mi papá de regreso, yo me quiero quedar con mi madre-

Pues sí, pero vas a tener problemas con tu papá me dicen, si pero como yo no quiero estar con él porque no sentía eso pues, porque nunca, todo ese tiempo que llegó mi mamá solo tenía dos años de estar con él, no me tenía acostumbrado para estar con él.” (Mauricio)

La llegada de la madre de Mauricio a Estados Unidos pudo significar un proceso de reconstrucción del vínculo roto inicialmente, sin embargo, un segundo evento de ruptura se presentó dos años después de la reunión de madre e hijo. En ese momento la madre de Mauricio ya había conseguido una independencia económica y un trabajo que le permitió independizarse de sus tías y alquilar un pequeño apartamento para ella y sus cuatro hijos:

“Y en el año ese que nos movimos a un apartamento nos pasó algo malo a nosotros, yo me acuerdo que iba a ser el primer día de la escuela para todos nosotros, para mis hermanas, ya estábamos preparados para ir el primer día, y un día antes que íbamos a empezar la primera vez en la escuela el primer día [...] Mis hermanas y mi mamá ya se había acostado verdad, porque ella tenía que ir a trabajar, y mi hermana ya la menor tenía 5 años, tenía 5 años ella, y nos pasó una tragedia en ese año, fue en el 85, que mataron a mi hermanita en la casa. [...] yo me acuerdo que mis dos hermanas, la mayor y la penúltima se fueron a acostar, yo con mi hermanita menor nos quedamos viendo tele, teníamos un sofá cama, y nosotros nos quedamos viendo tele, yo me acosté en el otro sofá que teníamos y ella se acostó allí, se quedo dormida. Pero esa noche me acuerdo que se metió un ladrón a la casa, pero yo no me di cuenta hasta que ya pasó todo, estaba yo dormido a la par de mi hermana en el sofá, yo de repente oigo que mi hermanita estaba tosiendo, y yo dije -ahh se enfermó-, yo medio dormido, no sé que me dio que abrí los ojos, pero como estaba todo oscuro, yo veía una sombra y mi hermanita tosiendo, y yo decía a tal vez mi mamá a ver, estaba viendo a mi hermana a ver que le pasa, y a la par de eso estaba un closet, y estaba un sofá que daba vuelta, y me acuerdo que yo quería ir al baño, pero no me levante, dije me voy a aguantar, y yo oí a mi hermanita tosiendo y llorando, yo decía -se enfermó- entonces le dio gripe, y veía yo la sombra esa, y de repente que va pegando con el zapato del sofá, y el sofá ese daba vueltas, y le pegó a la puerta de un closet que estaba allí, pero es closet se va al otro lado donde dormía mi mamá, y yo dije, y seguí durmiendo, y después oí una puerta del cuarto de mi mamá, y ella saliendo, por el escándalo del sofá, y yo me desperté y dije no es mi mamá, entonces la que está aquí, y después mi mamá como encendió la luz, y era un hombre que estaba allí y estaba ahorcando a mi hermanita, y la violó, y la ahorcó, y la

asfixió, y eso por eso, mi hermanita estaba como llorando y estaba tosiendo, porque como la estaba asfixiando.

Y cuando mi mamá vio eso entonces el hombre la aventó, pero él se había metido por una ventana de la cocina, ya había dejado todo abierto, como se llama, había quitado llave a la puerta principal, ya cuando él se levantó yo me levanté, y él se fue corriendo, y cuando él se va saliendo corriendo y yo me acerco a la puerta, porque estaba cerca de la puerta y voy reconociendo quien era el hombre, pero yo nunca me imagine que mi hermanita ya estaba muerta.” (Mauricio)

Este acontecimiento, imposible de elaborar para un niño de la edad de Mauricio, marcó una ruptura definitiva en las relaciones intergeneracionales que podían haberse reestablecido para esa época entre él, su madre y sus hermanas. Luego de este incidente, Mauricio tuvo que declarar ante una corte, porque el asesino resultó ser un vecino que conocían al cual capturaron posteriormente, además, recibió atención psicológica durante unos meses. En el próximo apartado veremos que posterior a este evento las relaciones intergeneracionales se deterioran irremediamente hasta el ingreso de Mauricio a la pandilla. No quisiera sugerir con esto un ligamen causal univoco entre ruptura e ingreso a la pandilla, pero lo que si puede asegurarse, es que este tipo de rupturas desestabilizan definitivamente la relación primaria, que ya tiene en su contra una estructura adversa, en la cual, por ejemplo, la madre de Mauricio no puede dedicar gran cantidad de tiempo a sus hijos por la necesidad de trabajar para proveer de sustento a su familia.

Katia

En el caso de Katia hay una situación parecida a la de Mauricio, su mamá trabaja desde niña y mantiene el hogar, ella declara no haber conocido a su padre hasta los 8 años. Desde la primera pregunta de la entrevista, ella recuerda a su familia como *desintegrada*:

“...bueno nací aquí en San Salvador, soy originaria de aquí de San Salvador y vengo de una familia desintegrada, a los 8 años conocí a mi papá

y siempre me crecí con mi mamá y con mi hermana, mi media hermana.”
(Katia)

El rol que juega Katia en su familia, tiene una gran similitud con el rol de la hermana mayor de Mauricio, ellas asumen como hermanas mayores las tareas de reproducción al interno del hogar, que las madres no está en capacidad de realizar, dada su necesidad de trabajar tiempo completo para mantener a la familia:

“Siempre nos tocaba quedarnos solitas a mi hermana a mí, ya que mi mamá como mujer y padre, o sea, madre y padre de la familia, jefa del hogar le tocaba dejarnos solas para ir a trabajar, entonces yo me hacía cargo, o sea, yo era la responsable como hija de mayor, era la responsable del cuidado de mi hermana y de la casa, de mantenerla limpia, de las cosas del hogar y de estudiar.”(Katia)

Las dos figuras paternas que tuvo Katia en su niñez fueron las protagonistas de sus dos momentos de ruptura. La primera de ellas su padrastro, el papá de su hermana menor, a quien en la primera entrevista que sostuvimos mencionó de la siguiente forma:

“...si, vivieron mucho tiempo juntos [la madre y el padrastro], como a los dos años antes que mi hermana [naciera], dos años tenía mi hermana ya formalizaron bien la relación como pareja y demás, y ella siempre seguía trabajando y él hacia sus negocios, bueno lo voy a mencionar porque ya era cuento viejo, él era traficante de furgones, o sea, como se llama, mafia organizada de los que roban furgones, mercadería al por mayor. Yo me di cuenta de eso porque como él me tenía mucho cariño yo tomé una imagen de él como padre, como el padre que nunca tuve, entonces él me llevaba a mi hermana y a mí a reunirse, cuando él se reunía con su gente, ya me daba cuenta yo de los movimientos que hacían, entonces yo me di cuenta, mi mamá nunca se dio cuenta de eso, hasta que yo le conté, cuando yo estoy grande.” (Katia)

En la tercera entrevista, con un poco más de confianza, Katia me revela:

“... me violaron cuando era niña, eso me cuesta, me cuesta, pero ya estoy grande y lo tengo que aceptar, he conocido una señora que ella lo cuenta así, no le da vergüenza, o sea, eso es un trauma que uno trae, y eso lo hizo el papá de mi hermana, aquella persona que yo creé la imagen como un padre porque me trataba bien, me compraba cosas, pero yo de niña no sabía por qué me hacía eso, qué era lo que me hacía, por qué me tocaba, o sea, el solo me tocaba nomás en mis partes íntimas, pero yo después me fui creando aquella cosa, será que a las demás niñas les hacen eso, y por qué me lo hacen a mí, nunca tuve aquel valor de contárselo nadie por qué si era algo que sólo me hacían a mi era algo que sólo me iban a ser burla, iba a ser menos y todo eso, entonces eso fue lo peor que viví cuando era chiquita.”
(Katia)

Katia me lo contó como para demostrarse a sí misma que lo podía “aceptar” y liga esta aceptación con su condición de adulta. Pero el hecho revela un acontecimiento que difícilmente ha sido elaborado por la personalidad de Katia y que tuvo serias consecuencias en años sucesivos. Ella declara no habérselo contado a nadie más por vergüenza, circunstancia que pudo haberse convertido en un peso que se cargaba y acumulaba con los años. Pero hay un dato más que me parece muy trascendente, ella no niega la figura de padre que me relató en la primera sesión, ella sostiene que esa persona fue su imagen de padre, pero que utilizaba esa imagen de padre para generar una confianza que traicionaba con las violaciones. Hay una relación primaria que ella trazó con esta persona y que fue traicionada, en buena medida porque esta persona se comportaba de forma ambivalente, se podría decir que ante Katia tenía “dos caras”. Esta condición fue problematizada por Katia en el grupo focal, sin necesariamente estarse refiriendo a situaciones de su niñez:

“...nosotros [quienes estamos en pandillas] hemos conocido la lealtad en la calle por tener una sola cara, ser una sola persona, o sea, no mostrar más caras pues como otra gente [... en la sociedad...] hay mucha gente hipócrita [por el contrario] en lo que es las pandillas hay mucha sinceridad se

demuestra y si algo te cae mal lo decís, si algo te cae bien lo demostrás o sea pero no tenés dos caras tenés una sola cara y eso es uno de los puntos más importantes que se valoran dentro de la pandilla.” (Grupo Focal, Katia y Mauricio)

No se podría afirmar que esta elaboración ética tenga que ver directamente con la situación experimentada con el padrastro, pero sin duda, tiene alguna relación en lo que refiere a la ética de las relaciones primarias que Katia ha forjado desde niña. La cita del grupo focal, denuncia la ambivalencia en las relaciones como hipócrita y la contrasta con la relación cofigurativa donde predomina la sinceridad.

La segunda figura paterna, que es su padre biológico también protagoniza un evento de ruptura. Aparece de repente a los ocho años y Katia lo presenta como alguien que la desvalorizó tremendamente y la agredió verbalmente:

“lo conocí porque él me llegó a buscar allí a la casa y no me pareció nada como papá, una persona muy repugnante...

... como él tiene dinero, siempre ha tenido su profesión, entonces siempre vio a mi mamá como una basura, y así me trataba a mí, como basura, cuando yo lo empecé a tratar siempre me trataba como bastardo y como basura y fijate cuando ... mi niñez yo le agradezco a mi mamá que nunca me maltrató, nunca me dijo una mala palabra, o sea, hijo de... y así, sino que para mí una mala palabra era tonto, eso era grave para mi decirlo. Entonces yo nunca sufrí maltratos así [como los que me decía mi padre], oír todo eso entonces yo me fui traumando porque yo era basura, porque yo era un bastardo, porque yo era una persona indeseable en la vida, y no servía para nada, soy una escoria de la vida y bueno, me decía infinidad de cosas.”
(Katia)

En el relato, la llegada de este padre no tiene una explicación lógica, simplemente llegó a buscar a Katia un día y a partir de allí comenzó a agredirle verbalmente. Finalmente esa violencia se extiende también a la madre, quien la enviaba

donde el padre para que trajera dinero de vuelta, probablemente para paliar una situación económica difícil.

“...porque como nunca quiso a mi mamá, entonces él me decía que [...] para él hubiera sido bien que ella me hubiera abortado porque yo soy un estorbo en su vida, porque siempre me lo dice, entonces todo eso me fue llenando de traumas y entonces fue allí donde yo empecé a tenerle rencores a mi mamá, porque ella me obligaba a que yo fuera donde él para que me regalara 50 colones” (Katia).

En el relato de Katia, una asimetría de clase es utilizada para violentarla. La necesidad que experimenta la familia la somete a una serie de violencias verbales que, como veremos a continuación, van erosionando el vínculo primario, al tiempo que un hermano mayor llega a su casa y “usurpa” su lugar.

3.3. EROSIÓN DE LA RELACIÓN PRIMARIA POSTFIGURATIVA Y SEDUCCIÓN DE LA RELACIÓN COFIGURATIVA

La narración posterior a las rupturas tiene dos momentos, uno que describe la erosión de la relación primaria postfigurativa, lo cual desemboca en un momento crisis del sujeto. Simultáneamente se describe un segundo momento donde Katia, Héctor y Mauricio son atraídos hacia la relación cofigurativa. Curiosamente en los tres casos esa atracción es narrada como una seducción en la cual el *estilo* – utilizado en términos de la escuela de Birmingham (Hall et al, 2000)- juega un papel fundamental, haciéndose presente como indumentaria que seduce a los sujetos en medio de su crisis.

Héctor

En el caso de Héctor, lo abrupto de su ruptura impide hablar formalmente de *erosión del las relaciones primarias*. Por definición, la palabra erosión hace referencia a un proceso de desgaste prolongado en el cual la degradación juega un papel fundamental. Sin embargo, hemos podido leer que la ruptura de Héctor arrasó del todo con sus figuras de relación primaria, en algunos casos por asesinatos cometidos por el

Ejército de El Salvador (como su hermano y su cuñado) en otros casos por separaciones que se reflejan en ausencias en el relato (como el padre o la madre que aparece mucho después). Héctor no narra una erosión de las relaciones primarias sino una ruptura absoluta y abrupta, donde las relaciones primarias (madre, padre, hermanos/as) fueron sustituidas por secundarias (guerrilla, ejército).

Su llegada a Los Ángeles significó un reencuentro con una única figura de las que desapareciendo cinco años atrás: su hermana. Pero también el establecimiento de nuevas relaciones primarias, esta vez de corte cofigurativo. Héctor evoca esto con una serie de diálogos donde intervienen personajes de este momento de su vida:

“... ya entré en asilo político en Estados Unidos, llegando allá me dijo mi hermana a los tres días:

-mirá que ahí está un parque a la vuelta para que no te aburras, aquí a la vuelta [de la casa]-

Cuando llegué [al parque] veo un vergo¹⁶ de gente así pelo largo, sus pantalones Levi's, sus Vanz, sus camisas de Heavy Metal ¿me entiendes? Pelo largo y yo llegué pelón¹⁷ pues va, porque iba pelón de acá...

...toda mi familia estaba aquí [en El Salvador], solo [...] mi hermana es la única que estaba allá [en Estados Unidos], después llegué yo, entonces llegué allá a ver los peludos y me dijeron:

-que onda vos pelón, que onda de dónde venís-

-de El Salvador- dije

-ah sos salvadoreño-

-simón¹⁸-

-has estado allá-

-simón-

-qué has sido allá-

¹⁶ *Vergo*: en lenguaje popular salvadoreño alude a una gran cantidad de algo (gente, carros, sillas, etc.).

¹⁷ *Pelón*: con el cabello rapado.

¹⁸ *Simón*: se utiliza como una forma estilizada de decir *sí*, es común en el lenguaje popular sobre todo en el juvenil.

-he sido combatiente-

-de la guerrilla también-

-Ah pues mira, aquel es guerrillero también, aquel es guerrillero, aquel es soldado, aquel es soldado, aquel es policía [...], mira nosotros *men* aquí somos la Mara Salvatrucha, y aquí estamos protegiendo contra todos los pelones de aquí, nosotros cuidándonos a nosotros, por el flujo de migrantes, [...] y les volamos verga a esos majes [los mexicanos] y a los chinos también, porque se andan pasando de listos con la gente, andan golpeando a la gente

-A pues no hay cuete, yo le entro también, matemos pues

-¿matas?-

-simón pues-

-vamos a ver que lo vamos probando, hoy en la noche vamos con los chinos, a ver que onda.” (Héctor)

Lo primero que habría que resaltar es que estos “peludos” tienen un *estilo* definido al interior de la industria cultural: música Heavy Metal, pantalones Levi’s y tenis Vanz. Eso es lo primero que Héctor recuerda de la Mara Salvatrucha. A partir de acá el estilo servirá en la entrevista para ubicar muchas de las figuras que rondan su socialización y para hacer diferenciaciones fundamentales, como la que existe entre “peludos” y “pelones”. Según Héctor, la Mara Salvatrucha se identificaba inicialmente por su cabello largo y la mafia mejicana imponía más bien la utilización del cabello corto entre los suyos, por eso, Héctor recuerda con alguna hilaridad haber estado “pelón” cuando conoció a los miembros de su pandilla, dado que esto significaría, de aquí en más, un signo que identificaba al que podríamos llamar *nuevo enemigo*.

El otro elemento a rescatar es la disolución de las diferencias que implica el primer encuentro con “la MS”. Hemos leído en el relato que antes de su llegada a Estados Unidos, la vida de Héctor estuvo cruzada fuertemente por la guerra civil salvadoreña, su vida se movía necesariamente en un paradigma binario (entre insurgencia y contrainsurgencia) promovido institucionalidades secundarias. El conocimiento de “la MS” implica la disolución de este paradigma, fundiendo todas las

fuerzas en una, diferencias tan importantes en el pasado (como la que hay entre “guerrillero” y “soldado”) se disuelven en pro de un objetivo común: “la protección de las comunidades salvadoreñas” de los “los pelones” y “los chinos”.

En general la invención de las pandillas pasa por una retórica de defensa un colectivo determinado (Salazar, 2002; Rodgers, 2003) aunque las actividades de defensa impliquen la puesta en peligro de este colectivo. Lo interesante de este caso es que esta inversión implica la disolución de anteriores roles que jugaron los sujetos y por lo tanto anuncian una reorganización del relacionamiento social. La transición entre órdenes es narrada con un banquete de por medio:

“Esa tarde hicimos carne asada a la parrilla, arroz, ensalada, jugamos fútbol ya después en la noche que onda, ya vamos a ir para allá arriba, ya nos movíamos de ese parque a la otra esquina donde se vendía droga porque se vendía en ese tiempo puro acido, ya en la noche, tipo 10 ya íbamos por la otra esquina por donde hay una tienda grande y allí se vendía la droga también, vamos con los chinos, vamos por balas, alistamos los cuetes,

-mire mire allí está el chino, pégame al chino pues- me dijeron

-simón-

PUM techo,

-no a este hijueputa no le tiembla- decían” (Héctor)

Una fiesta sirve como bisagra entre dos órdenes sociales, por una parte disuelve el orden social anterior, distendiendo las relaciones que antes fueron determinantes y, por otra, prepara el terreno para una nueva sociabilidad. Aquí hay un sujeto a caballo entre dos estructuras de regulación. Lo interesante es que los dos órdenes se mueven de acuerdo al mismo mandato: la eliminación del otro. Lo que en apariencia se transforma es el orden social, pero lo que verdaderamente lo hace es el rostro del otro.

Mauricio

Luego del asesinato de su hermana, Mauricio narra un proceso de erosión de las relaciones primarias, principalmente con la madre:

“Y así fue pasando el tiempo [...] ya estaba más grande, ya tenía varios amigos donde vivíamos en la zona, y ya mi mamá como siempre ella trabajando verdad, ella trabajando, dos trabajos tenía, de unos salía, se iba para el otro y nosotros la íbamos viendo casi a media noche que llegaba de trabajar. Nunca tuvimos una relación cercana y comunicación, y yo cuando le contaba mis problemas no mas mi mamá se enojaba verdad, cuando tenía problemas en la escuela, entonces después empecé a tener problemas en la escuela, no hacía mis trabajos, nada, no estudiaba, le llamaban a mi mamá, que mire, problemático no hace esto, no hace caso, después mi mamá lo que hizo, lo que hacía en lugar de aconsejarme ella me pegaba, me regañaba.”
(Mauricio)

El rol de proveedora de su madre es tan demandante que le impide poner atención a su hijo. Se repite la forma de relación que existía El Salvador, donde el trabajo de la mamá impide cercanía y comunicación. Mauricio cuenta esto en tono de reclamo, de lo que se puede inferir que su actuación en la escuela tenía que ver con el reclamo de contención que su madre no estaba en posibilidad de atender. El deterioro del vínculo se presenta como agresión. Mauricio lo narra como uno de los caminos que eligió su madre, el otro era el de “aconsejar”. En esta cadena de relaciones es fácilmente visible la influencia de la violencia estructural en la agresión doméstica, donde la condición económica de la familia de Mauricio juega un papel fundamental en la cantidad de tiempo que su madre puede dedicarle, y en las tensiones que surgen a raíz de esta escasa atención. Paralelo a este proceso Mauricio hace un relato de seducción del *estilo* de sus primos:

“...como ellos [los primos] se reunían, como se vestían, los tatuajes, todo eso a mí me atraía verdad pero ya después mi mamá me aconsejaba que no me relacionara muchos con mis primos, porque eran pandilleros y todo eso, y mi mamá, ella no quería que yo siguiera esos pasos como mis primos, ya al tiempo que ya sucedió todas estas tragedias empecé a ir a la escuela y nosotros vivíamos en frente de un parque, y yo veía muchos

muchachos que se reunían, iban a, eran como mis primos, eran pandilleros, yo en las tardes ya cuando iba a la escuela, yo me iba a jugar básquetbol al parque, y a mí me atraía eso que yo siempre veía y al tiempo empecé yo a hablar, me hablaban verdad, algunos me hablaban, solo me decían que hola, cosas así...” (Mauricio)

Pese a tener un vínculo deteriorado con la madre, esta, a diferencia de la de Héctor, no ha desaparecido de la vida de Mauricio. Por lo que la seducción de la pandilla es prohibida por la el vínculo primario postfigurativo. El parque, como el caso de Héctor, funciona como ese espacio fuera del hogar donde la relación cofigurativa se teje alrededor del juego de básquetbol, la atracción comienza a concretarse en la medida en que las personas de la pandilla le hablan a Mauricio.

Katia

La erosión de vínculos primarios de Katia involucra directamente a su padre biológico, a quien hemos visto anteriormente que Katia achaca constantes agresiones verbales que la desvaloraban como persona. Al parecer este vínculo se mantiene por la necesidad económica que experimentaba la familia en ese momento. Pero el deterioro de la relación llega a su punto máximo cuando aparece un hermano mayor de Katia que provoca que ella sea enviada a la casa de su padre:

“... entonces allí es donde yo le empecé a tener rencor porque yo le decía mamita no me mandes [a la casa de mi papá] te lo pido, yo me le arrodillaba llorando, y te digo, yo era una niña tan inocente que para mí eso era cruel porque me maltrataban así, entonces ella no me hacía caso, “mentirosa”, “mentirosa” me decía y me empezó a llenar de rencores, esta señora no sabe cómo me hace sufrir porque este señor me pegaba en la cabeza, así, tan grande era el odio hacia mí que me pegaba sin nada. Entonces allí es donde me empecé a llenar yo de odio, pasó un día que el hijo mayor de mi mamá, te lo digo así porque yo no lo quiero, no es mi

hermano y no lo quiero, entonces había crecido con lujos y todo, y era un niño fresa, creado en los mejores colegios de San Salvador y, se había hecho malcriado, vagabundo ..., entonces él se fue para la casa de nosotros con mi mamá, se fue llorándole que ya no quería estar con el papá porque lo maltrataba, y si el papá lo maltrataba es porque andaba de callejero, andaba en la calle, entonces claro tenía razón el papá de maltratarlo, mi mamá al ver las lagrimas y las suplicas de su hijo que nunca lo pudo tener a su lado aceptó tenerlo, hicieron un cambio, el hijo se fue con mi mamá y a mí me mandaron el papá.” (Katia)

Es evidente el ligamen que existe entre la figura de este hermano y el padre (de una misma extracción social e igualmente “pedantes” a los ojos de Katia). Nombrar a la madre, el padre, y el hermano como “ese señor”, “esa señora” y “el hijo de mi mamá”; pone evidencia unas relaciones primarias debilitadas donde los personajes familiares comienzan a hacerse extraños. En los tres casos hay un desconocimiento del vínculo que une a estas personas con Katia. La aceptación de este hermano de Katia en la casa de su madre provoca su expulsión, hacia la casa de su padre, lo que puede augurar un momento de crisis que en efecto ocurrió. Katia finalmente escapa de la casa de su padre y se vuelve a vivir a la casa de su madre, sin embargo, el vínculo entre las dos se encuentra muy deteriorado, Katia percibe que cualquier vínculo que se realice será de agresión por lo que resuelve encerrarse por medio de una “barrera”, lo cual coincide con su “salida del pasaje” y el ingreso al consumo de drogas:

“...yo me forme una *barrera* y de que nadie me va a decir, ya nadie me va a ofender, ya no voy a dejar que nadie me pisotee, y así empezó, desde entonces comencé a crearme esa barrera y por eso quizá la gente me crítica porque tenía cara de brava porque así me hice mi barrera y así la tengo.

Y entonces empezó mi mamá que vos sos una odiosa, sos una loca, sos una envidiosa, sos una aquí, cosas que jamás en mi vida me había dicho y empecé a tenerle más odio, más odio, más odio y mi hermano me maltrataba más, me maltrataba más...

...pasaron los 10, 11 años, entonces yo me empecé a involucrar también, ya *me salí del pasaje*, ya empecé a conocer otra clase de amistades no, amigas y me empecé a drogar.” (Katia)

“Salirse del pasaje” evoca directamente aquella idea idílica en la cual estar contenida en una serie de relaciones post figurativas, que si bien no aludían a su familia inmediata, eran exitosamente sustituidas por los padres y madres de sus amigas y amigos. Al salir de este esquema de relación Katia comienza a desarrollar una serie de relaciones cofigurativas, que tienen como centro el consumo de drogas, sobre todo de pastillas, este desemboca en que la echen de la escuela, a pesar de que los años anteriores ella fuera una buena alumna. Posteriormente se reincorpora a la escuela y logra terminarla y entra al colegio y es allí donde conoce a las personas de la pandilla Barrio 18 St en un proceso en que media la seducción de estilo:

“... ya estaba por cumplir los 14, [...] y allí en el Instituto donde yo estudiaba llegaban pandilleros ya de pandillas pandillas, de la 18, como los nacionales se llevaban con la 18, y los técnicos se llevaban con la de MS¹⁹ [...] yo todavía no pertenecía, pero yo los veía, la veía ella con peinado así, bien pintada, bien tumbada, bien macha que ella pasaba y nadie decía nada, todos agachaban la cabeza, y todos el gran respeto que le tenían a ella, y yo decía puya así quisiera ser yo, que todo respeten, que nadie tenga el pensamiento siquiera de faltarle al respeto, yo empecé aquella onda y aquella onda, y los ví y empecé hablarle a los *home boys* porque ella era más seria y si le tenía un poco de miedo, porque ya había oído hablar cosas de ella, que ella mataba y todo eso.” (Katia)

El otro elemento a resaltar en este relato es el tema del “respeto”. En un momento de crisis como el que está viviendo Katia, donde declara una desvalorización profunda, se hace fundamental la ideal del respeto que permita recuperar el terreno de

¹⁹ “Técnicos” y “nacionales” designa la división de colegios de especialización y académicos en El Salvador, sobre esa división se construyen dos identidades colegiales que constantemente entran en conflicto de índole violenta, la versión de Katia de que los técnicos y nacionales se dividen según pandillas es discutible según el estudio de Savenije y Beltrán (Cf. Savenije y Beltrán, 2005).

la valoración que ha sido dañana. Katia ha encontrado un modelo cofigurativo, mediante el cual reconstruir su vinculación primaria.

4. EL PASADO NEGADO: CULTURA E INSTITUCIONALIZACIÓN EN LAS VIDAS DE KATIA, HÉCTOR Y MAURICIO (A MANERA DE CONCLUSIONES)

Aplicando un marco de interpretación que no intenta convertir la relación primaria en paradigma de relaciones performativo, se obtienen resultados interesantes. Las narraciones que Katia, Mauricio y Héctor hacen de sus vidas, pone de manifiesto una serie de vivencias, que podemos entender como apropiaciones generacionales de procesos históricos por los que ha atravesado El Salvador contemporáneo. Procesos como la guerra civil, la migración transnacional y la emergencia de las pandillas juveniles como un actor social determinante, han sido vividos generacionalmente por estas tres personas.

Todo ello ha implicado el sufrimiento de una serie de procesos que marcaron decididamente su relación postfigurativa. Las figuras adultas desaparecieron o las hicieron desaparecer durante su niñez. Sea por el asesinato abierto como el caso de Héctor; por la combinación de este con la imposición de la estructura social que, en el caso de Mauricio, aleja a la madre de todo su proceso de relacionamiento primario al tiempo que asesinan a su padrastro; o por la agresión doméstica que sufrió Katia. Esta desaparición ha implicado el exilio tanto del propio país (Héctor y Mauricio) como de la propia casa (el caso de Katia).

Pero el desplazamiento geográfico va acompañado de uno más radical: el desplazamiento del pasado. El pasado, representado en las relaciones postfigurativas se anula como posibilidad, es un pasado negado. Ninguna de estas personas realizó una decisión personal de negar su pasado, sino que diferentes circunstancias de la vida social, fueron cercando su horizonte de decisiones. Esto se agrava en la medida que hablamos de niños y niñas. Por su posición en la estructura social, su edad, y el desarrollo de sus capacidades, los niños y las niñas tienen, de todas maneras, un

horizonte de decisión estrecho y delimitado férreamente por las opciones que les dan las personas adultas, pero en estos casos, debemos agregar a ello un desentendimiento de las personas adultas de los niños y las niñas que tenían a cargo. Es decir, el horizonte de posibilidad trazado por las personas adultas desaparece y Katia, Mauricio y Héctor, se ven en la necesidad de decidir qué hacer, sin tener la legitimidad social para hacerlo. Quedan entonces atrapados entre una relación primaria erosionada y una sociedad que no les da mayor legitimación por su edad. Generacionalmente esto desemboca en una imposibilidad de comunicación con generaciones adultas, que se resuelve como negación del pasado representado en la relación postfigurativa.

Esto representa lo que Mead (1997) llama una “migración en el tiempo”, los exilios geográficos se convierten también en exilios temporales, en la medida que la generación se siente aislada de sus padres. Tal vez esa “barrera” que Katia decidió construir a su alrededor, ante la insatisfacción provocada por la relación primaria, sea lo que mejor representa esta generación aislada en el tiempo.

Sin posibilidad de construirse en relación post figurativa recurren a estrategias de relacionamiento primario que cruzan por lo cofigurativo. Siendo que los adultos ya no dan respuestas para el mundo que los rodea, niños, niñas y adolescentes comienzan a verse entre sí y a explicarse el mundo de acuerdo a sus parámetros. Por ello el orden institucional representado en sus padres se vuelve cada día más ilegítimo, es un pasado que carece de inteligibilidad para el mundo del presente representado por esa generación pionera que ha sido exiliada el orden social.

Contrario a la teorización de Mead, las pandillas no son estructuras cofigurativas exitosamente previstas por un sistema postfigurativo que la asimilará eventualmente (como podría verse el sistema educativo por ejemplo). Este tipo de configuración se basa en ignorar del todo el orden institucional que representan los padres. En las vidas de Mauricio, Katia y Héctor; el orden institucional en el que estaban siendo socializados fue arrancado de cuajo por una serie de eventos que *rompieron* el vínculo primario, en algunos casos de forma abrupta (como la masacre que presenció Héctor); en otros en

un proceso paulatino, como la crisis en la que se sumió Katia, o la ausencia de la madre de Mauricio debido a su carencia económica que la obligaba a trabajar (“ella siempre trabajando”). En estos casos el orden postfigurativo es responsable de estas rupturas pero no las ha planeado, lo que en términos de relacionamiento se traduce como un desconocimiento del orden social, sin que sea posible una previsión de esta crisis.

La distancia llevada al extremo se convierte en aislamiento. Los aislamientos geográficos se corresponden entonces con aislamientos de significado en los cuales los sujetos inventan un mundo social a partir de los parámetros de la configuración. En este caso, el recurso del *estilo* se torna fundamental para entender estos mundos de agregación que toman forma en la adolescencia. La seducción que Katia, Mauricio y Héctor sienten hacia el *estilo*, da cuenta de la importancia de la cultura juvenil en la construcción configurativa del mundo.

Industria cultural y cultura juvenil, son dos formaciones sociales con amplias diferencias y una relación caracterizada constantemente por la pugna. Mientras que la cultura juvenil se reivindica como una organización que escapa siempre al mercado juvenil, este mercado depende íntimamente de la actualización estética de la industria cultural (Zúñiga, 2006). Lo cierto es que una y otra de las formaciones contribuyen (de manera contradictoria) a formar las tendencias estilísticas que caracterizan a la juventud. Las pandillas, como cultura juvenil, no escapan a estas tendencias. La seducción que documentan nuestros informantes depende de una socialización estética en una industria cultural, que indica que eso que se ve en el parque o a la salida de la escuela es una pandilla. Como hemos visto esto tiene una serie de valoraciones que lleva aparejada (infundir respeto, solidaridad, etc.) que identifican con la forma de vestir de estos sujetos.

Pero hay un segundo elemento que habría que rescatar, la industria cultural se basa en el criterio de la “moda” para vender. La moda:

“... no se limita a la vestimenta, consiste en una lógica temporal que regula los cambios y reemplazos en las preferencias de los sujetos sociales [...] Como tal está signada por la actualidad: se trata del constante

predominio de lo resiente sobre lo antiguo, del encumbramiento de lo novedoso sobre el pasado” (Margulis y Urresti, 1996b, p. 134).

En este sentido la industria cultural encuentra un asidero fértil en una generación exiliada (temporal y geográficamente) de su pasado. La comunicación que la industria cultural pueda generar con estos sujetos está relacionada directamente con su capacidad de inventar estrategias para acompañar el aislamiento social mediante mensajes configurativos.

Entonces, no es toda la sociedad la que se desvanece frente a este relacionamiento configurativo. Se desvanece el sector de la sociedad que basa su existencia en la legitimidad postfigurativa. La industria cultural por el contrario se basa en una estrategia (la moda) que pasa justo por la ausencia de pasado, en este sentido logra una comunicación efectiva con una generación que intenta construir su relacionamiento primario a partir de lo configurativo.

¿Qué tan sostenible es este relacionamiento primario conforme va pasando la vida? ¿puede extenderse este tipo de relacionamiento primario más allá de la adolescencia? ¿La sociabilidad fundada en la estrategia configurativa permite generar una sociedad a largo plazo? El análisis de los momentos posteriores de la vida de estas personas permitirá dar una respuesta a este tipo de planteamientos. En lo inmediato quisiera dedicarme a explorar la idea de si esta generación que queda presa de su presente, devuelve la negación de pasado como negación del presente en dinámicas violentas de eliminación mutua.

REFERENCIAS

Bastos Amigo, S. (2007). Familia, género y cultura. Algunas propuestas para la comprensión de la dinámica de poder en los hogares populares. En: Robichaux,

- David (comp.), *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de Casos* (pp.103-132). Buenos Aires, CLACSO
- Berger, P.y Luckmann, T. (1972). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrurtu Editores.
- Bourdieu, P. (2001). *Las estructuras sociales de la economía*. Buenos Aires: Manantial.
- Bourdieu, P. (2007). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.
- Bourgois, P. (2005) Más allá de la pornografía de la violencia. Lecciones desde El Salvador. En: Ferrándiz F. y Feixa C. (eds.). *Jóvenes sin tregua. Culturas y políticas de la violencia* (pp. 11-34). Barcelona: Anthrophos.
- Carranza (2004) Políticas juveniles y rehabilitación de mareros en El Salvador. En: ERIC, IDESO- UCA, IDIES- URL, IUDOP- UCA (Vol. III), *Maras y Pandillas en Centroamérica: Políticas juveniles y rehabilitación* (pp.15-89). San Salvador: UCA Editores.
- Cerbino, M. (2004). *Pandillas juveniles. Cultura y conflicto de la calle*. Quito: Abya Yala/ El Conejo.
- Comisión de la Verdad. (1993). *De la locura a la esperanza: La guerra de 12 años en El Salvador*. San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones.
- Cruz, J. M. (2005). Los factores asociados a las pandillas juveniles en Centroamérica. *Revista Eca*. Nov-Dic. 2005. 685-686.
- Cruz, J. M. y Giralt, M. S. (2001). Las Maras en El Salvador. En: ERIC, IDESO- UCA, IDIES- URL, IUDOP- UCA (Vol. I), *Maras y Pandillas en Centroamérica* (1ª ed., pp. 15-108) Managua: UCA Publicaciones.
- Demoscomía S.A (2007). *Maras y Pandillas, comunidad y policía en Centroamérica. Hallazgos de un estudio integral*. ASDI/ BCIE.
- Dunkerley, J. (2001) El Salvador desde 1930. En: Bethell, L. (ed.). *Historia de América Latina (América Central desde 1930)* (pp. 87-114). Cambridge, Cambridge University Press; Barcelona, Editorial Crítica.

- Erdheim, M. (2003). *La producción social de inconsciencia. Una introducción al proceso psicoanalítico*. México: Siglo XXI.
- ERIC, IDESO- UCA, IDIES- URL, IUDOP- UCA (2001) (Vol. I), *Maras y Pandillas en Centroamérica*. Managua: UCA Publicaciones.
- Figueroa Ibarra, C. (1993) Centroamérica: Entre la crisis y la esperanza (1978-1990). En: Torres-Rivas E. (ed.) (Vol. 6 Historia Inmediata), *Historia General de Centroamérica* (pp. 35-84). San José: FLACSO.
- Gil Montero, Raquel. ¿Métodos, modelos y sistemas familiares o historia de la familia? En: Robichaux, David (comp.), *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de Casos* (pp. 77-101). Buenos Aires, CLACSO
- Hall E. et al. Subcultures, cultures and class: a theoretical overview. En: Hall, Stuart y Jefferson, Tony. (2000). *Resistance through rituals. Youth subcultures in post-war Britain* (pp. 9-75). Nueva York, US: Routledge.
- Hinkelammert, F. (2003). *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. Heredia: EUNA
- Hinkelammert, F. (2007) La reconstitución del pensamiento crítico. En: www.pensamientocritico.info, consultada 23 de abril de 2008.
- López Vigil, J. I. (1992). *Las mil y una historias de Radio Venceremos*. San Salvador: UCA Editores.
- Magazine, Roger (2007) Los niños de la calle en ciudad de México: un marco alternativo para su estudio. En: Robichaux, David (comp.), *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de Casos* (pp. 239-254). Buenos Aires, CLACSO
- Margulis M. y Marcelo U. (1996a). La juventud es más que una palabra. En: Margulis, M. (ed.). *La juventud es más que una palabra* (pp.13-31). Buenos Aires: Biblos.
- Margulis M. y Marcelo U. (1996b) Moda y juventud. En: Margulis, M. (ed). *La juventud es más que una palabra* (pp 133-147). Buenos Aires, Biblos.
- Martín-Baró, I. (2004) *Sistema, grupo y poder. Psicología Social desde Centroamérica (II)*. San Salvador: UCA Editores.

- _____. (2007). *Acción e Ideología. Psicología Social desde Centroamérica*. San Salvador: UCA Editores.
- Mead, M.(1997). *Cultura y compromiso. Estudio sobre la ruptura generacional*. Barcelona: Gedisa.
- Menjivar Ochoa, R. (2008) *Tiempos de locura. El Salvador 1979-1981*. San Salvador: FLACSO El Salvador/Índole editores.
- PNUD (2005). *Una mirada al nuevo nosotros. El impacto de las Migraciones. Informe de Desarrollo Humano*. San Salvador: PNUD.
- PNUD (2007). *Migraciones, cultura y ciudadanía en El Salvador*. Cuadernos sobre Desarrollo Humano No 7. San Salvador: PNUD.
- Robichaux, D. (2007) Diversidad familiar en América Latina: perspectivas multidisciplinares. En: Robichaux, David (comp.), *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de Casos* (pp. 11-23). Buenos Aires, CLACSO.
- Rodgers, D. (2003) Youth Gangs in Colombia and Nicaragua- New forms of violence, new theoretical directions? En: Rudqvist, A. (ed). *Breeding Inequality-Reaping Violence. Exploring Linkages and Causality in Colombia and Beyond* (pp. 111-133). Suecia: Collegium for Development Studies.
- Rojas Wiesner, M. L. Lo biográfico en sociología. Entre la diversidad de contenidos y la necesidad de especificar conceptos. En: Tarrés, M. L. (coord.). *Observar, Escuchar y Comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*. (pp. 171-200) México: FLACSO- México/ Colegio de México.
- Salazar, A. 2002a. *No nacimos pa´semilla. La Cultura de las bandas juveniles de Medellín*. Bogotá: Planeta.
- Savenije, Wim (2006). Las pandillas transnacionales Mara Salvatrucha y Barrio 18st.: Una tensa combinación de exclusión social, delincuencia y respuestas represivas. En Lesser T., et al (eds.) *Intra caribbean Migration and the Conflict nexos* (pp. 205 228) Ottawa: University of the West Indies and OIM
- Savenije, W.; Beltrán, M. A. (2005) *Compitiendo en Bravuras. Violencia Estudiantil en el área metropolitana de El Salvador*. San Salvador: FLACSO-El Salvador.

- Smutt, Marcela y Miranda, Lissete. (1998) El Salvador: socialización y violencia juvenil. En: Ramos, Carlos Guillermo (ed-coomp.). *América Central en los noventa: Problemas de juventud* (pp.151-188). San Salvador: FLACSO- Programa El Salvador.
- Tishler, S. (2005). *Tiempo, memoria y sujeto*. Guatemala: FyG editores.
- Torres-Rivas, Edelberto (1993) La sociedad: La dinámica poblacional, efectos sociales de la crisis, aspectos culturales y étnicos. En: Torres-Rivas E. (ed) (Vol 6 Historia Inmediata), *Historia General de Centroamérica* (pp. 163-204). San José: FLACSO.
- Valenzuela Arce, José Manuel (2007). "La mara es mi familia". En: Valenzuela Arce, José Manuel; Nateras Domínguez, Alfredo; Reguillo Cruz, Rossana (eds.). *Las maras: identidades juveniles al límite*. (pp. 33-63). México: UAM/Colegio de la Frontera Norte.
- Zúñiga Núñez, M. (2006) *Cartografía de otros mundos posibles: el rock y reggae costarricense según sus metáforas*. Heredia: EUNA.

ÉTICA, CULTURA Y JUVENTUD

EMMA RUIZ MARTÍN DEL CAMPO.
Universidad de Guadalajara, México.
emmaruiz0808@hotmail.com

I.- LA GESTA DEL SUJETO HUMANO Y LA FIGURA DEL SEMEJANTE

El humano es, de entre los mamíferos, el cachorro más desvalido al nacer. Su vulnerabilidad de neonato, inacabado, dependiente para sobrevivir del otro que le procura cuidados, le da su especificidad. En el curso de la evolución gestamos cultura, instituciones, productos simbólicos, a fin de ligarnos los unos a los otros, contener nuestras fuerzas destructivas, potenciar las creativas y dar la requerida batalla por la existencia. Para los hombres y las mujeres, mientras las pautas instintivas perdían fuerza, la iba cobrando el contrato interhumano que se convertía en premisa de subjetivación, de humanización. El otro humano que nos fue acompañando en nuestra inserción cultural, nuestro semejante, nos dejó huellas inalienables, de tal forma que somos nos-otros y vamos por la vida añorando el reencuentro con la inmediatez placentera que experimentamos al inicio de nuestra vida. Ya Freud decía que la necesidad de amor, troquelada en esa fase primigenia no nos abandonaría ya más mientras viviéremos.

A fin de insertarnos en la cultura pasamos por un proceso de socialización que implica renunciar a ciertos tipos de satisfacciones y favorecer otras. Nos apropiamos el instrumento del lenguaje y nos volvemos sujetos del discurso, que nos abre posibilidades de contacto y de negociación. Habiendo contraído una deuda simbólica con nuestros congéneres, vamos inscribiendo en nosotros ciertos códigos de valores y plegándonos a ciertas normas reguladoras de la convivencia.

Pero la grieta del sujeto, la separación, la expulsión del paraíso de la cercanía inicial con el otro, es definitiva. Generamos paliativos para atenuar el dolor por nuestra

pérdida y los hallamos en satisfactores que como seres culturales hemos creado, pero principalmente en las relaciones con otros. Con todo, si utilizamos a los otros, si pretendemos convertir las relaciones con ellos en una obturación total de nuestras heridas y vulnerabilidades, abrimos el camino al sometimiento, al abuso de poder, al dominio y a la crueldad. De ahí que la vigencia de la ley, de una instancia tercera que nos demarque la existencia del otro y nos exija su reconocimiento, es un garante del proceso de subjetivación.

II.- DINÁMICA SOCIAL EN LA LLAMADA POSMODERNIDAD

A partir del proceso de industrialización la lógica del mercado ha ido cobrando más y más relevancia a lo largo y ancho del mundo. El tiempo del mercadeo es el actual: urge vender hoy, conquistar nuevos clientes hoy, producir nuevas mercancías hoy, pero mientras esto sucede en el mercado, a nivel de la subjetividad se gesta en muchos humanos una sensación de vacío (no necesariamente consciente), por ser tomados como meros clientes o compradores potenciales, objetos de la propaganda y la mercadotecnia. Al mercado le interesan los deseos humanos sólo en la medida en que le representan medios para obtener mayores ganancias y busca eliminar toda normatividad que se oponga a tales afanes. Por otra parte, la ampliación de los mercados, junto con los grandes avances tecnológicos, han propiciado vivencias del espacio muy disímiles a las de antaño: parecen haberse perdido las zonas limitadas, oscilando los sujetos entre sus experiencias en su marco local, la amplitud del mundo mostrada por los medios de comunicación y los espacios virtuales abiertos por las tecnologías.

Otro aspecto que marca la dinámica social de principios del siglo XXI en los países latinoamericanos es la marcada disminución de la oferta de trabajo. Por una parte ha habido un abandono progresivo del campo. Muchos sujetos emigran a la ciudad a la búsqueda de mejores condiciones de vida. Por otra parte, las ciudades, inmersas en las relaciones de mercadeo transnacionales, han visto la salida de

múltiples empresas en las que había puestos de trabajo disponibles para jóvenes. Los contratos laborales son hoy en día por espacios de tiempo muy breves, y ya no ofrecen garantías ni prestaciones a los trabajadores. Las universidades, por su parte, son para muchos jóvenes una fase de moratoria que buscan ampliar lo más posible, porque temen salir a una realidad social que no les permitirá participar con su trabajo y su fuerza creativa en el quehacer cultural. Otros jóvenes, que no se sienten motivados por el estudio, se encuentran muchas veces desde la adolescencia en una situación de carencia de proyecto que es profundamente desubjetivante. Muchos jóvenes viven la llamada posmodernidad como un mundo de experiencias caóticas que no les ofrece espacios de contención, ofertas de pertenencia, posibilidades para la instrumentación de un futuro satisfactorio y muchas veces ni siquiera para el presente inmediato.

La lógica de mercado, la perversa ideología de que sólo cuentan la ganancia y el rendimiento, se ha ido extendiendo a las formas de relación entre los sujetos. En muchos casos se pretende dar al otro un uso de mercancía, de producto comprable, utilizable como un satisfactor para obturar los deseos y necesidades. Cuando tal transgresión del otro humano ocurre, no priva una ley de regulación de las interacciones que impida la dialéctica de dominio/sumisión, de crueldad posible, y por tanto al otro no se le reconoce como semejante. La dilución de la ley como marco regulatorio de los comportamientos sociales, por su parte, propicia el que se diluya la sensación de transgresión o culpa en casos de explosión de violencia o puesta en práctica de actos de crueldad. Es como si cada uno pensara que puede actuar a su arbitrio, según las circunstancias y sus propias conveniencias. Todo ello ha venido dando lugar al incremento de formas brutales de relación y modos compulsivos de actuar, podríamos hablar de que están proliferando síntomas alusivos a la pérdida de contacto con el otro, lo que en el fondo produce sensación de desarraigo, dolor y formas diversas de sadismo y agresividad.

El desconocimiento del otro como semejante se manifiesta también en relaciones marcadas ya sea por la distancia y la indiferencia (las no-relaciones) o por una competitividad que deja escaso lugar para la empatía, la comprensión, el encuentro. Es

el pan de cada día la ausencia de reconocimiento de los sujetos, de sus necesidades, demandas y deseos en su comunidad de pertenencia, la falta de respeto y de interés de los otros y de las instituciones e instancias públicas ante sus padecimientos. Los sujetos, en las sociedades occidentales son definidos hoy en día por su rendimiento y no ya por lo que son. El caso extremo son los sujetos que quedan fuera de los parámetros de productividad marcados por una sociedad y son expulsados, condenados al vacío social o a la tierra de nadie.

En un encuentro ocasional con una joven mujer argentina, ella hablaba de la depredación de la que había sido objeto su país y de las devastadoras consecuencias que ello tenía en los que llamó “sujetos de desecho”. Hoy en día –comentaba-, el Estado ya no tiene que encerrar en mazmorras a los “inadaptados sociales”, hoy por hoy le basta con dejarlos morir, así se deshace de ellos y hasta goza de una pretendida inocencia, pues ningún crimen le es imputable de manera directa y manifiesta, por más que muchos hagan circular el secreto a voces de que pesa en el ambiente un deseo mortífero del otro, al que se le desconoce como semejante.

III.- LOS JÓVENES DE CARA A LA POSMODERNIDAD

Para escuchar la voz de los jóvenes respecto a la dinámica social en la posmodernidad, entrevisté a Alberto. Este joven estudió medicina y en la actualidad se plantea la cuestión de si iniciar su práctica profesional en Latinoamérica o intentar conseguir una beca para irse a Europa o a América del Norte a hacer una especialidad.

Le hablé a Alberto de que estaba interesada en explorar la forma como los jóvenes actuales viven su mundo y su realidad y le pregunté si podía exponerme su punto de vista, lo que aceptó con gusto. Comentó:

“Creo que hemos arribado a una época en que casi no quedan utopías y prolifera la violencia. En algunos países parece haberse agotado el potencial de desarrollo. Las oportunidades de trabajo son muy escasas, los jóvenes estudiamos con el sueño de alcanzar un mejor futuro, y al terminar la carrera nos vemos en las filas de los

desocupados. Si estudias medicina, sociología, pedagogía o cualquier otra asignatura, temes que al terminar la carrera tengas que sobrevivir manejando un taxi o vendiendo algún producto. Y no es que eso lo vea yo como denigrante, es simplemente que algo está mal, porque no hay tribunas para que cada joven se despliegue en las actividades para las que se ha preparado. Los que de plano no ven perspectivas de trabajo aquí, se van a otro lado, sobre todo al norte, a buscar mejores condiciones de existencia. Los que tienen recursos buscan seguirse preparando para la lucha por la vida en otro país. Pero hay también los que emigran jugándose la vida, porque aquí voltean para todos lados y no ven nada. Esto genera un clima de desesperanza y agresión sin precedentes. La carencia extrema es un semillero de crueldad. Tampoco hay muchos espacios sociales en los que uno se sienta acogido, perteneciente, cada quien anda por su lado. Ahora ya no hay ni grupos generacionales en la universidad, por el sistema de créditos que se inventaron. De los adultos, muchos nos parecen lejanos, muy distintos de nosotros, y con los cuates muchas veces la cercanía y la armonía se rompen porque no sabemos cómo apoyarnos, competimos, nos excluimos o nos juntamos sólo a emborracharnos, algunos a drogarse y otros hasta a cometer robos o a formar grupos de enfrentamiento, de lucha. En el mejor de los casos, nos reunimos a la fiesta, a escuchar o a hacer música, a cocinar juntos, a pasarla bien y esos son los mejores momentos, los que hacen llevadera la vida, porque a veces el mañana se ve muy negro. No vemos por dónde podría mejorar el país, ni qué papel podríamos jugar nosotros en impedir el caos. Los narcos están por todas partes, las calles son inseguras, y como no nos hemos de encerrar, aceptamos vivir con miedo. Hasta la policía puede agredirte, esposarte, llevarte al bote sin razón. Necesitamos hacer algo urgentemente, pero ¿qué?, ¿cómo? En ocasiones pienso que no hay futuro, pero otras veces me digo que además de vivir el momento vale la pena pensar lo que parece imposible, imaginar lo que creemos inimaginable, quien quite y al final todavía le ganemos al destino funesto y subsistamos con inteligencia los humanos. Tendríamos que contrarrestar el cambio climático, la pérdida de muchas especies y otras tantas locuras más que son producto de la influencia del hombre en el planeta.

Le pregunto: Si tuvieras que definir con un par de términos esta época, ¿cuáles serían? Me responde: La época de buscar la esperanza con la linterna de Diógenes.

Los puntos de vista de Alberto llevan a pensar en las paradojas ante las que están parados los jóvenes de hoy. Por una parte viven un bombardeo mediático contradictorio acerca de lo permitido y lo prohibido. Por otra parte constatan que lo que se les presenta como lo deseado y deseable es inalcanzable para ellos en el contexto de una realidad que no ofrece sustento a sus proyectos.

Tendríamos que transformar la realidad social de tal forma, que ofreciera tribunas para el despliegue de las potencialidades y sueños de los jóvenes, porque si no hay escenarios para quienes desean ser actores, músicos, danzantes, si no hay “papel” para los que sueñan ser escritores, si no hay tierra para los potenciales agricultores, ¿qué hacen ellos, pues? Exigir el cumplimiento de la ley tendría que partir de la existencia de canales lícitos, viables para los sujetos, de insertarse en el quehacer cultural y de satisfacer sus deseos negociadamente. ¿Cómo evitar que el destino funesto nos alcance?

IV.- ACERCA DE LA CULPA, EL AMOR Y LA INSTAURACIÓN DE LA LEY

Gerez Ambertín, en su artículo “Culpa, Responsabilidad y Castigo” afirma: “El sujeto es capturado por la ley bajo las redes de la culpabilidad, y sigue: “La culpa, la mácula, la falta, el pecado, la cobardía moral y sus sentimientos concomitantes: el remordimiento, la desdicha, la desventura y el fracaso configuran ese costado pesumbroso que el sujeto quisiera arrancar de sí, pues su peso le indica que el anhelado paraíso de ser para siempre feliz no es sino una simpática utopía”. (Gerez, 2006: 37).

Gerez nos lleva después por pasadizos que nos hacen pensar la relación entre el psicoanálisis y el derecho, entre el amor y la culpabilidad. La vida amorosa se rige por una ley que marca ciertos *partenaires* que no han de ser elegidos, prohibidos quedan los objetos amorosos más cercanos en la infancia. Y si bien nuestras elecciones

amorosas se dan luego por la vía de la sustitución “atrae lo prohibido, la elección recae –si la elección es más o menos feliz- en un sustituto de lo prohibido, en un subrogado”. Se elige sustituyendo, “porque el objeto de amor originario, auténtico lleva la marca de un “*made in incesto y parricidio*”. Pero, a pesar de la sustitución que se lleva a cabo, la “culpa de todos modos se mantiene inconsciente, en negativo y (...) emerge en sueños, fantasías, síntomas y lapsus... a veces”. (Gerez, op. cit.: 43).

Sujetos humanos, culpables de faltas que desconocemos-conociendo, de “un saber que no se sabe” (Mannoni), nos vemos ante la necesidad de cuestionarnos de todas formas sobre tales faltas porque, aun cuando de alguna forma son ignoradas por nosotros, tienen vívidos efectos en nuestra subjetividad.

La cuestión es encaminarnos hacia las formas como los humanos subjetivamos lo prohibido, nos adentramos en el laberinto del amor, de la culpa, de lo inconsciente y de la ley.

Gerez nos hace ver que a pesar de su inconsciente, el ser humano requiere cuestionarse acerca de su forma de implicación como sujeto en cada uno de sus actos. Se apoya en un jurista, Legendre, que promueve la colaboración entre psicoanálisis y derecho. Nos hace ver que interpretar al sujeto exige tomar en cuenta sus soportes fundamentales: cuerpo y lenguaje, que se manifiestan en formas cifradas que es preciso saber percibir y esclarecer a partir del decir del propio sujeto.

En un intento de comprender cómo hemos llegado a producir la tacha de la figura del semejante, resulta útil acercarnos al citado jurista, que explica la correlación de la ley con las formas culturales que vamos estableciendo. Afirma que el principio de Razón de una sociedad “es la construcción cultural de una imagen fundadora gracias a la cual toda sociedad define su propio modo de racionalidad (...) Esta construcción produce un cierto tipo de instituciones, una política de la causalidad, de la que procede el montaje de lo prohibido que llamamos en Occidente el Estado y el Derecho” (Legendre citado por Gerez, 2006: 49).

Por el proceso de integración cultural al que nos sometemos, y que es dinámico, está en continua transformación, modificamos las maneras como se inscribe en nuestra

subjetividad la ley y así cada sujeto tiene una variedad ilimitada de maneras de correlacionarse con lo prohibido y lo sancionado por el derecho, que hay que indagar a partir de saber escuchar.

Gerez insiste en que el sujeto es siempre instituido por la ley, una ley que podemos aceptar o rechazar, asumir o violar, pero no sin consecuencias para nuestra subjetividad.

Legendre plantea las diversas posibilidades como un sujeto que infringe la ley puede enfrentarse a la sanción que se le impone. En el caso en que asuma su acto criminal, acepte su implicación en el mismo, podrá vérselas con su culpa y su responsabilidad y la sanción penal tendrá una función clínica, favorecedora de la subjetivación. Cuando el sujeto acepta sólo parcialmente su implicación, reconociendo su culpa, pero no logra hacerse responsable de sus actos, la sanción penal corre el riesgo de no ejercer efectos transformadores en la subjetividad. El sujeto, que inconscientemente se vive como culpable, asume su pena, pero no logra procesarla de tal forma que responsabilizándose de ella tenga buenas probabilidades de no incurrir nuevamente en el acto delictivo. Finalmente, cuando la sanción penal es recibida sin que el sujeto acepte su implicación, por lo que ni siente culpa ni acepta su responsabilidad, la sanción penal es vivida como un mero castigo que puede generar una mayor agresión y mover al sujeto a la repetición del acto criminal.

Si resulta tan importante hacer circular por el campo de lo simbólico y de lo imaginario las acciones que nos llevan a violar la ley, esto nos lleva a postular que el apelar a la palabra por parte del infractor y a la escucha, por parte de quienes coadyuvan al proceso de integración social, es fundamental.

A nivel de lo social y de eventuales transformaciones en las formas de relación que llevaren al reconocimiento del semejante, se trata de que el sujeto se reconozca miembro de una sociedad y que como tal no puede actuar al arbitrio pasando por encima de los requerimientos de los otros miembros del grupo y de la ley, que se ubique también como miembro de una genealogía, y como tal perteneciente a una serie institucional, y finalmente que se responsabilice de sus actos, que se reconozca como

sujeto cuyas acciones no son meros reflejos automáticos, sino secuencias ligadas a sus motivaciones conscientes e inconscientes, que él puede explorar, reconocer, asumir.

BIBLIOGRAFÍA

-Freud, Sigmund (1930). *El Malestar en la Cultura*. Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, tomo III: 3017-3067.

-Gerez Ambertín, Marta (2006). *Culpa, Responsabilidad y Castigo en el Discurso Jurídico y Psicoanalítico*. Buenos Aires, Editorial Letra Viva, tomo I.

- Laplanche, Jean (2001). *Vida y Muerte en Psicoanálisis*. Buenos Aires, Amorrortu Editores.

- Mannoni, Maud (1986). *Un saber que no se sabe*. Barcelona, Editorial Gedisa.

CAUSAS Y CONSECUENCIAS SUBJETIVAS Y SOCIALES DE LA VIOLENCIA

FRAGILIDAD DEL VÍNCULO SOCIAL Y CLAUSURA DE ESPACIOS SIMBÓLICOS DE
PERTENENCIA. JÓVENES ENTRE LA CRUELDAD Y LA LEY
(EMMA RUIZ)

VIOLENCIA EN CREENCIAS Y PRÁCTICAS DE PARENTAJE EN EL DISCIPLINAR:
APROXIMACIÓN DESDE LA PSICOLOGÍA DEL DESARROLLO
(MARIANO ROSABAL)

EL HOMBRE-PADRE COMO INFORMANTE: UNA ASIGNATURA PENDIENTE
(ISABEL VEGA)

¿EL AMOR SIN CUERPO?
(LAURA CHACÓN Y ETTY KAUFMANN)

AGRESIÓN DENTRO DE LAS AULAS DEL COLEGIO:
ALGUNOS APUNTES PARA SU COMPRENSIÓN Y ESTUDIO EN EL CONTEXTO
NACIONAL
(WENDY AGUILAR)

MESA REDONDA: "SALUD MENTAL Y VIOLENCIA"
(LAURA FERNÁNDEZ)

FRAGILIDAD DEL VÍNCULO SOCIAL Y CLAUSURA DE ESPACIOS SIMBÓLICOS DE PERTENENCIA. JÓVENES ENTRE LA CRUELDAD Y LA LEY

*EMMA RUIZ MARTÍN DEL CAMPO.
Universidad de Guadalajara, México.
emmaruiz0808@hotmail.com*

ABSTRACT: Los jóvenes de principios del siglo XXI, sobre todo los que viven en países pobres, experimentan día a día una situación de decadencia económica y social que les genera desesperanza e inseguridad. Siendo producto de una profunda privación cultural y psíquica, algunos de ellos se agrupan y crean estrategias de supervivencia y solidaridad que van desde expresiones creativas, por ejemplo en la música, hasta formación de bandas, que caen muchas veces en luchas marcadas por el salvajismo y la crueldad. Otros se quedan más solos y marginados, podríamos hablar de ellos como los “sin lugar”, los desechados de sociedades dominadas por un mercantilismo que convierte a los sujetos en mercancía. Expulsados de todo espacio simbólico de pertenencia, caen en procesos de desintegración radical que los llevan al consumo de drogas, la criminalidad, el abandono y la muerte. Las álgidas cuestiones que se abren en el panorama juvenil actual, nos llevan a reflexionar sobre el papel que juegan la culpa, la asunción de la ley y la figura del semejante en los procesos de subjetivación.

I.- ADOLESCENTES Y JÓVENES EN LAS SOCIEDADES POSMODERNAS

La adolescencia actual es un periodo que en las sociedades occidentales se ha alargado y que en ocasiones parece tener difícilmente una salida, dado que existen escasas oportunidades de trabajo e integración a la sociedad con un quehacer útil y creativo. La adolescencia prolongada ocurre en el contexto de un orden mundial de progresiva globalización, en el que los Estados-nación han ido perdiendo su lugar rector

frente a un mercado que se impone para establecer formas de organización donde la economía, la ley de la oferta y la demanda, la búsqueda del rendimiento y la mayor ganancia posible de los emporios transnacionales, inciden en las formas de vida de los sujetos de la llamada posmodernidad.

El mercado no proporciona un orden simbólico articulador que sirva de contención a los sujetos (exigencia sine qua-non de la subjetivación). Su apuesta es por la optimización de las ganancias de los monopolios y los grandes capitales. Los jóvenes, en vías de acceso a la ciudadanía, no se encuentran con una lógica coherente de derechos y obligaciones sociales, sino más bien con un consumismo a ultranza, que no se somete a las leyes de regulación de las relaciones y vínculos entre los humanos. Incluso la sexualidad se ha convertido hoy día para muchos en un producto de consumo, pero lo que se compra, se vende, se consume, no produce un placer con raíces emocionales profundas. El mercado genera la ilusión de que el otro es prescindible, de que el bienestar deriva de la capacidad de autogestión, no del lazo social. Comunica el mensaje de que lo necesario es una serie de productos para mejorar la imagen: gimnasia, consejos de belleza, un “look” vendido como maravilloso, etc., que se supone permiten competir con posibilidades de “éxito” en el “mercado de las relaciones” como es escenificado en tantos “reality shows” juveniles televisados. El mercado pretende poner a un mismo nivel el tener un amigo o un novio que un coche. Se minimiza la significación de fundar la autoestima, la confianza en la propia importancia, en los sentimientos y afectos que experimentamos por los otros. La actitud consumista que se promueve entre los jóvenes contiene mensajes implícitos que hacen soñar de un lado con éxitos presentados como maravillosos, y del otro con la fantasía de eliminar sufrimientos, de crear paraísos imaginarios. El supuesto consumista es que todos los satisfactores son comprables y que por ende están al alcance de cada sujeto que los necesita, eliminando el riesgo, el azar de las heridas que podrían infringirnos los otros a los que amamos y necesitamos. No sólo la sexualidad y el éxito, hasta el amor, es presentado como mercancía obtenible a la par que otros productos o en adición a algunos de ellos.

En las sociedades regidas por el mercado, el acelerado desarrollo tecnológico ha puesto a la televisión, al Internet, al teléfono celular y a otras herramientas electrónicas, en un papel central como medios informativos y de comunicación. La accesibilidad de tantos datos sobre lo que ocurre hasta en los rincones más recónditos del planeta y la rapidez con que llegan, han trastocado los antiguos esquemas de espacio y tiempo. Además se ha roto parcialmente la separación del mundo de niños, jóvenes y adultos, que a partir del siglo XVII se venía estableciendo. La autoridad de padres y maestros fungía todavía hace unas décadas como filtro de la información que llegaba a los adolescentes, lo que ya no ocurre actualmente. Los jóvenes no sólo tienen acceso por sí mismos a la información que desean, sino que en muchos casos, son más hábiles que los adultos en el manejo de unas herramientas electrónicas que conocieron y aprendieron a usar desde la infancia. La resultante de todo ello, es que muchos adolescentes quedan en buena medida abandonados a sí mismos para el procesamiento e información de los datos que reciben.

En una aparente paradoja con esa yuxtaposición informativa del mundo de jóvenes y adultos, del mundo interconectado electrónicamente, vivimos en una época en que las cosmovisiones, actitudes y expectativas de los dos grupos están más distantes que nunca. Entre la generación de los viejos y la de los jóvenes hay una ruptura sin precedentes.

Beatriz Sarlo (2001) asienta que ha sido clausurado un espacio simbólico de pertenencia, que operó como marca de la constitución de las subjetividades durante la primera mitad del siglo XX. Ha habido una caída de referentes claros de identificación, una drástica disminución de espacios para la convivencia de grupos con identificaciones vinculantes, de lazos sociales firmes y duraderos. Se han diluido discursos que se ocupen de interpelar, nombrar, convocar a los sujetos, asignándoles un lugar en la trama social y habilitándolos para la constitución de sus propias metáforas. Estamos más solos que antes en la búsqueda de sentido para nuestras vidas, y esto, para los adolescentes que atraviesan esa etapa de la existencia que es experimental, de búsqueda de tribunas de expresión, de exploración para la gesta de un proyecto

creativo, implica una mayor vulnerabilidad, falta de asideros sólidos para aprender a pararse sobre sus propios pies.

Maffesoli (1990), habla de la necesidad de nuevas vías para explicar lo social en la posmodernidad. Opone un paradigma estético, que tiene una influencia importante en los jóvenes del siglo XXI, al racional que prevalecía anteriormente. Justifica tal requerimiento porque las formas de conocimiento intuitivo y emocional han ido ganando terreno a las formas de conocimiento lógico y racional. Habla también de que los sujetos posmodernos hacemos permanentes giros en nuestras pertenencias a grupos y por ende en nuestras identificaciones, que son más abiertas, fluctuantes y cambiantes: “La persona –dice- se identifica con un rol, representa, es una máscara”. En relación a los adolescentes, Maffesoli asegura que, ante la crisis de valores de la sociedad moderna occidental, están plasmando en su cuerpo, en sus prácticas, en sus saberes y en sus narrativas, la dramática de las preguntas acerca de sí mismos, de su inserción en el mundo, de los posibles futuros, de la incertidumbre y la crisis mundial.

Martín Barbero (2002) alude al cambio en lo que denomina “la naturaleza del proceso” en las conformaciones grupales: se crean comunidades híbridas, muchas de ellas de carácter provisorio, en las que se mezclan sujetos de tradiciones culturales muy diversas que emigran, no sólo en el espacio, sino, podríamos decir, en el tiempo, viéndose obligados a compartir ciertas leyendas y la carencia de modelos y proyectos viables para el futuro. En cuanto a las instancias de influencia social que afectan a los jóvenes, asegura que lo que hay de nuevo hoy en la juventud es la percepción aún oscura y desconcertada de una reorganización profunda de los modelos de socialización, pues los padres han perdido peso como modeladores del comportamiento de sus hijos, la escuela compite con otros medios como productora del saber y el libro es ya sólo una herramienta entre muchas posibles para acceder a la información.

Hijos de la cultura audiovisual, los jóvenes construyen su discurso con narrativas no lineales y no secuenciales, producto de su interacción con las tecnicidades que hoy les permiten leer y escribir de acuerdo a la lógica hipertextual.

La cultura mediática conecta con aquello que se ha dado en denominar sociedad posmoderna. Esa sociedad hedonista que encuentra en el simulacro (Baudrillard, 2002) gran parte de su especificidad. Muchos de los modelos normativos culturales que prevalecen actualmente, carecen de normas inteligibles, verbales y racionales y están saturados de estereotipos estéticos y comportamientos acríticos (Avello y Muñoz, 2002).

El velo de seducción el que los medios envuelven a los sujetos es sólo en apariencia inocuo. Contiene un mandato que pretende hacer actuar a los jóvenes de acuerdo a tres patrones: obedece, sé tú mismo y calla. Los medios ofrecen muchos patrones a seguir en el caso de que se quiera conseguirse el éxito social, y ofrecen concursos y programas para convertirse en cantantes de moda, deportistas, actores, modelos, etc. Parte del engaño consiste en que es una mínima parte de jóvenes la que tiene acceso a tales posibilidades.

Los jóvenes del siglo XXI parecen abandonados a una suerte de indefinición social. No tienen voz, no encuentran un lugar en el quehacer social, sino como objeto y como mensaje, pero muy rara vez como sujeto (Avello y Muñoz, 2002).

II.- LOS JÓVENES “DESECHO”, LOS EXPULSADOS

Se unen entre sí como buscando un resguardo, no sólo contra el hambre y el frío; contra las horas huérfanas, las del profundo desamparo, el dolor y la soledad, las de la rabia que anida en las entrañas cuando sienten el vacío del vértigo, el clamor de un grito que se pierde entre las brumas del olvido. E. R.

Los niños, adolescentes y jóvenes que luchan por la supervivencia están dejados a sí mismos en un mundo que tiene para ellos el sabor de la crueldad y la amargura de

la ausencia de los otros. No hay adultos que velen por su bienestar, no existen instituciones que les den acogida, orientación, tribunas para gestar un proyecto de vida en lo mediato y avizorar esperanzas para el futuro.

Si, como veíamos en el apartado anterior, los jóvenes del siglo XXI carecen en general de los suficientes espacios simbólicos de pertenencia, ¿qué podremos decir de estos niños y jóvenes de la calle, de la soledad extrema, de “los sin lugar”? Troquelados en la crueldad y el desamparo, buscarán diversas formas de protesta cuando logran organizarse y protegerse entre ellos, o sucumbirán a la desgracia de su abandono extremo, a través de las drogas, el suicidio, el delirio o la criminalidad.

Formar grupos y bandas es uno de los recursos de los niños desprotegidos por padres e instituciones. Buscan maneras de reunirse para sobrevivir, en cierta medida se cuidan unos a otros. Pero, observados de cerca, los grupos de niños callejeros y las bandas, son formas de reunión que promueven cercanía y pretenden volver sensible la pertenencia. Los individuos se reúnen para cubrir un vacío, para intentar suplir con sensaciones la falta de los padres benévolos, hospitalarios, la carencia de legitimidad en el espacio social que los expulsa y censura, la ausencia de ley que los proteja y de responsabilidad adulta que vele por su salud y por su vida. Reunidos en grupo, estos niños y jóvenes forman “hermandades” a la búsqueda de la supervivencia, de drogas que calmen su dolor extremo, de formas de actuar el exceso de desesperación y agresión acumuladas.

¿Qué condiciones igualan, a pesar de los diferentes destinos, a los niños y jóvenes posmodernos de diferentes capas sociales? ¿Qué situaciones actuales promueven la desimbolización, la fragilidad de los vínculos y qué recursos podemos enunciar, indispensables para la revaloración y el cultivo del lazo social?

III.- INVALIDEZ, ACOGIMIENTO AL OTRO, DUELO, DESEO, LEY

Partiendo de una distinción estipulada por Francisco Pereña entre violencia y crueldad, bordaremos en torno a la diferencia de ambos conceptos y las situaciones a

las que apuntan. La violencia es la marca que ejerce en los humanos la salida del reino de lo natural para ingresar al de la cultura. Nacidos como criaturas al extremo dependientes, nos vemos obligados a ir fraguando controles que pliegan nuestros deseos a los requerimientos sociales. Pagamos una cuota de displacer a fin de formar parte de un colectivo que nos protege y nos hace sentir pertenecientes.

Violento es el traumatismo de la insuficiencia para sobrevivir sin la protección del otro. Lo excesivo nos inunda, cuando siendo pequeños o débiles ese otro nos retira su apoyo. Violenta es la renuncia inevitable, el tener que actuar muchas veces contra nuestros impulsos por respeto y consideración al otro y al Otro con mayúscula integrado por el lenguaje, las instituciones, la ley, la cultura.

Pereña nos dice: “La violencia es el padecimiento de la experiencia traumática. La crueldad es el modo como la violencia se convierte en razón de un orden y de una venganza”. (Pereña, 2004: 23)

Lo violento del trauma que para el humano se inicia con el nacer, exige una organización social que haga posible la vida, pero que se gesta en un juego dialéctico en que las relaciones intersubjetivas fácilmente desembocan en crueldad. La utilización del otro, su dominio, su mercantilización, las instituciones totalitarias, son formas de buscar anestesia, de negar la distancia infranqueable que nos separa de la inmediatez del refugio uterino, de brazos cuidadores, de colectivos protectores. La adquisición del lenguaje y la inserción en la cultura, a la vez que nos alejan de ese contacto cálido y sensible con el otro, nos posibilitan el acceso a él a través de mediaciones, de negociaciones, pero implican también el riesgo del desconocimiento de ese otro como semejante, de su sometimiento, su instrumentalización.

¿Cómo resistirnos a la mercantilización de los otros, a su conversión en objetos de consumo? ¿Cómo reconocer a los otros y ser reconocidos por ellos como semejantes?

El consumismo nos lleva a acumular objetos a costa de un sentido de la vida basado en proyectos creativos, relaciones amorosas con los otros, participación activa

en el quehacer cultural. Cada vez son menos numerosos los sujetos que fraguan los destinos del mundo y más los que caen en la impotencia y la inmovilidad.

La crueldad condena al otro, aniquila su deseo para poder someterlo al goce y las necesidades del dominador.

¿A dónde vamos si seguimos acentuando la crueldad, rompiendo límites deseables en el manejo de nuestro medio ambiente, si nos perdemos como sujetos alineándonos en el amaestramiento y la irreflexividad, si pretendemos huir de nuestras angustias tratando de cubrirlas con sometimiento de los otros o a los otros. ¿De dónde es todavía posible colgar nuestra esperanza, qué sentidos, proyectos, vínculos sociales podemos fortalecer?

Para buscar un contrapeso a la tendencia al desconocimiento del otro como semejante, tendríamos que impulsar lo que Anthony Elliot (1998) llama el “barrido reflexivo”, el indagar sobre la materia de la que estamos hechos como humanos, la torpeza con la que hemos llegado a algunas de nuestras realidades sociales actuales y las posibilidades que aún nos quedan de hacer virar el destino de la especie hacia un futuro más prometedor del que actualmente se vislumbra.

En cuanto a la gesta de subjetividad lo que puede salvarnos es el encuentro con el otro sin pretensiones de posesividad y aniquilamiento, reconociéndolo como semejante al asumir una ley que nos atraviesa por igual

IV.- CULTURA, TRANSGRESIÓN, ASUNCIÓN DE LA LEY

Como ya lo enunciamos más arriba, nos constituimos como sujetos a través de nuestra articulación al orden simbólico de la cultura, que eventualmente nos permitirá hallar el camino hacia la significación de nuestro ser y de nuestro lugar en lo social. El sujeto se perfila a lo largo de su historia de vida en la interacción con los otros y en la inmersión en su mundo cultural. Pero la pertenencia a la cultura tiene un costo. Hemos de renunciar, transformar, postergar muchos de nuestros impulsos, antojos, tendencias,

pasiones. Ya Freud en “El Malestar en la Cultura” habla de la cuota que hemos de pagar los humanos por nuestra pertenencia a la cultura.

La ley, como estructura jurídica tendiente a mantener un orden social, se relaciona en múltiples planos con la ley en tanto asunción de un orden subjetivo que nos mueve a desear, mantenernos anhelantes. No nos es dable “completarnos” con los otros, negar la fractura, el abismo insondable, el paraíso perdido para siempre. Y sin embargo, ese deseo mismo nos mueve una y otra vez a la violación de la ley. Afirma Braunstein: “Es verdad que la Ley ordena desear. Pero el deseo (...) se presenta como transgresión, el deseo del delito es el delito del deseo (...) y la conciencia nos hace a todos culpables; la vida se yergue en el suelo fecundo de la culpa, la existencia es transgresora, criminal”. (Braunstein, 1990: 219).

En el camino de la asunción de la ley, es deseable que el sujeto logre tener una distancia crítica y reflexiva tanto en torno a sus acciones, como a los mandatos institucionales y culturales. La distancia crítica y el barrido reflexivo posibilitan la subjetivación, la asunción de la responsabilidad de nuestros actos y sus consecuencias. Tal distancia crítica es deseable también frente a los mandatos institucionales y culturales, pues no siempre las exigencias jurídicas son necesariamente las mejores respuestas a nuestra realidad humana (Reflexionemos acerca de los pocos sujetos que durante el nazismo pudieron posicionarse críticamente y tomar distancia de las fantasías omnipotentes, totalitarias, de grandeza, ocultadoras de la angustia y la falla irremediable, la imposibilidad de colmarnos). Poder decir “no” a un orden cultural determinado, un no basado en la distancia crítica y reflexiva, es también poder dar un “sí”, cuando lo juzgamos pertinente, partiendo de la asunción de nuestra subjetividad.

La dialéctica de aceptación de la ley habría de implicar no tomarla como mandato externo del que no se puede escapar, como única vía para evitar el castigo, habría de suponer barrido reflexivo, subjetivación: asunción de culpa, responsabilidad y por ende sanción como cuota liberadora.

Son varios los procesos que posibilitan la elaboración de nuestra inevitable realidad de transgresores. El jurista Legendre, citado por Gerez asevera: “...Es

importante el lugar del rito, las liturgias, que en tanto escenificaciones del proceso, procuran una semiosis de los montajes de la cultura, ya que posibilitan al reo subjetivizar su falta, declarar su implicación en el crimen, y de esa manera *socializar la culpa*, esto es, hacerse responsables y dar respuestas en la penalización y en los compromisos con las instituciones y la sociedad a la que pertenecen. Esta es la única manera de no dejar la culpa en *estado mudo*. Se trata de hacer circular la palabra por el campo de lo simbólico y lo imaginario. Si el sujeto queda desimplicado, lo único que se hace es promover la desubjetivación, ya que tal sujeto queda sin referentes simbólicos que le permitan deliberar sobre su falta". (Gerez, 2006: 54).

V.- "RÍO MALDITO"

Las ideas que venimos desarrollando se ilustran con el ejemplo de la película "Río Maldito". Dirigido por Jacob Aaron Estes, el film escenifica la álgida realidad de la crueldad, puesta en práctica por jóvenes un tanto dejados a la deriva por las autoridades escolares. La mayoría de los padres (a excepción de los de uno de ellos, que se nos muestran como sensibles y cercanos al hijo) aparecen también apenas como telón de fondo. El escenario es el estado estadounidense de Oregon, su espectacular paisaje. El drama comienza cuando George, un chico con dificultades de aprendizaje, golpea a Sam, porque éste se acercó a curiosear su cámara de video. Este objeto tiene para George, como nos lo va haciendo ver el desarrollo de la película, un valor muy especial. Siendo un regalo de la madre, suple fantaseadamente los deseos de atención, de cuidado, de cariño que no son satisfechos por una mujer demasiado ocupada en ella misma. Sam comparte su disgusto por el incidente con su hermano Rocky, quien por su parte le cuenta a Marty su amigo lo acontecido. Traman un plan. Invitarán a George, bajo el supuesto de que es el cumpleaños de Sam, a festejar al río y una vez que él se haya desnudado para nadar, se llevarán su ropa, obligándolo así a regresar desnudo hasta su casa. Clyde, otro amigo, también participa y Milly, la novia de Sam es invitada por éste al paseo, sin que ella tenga idea de lo tramado. Citaré

algunas frases de la película y narraré algunos trozos de la misma, para luego discutir la implicación de los diversos jóvenes en el acontecer, el desenlace accidental dramático de los hechos y las experiencias y decisiones ante lo ocurrido.

George (cuando descubre a Sam curioseando sus cosas y lo ataca): “Te mataré, te dije que nunca tocaras mi cámara”.

Sam (dirigiéndose a su hermano): “Rocky, debes hacer algo al respecto. Puedes llamar a la policía”. A lo que Rocky responde: “La policía no haría nada”.

Milly (mientras consuela a Sam por lo ocurrido): “No sé por qué los maestros lo dejan salirse con la suya. Si al chasquear tú los dedos, él muriese, ¿los chasquearías?”

George (hablando consigo mismo mientras se acicala en el espejo y se filma): “Me llamo George, este es el interior de mi mente. Mi madre está haciendo ejercicio, lo hace diariamente. Esta es mi calle...”

George (yendo ya en el auto con todo el grupo): “Tengo problemas de aprendizaje, veo las cosas al revés. Es una variación genética. Soy el futuro de la raza. Un ser superior.

Milly (a Sam mientras caminan hacia el río y cuando le ha pedido que le explique qué traman): “No quiero ser parte de esto. Es sólo un chico, gordo y estúpido. Tiene problemas. Prométeme que no le harán nada”.

Sam (a Rocky tras haber prometido a Milly que impedirá que se lleve a cabo el pan contra George): “Sólo es un chico que quiere amigos. Todos quieren un amigo”.

Rocky (a Marty, el más interesado en que se castigue a George): “Quiero cancelar el plan (...) Recuerda, el plan está cancelado”.

Marty (a Rocky): “Primero me ilusionas. Vengo con unos sobrios que me deprimen, cuando podría estar en casa viendo televisión en sábado”.

Mientras juegan a “verdad o consecuencia”, se da entre George y Marty la siguiente interacción: G. (cuando M. se desnuda para cumplir con lo que le exigen en el juego): “Peludo como un chimpancé. Parecía una rana gigante, pensé que estaba deformado porque es horrible”. M.: “Suficiente”. G.: “¿Eso te decía tu padre?”. M.: “No sabes un carajo de mi padre, si vuelves a hablar de él te mataré, ¿entiendes? (...)”

Desnúdate y échate al río”. M.: “La verdad, bola de grasa, es que te invitamos porque golpeaste a Sam y queríamos darte tu merecido”.

George (a Sam): “¿Eso es cierto?”

Sam (a George): Sí, pero cambiamos de opinión. Nos caíste bien”.

Marty (a George): “Pero yo no cambié de opinión, soy un hombre que cumple sus planes”.

George (insultando a Clyde, criado por una pareja de homosexuales y luego a Marty aludiendo al suicidio de su padre): “Maldita inservible. Chupatraseros, te la pasas pavoneándote con tus papás. Espero que te mueras como los maricas. / Basura blanca de Marty, pito de burro, su cavernícola papá se puso un arma en la boca y desparramó sus sesos por toda la pared. Al principio pensé que era triste, pero después me gustó (Alude repetitivamente al suicidio).

Milly (a George): “Así no se habla, George, cierra la boca”.

Marty pretende lanzar al agua a George, los otros tratan de detenerlo, Rocky lo empuja accidentalmente en el jaloneo y se lanza al agua cuando ve que no sale. Un poco más adelante aparece el cuerpo. La terrible sorpresa es que George está muerto. Milly le da respiración de boca a boca y masaje al corazón, como no reacciona empieza a golpearlo con desesperación hasta que Sam la retira de su lado. Clyde empieza a pedir ayuda a gritos. Sam se aleja un poco y vomita. Milly solloza y le recuerda a Sam cuando hablaron del deseo de que George muriera haciendo ellos un chasquido con los dedos.

Milly (a Sam, tras alejarse a un paraje retirado y él seguirla): “Vete al diablo. Lo que hicimos es imperdonable).

Sam (a Milly): “Tú no hiciste nada”. (La toma de la mano mientras ella llora desconsolada y caminan juntos a encontrarse con los otros en una escena muy conmovedora).

Marty (a Rocky): “Todo tiene una razón de ser”.

Rocky (a Marty): “Cuando él vociferaba yo quería matarlo, y ahora está muerto. Cuando lo maté no quería matarlo”.

Clyde (ante el cadáver de George): “Lo siento, lo siento, lo siento”.

Marty (a Rocky): “Quizá era su hora. Quizá era el destino”.

Rocky (responde a Marty en tono de protesta): “¿Por qué habría de serlo?”

Marty (a Rocky): “Porque todo tiene una razón de ser”.

Marty pregunta si alguien sabe qué hora es. El reloj de George sigue funcionando, todos lo miran. El que porta la marca del tiempo, no puede saber ya más nada y ha dejado de existir en la temporalidad).

Los chicos empiezan a idear cómo van a explicar a los demás lo ocurrido Sam sugiere decir la verdad: jugaban a “verdad y consecuencia” y ocurrió un accidente. Marty se da a la tarea de buscar la cámara y luego exige enterrar el cadáver. Clyde se opone, pero nada puede contra el violento mandato de Marty. Se da entre los dos una disputa con el siguiente diálogo:

Clyde: “Si lo enterramos creerán que lo hicimos a propósito”. Marty: “No parecerá nada: ‘out of sight, out of mind’”. C.: “Quizá eso sea así para ti, estúpido”. M: “Si alguien habla estamos perdidos”. C: “Pero fue un accidente”. M: “Ir a la cárcel es una locura”. C: “Estás loco”. Finalmente Marty se deja ir sobre Clyde para forzarlo a aceptar su plan.

Hacen un pacto de sangre que implica que todos han de guardar silencio. Cuando toca a Milly el turno de hacerse una cortada para ofrecer su sangre, observa con cuidado la navaja y dice que ella no puede hacerlo porque no es seguro. Marty dice que no importa, pues eso es sólo una broma, y acto seguido, empieza a cavar con las manos. Algunos participan.

Milly se muestra desde el principio muy capaz de empatía y responsabilidad ante y por los otros. Sam llora mientras van de regreso.

Marty (a Milly cuando la deja en su casa): “Millie, la palabra es ‘silencio’”. Ella no responde. Entra a su casa y se mira de pasada en un espejo.

Sam y Rocky platican estando ya de regreso en su casa: S: “¡Ojalá supiéramos qué hacer!”. R: “Sabemos qué hacer”. S: “Sabemos qué hicimos”. R: “Debes confiar en mí, soy tu ‘big brother’”. S: “Pero no confío en ti”. Tras del diálogo Sam sale sin responder a Rocky que inquiriere a dónde va.

Se ve Milly en su cama, cubierta con una manta y con la mirada perdida. Ni siquiera se cambió de ropa para irse a la cama. Sam toca por su ventana y tienen la siguiente conversación: M: “¿Qué quieres”? S: “Hablar”. M: “No hay nada de qué hablar, ustedes lo planearon. Yo sólo estaba ahí. Pero no voy a delatarte.” S: “¿Puedo entrar? Milly le da el paso. S: “¿Recuerdas que dijiste que era imperdonable lo que hicimos. Podría ser verdad. No lo sé. No estoy seguro de nada”. M: “¿Qué quieres que hagamos, desenterrar el cuerpo? ¡Está muerto! S: “Cuando terminemos la escuela y seamos profesionistas, ¿cómo crees que será?”

Marty timbra en casa de Rocky y Sam y es recibido por el padre de ellos, quien le indica donde están todos reunidos. Lo invitan a sentarse. Protesta: “Mientras yo me ocupo de lo nuestro, ustedes hacen un club”. Rocky: “Tomamos una decisión. Marty (refiriéndose a su plan de guardar silencio): “Que ya estaba tomada, saldrá bien”. Clyde: “No, no saldrá bien”. Marty: “Es lo único que sirve, todo lo demás es basura” como ellos disienten con su silencio, él añade: “Está bien, váyanse al diablo” y luego dirigiéndose a Rocky: “Me voy lejos de ti, apestas, lo sabes, ¿no?” Y tras la pregunta de Rocky de a dónde irá: “Me iré a México”. Rocky: “No sé qué pensar”. Marty: “Si no sabes qué pensar no deberías estar tomando decisiones”.

En otra escena, el grupo sale de la casa de Sam y Rocky por la ventana, para ir a anunciar a la madre de George la muerte de su hijo. Es Sam quien se adelanta a los otros para tocar. La madre sabe que algo le ha ocurrido a su hijo con sólo ver las expresiones faciales de los chicos.

La cámara sigue a Marty que detiene su auto frente a un supermercado. Lleva un arma y le exige el dinero al cajero mientras dice: “Tranquilo”. Su expresión es de dolor.

Luego se ve a Sam haciendo su declaración ante las autoridades. S: “Decía cosas terribles, cosas que no deben decirse”. Autoridad: “Cuando tu hermano lo tiró al agua, ¿dirías que estaba bajo control o fuera de control?” Antes de que Sam responda, entra otra persona a entregar el video grabado por George, que finalmente fue encontrado. Regresa el entrevistador y Sam enuncia: “Nunca lo había visto tan fuera de control”. Con tal argumento, lo accidental del hecho cobra relevancia.

Nos muestran imágenes del video, que empieza con una toma que George hizo de sí mismo mientras decía: “Dentro de mi mente hay millones de cosas, pero los que no ven mi interior no saben que hay millones de cosas. Pero... un día la gente lo sabrá. Y como nadie puede ver dentro de mi mente, lo sabrá porque es mi plan filmarlo todo, documentar todo lo que soy yo y ponerlo en el jardín para que algún día un extraterrestre lo encuentre... y comprenda.

VI.- LEYENDO ENTRE LÍNEAS. LO LATENTE EN “RÍO MALDITO”

Sam, el chico golpeado, aparece como un investigador de las diferencias, de la crueldad y sus orígenes. Al acercarse a la cámara de George, es como si quisiese aproximarse a él para comprenderlo. Después de haber sido lastimado, pide apoyo a su hermano para castigar a George a fin de que escarmiente, pero busca la medida y argumenta: “si lo lastimáramos seríamos tan malos como él”.

Milly es para Sam la interlocutora deseada, que le permite ahondar en sus reflexiones éticas y reconocer en George un semejante, un chico como ellos, sólo con la diferencia de que tiene problemas de aprendizaje y de socialización.

George se siente solo y excluido, lo que compensa imaginándose grandioso, haciendo tomas de sí mismo con su cámara y tratando de convencerse de que sus diferencias son signo de ser mejor que otros. Ahora las relaciones de que carece: a su madre la menciona sólo en cuanto se ocupa de ella misma. La escuela, tanto como su madre, al no ponerle límites y darle orientación, parecen dejar a George abandonado a sí mismo en el terreno de los vínculos amistosos y de su integración social. George no atina a encontrar sentidos para su vida y a explicarse su forma de actuar. Durante el paseo George le pregunta si recuerda cuando lo atacó y si tiene idea de por qué lo hizo, a lo que Sam responde que sí recuerda y añade: “Siempre atacas sin razón”. George encuentra desagradable una respuesta que no le esclarece acerca de cuestiones de él mismo que no comprende y le dice a Sam: “...Es tu cumpleaños, pero cállate”.

Para George es un acontecimiento gozoso el ser incluido en el grupo, el ser considerado un amigo. Y del tamaño de su gozo será la decepción, la furia que se desata en él al constatar que no fue elegido como compañero, camarada, interlocutor, sino que fue invitado para ser castigado. Ello por más que Sam trata de suavizar las cosas explicándole que su actitud hacía él había cambiado, que les había caído bien. La reacción de George, que empieza a insultar, buscando aspectos álgidos de los compañeros, ilustra lo que significan sus reacciones de rabia y de ataque: la defensa ante su soledad, su no pertenencia, su marginación. Se defiende de lo que le duele y le hace sentirse diferente, atacando a los otros también por sus diferencias, por los aspectos en los que son minoría y pueden dar lugar a censura social. Así, se vuelve hiriente con Marty, que es el más vulnerable y a la vez el que insiste en poner en práctica acciones crueles contra George. Le habla con crudeza de que su padre se suicidó y de la forma en que lo hizo. A Clyde lo agrede echándole en cara que sus padres son homosexuales. Clyde se muestra a lo largo de la película como un chico compasivo, pacífico, responsable y una toma nos acerca a la realidad de unos padres cercanos a él, preocupados por lo que le ocurre, por cómo se siente. Así, Clyde deja pasar las agresiones, mientras que Marty se pone duro y exige a George que se desnude y se dé un baño.

Entre los jóvenes se da una disputa ética: Marty es el único que exige seguir adelante con el planeado acto de crueldad, los demás, a pesar de estar indignados por un George que no para en sus agresiones, piden que el juego termine. En el jaloneo, Rocky da un empujón a George, quien pierde el equilibrio y cae al agua. El trauma de haber sido partícipes en el asesinato no buscado del compañero, los vuelve profundamente reflexivos. Marty pide ocultar lo ocurrido. Los otros, representados en la actitud de Clyde, piden dar cuenta de la verdad a la madre de George y a las autoridades. La crueldad de Marty se impone en un primer momento, cuando todavía están bajo los efectos inmediatos del shock. Marty exige silencio, evasión de la responsabilidad, acallamiento de la culpa.

De vuelta en sus casas la reflexión sigue. Milly y Sam se preguntan de nuevo si lo que hicieron es imperdonable y de qué manera podrán vérselas en el curso de sus vidas con lo que ocurrió. Milly tiene más claro que ella no estuvo activamente implicada en lo que ocurrió, pero es leal, amorosa y sigue junto con sus compañeros hasta que llegan a una decisión sobre la mejor manera posible de actuar. Reunidos en grupo, sin la presencia amenazante de Marty, deciden asumir su culpa y su responsabilidad. Experimentan alivio al hablar con la verdad acerca de lo que sucedió. Enfrentan a la madre de George, luego a la justicia, asumen la ley y las eventuales sanciones a las que cada uno pudiere hacerse acreedor. Devuelven a la madre el cadáver del hijo para que pueda darle sepultura, ritualizar la separación, despedirse de él. Por otra parte, haber compartido la experiencia de la vulnerabilidad y la muerte, incrementó en ellos la realidad de sus semejanzas.

Marty, por su parte, opta por la defensividad, la negación: “fuera de la vista, fuera de la mente”, le dice a Clyde para defender su deseo de ocultar lo acontecido. Su actitud representa la ruptura con la ley, la evasión, la elección de una cadena de acciones ilegales. Decide no subjetivar ni socializar la culpa. Se niega a la posibilidad de reflexionar sobre la implicación de sus acciones. Los efectos que esto puede tener en los vínculos sociales se ven en la ruptura de Marty con Rocky, a quien maldice por no apoyarlo en su deseo de encubrimiento. Marty ha elegido el camino del destierro.

La película termina con frases que dan cuenta de cómo George había vivido con el profundo sentimiento de ser incomprendido. Lo habitaba una sensación de exilio del vínculo social, de la cultura humana, al grado de que sólo un no-semejante, un extraterrestre, como él mismo se sentía, sería capaz de comprenderlo. ¡Terrible!

VII- A MANERA DE CONCLUSIÓN

Vivimos la era en que los sujetos estamos siendo abandonados por las instituciones protectoras y sometidos a las que demandan la desubjetivación consumista.

Nos encontramos más solos que nunca en la tarea de producción de sentido para nuestras vidas. Los jóvenes, desvinculados en menor o mayor grado de los adultos, son fácil presa de la crueldad, de la confusión, de las drogas, de la destrucción propiciada por otros o por ellos mismos.

No tenemos, como sujetos, grandes soluciones para transformar directamente el ámbito macrosocial. Nos queda la opción de aportar pequeñas soluciones: El punto de partida de las mismas sería crear células de encuentro y de gesta de lazo social donde los jóvenes se sientan pertenecientes.

¿Cómo imaginar esos lugares de encuentro?

- Como ámbitos de reconocimiento del otro como semejante, propiciado por la asunción de la ley que nos iguala.
- Como espacios lúdicos y de creatividad.
- Como ámbitos donde se revalore lo comunitario, entendido no como masa uniformada, acrítica, sino como una interacción de sujetos que se reconocen mutuamente como otros, diferentes, pero a la vez igualados por fuerzas que les permiten poner en juego la empatía, la búsqueda de comprensión de los otros, sus emociones, sus motivos.
- Como espacios en los que el grupo no se funde ni cobre fuerza a partir de la exclusión de otras comunidades o sujetos, donde la cohesión se busque a través de compartir problemas comunes, buscar soluciones, propiciar actividades, tareas, retos por asumir.
- Como células de generación de tribunas, así sean sencillas, para el desarrollo de proyectos y ensueños que posibiliten tomar distancia de la cultura del instante y del consumismo a ultranza.
- Como núcleos de apertura para la asunción de la historia, tanto la compartida en colectivos, como la historia de vida de cada sujeto que da lugar a las diferencias. Sería deseable una interacción que por la cualidad de las relaciones humanas, por el encuentro que se gesta, movilice ilusión como fuerza vital movilizadora.

- Como espacios de responsabilidad en los que la propia libertad encuentra un límite en el terreno en que el otro pide ser respetado.
- Ámbitos donde se reconozca nuestro potencial de conflicto, pero a la vez se cultive el diálogo, la espera, la apertura para buscar mediaciones, soluciones de compromiso, salidas que pongan coto a la destructividad.
- Como ámbitos, en suma, en los que se parta de que somos sujetos en devenir y se acepte que la vida no tiene un guión preestablecido, implica una permanente asunción de riesgos, pero donde queda la posibilidad de tendernos lazos amorosos, cálidos, de comprensión.

BIBLIOGRAFÍA.

- Avello, José y Muñoz, Antonio (2002) *La comunicación desamparada. Una revisión de paradojas en la cultura juvenil*, en RODRÍGUEZ, FÉLIX, *Comunicación y cultura juvenil*. Barcelona: Ariel.
- Baudrillard, Jean (2002) *Futuro y simulacro*, Sexta Edición, Barcelona.
- Braunstein, Néstor (1990) *El Goce*. México: Editorial Siglo XXI.
- Elliot, Anthony (1998) *Sujetos a nuestro propio y múltiple ser*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Freud, Sigmund (1930). *El Malestar en la Cultura*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, tomo III: 3017-3067.
- Gerez Ambertín, Marta (2006). *Culpa, Responsabilidad y Castigo en el Discurso Jurídico y Psicoanalítico*. Buenos Aires: Editorial Letra Viva, tomo I.
- Legendre, Pierre (1994) *El crimen del cabo Lortie. Tratado sobre el padre*. México: Siglo XXI.
- Maffesoli, Michel (1990) *El tiempo de las tribus. El declive del individualismo en las sociedades de masa*. Barcelona: Icaria.
- Martín Barbero, Jesús (2002) *Tecnicidades, identidades, alteridades-ubicaciones del Yo. De la comunicación en el nuevo siglo*. Lima: Diálogos 64.

- Pereña, Francisco (2004) *De la violencia a la crueldad*. Madrid: Editorial Síntesis.
- Sarlo, Beatriz (2001) *Ya nada será igual*. Punto de vista. Buenos Aires.

VIOLENCIA EN CREENCIAS Y PRÁCTICAS DE PARENTAJE EN EL DISCIPLINAR: APROXIMACIÓN DESDE LA PSICOLOGÍA DEL DESARROLLO

MARIANO ROSABAL COTO

Instituto de Investigaciones Psicológicas

Primeramente agradezco el haberme tomado en cuenta para aportar a tan importante y relevante discusión. Ésta oportunidad me convoca a compartir inquietudes y trabajo provenientes de intereses académicos y profesionales de hace ya unos años. Para fundamentar mis reflexiones me apoyo en una importante cantidad de trabajos realizados por colegas y otros especialistas de ciencias sociales, además de un proyecto en proceso que llevo a cabo en concerniente al disciplinar y su relación con la violencia en niños y niñas.

Creo que para que los adultos podamos hablar con propiedad sobre la violencia en la niñez, debemos comenzar por reflexionar respecto a la violencia hacia la niñez. Y dado que mi aproximación al tema es a partir de lo que los adultos conceptualizamos y ejercemos mediante el parentaje (permítaseme el uso de anglicismo, en tanto recoge un sentido del término que no se circunscribe solamente al término equivalente de *crianza* en español), es que me permitiré hacer la siguiente reflexión.

Propongo que no solo nos asumamos en nuestro lugar de adultos, con la ventaja del poder, la edad cronológica, la experiencia, pero que también incorporemos **el dolor de haber sido niños**.

En nuestro actual contexto, producto de una idealización de la niñez de reciente data y la complicidad de la Academia, es que hemos favorecido a ocultar los lados más dolorosos y a veces, hasta oscuros de la infancia. La niñez como objeto de estudio es muy reciente, así de alguna manera se ha promovido una visión idealizada y hasta

romántica. Ya autores como Lloyd DeMause (1988), muestran que desde hace menos de un siglo que nuestra intencionalidad (de adultos) hacia la infancia es más tolerante.

Como decía, el interés por parte de la psicología por el tema de la crianza (el parentaje), la cultura y el desarrollo es de larga data, así como claras y explícitas las aproximaciones teóricas desde donde abordarlos.

Particularmente creo implica tratar de dar cuenta de **los procesos que componen eventos como la interacción de las figuras parentales con sus niños y/o niñas, el parentaje, la experiencia subjetiva, tanto de las figuras adultas como de niños y niñas específicamente en nuestro contexto costarricense, es un reto en muchos sentidos:**

- nos obliga a dar cuenta de la validez, aplicabilidad y pertinencia de las teorías y métodos (construidos a partir de otros contextos, muchas veces significativamente diferentes) que los explican
- nos acerca, entre otras, a diferentes dimensiones de la psicología como:
 - estructuras interactivas y repertorios comportamentales
 - la constitución de la subjetividad de los niños y las niñas
 - la construcción del sentido (o representación) de la maternidad y paternidad
 - la incidencia e injerencia de valores sociales y culturales en la intimidad de la relación temprana
 - las estrategias maternas y familiares (que se reflejan en creencias – o etnoteorías- y prácticas) que logran darle un sentido cultural al desarrollo temprano de nuestros niños y niñas
 - prácticas disciplinarias concretas (castigo físico, violencia emocional, etc.)
- nos puede dar elementos para el trabajo terapéutico y la intervención psicológica que compete al ámbito de la interacción adulto-niño, sobretudo en los primeros años de vida.

- nos compromete a desarrollar teoría y métodos que profundicen su estudio pero sobretodo con **una intencionalidad de una psicología del desarrollo culturalmente sensible**

ESTUDIAR LA VIOLENCIA EN LA CRIANZA

Rasgos identificados como característicos, aunque no exclusivos, de nuestro contexto cultural, son la **orientación social hacia la interdependencia emocional** (Keller et al, 2005; Kagitcibasi, 2007), **el alocentrismo familiar**; y la **deseabilidad social** (Triandis, et al, 1986; Rosabal-Coto, Ibíd.; Keller et al, 2005). Se ha establecido relación entre los valores sociales predominantes y las metas de parentaje que las figuras adultas tienen (Rosabal-Coto, 2004). Valores como el “respeto”, “simpatía”, “bien educado”, entre otros, modelan no solo las expectativas sobre los y las niñas, sino también se hacen acompañar de prácticas que lo refuercen. Los estilos de parentaje del costarricense aparecen muy ligados a patrones controladores de las figuras adultas, que fomentan la interdependencia, y son menos centradas en el desarrollo de la autonomía e iniciativa del infante. Igualmente formas de resolución de conflictos evitativas y no confrontativas se relacionan con valores de alta deseabilidad social (Rosabal-Coto, idem). Surge la pregunta sobre las estrategias orientadas al disciplinar.

Varias investigaciones locales dan cuenta la pertinencia de explicitar el tema en el quehacer a favor de la niñez. Diversas formas de legitimación aún se manifiestan, sea por género o zona geográfica (Paniamor, 2003). Igual llama la atención que la percepción de la violencia intrafamiliar no se ligue en sus orígenes o raíces en las formas de violencia aprendidas y/o ejercitadas en la crianza (IDESPO, 2003).

Veamos unos cuantos datos estadísticos:

- En Costa Rica, según datos del IDESPO (2003), el 65.3% de los adultos pega, pateo y pellizca a los niños y niñas; y el 74.2% de la población grita y maltrata verbalmente.

- Asimismo, de las personas que castigan físicamente, un 34,6% lo hacen una vez por semana, 10,2% lo hace todos los días y 6.2% a cada rato.
- En el año 2007, de 36 213 atenciones brindadas por el PANI, el 80% (29 141) fueron por situaciones de vulneración o violación de derechos en el ámbito familiar.
- En el año 2007, de 36 213 atenciones brindadas por el PANI, el 80% (29 141) fueron por situaciones de vulneración o violación de derechos en el ámbito familiar.

Volviendo a evidencia reportada en diversos estudios, Moreno (2003) en una investigación sobre procesos de crianza en la provincia de Guanacaste reporta como aún prevalecen métodos de crianza basados en el castigo y el temor. Los padres y madres reportan una visión negativa hacia las leyes que protegen a los infantes, y justifican el castigo físico como un derecho de los padres y como “medio correctivo”. La aparición de éste pensar se relaciona con una dificultad en asumir un rol como autoridad que no funcione desde los cánones tradicionales. Por otro lado, los participantes reportan la percepción profunda de temor que se le tenía a las figuras parentales.

Los estudios sobre violencia en la crianza han ido muchas veces a contrapelo de las tendencias predominantes en psicología (Miller, 1985). El tema de la violencia infantil no ha sido tema que ha acompañado a la psicología del desarrollo desde sus inicios. Es la evidencia de la crueldad y el rango de crimen lo que hace que inevitablemente en la esfera pública se tenga que hablar sobre maltrato infantil, abuso y explotación sexual (Miller, 1996). Si bien, el infanticidio ha sido estudiado en nuestro contexto (Hidalgo & Chacón, 2001), y el abordaje consideró la constitución de la subjetividad femenina marcada por la violencia desde etapas tempranas, (cosa que fundamenta nuestros intereses), las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia siguen primando un enfoque desde la violencia doméstica. Nuestros intereses investigativos se orientan como complemento, que busque acercarse a las raíces de la

violencia desde la crianza, el parentaje ejercido desde las edades más tiernas, pero sin desdibujar a los niños y las niñas a la sombra de los adultos.

Otra condicionante pero también limitación que encontramos en el estudio de nuestro tema es que en la mayoría de los estudios realizados en nuestro país han tenido a las figuras adultas como principales informantes (Jengich et al, 2003) y se han centrado en análisis sobre disciplina y ejercicio de la autoridad. Dichas categorías hablan de los intereses estrictamente de los adultos, esto se concluyó en un estudio para UNICEF sobre investigaciones nacionales relativas al tema de crianza y parentaje en 2003, y se refleja en que menos de una tercera parte (10 de 32) de los estudios citados han incorporado a los infantes.

Interesan las formas, más sutiles e incluso cotidianas ligadas a la forma en que los adultos, concretamente las figuras parentales, interactúan, sobretodo desde un lugar de autoridad, cuando se “ejerce disciplina” (al respecto ver la vasta obra de Miller, 1985a, 1985b, 1996, 1983, 2001).

Bajo la forma de “medidas pedagógicas”, incluso por “amor” (ver extenso tratado en Miller, 1985) se legitiman y estructuran patrones de relación orientados a alcanzar la disciplina. El tema no solo evidencia el trauma y la impronta afectiva en el infante, sino también conlleva el conflicto parental entre su conducta disciplinante con su propio pasado como objeto de disciplina en su propia infancia. Se ha señalado al maltrato infantil es antecedente de conductas violentas y criminal en adultos (Howig et al, 1990), consumo de alcohol y drogas, depresión y reproducción de ciclos de violencia al interior de sus propias familias (Simons et al. 1991). La máxima consecuencia de la violencia con niños y niñas puede ser la muerte (Frías-Armenta, 2002).

El uso de formas disciplinarias como castigos físicos parece que logran eliminar momentáneamente las conductas indeseadas, pero a pesar de que no se ha cuestionado que su ejercicio genere consecuencias negativas, “más allá de malos recuerdos”, estudios desde las neurociencias muestran que sí existen indicios de efectos en las estructuras cerebrales, (LeDoux, et al (1998) citado por Miller (2001).

En lo personal considero que abocarnos a reconocer y prevenir la violencia parte de la crianza, el parentaje, la educación, sigue siendo excluído como tema y área pertinente a los estudios de violencia doméstica, criminalidad o diversos fenómenos de conducta violenta. Contrariamente su estudio (y consiguiente actuar), aportaría no solamente en el tema de creencias y prácticas de crianza, sino también en temas como el desarrollo y conducta moral, el comportamiento agresivo y violencia individual como grupal, el manejo de la disciplina en la educación y pedagogía, entre otros.

PARTICULARIDADES DEL PARENTAJE EN EL CONTEXTO COSTARRICENSE

Se ha caracterizado el estilo de crianza costarricense básicamente en la orientación sociocultural de la interdependencia emocional (Keller et al, 2005; Rosabal-Coto, 2004). No obstante aún se debate el carácter de variabilidad intracultural producto de procesos de transculturación, los procesos acelerados de globalización, así como diversidad cultural al interior del país (ibid).

Se asume que nuestro contexto actual no presenta un panorama homogéneo, sino contrariamente variado. A saber, coexisten aún patrones tradicionales que reflejan valores, tradiciones y creencias, pero igualmente los sectores urbanos asimilan fácilmente nuevos.

Entonces podemos ir afirmando que en nuestro contexto podemos encontrar diferencias y especificidad explicada por variables como:

- Estrato socio-económico
- Escolaridad
- Diferencias al interior de una misma cultura
 - Zonas urbanas-rurales
 - Grupos étnicos
 - Migrantes

Podemos ilustrar lo anterior con la siguiente evidencia de estudios del 2004 y el presente año, semblanteando madres urbanas, rurales e inmigrantes nicaragüenses:

- Madres Urbanas:
 - Estimulan más comportamiento verbal y racional
 - Fomentan **metas** que estimulan más la iniciativa individual del(la) niño(a)
- Madres Rurales:
 - Propician más expresión de emocionales y menos argumentativas.
 - Fomentan **metas** más orientadas a la cohesión familiar.

Tendencias exploradas en madres Nicaragüenses:

- Valores orientados a insertarse en la nueva cultura:
 - Competitividad, buenos modales, respeto, por ejemplo
- Valores más orientados a la autonomía

Si damos un vistazo a características que otras culturas latinoamericanas en general comparten respecto a como concretamos el parentaje, podemos destacar los más importantes que también identificamos operando en nuestra cotidianidad:

- Fuerte orientación a grupos afectivamente significativos
- Tendencia a establecer y mantener relaciones interpersonales armoniosas
- Orientación sociocultural a la relacionalidad (vs separación)
- Orientación a la familia (alocentrismo familiar) Tendencia a establecer y mantener relaciones interpersonales armoniosas
- Orientación sociocultural a la relacionalidad (vs separación)
- Valoración a autoridad parental
- Autoridad directiva y disciplinaria
- Valores de obediencia y dependencia

Valores sociales directamente vinculados a la “educación” y expectativas de socialización:

- Respeto
- Simpatía
- Dignidad
- Ser educado (a)

Resaltan por su frecuencia como por su intensidad y persistencia metas tales como: “*ser educado, de buenos modales, decencia*” (Harwood et al, 1992, 1995, 1996, 2000; Field & Widmeyer, 1981)

Para un primero sumario de estudios nacionales (Rosabal, 2000), identificamos que existía prevalencia de los siguientes valores:

“*bien educados, respetuosos, obedientes, amables y cariñosos, honestos, calmados y sociables*”.

Los estudios, aunque de forma no sistemáticamente investigada, han mostrado que éstos valores cambian de orden y prioridad según:

- Estrato socio-económico (Miranda & Rosabal, 1997; Carmiol, 2003)
- Zona geográfica (Flores Astorga et al, 1983)

Sí se ha identificado que las expectativas ligadas a ser educado cambian de matiz según estrato, ya que no siempre se identifica con buenos modales y comportamiento correcto, sino que puede ser procurar un alto nivel de escolaridad, en ese tanto estaría orientado a intereses de movilidad social (MEP, 1994; Leyendecker et al, 1997; Rosabal-Coto, sin publicar).

A la hora de caracterizar estructuras interactivas, roles y el actuar ligado al parentaje, encontramos que en nuestras familias hay:

- Contextos familiares como redes de apoyo en diversos ámbitos (económico, social) (Alvarez, et al, 1990; Loewer, 1990), la crianza/parentaje incluidos
- Rol preponderante de las abuelas maternas (ibídem)
- Diferencias por zona (estructuras y por tanto roles) (Alvarez, op cit.; MEP, 1990)

- Continúan expectativas tradicionales en cuanto a roles de género (Castro & Chang, 1974; Flores Astorga et al, 1983; Madriz & Zúñiga, 1985) y como figuras parentales(Alvarez, 1990; Vega Robles, 1994).
- Los valores sociales orientan las expectativas de crianza de nuestros niños y niñas: son “*respeto, simpatía, bien educados*”
- Patrones controladores que se corresponden con las siguientes expectativas: “*bien educados, respetuosos, obedientes, amables y cariñosos, honestos, calmados y sociables*” (Rosabal, 2000).
- Fomentan interdependencia (De Rosier & Kupersmidt, 1991 en niños, como Pérez, 2001, adolescentes)
- Menos centrados en autonomía e iniciativa del niño y la niña. Igualmente se encuentra relación entre grupos familiares más extensos básicamente asociados con ambientes agrícolas y rurales. La importancia de esos lazos familiares trasciende a las esferas de los niños y niñas, encontrándose que tanto niños escolares muestran más dependencia emocional y social hacia su familia antes que hacia sus pares o compañeros de juego.
- Formas de resolución de conflicto evitativas y no confrontativas.
- Valores orientados a estimular una alta deseabilidad social.

Concerniente a prácticas y comportamientos relacionados con el parentaje, las evidencias muestran tendencias confirmadas a través de diferentes estudios. El contacto corporal aparece como una importante característica. Entrevistas a madres, así como estudios observacionales han mostrado que comparado a otras culturas, madres costarricenses mantienen expectativas de un prolongado contacto físico durante los primeros meses (Madriz & Zúñiga, 1985; Keller et al, 1984). Otro elemento relativo a la interacción muestra que a pesar de que en situaciones de interacción diádica exclusiva, las madres costarricenses igualmente interactúan simultáneamente con otros actores presentes (Löwer, 1990). Estos momentos en que se da una interacción simultánea, es un rasgo característico de la interacción de adultos con los

infantes, y muchas veces es interpretado como “estar” o “jugar” con el niño o la niña. (Alvarez et al, 1990; MEP, 1990).

La connotación que rodea la interacción con los infantes igualmente muestra sus particularidades: calidez en la relación madre-infante se manifiesta principalmente mediante contacto corporal intenso en la forma de caricias y estimulación motora acompañado por entonaciones infantilizadas de la voz (Kulks, 1999; Rosabal-Coto, s. P.) y estilos de cuidado co-ocurrentes en los que intervienen simultáneamente varias figuras (adultas o menores) del núcleo familiar o social inmediato (Kulks, 1990; Leyendecker et al, ibid; Keller, 2000) Igualmente indagando conductas (Kulks, op. Cit; Keller et al, por publicar), como creencias (Carmioli, 2003; Keller et al, s. P.) de madres costarricenses aparece una tasa muy alta de respuesta inmediata ante señales de malestar, llanto o incomodidad en bebés.

La evidencia hasta ahora presentada muestra que la transmisión de la cultura está mediada no solo por la transmisión de creencias e ideas, sino también de que es adquirida a través de manifestaciones corporales y patrones interactivos (Keller et al, 2004; Rosabal-Coto, 2004)

LA CONDICIÓN DE MIGRACIÓN COMO CONTEXTO DEL DESARROLLO

1. La particularidad de la mujer migrante como una de las principales figuras de crianza nos relaciona con los siguientes temas:
 - Limitar o postergar su rol de figura principal de crianza
 - Muchas al inicio son madres “a la distancia”, luego se reúnen con sus hijos e hijas en CR.
 - Laboralmente cambian de estatus *señora a sirvienta* (Raijma, 2000)en Israel
 - Ilegalidad
 - Identidad étnica
 - Desarraigo
2. Particularidad del cambio en el modelo familiar y las nuevas constelaciones

3. En los niños y niñas:

- Tema de la integración (social, escolar)
- Disparidad de condiciones conlleva efectos en la integración y desempeño escolar: "Problemas de aprendizaje"
- Cambio brusco de contextos: de origen rural a barrios urbano marginales
- Efectos traumáticos a nivel psicológico: desarraigo

Respecto al disciplinar:

Podemos derivar hallazgos de otros contextos respecto al castigo físico (Straus & Stewart, 1999):

- Lo llevan a cabo figuras de crianza, cabezas de hogar
- Sucede más en los primeros años de la infancia (edad promedio 4 años)
- Decece a partir de los 12 años
- Padres / madres según contexto
- Figuras parentales más jóvenes tienden a aumentar en frecuencia y severidad
- Castigo físico aumenta en contextos de inequidad (poder, económica) (Ember & Ember, 2005)
- Consecuencias neurobiológicas de experimentar o presenciar la violencia (Cooley-Quille, Boyd & Franz et al., 2001; Niehoff, 2003; LeDoux, 1999)

En nuestro contexto:

- Formas de disciplinar diferenciadas por género y zona (Paniamor, 2003; Moreno, 2003)
- No se percibe del castigo infantil relacionado con violencia aprendida y/o ejercitada en la crianza (IDESPO, 2003)

De nuestro estudio exploratorio se desprende que:

- La exigencia aumenta con la edad
 - La rigidez de normas aumenta con la edad (confianza en autocontrol)
 - La potestad del disciplinar es parte de la maternidad y la paternidad (la proximidad legitima la autoridad)
 - Se basa más sobre la relación, que el rol (“Titularidad”)
 - Disciplina sobre una plataforma afectiva, no operativa
 - Fuimos marcados por la disciplina que recibimos, en la que predominaron métodos violentos (actual generación de adultos)
 - El dolor vivido en la propia infancia, concientiza a cambiar formas y métodos.
 - No obstante si hay dudas para educar, siguen considerando más a las familias de origen como fuente de aclaración y apoyo.
 - Dos tipos de razones para disciplinar:
 - Faltas que atentan contra la calidad de la relación (“desobediencia” y “malacrianza”)
 - Faltas contra normas específicas, reglas y/o prohibiciones
 - No siempre lo que se piensa es lo que se hace...
- A. Función de enseñanza, no mediante el castigo
- B. Control indirecto
- C. Control punitivo mediante castigo corporal
- D. Control punitivo mediante castigos no corporales
- E. Función de enseñanza, no mediante el castigo:
- Entender comportamiento
 - Conversar
 - Actuar en conjunto
- B. Control indirecto:
- Amenaza bajo la forma de regaño
 - Amenaza de castigo para “meterle miedo”
 - Intervención a nivel verbal

- Agresión verbal
- C. Control punitivo mediante castigo corporal
- Recurre a golpes, nalgadas, fajazos, pegar alguna parte del cuerpo, enchilar, encerrar como sanción. Son formas violentas.
 - Autoridad parental justifica las acciones, las faltas son relacionadas con desafíos a la autoridad
- D. Control punitivo mediante castigos no corporales
- Recurre a limitar la conducta o afectar el curso de rutinas diarias asociadas con diversión y juego.
 - Quitar “lo que más le gusta”
 - Realizar actividades no propias de rutinas diarias.
 - No se centra en el cuerpo, sino sobre sus actos.
- Las figuras maternas operan más en lo cotidiano más que las paternas
 - Aún cuando se manejan castigos y/o consecuencias como forma de control parental, se tiende a acompañar de regaños y reprimendas.
 - Sanción (acto) por la conducta
 - Sanción (verbal) por atentar contra la relación

A modo de alcances de nuestros estilos de disciplinar podemos concluir:

- La transmisión sigue siendo sobre la base del miedo que por la instrucción argumentada.
- Las prácticas son punitivas e invasivas, no moldean el carácter.
- No se relaciona la disciplina con el abuso y la violencia (por operar por la relación).
- Operan dos tipos principales:
 - Maltrato (físico y psicológico)
 - Quitar “privilegios” (o derechos)
 - “las estrategias y prácticas apuntan a sancionar el espacio psicológico y emocional que propician la autonomía y sentido de independencia”

- Los vuelven dependientes de una persona y/o una relación (externa) para “autorregularse”
- Al basarse en medios sobre la interrelacionalidad y conexión con los otros, sobreviene más fácilmente la culpa, no el autoanálisis.
- La ventaja de las madres sobre los padres es:
 - Proximidad afectiva
 - “calidad” y “calidez” de la relación

Si podemos hablar de la constitución del self-interdependiente en el costarricense, encontraríamos los siguientes elementos:

- Regulación del afecto mediante la estimulación de estados positivos y evitando la regulación del afecto
- Las relaciones tienden a favorecer momentos de entonamiento y con un atractivo sentido de afiliación
- Las competencias sociales se orientan a la deseabilidad social
- Se muestran reacciones más empáticas pero no necesariamente porque respondan a las necesidades de los niños
- Especificidad Cultural : alocentrismo familiar
- Conceptos de “logro personal”, “autoridad” y “Sensibilidad hacia los otros” puede variar según el contexto intracultural costarricense.
- Se deben considerar que las siguientes variables expliquen la variabilidad:
 - Aculturación
 - Complejidad social
 - Nivel educativo
 - Incrementa según ESE
 - Indígenas, Afro-caribeños, nicaragüenses
- La transmisión de la cultura no solo se da a través de creencias e ideas, sino también a través de manifestaciones corporales

Concluyendo, quiero puntualizar aspectos que tienen implicaciones en la forma en que nos planteamos, tanto el tema de la violencia cotidiana en niños y niñas, como las posibles formas de aproximarnos:

- Muchas aproximaciones al tema de la crianza se han dado a partir de variables aisladas que intervienen, pero que por su carácter multidimensional y funcional, no se limitan al campo estrictamente, caso concreto son los estudios relacionados con familia.
- Metodológicamente hablando, debemos ocuparnos por desarrollar modelos e instrumentos más sensibles y complejos, de manera que en un afán de brindar productos de uso adecuado para todos los interesados su implementación redunde en aportes de mayor alcance (investigativo como aplicable a la cotidianidad).
- Reconocer el influjo de la violencia en todas las esferas cotidianas de la vida humana y por tanto la vida social.
- Volver sobre las raíces de la violencia en nuestra propia infancia.
- Conocer creencias y prácticas en lo específico de cada zona, subcultura (indígenas, afro caribeños e inmigrantes nicaragüenses) de nuestro país.
- Ocuparnos de saber de boca de los niños y las niñas que piensan y sienten respecto a las prácticas disciplinarias y el castigo parental.
- Ocuparnos de las formas de violencia que se dan en centros educativos.
- Preguntarnos por ¿Cómo los acelerados cambios sociales replantean lo que creemos y esperamos de nuestros niños y niñas? ¿Qué valores importan? ¿Qué prácticas conllevan?
- Trabajar con las abuelas y los abuelos

Resumiendo en cuanto a temas de competencia tanto académica, como pública, me permito mencionar unos cuantos que requerirían de más atención, si queremos abordar el tema de la violencia desde otro punto de vista:

1. Formas culturalmente dominantes que orientan a estilos de resolución de conflictos entre los adultos y su transmisión a los niños y niñas.
1. Explorar no solo el escenario familiar, sino también el educativo en cuanto a las formas de reglamentación y ejercicio de la disciplina escolar en instituciones.
2. Ambitos de competencia entre lo público-legal y lo privado, en lo relativo al parentaje, el disciplinar y el ámbito privado de la familia.
3. Transmisión intergeneracional de creencias y prácticas de crianza.
4. Rescatar las nociones de tiempo libre y ocio, orientados al enriquecimiento del individuo y el grupo
 - A. Tiempo libre = tiempo para estar consigo mismo(a) = autoconocimiento
 - B. Ocio y juego como espacio de interacción y ensayo de estilos tolerantes de interacción

EL HOMBRE-PADRE COMO INFORMANTE: UNA ASIGNATURA PENDIENTE

ISABEL VEGA ROBLES

Universidad de Costa Rica

Se quiere aprovechar este espacio de reflexión entre científicos sociales para llamar la atención sobre las implicaciones jurídicas, científicas y humanas que tiene la dimensión ideológica que acompaña nuestro quehacer y que puede llevar a distintas formas de discriminación. Es la situación de la escasa inclusión de los hombres en estudios sobre cuestiones familiares que tradicionalmente ha caracterizado la actividad de investigación social y aún sigue presente en nuestros días.

Hasta los años 90 el hombre había sido escasamente tomado en cuenta en estudios de opinión o encuestas sobre reproducción, actitudes sobre planificación familiar y comportamiento sexual. Esa situación tiende a cambiar pero las encuestas a mujeres se han realizado en muchos más países que las encuestas a hombres (Info Project, 2004; Asociación Demográfica Salvadoreña, 2002/03).

Por otra parte, un estudio acerca de las tendencias de las tesis o trabajos de graduación sobre familia realizados en distintas escuelas de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica (Vega, 2000) mostró que alrededor de la mitad de las tesis realizadas en el quinquenio 1990-1995 no consideró la variable sexo en sus análisis (46%), un 27% incluyó personas de ambos sexos, un 16% utilizó muestras de mujeres y solo un 8% fueron estudios realizados con hombres. La autoría de los estudios estaba casi en su totalidad en manos femeninas ya que tres de cada cuatro -de un total de 33 tesis o trabajos revisados- habían sido realizados por mujeres (p.14). Esta situación parece reproducir en el campo científico la creencia ampliamente compartida de que lo que ocurre en la familia corresponde primordialmente a las mujeres (p.14).

En esta exposición se utiliza como punto de referencia un estudio con padres de familia divorciados o separados que dan una pensión alimentaria para la manutención de los hijos (as), para mostrar cómo los prejuicios y estereotipos acerca de la dinámica familiar y el rol paterno incidieron en los procedimientos para localizar a los padres y casi se llevan al traste la investigación. Se busca destacar como opera ese tipo de distorsiones restringiendo la comprensión del problema, excluyendo la participación de personas directamente involucradas y en definitiva, atentando contra el derecho de estas últimas de ser tomadas en cuenta en procesos cuyos resultados les afectan como personas y como padres.

El estereotipo del padre divorciado

La creencia de que un buen padre de familia es aquel que da el dinero necesario para la manutención del hogar es compartida por una mayoría de hombres y mujeres costarricenses (Vega, 2001). Esta expectativa social se ve amenazada cuando la pareja se separa o divorcia por lo que en Costa Rica se han creado leyes que buscan garantizar la manutención de los hijos (as) por parte del padre a través del pago de una pensión alimentaria (Ley de Pensiones Alimentarias No. 7654)ⁱ. El incumplimiento de dicha obligación se concibe como un acto de violencia económica y se castiga con cárcelⁱⁱ, legitimando las acciones y actitudes que en definitiva propician el alejamiento del padre de sus hijos (as).

Ese prejuicioⁱⁱⁱ tan arraigado en el imaginario social ha llevado a que el incremento sostenido en el número de incidentes por pensiones alimentarias ocurrido en los últimos años sea interpretado, sin más, como un indicador de una deliberada irresponsabilidad del padre. Esa “verdad”, tipificada en la citada ley hace parecer innecesario el preguntarse qué cosas están detrás de dicho incumplimiento.

¿Cómo acercarse a la realidad de los padres divorciados o separados?

El oficio de investigar conlleva una obsesión por descubrir lo que se oculta detrás de un acontecimiento que intriga, que despierta curiosidad; es un proceso en el cual la creatividad y la rigurosidad científica se han de combinar para iluminar el objeto anhelado.

En ese recorrido se tiene entonces que usar el ingenio para conciliar un plan ideal con una realidad concreta, ejercicio que es una constante desde el momento mismo en que un fenómeno llama nuestra atención: ¿Qué vamos a reconocer? ¿De qué manera lo vamos a aprehender?

El proyecto de investigación titulado “Características psicosociales de padres divorciados o separado que pagan una pensión alimentaria para la manutención de sus hijos (as)”^{iv} surgió de los avances y resultados de cuatro estudios cualitativos sobre paternidad post-divorcio realizados previamente o de forma simultánea. En dos de esos estudios se exploró la relación de un grupo de padres divorciados o separados con sus hijos (as) y su situación familiar y sentimental después de la ruptura, mediante entrevistas en profundidad a padres con hijos dependientes de diversas edades (Vega, 2005), así como a un grupo de padres divorciados y a sus hijos (as) adolescentes primogénitos (as) (Gómez & Ramírez, 2004). Las otras dos investigaciones tuvieron como eje central el significado de la paternidad en padres adolescentes solteros de la Provincia de San José/CR (Mora & Ugalde, 2008) y en la provincia de Guanacaste (Araya & Morera, 2004).

Los resultados de esas investigaciones muestran, entre otras cosas, un apego a los hijos (as) y una preocupación por su bienestar que contrasta con el despliegue mediático de noticias y comentarios sobre su falta de responsabilidad asociada al incremento en el número de incidentes judiciales por pensiones alimentaria. Destaca la importancia que tiene para los entrevistados el peso del rol económico en la reafirmación de su identidad paterna -en contraposición al rol afectivo de la madre- y el peso de la figura de la excónyuge en su desempeño como padre y en sus proyectos de una futura pareja. Todo ello contradice, en mucho, un cúmulo de creencias y prejuicios

y deja entrever una figura de hombre-padre en donde la paternidad es parte de la identidad y proyecto vital masculinos.

Esos hallazgos llevaron a plantearse un estudio cuyo objetivo principal fue analizar la dinámica personal y familiar que enfrenta el hombre divorciado y el cómo y el porqué del incumplimiento de sus compromisos económicos con los hijos (as). Se consideró que de esa manera se lograría un acercamiento al porqué de la ineficacia de muchas de las políticas y prácticas institucionales encaminadas a hacer que el padre pague la pensión alimentaria.

Luego de elaborar un estado del arte desde la literatura sobre el tema (Vega, 2006) se procedió a diseñar un cuestionario con múltiples preguntas relativas a sus condiciones económicas actuales, su vida familiar, el proceso de separación y sus responsabilidades como padre después de la ruptura conyugal, para luego de las pruebas respectivas, aplicar el instrumento de forma auto administrada en una muestra amplia de padres divorciados o separados localizados en sus casas de habitación.

Las dificultades para contactar a los posibles participantes no se hicieron esperar. En realidad surgieron desde el momento mismo de la construcción del instrumento y posteriormente en la prueba piloto. Durante la elaboración de los primeros borradores del cuestionario se realizó una serie de entrevistas cognitivas para lo que se contó con la colaboración del centro WEM^v y la Asociación de Padres Divorciados^{vi}. La experiencia resultó sorprendente en dos sentidos. Primero, porque los hombres divorciados o separados fueron muy expresivos al hablar de su paternidad, sus sentimientos y temores. Segundo, porque a la reunión de la Asociación de Padres Divorciados sólo asistieron cinco mujeres y dos hombres. Las mujeres dijeron que asistían a la reunión para aprender y poder ayudar a sus hermanos, hijos o novios separados o divorciados no obstante que la convocatoria era para los hombres. Lo que se pudo comprobar fue que, efectivamente, los hombres tenían muchas cosas que decir sobre el tema y estaban ansiosos por hacerlo y por otra parte, las mujeres se sentían directamente implicadas en las responsabilidades paternales de sus familiares o parejas sentimentales.

Localizar a los posibles informantes en sus hogares también ocasionó múltiples inconvenientes pues hubo que hacerlo durante el día, cuando los hombres se encontraban trabajando^{vii}. Esa circunstancia trajo como consecuencia la intervención de terceros –usualmente madres o hermanas- que debían hacerles llegar la invitación a participar en el estudio. Esta situación obstaculizaba la labor de campo pues ellas no les informaban sobre la solicitud a participar o no le entregaban el cuestionario al pariente que se había mostrado interesado en completarlo. En resumen, las evasivas -que hacían insistir sin resultados- y la pérdida de los cuestionarios fueron la tónica que prevaleció durante la recogida de la información en la primera etapa de la prueba piloto^{viii}. Luego de cuatro meses de trabajo y más de doscientas casas visitadas, sólo se habían obtenido diez cuestionarios completados por esa vía.

Ese fracaso inicial obligó a detenerse y reflexionar en los factores que podían estar determinando la imposibilidad de acceder a los probables participantes. Retomando cada uno de los pasos dados y las situaciones experimentadas hasta entonces -lugares y hora de los recorridos, desconfianza y falta de interés de las mujeres en los hogares visitados, pérdida de cuestionarios y en definitiva, la “invisibilidad” de los padres- se pudieron percibir aspectos culturales que no habían sido tomado en cuenta y cuya omisión propiciaba los obstáculos mencionados.

En primer lugar, al buscar acceder a los informantes en sus hogares se actuó desde una perspectiva convencional –la información sobre las familias se recoge en los hogares-, omitiendo un asunto fundamental: la dinámica de las relaciones de género define los territorios en los que se ejerce legítimamente el poder femenino o masculino. El hogar y todo lo que cobija es el territorio de las mujeres y ellas ejercen el control decidiendo si los hombres deben o no deben participar en la encuesta.

En segundo lugar, era un acto políticamente incorrecto. Involucrar a los hombres significaba darles la palabra cuando ellos son los responsables “per se” del incumplimiento de sus deberes como padres y no tienen nada que decir al respecto.

Finalmente, los prejuicios sobre el desempeño paterno –evidentes en los medios de comunicación y en el sistema jurídico- generan aprensión y resistencia en los padres a dar información pues temen que el hacerlo se vuelva en su contra.

De esa manera se hizo evidente que debía irse a los lugares de trabajo -al territorio de los hombres- y acceder a ellos a través de sus jefes o compañeros de trabajo. También se decidió contactarlos en los tribunales en donde se atienden los incidentes de pensiones alimentarias, colgar el cuestionario en la red y correr la voz en distintos ambientes. En seis meses se habían recogido doscientos cuestionarios debidamente completados.

Desarrollar otras estrategias para revertir la situación y llegar a los informantes fue posible cuando se tomó conciencia de las omisiones e inconsistencias en que había incurrido como parte de una realidad sociocultural que determina el trabajo de investigar. Como señala Lindesmith (2006):

Pudimos constatar que la dimensión de “cultura” debe formar parte integral del objeto de estudio, del diseño mismo de la investigación y sobre todo, debe ser un elemento central en la definición del problema y de las estrategias para llegar a la población de interés. Como señala Lindesmith (2006),

Las interpretaciones referentes al mundo social se establecen sobre sistemas de discursos. Las cosas no tienen significado en sí mismas o por sí; sus significados emergen de los procesos de acción interpretativa. Este proceso está inserto en un mundo continuo de significados culturales y representaciones –lo que hemos llamado los circuitos de la cultura (p.528).

Finalmente, los datos aportados por los 200 padres entrevistados determinaron que los retos que esos hombres-padres deben enfrentar para tener mayores posibilidades de cumplir con el pago de la pensión son, en ese orden: 1) Llevarse bien con su exmujer; 2) Trabajar en una ocupación calificada y 3) No necesitar de la ayuda de amigos para salir adelante con sus dificultades económicas o personales.

Esos resultados aluden a lo expresado por los padres en las entrevistas en profundidad de los estudios cualitativos previos: la madre es quién debe decidir y

ocuparse del cuidado de los hijos (as). La representación de la madre es la de una figura omnipotente y omnipresente en el entorno familiar. La representación del padre pasa por ser proclive a la irresponsabilidad. Desde ahí, la madre tiene poder e incide y modula el ejercicio de la paternidad.

CONSIDERACIONES FINALES

En Costa Rica la Ley de Pensiones Alimentarias exige el cumplimiento de las obligaciones económicas del padre sin considerar si cuenta o no con los recursos para hacerlo: en primer lugar está proteger a la mujer de lo que se ha dado en calificar internacionalmente como “violencia económica”.

La falta de cobro de estas pensiones sitúan a las mujeres y a sus hijos al borde de la exclusión social, lo que (...) supone «otro tipo de violencia de género, en este caso violencia económica (Red feminista, 2008).

El hombre incurre en ella al no cubrir las necesidades básicas de los miembros de la familia -los hijos menores de edad y estudiantes, la mujer que no posee trabajo remunerado, los adultos mayores u otros miembros dependientes-y es empleada con frecuencia por ellos para continuar ejerciendo control sobre sus ex parejas, lo cual deja desamparados a los menores (Del Toro, 2007).

Condenados por decreto, cuando intentamos ir más allá de ese convencionalismo y escuchar lo que los padres tienen que decir al respecto, topamos con la situación de que ellos se rehúsan a dar información sobre sus asuntos familiares pues temen que sus manifestaciones puedan ser utilizadas en su contra.

Las representaciones modelan la experiencia y regulan la conducta y “operan dentro de marcos institucionales y tecnologías de poder existentes, entre las que se incluyen las leyes, normas y sistemas de vigilancia” (Lindesmith, 2006, p. 529)

Paradójicamente, la paternidad se concibe como un compromiso directo de los progenitores con sus hijos (as) independientemente del tipo de arreglo familiar establecido con la madre, se espera una flexibilidad en el papel del padre y la madre y se afirma que el bienestar de los menores es algo que va más allá de los aportes económicos asociados comúnmente con la responsabilidad masculina (CEPAL, 2002b, p 4).

Sin embargo, la falta de conocimiento sobre estos temas lleva a apreciaciones sesgadas que inciden en las relaciones familiares y sociales, los contenidos de las leyes y los programas orientados hacia la búsqueda del bienestar de las familias.

Se está entonces ante un círculo vicioso de grandes dimensiones pues la carencia de información y representaciones que incorporen los cambios familiares y dé crédito a la participación efectiva del padre divorciado en los tópicos familiares, lleva a una forma de discriminación y hace muy difícil conocer el fenómeno con todos sus matices.

Finalmente, como se desprende de la investigación comentada, explicarse el incumplimiento de los padres mediante conceptos como paternidad irresponsable o violencia económica significa reducirlo a un prejuicio muy alejado de la diversidad de factores que lo determinan.

REFERENCIAS

Araya C., N.; Morera G., G. (2004). *El significado de ser padre adolescente: estudio de caso de cinco padres adolescentes guanacastecos*. Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Psicología. Escuela de Psicología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Asociación Demográfica Salvadoreña; CDC. Encuesta Nacional de Salud Familiar (FESAL, 2002/03. El Salvador, ADS, CDC). Extraído el 14 de mayo, 2009, de <http://encuestas.ccp.ucr.ac.cr/camerica/es0203.htm>

Del Toro, S. (2007). Miles de padres no pagan pensión alimenticia. *Red Tamaulipas*. Extraído el 14 de mayo, 2009 de http://www.redtamaulipas.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1418&Itemid=50

Gómez G., A.; Ramírez D., A. (2004). *La relación del padre divorciado y sus hijos(as) adolescentes: Un estudio de casos realizado con cinco padres divorciados y sus hijos(as) primogénitos en edades de 13 a 18 años que residen en el Área Metropolitana*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Psicología, Escuela de Psicología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Lindesmith, A.; Stauss, A. & Deuzin, N (2006). *Psicología social*. Madrid: CIS/Siglo XXI.

Mora, C., L. & Ugalde G., K. (2007). *El ejercicio de la paternidad, calidad de vida y construcción del proyecto de vida en adolescentes urbanos*. Tesis para optar por el grado de licenciadas en Psicología, Escuela de Psicología, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica

Info Project (2004) Enfocándose en los hombres. *Population Reports* 32 (2) (Primavera de 2004, Serie M, N°18.Temas especiales). Extraído el 14 de mayo, 2009, de <http://www.infoforhealth.org/pr/prs/sm18/m18chap1.shtml>

Pérez C, F. (1987) *La planificación de la encuesta social*. Zaragoza, España, Editorial: Universidad de Zaragoza.

Red Feminista (2008). *Avilés: el 88% de las mujeres separadas que acuden a los Servicios Sociales no recibe la pensión alimenticia de sus ex parejas*. Extraído el 14 de mayo, 2009, de <http://www.redfeminista.org/noticia.asp?id=6301>

Vega R., I. (2001). Las familias costarricenses en el contexto del nuevo milenio. En: Isabel Vega R., Allen Cordero U. (Ed.). *Realidad familiar en Costa Rica: Aportes y desafíos desde las Ciencias Sociales*. San José, Costa Rica: FLACSO-Costa Rica.

Vega R., I.; Smith, C., V. (en prensa). Correlatos y predictores del cumplimiento de pago de la pensión alimentaria en padres divorciados o separados. *Revista Interamericana de Psicología*. Aprobado para su publicación

Vega R., I. (2000). Tendencias actuales en los estudios sobre familia: Costa Rica 1990-1995. *Actualidades en Psicología*, 16 (103)

Vega R., I. (2005). *Paternidad y divorcio: Una aproximación desde las vivencias de 5 padres costarricenses*. En José Romay Martínez y Ricardo Mira (Eds.). *Psicología Social y problemas sociales*, Vol. 5. (pp. 549-557). Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, S.L.

Vega R., I. (2006). Factores psicosociales de los padres divorciados que influyen en el pago de la pensión alimentaria para sus hijos (as). *Intercambio*, 3 (4), 39-63.

NOTAS

ⁱ La Ley de Pensiones Alimentarias No. 7654 establece “la prestación alimentaria derivada de las relaciones familiares, así como el procedimiento para aplicarla e interpretarla” (Art.1)

ⁱⁱ Las pensiones alimentarias pueden llegar a exigirse por la vía del apremio corporal (Artículos 24, 25 y 26) y la ley es muy enfática en establecer que para evitar el pago de la pensión, no será excusa que el obligado no tenga trabajo, sueldo ni ingresos. Tampoco el que sus ingresos no le produzcan utilidades, aunque se harán indagaciones a fin de determinar el monto asignable en calidad de cuota alimentaria y la forma de pagarla (Art.27).

ⁱⁱⁱ Entendemos por prejuicio: ofuscación, aprensión, parcialidad, convencionalismo, rutina, error. Sus sinónimos: obsesión, preocupación, monomanía, pesadilla, antojo, obcecación, ceguera, terquedad, confusión, alucinación, obstinación

^{iv} Auspiciado por la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica. (Proyecto No. 723-A4-314)

^v Instituto costarricense para la acción, educación e investigación de la masculinidad, pareja y sexualidad

^{vi} La población que asiste a dichas instituciones tiene la oportunidad de reflexionar sobre su situación de género o familiar lo que puede incidir, aunque no invalidar, sus apreciaciones acerca de su situación familiar y personal

^{vii} El trabajo de campo se realizó con el apoyo de los ATAP's del Programa de Atención Integral en Salud (PAIS) que coordinan conjuntamente la Universidad de Costa Rica y la Caja Costarricense de Seguro Social.

^{viii} La estrategia de cuestionario autoadministrado presenta ya de por sí, inconvenientes en cuanto al volumen de datos que pueden ser obtenidos (Pérez, 1987) y esta no fue la excepción aún cuando se recurrió al seguimiento telefónico para controlar la pérdida de los cuestionarios.

¿EL AMOR SIN CUERPO?

LAURA CHACÓN ECHEVERRÍA

Etty Helen Kaufmann

Algunas diosas griegas eran, sin mayor tormento, infieles, el ejemplo más importante es el de Afrodita, la Diosa del amor y los escritos de Homero (1982) le ofrecen un amplio espacio. Recordemos el mito. Afrodita nace de la espuma que se forma en el mar de Chipre al caer los testículos de Urano, arrojados allí por su hijo Crono después de haberlo castrado.

Afrodita inspira pasiones monstruosas, enamora a mortales y a inmortales. Su deber divino es hacer el amor. Diosa de la discordia, conduce el rapto de Paris a la bella Helena. Adulterio que estalla la guerra de Troya. Zeus, para castigar el terrible orgullo de Afrodita la entrega a Hefesto, el más feo de los feos.

Han sido varios sus amantes: con Ares tiene tres hijos (Dimo, Fobo y Harmonía); del encuentro con Hermes nace Hermafrodito; con Dionisio tuvo a Priapo, un niño deslucido con grandes genitales; con el príncipe Anquises tuvo a Eneas, y por último, Adonis fue uno de sus amantes preferidos a pesar de que debía compartirlo seis meses con Perséfone pero... ¡otros seis meses eran exclusivos para ella! Tal y como Zeus lo había dispuesto.

Un día que se encontraba en amoríos con Ares, Helio, el dios del sol, la descubre y avisa a Hefesto, su marido deshonorado. De inmediato Hefesto toma a los amantes y los aprisiona en una cama. Homero narra los hechos: mientras Ares y Afrodita hacían el amor, sobre ellos “se extendían los hilos... y no les era posible mover los miembros ni levantarse. Entonces se dieron cuenta que no había escape posible”. Hefesto convocó a los dioses a ver “un acto ridículo y vergonzoso”, que era la deshonra que Afrodita le causaba porque “se entregaba amorosamente al pernicioso Ares”. Contrario a lo esperado, los dioses rieron. El final es simple: “terminará el encierro de los amantes cuando –solución jurídica- se pague la multa debida por adulterio, lo que separará finalmente a Ares y Afrodita” (Homero, 1982, pp. 266-365). Afrodita se marcha a Chipre

y “allí la lavaron las Gracias y la ungieron con aceite inmortal, cosas que aumentan el esplendor de los dioses que viven siempre y la vistieron deseables vestidos, una maravilla para verlos” (Homero, 1982, pp. 362-365). La risa es el único castigo y la burla termina siendo para el marido humillado. Solo risa y nada más.

Con la instauración de la sociedad patriarcal visualizada por Gerard Pommier (2002) como el lazo social que pone en acto el amor del hijo por el padre, en beneficio de la filiación patrilínea y en detrimento de lo femenino, se establece la criminalización del adulterio femenino. El hombre debía cuidar el destino de su filiación, consecuentemente, la fidelidad pasa a inscribirse como condición de feminidad y osar romper el mandato era encontrar la expulsión, el repudio y la muerte.

Ningún siglo ha dejado de condenar el adulterio femenino y si bien hoy día este ha desaparecido de casi todos los anales jurídicos de Occidente. En la presente ponencia, tanto Ety Kaufmann como yo, reflexionaremos alrededor de la pregunta sobre el amor roto desde el marco extremo del conyugicidio. Nos apoya en esta reflexión, una investigación que realizamos en el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica sobre esta temática. Nuestro interrogante formulado en el dar muerte al cónyuge abordó dos esferas: el buscar conocer cuál es la palabra del sujeto que ha cometido el acto conyugicida, desde 21 entrevistas obtenidas y la segunda aproximación fue el analizar las transformaciones en la historia del derecho, vinculadas al control del cuerpo femenino.

Para esta conferencia, nos referiremos exclusivamente al capítulo que trata sobre el móvil de “Sustitución y abandono”, conyugicidio cometido según nuestra casuística, por el género masculino.

El imaginario de los hombres de nuestra casuística que asesinaron bajo el móvil de ser sustituidos por otro hombre, acusa que la penalización del adulterio femenino no ha desaparecido del espacio social y psíquico. ¿Habrá alguna consecuencia por esta transformación de los códigos jurídicos? ¿Qué se sostiene en el imaginario masculino que camina en otro tiempo distinto al jurídico?

Y decimos que el dispositivo social camina a un compás distinto al jurídico porque nuestra sociedad se encuentra en medio de dos mares: el antiguo, aún

presente, donde día a día aumentan los crímenes de la mujer que quiere abandonar a su marido, mientras el más reciente, otra corriente profetiza que “desaparecerá la fidelidad como deber y como delito. Se le reconocerá a cada uno el derecho a enamorarse de varias personas a la vez de forma abierta y transparente” (Attali, 1999, p. 217). Y semana a semana se conocen más bares *swingers* (intercambio de parejas bajo el consentimiento de ambos cónyuges) abiertos en muchas ciudades del mundo sin San José quedarse de lado.

¿Y la pregunta sobre el amor? Siglos atrás el amor era una herejía. La Roma pagana llamó uxoricida a aquel que tenía más de tres hijos con su esposa. Y aparte, reservada en una categoría delictiva, se encontraban los excesos de las personas casadas. Por ejemplo, San Jerónimo (343 – 420) aclara que aquel que ama a su mujer de un amor muy ardiente es adúltero.

El amor habitó el terreno de lo prohibido durante largos siglos de la historia de la civilización. Y cuando en el siglo XX le abre sus puertas y lo transforma en mandato: “debes amar el tiempo de los intentos” cae en la mayor de sus crisis y el dolor subjetivo justo acusa incapacidad de amar y el amar en exceso denuncia locura.

Matar al ser sustituido por otro hombre aparece en doce de los veintiún sujetos de nuestra investigación. El desencadenante se constituye sobre la base de la introducción de un tercero no siendo suficiente solo la separación. Sin embargo, el abandono y los celos aparecen como abono al terreno para el pasaje al acto.

Las palabras de César nos ayudan a comprender el infierno vivido ante el abandono y sustitución de su mujer.

César: “Tengo un año de que el diablo está en mí. (...) Ella ya no era la misma: ni la mejor comida para mí ni el sexo. Mi hermano me dijo que los vio pasando en carro y el corazón me empezó a palpar fuerte. (...) Yo quería matarla porque si no era mía no podía ser de nadie, entonces que fuera de los gusanos. (...) El diablo ya está en mí. Ya me tiene poseído pero ella no se da cuenta. Yo la perdí a ella. Ya no hay nada que hacer (...) quiero matarla. Pero no me gustaba pegarle un balazo y después verla muerta. (...) Yo hacía el amor con ella pero sentía un odio porque otro hombre le hacía el amor. Yo me voy envenenando y ya no hay nada que hacer.”

César la mata y rehúsa separarse de su cuerpo, ¡ahora sí será verdaderamente suya! La policía lo encuentra diez días después llevando el cuerpo de un lado al otro en la joroba de su carro.

Nuestra intención y nuestro método en el presente texto es decodificar este histórico nombre propio de la masculinidad ante lo insoportable de sufrir el adulterio. Los rituales de purificación se entrecruzan con el siniestro fantasma de la masculinidad: no ser sustituido ¿por qué? Damos una respuesta preliminar: ser sustituido es pene entumido en la masculinidad.

Para pensar esta investigación nos situamos en la acera de tres preguntas y la imperiosa obligación de unir las para comprender algo de los síntomas de los tiempos actuales: pasaje al acto, construcción subjetiva y coordinada espacio temporal.

Desde la construcción subjetiva lanzamos la siguiente justificación, ¿por qué una investigación donde la palabra del otro es nuestro foco central? En nuestra respuesta, nos apoyamos en las afirmaciones del filósofo estadounidense, Richard Rorty (1996) y del científico hindú, Homi Bhaba (2001). Ante la pregunta a Rorty sobre qué es el ser humano, este responde: “es alguien que sufre y alguien que puede narrar su sufrimiento” y Homi Bhaba defiende que el derecho fundamental del ser humano es el derecho a contar su propia historia, a formular la narrativa específica de su sufrimiento. Desde la vía del psicoanálisis, Žižek, contribuye a estos planteamientos y sostiene que el narrar la propia historia “es el gesto más auténtico que puedes llevar a cabo” (2006, p. 135).

Desde esta pluralidad de narrativas, no defendemos el derecho en la obtención de la verdad absoluta pero sí, el derecho a narrar como sujeto de sufrimiento su propia versión de los hechos. Y esta investigación da cuenta exacta de cómo los hechos fueron interpretados y narrados por los actores que cometieron el conyugicidio. La memoria es siempre una reconstrucción con sus ediciones y sus agregados, pero los relatos obtenidos a partir de este estudio dan cuenta que la mayor entrega de estos sujetos fue la expresión de su sufrimiento trasladado a la palabra.

En relación al interrogante espacio-temporal y construcción masculina, Etty les expondrá una síntesis de nuestras reflexiones finales.

Interrogarnos sobre el tiempo presente y pasado

Freud al final de su obra, en la “Conferencia 31” formula: La humanidad nunca vive por completo el presente; en las ideologías del superyó perviven el pasado, la tradición de una raza y del pueblo, que sólo poco a poco es del superyó y desempeña en la vida humana un papel poderoso, independiente de las relaciones económicas (Freud, 1982). Desde el psicoanálisis defendemos que, la historia singular debe articular sus interrogantes a la historia social del sujeto, pues es en la historia social donde el discurso hegemónico establece las condiciones específicas en la edificación de la subjetividad femenina y masculina.

Los mandatos socio culturales se asientan desde una vía más rígida en aquellas estructuras psíquicas fracturadas, conjugándose indiferenciadamente *deber ser masculino con ideal del yo subjetivo*. Dicho en otras palabras, esta *falonarcisización*, como lo denomina Pierre Bordieu (1998) es más inflexible en sujetos con derrotas narcisistas mayores. El imperativo de destruir al otro sobre el móvil de la sustitución solo puede llegar a condición de que esta sustitución toque directamente la columna vertebral de la construcción psíquica del sujeto; que hiera el centro de su definición del *ser para sí y para los otros*.

Pasado y presente se funden en el corpus sexual y las prácticas sociales e institucionales no son más que efectos de poder o de resistencia a este. Es en estas prácticas y en estos discursos donde se defienden determinados juegos de verdad ya que, saber y poder, se encuentran estrechamente entrelazados; por ello defiende Michel Foucault (1975, 1976) toda sociedad teme a sus discursos. Les teme y dialécticamente los construye, destruye, reconstruye y deconstruye.

La historia de la civilización escribe actos de crueldad y horror cometidos por hombres y mujeres (Pommier, 2002, p. 31) cuando un hombre es sustituido por otro en el marco de la conyugalidad. Adulterio ha sido el nombre de un crimen, mancha o pecado maldito en prácticamente todos los universos religiosos ya que transgrede un ideal de orden y continúa trazando heridas de humillación y deshonor.

Creemos que en la mitología masculina se ha preservado una operacionalización arcaica del ser hombre y no por ser arcaica deja de tener efectos en las construcciones subjetivas: *Ser hombre es no ser sustituido por otro hombre desde el plano conyugal*. Este axioma se ha configurado, según lo intentaremos demostrar, como la *doxa*, el conjunto de creencias y prácticas sociales que edifican la violencia simbólica (Bourdieu, 1998). Violencia invisible hasta que su denuncia alcanza el cuestionamiento.

El mito toma estructura de verdad, tal y como lo defiende Jacques Lacan (1994) y estos mitos, propios de épocas tanto presentes como pasadas, son los materiales en los que se conforman las construcciones subjetivas.

El mito evoluciona para instaurarse en el ejercicio del poder: el adulterio al poner en riesgo la constitución de la ciudad queda entrelazado a la mancha y al pecado.

La pregunta es quién paga por el error y en quién está colocada la responsabilidad de este yerro, pues las figuras de penalización han sido representadas en la ruta de los tiempos como rituales de purificación de la mancha del supuesto infame crimen femenino. El hecho de que las leyes cayeran con mayor fuerza en las mujeres y no en los hombres, nos muestra el papel central que estas tienen en el sostén de la cultura. La transmisión proviene de sus cuerpos y el hombre sentía el deber de establecer la legislación que su corporalidad no le permitía.

Los tiempos cambian, tal vez sí, son malos tiempos para el amor, para la solidaridad, para edificar un lazo social sobre la base del encuentro recíproco. Impera hoy el axioma: triunfa aquel que destruye el otro. Axioma del capitalismo salvaje. Las leyes aumentan en su protección al sujeto femenino, por siglos víctima de violencia legitimada, pero la esfera masculina quizás ha quedado descubierta. Y el uno contra el uno arremete con fuerza.

No todos los hombres matan a sus mujeres al ser sustituidos, pero sí generalmente la sustitución toma una función diferencial a partir de la diferencia sexual. Los sujetos que mataron a sus mujeres muestran el extremo de una masculinidad rota e ignoran cómo solventarla.

La construcción subjetiva de la masculinidad no es el único eje a reflexionar, presenciamos por medio de las entrevistas, edificaciones subjetivas con profundas

fracturas, donde la mujer pasa a ser el todo que los sostiene como sujetos. Sin ella no son nada y, la separación es vivenciada como un real, como el horror imposible a decir y soportar. Ante lo insoportable de esta vivencia, la única respuesta que encontraron fue el pasaje a la muerte de ese Otro que, con la separación anunciaba asimismo su aniquilación, es decir, su muerte simbólica. La relación pasional es justo la que hace del encuentro entre dos una sola carne, un solo objeto, es la que invita a la fusión y cualquier separación pasa por el dar-darse muerte.

Jacques Lacan dicta en el Seminario Aún: “El amor es impotente, aunque sea recíproco, porque ignora que no es más que el deseo de ser Uno” (1991, 14). En este sentido, la imposibilidad cobra forma pues lo simbólico no permite que la fusión se dé. Sin embargo, el ideal permanece y la exigencia de buscar la fusión, se establece desde la tentativa del borramiento de toda diferencia. El borramiento de la diferencia se asienta en los amores llamados locos o erotómanos. Nuestra defensa es que el elemento operador para simbolizar la separación fracasa en determinadas construcciones subjetivas. El simbolizar la separación de un ser amado y por tanto, el emprender la tarea de duelo, es posible en aquellos sujetos donde se ha instaurado la función de la diferenciación que permite establecer los límites de una separación desde lo simbólico.

El fracaso de la función simbólica de la separación conlleva a dos vías: primero al dar muerte como reacción ante el acuso de separación y segundo, para denegar esta misma separación.

Algunos sujetos de nuestra casuística, después de haber matado a su mujer buscan fusionarse con el cadáver, negando así, la frontera entre la vida y la muerte.

Cerramos este apartado con la canción que nos cantó Jerónimo durante la entrevista, poema compuesto para Amira, su esposa, a quien años atrás le dio muerte.

“Amira, ¿cómo hacer para que me perdones si ya no te veré jamás?”

Solo rezando por las noches quizás mi ruego escuchará

Loco de celos por tu amor cegué tu vida

Puñal certero al corazón, mortal herida

*Porque me encuentro en él penando balenquetas, tan solo suplico tu perdón
Aunque me muera en esta prisión
Mientras suplico tu perdón muerdo las rejas
Como una fiera irracional por no perderte
Por no perderte y al final causé tu muerte
Porque hoy me encuentro en el penal penando balenquetas”.*

INTERROGANTES FINALES

¿Cómo dar cuenta si los hombres en los últimos cien años matan más a sus mujeres que en tiempos pasados? ¿Si hay o no más mujeres que asesinan a sus cónyuges? ¿Dónde está el cambio? El cambio se encuentra en la transformación de las prácticas discursivas, por ende de poder. Por primera vez en el siglo XX, gracias a la afirmación de los derechos humanos como bien social, a la ciudadanía otorgada a la mujer y a las luchas feministas es que, el conyugicidio pasa a visibilizarse y por tanto, enunciarse dentro del discurso social. No hay relación de poder sin la constitución de un campo de saber ni de saber que no supone o se constituye en un campo de poder (Foucault, 1975).

Estas nuevas relaciones de poder han puesto en cuestionamiento la dominación masculina y desde diversas instancias, la guerra de los sexos ha sido declarada según la afirmación de Julia Kristeva (Kristeva, 2006), quien formula que actualmente se agrava el desencuentro entre el hombre y la mujer, multiplicándose las depresiones femeninas y las impotencias masculinas. La violencia es una respuesta cuando el hombre sufre la impotencia de su palabra y de su acción.

En esta misma línea, Lacan formula que el discurso capitalista trae en detrimento las cosas del amor (Soler, 2001). El amor transforma el lazo social contemporáneo en un recurso de sustitución rápido o automático. Algunas construcciones subjetivas no pueden más que responder con la destrucción a esta propuesta de intercambiabilidad.

Ninguna transformación del lazo social contemporáneo puede alcanzar un mejor estar si esta pasa por el silenciamiento o expulsión de un grupo humano.

En consecuencia, visualizamos que la apuesta fundamental del psicoanálisis es que con lo simbólico se puede intervenir en lo real, intervenir en el goce mortífero del sujeto.

BIBLIOGRAFÍA

- Attali, J. (1999). *Diccionario del siglo XXI*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Bhabha, H. (2001). *The location of culture*. New York: Broche.
- Bourdieu, P. (1998). *La domination masculine*. París: Seuil.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir*. París: Gallimard.
- Foucault, M. (1976). *Histoire de la sexualité, 1. La volonté de savoir*. París: Gallimard.
- Freud, S. (1982). “Nuevas conferencias de introducción al psicoanálisis, 31ª conferencia: La descomposición de la personalidad psíquica” (1932). En: *Obras completas*. Buenos Aires: Amorrortu Editores. Tomo XXII.
- Homero. (1982). *Odisea*. Madrid: Editorial Gredos.
- Kristeva, J. (2006). *La guerre des sexes*. Francia: Conferencia dictada el 6 de setiembre del 2006 en la Universidad de París VII.
- Lacan, J. (1994). *Le Séminaire, Livre IV, La relation d’objet*. París: Seuil.
- Lacan, J. (1991). *Libro 20, Seminario Aún*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Martínez, R. V. (1999-2000). “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género”. En: *Anuario de Derecho Penal*.
- Medina, M. S. (2007). *Psicomundo*. Recuperado de la Red Mundial de Internet el 18 de julio del 2007, de: www.edupsi.com/culpabilidad
- Pommier, G. (2002). *Los cuerpos angélicos de la modernidad*. Buenos Aires: Editorial Nueva Visión.
- Real Academia Española. (1992). *Diccionario de la lengua española*. Madrid.
- Rorty, R. (1996). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Soler, C. (2001). *El padre síntoma*. Colombia: Asociación del Campo Lacaniano de Medellín.
- Zizek, S. (2006). *Arriesgar lo imposible*. Madrid: Editorial Trotta.

AGRESIÓN DENTRO DE LAS AULAS DEL COLEGIO: ALGUNOS APUNTES PARA SU COMPRENSIÓN Y ESTUDIO EN EL CONTEXTO NACIONAL

WENDY AGUILAR FREYAN

Instituto de Investigaciones Psicológicas, Universidad de Costa Rica¹

Resumen

El presente trabajo hace referencia al tema de la agresión escolar, centrándose en la interacción entre estudiantes, inicia intentando brindar ciertas nociones teóricas básicas sobre el tópico en cuestión para luego hacer una breve revisión de algunos resultados desprendidos de una experiencia concreta de investigación exploratoria de este fenómeno en Costa Rica realizada por el Instituto de Investigaciones Psicológicas denominada a Conductas agresivas en el ámbito educativo, para finalizar con la exposición de una serie de ideas centrales para su comprensión y estudio.

Abstract

This work refer to the issue of school aggression, focusing on the interaction between students; began trying to provide some basic theoretical notions on the topic in question and making a brief review of some results released in a concrete experience of exploratory research of this phenomenon in Costa Rica by the of Psychological Research Institute Project Aggressive Behavior in Educational Environment. Ending with the discussion of several central ideas for their understanding and future study.

¹ Ponencia elaborada tomando como base el reporte final escrito del Proyecto de Conductas Agresivas en Estudiantes de Secundaria: un estudio exploratorio. Investigación realizada por David Monge López y Wendy Aguilar Freyan, para el IIP, UCR.

PRESENTACIÓN

En los últimos años el Instituto de Investigaciones Psicológicas, ha mostrado un interés particular por avanzar en el estudio del comportamiento agresivo entre los y las jóvenes dentro de los contextos educativos costarricenses; posicionándose ante un tema que ha cobrado relevancia en el ámbito nacional debido a la atención y cobertura de dicho fenómeno en la agenda educativa y mediática (Herrera, 2007; Fallas y Villegas 2007). Razón por la cual ha incursionado en el desarrollo de espacios y acercamientos exploratorios para abordar el fenómeno de las relaciones agresivas entre estudiantes de secundaria. Para esto se ha concentrado de forma inicial, en estudiar las diversas dimensiones y variables asociadas a la agresión entre estudiantes postuladas en las diferentes investigaciones precedentes (Cerezo, 2000; Eslea, Menesini, Morita, Moore, Mora-Merchán, Pereira y Smith, 2003).

La presente ponencia hace referencia al tema de la agresión escolar, centrándose en la interacción entre estudiantes, inicia intentando brindar ciertas nociones teóricas básicas sobre el tópico en cuestión para luego hacer una breve exposición y revisión de los resultados de mayor relevancia desprendidos a partir del Proyecto de Investigación Conductas agresivas en el ámbito educativo: un estudio exploratorio.

En dicho estudio, Monge y Aguilar (2008), observaron dimensiones presentes en los estudios internacionales como lo son la agresión física directa, agresión social y la dinámica de roles asociados a estos; dentro de sus aportes más importantes destaca lo que parece ser el hallazgo de una dimensión del comportamiento agresivo en los jóvenes que no aparece reportada en la literatura internacional a la cual denominaron como agresión lúdica. Otro aporte del estudio, radica en la construcción de instrumentos y la distinción de variables básicas para su abordaje, no obstante es

necesario incursionar en el estudio de los posibles elementos predictores para explicar las diferentes formas de comportamiento agresivo.

Tomando en cuenta el marco investigativo del fenómeno, el desarrollo actual del estudio de la agresión y la experiencia de investigación antes descrita, se recomienda que para las próximos estudios sobre el tema, tanto para la medición de las variables de interés como en la búsqueda de marcos comprensivos más extensos se den acercamientos explicativos coherentes para una amplia diversidad de datos. Tal es el caso de las perspectivas de Anderson y Bushman (2002), Campbell (2005) o Farrington (2004). Es por eso que es preciso contribuir a posicionar una línea de investigación que ha sido poco abordada en el país, y cuyo desarrollo podría contribuir a la elaboración de intervenciones y toma de decisiones más acertadas por parte de diferentes instancias educativas e investigativas nacionales.

1. ACERCÁNDOSE AL FENÓMENO DE LA AGRESIÓN ESCOLAR ENTRE IGUALES

En primera instancia, resulta relevante para la comprensión de las formas de vincularse entre jóvenes-de las cuales se es testigo y protagonista en las aulas y pasillos de las instituciones- el develan algunas nociones fundamentales sobre lo que entendemos por agresión escolar.

Se entiende como agresión escolar cualquier comportamiento que está dirigido a herir o intentar dañar a otra persona en el marco de comunidad educativa. Bajo esta línea, existen diferentes tipos de agresión, una de las más estudiadas en los centros educativos, porque ha focalizado la atención y agenda de pública alrededor del mundo es el *bullying* o intimidación. Este tipo de agresión conocido también como matonismo, se da entre estudiantes – hombres y mujeres-cuya relación se basa en un desequilibrio de poder evidente, en donde una de las partes realiza actos para oprimir, causar miedo, daño o angustia a otro de forma repetida y constante (Farrington, 2004).

El matonismo o *bullying* tiene características particulares, que pueden utilizarse como criterios diferenciales para distinguirlo de otras formas de agresión entre iguales,

uno de los criterios más relevantes radica en el hecho de que en la intimidación la dinámica entre el rol de agresor y el rol de víctima² es un patrón de relación constante, que se repite y sostiene en el tiempo, en donde es posible enmarcar una desigualdad-fuerza física, habilidades, estrategias de afrontamiento- entre quienes terminan asumiendo estos roles. Adicionalmente, la investigación científica internacional ha postulado que a medida que aumenta la edad, las relaciones vinculadas al ejercicio de la intimidación tienden a disminuir notablemente (Olweus citado en Benítez y Justicia, 2006) Sin embargo, es importante comprender que no todos los actos agresivos que se desarrollan en las escuelas³ pueden ser catalogados dentro de esta dimensión.

Ante la diversidad de tipos de agresión escolar que se pueden encontrar, se han realizado diferentes categorizaciones para aclarar tan compleja dinámica , por ejemplo Aguilera(2005) retomando los trabajos de Moreno(1998), postula la existencia de comportamientos dentro de los centros educativos que traspasan las normas de convivencia social de los mismos, destacando: Problemas de disciplina relacionados con los conflictos entre los profesores y estudiantes, Disrupción en las aulas, Intimidación entre iguales-*bullying*-, Vandalismo (robos o daños materiales graves causando angustia en las víctimas), Violencia física y Acoso sexual. De este modo los autores tratan de evidenciar cómo en un mismo espacio educativo se pueden identificar varias dimensiones de una misma gran categoría, en este caso la agresión.

Otra forma de clasificar los actos agresivos es dependiendo de su contexto psicosocial. En la psicología social se han conceptualizado cuatro campos de estudios de los procesos mentales relacionados con las dinámicas sociales, estos serían los procesos intrapersonales, los procesos interpersonales, los procesos intragrupal y los

² Dentro de las diferentes investigaciones que abordan el fenómeno del matonismo es posible encontrar múltiples roles atribuidos a la dinámica en cuestión, por ejemplo, Salmivalli, Lagerspetz, Bjorkqvist, Osterman y Kaukiainen en 1996 reportaron en su investigación la existencia de seis roles Víctima, Matón, Reforzador del matón, Asistente del matón, Defensor de la víctima y Espectador.

³ Al postular los términos escuelas o escolar, se hace referencia de forma amplia el contexto educativo, sea dentro de la educación primaria o secundaria.

procesos intergrupales (Dovidio; Kawakami y Gaertner, 2002; Fletcher y Clark, 2002; Hogg y Tindale, 2002; Tesser y Schwarz, 2002).

El trabajo intercultural también ha dado aportes muy interesantes, Nesdale y Naito (2005) confirmaron la hipótesis de que las respuestas normativas hacia la ayuda a una víctima o el apoyo a un agresor variaban dependiendo de la cultura en que se desenvolvía el joven. Así que pueden existir diferencias entre sociedades colectivistas (aquellas que enfatizan en la pertenencia grupal) y sociedades individualistas (aquellas que enfatizan en el logro personal).

Además, otros autores señalan cómo los jóvenes de grupos étnicos minoritarios podrían estar expuestos a sufrir agresiones debido a su estatus dentro de las relaciones entre pares y la discriminación presente en la cultura en la que los menores se desenvuelven (Hodges, Malone & Perry, 1997; Rubin, Bukowski y Parker, 2006; Varkuyten y Thijs, 2002). Es necesario destacar que la agresión escolar es un fenómeno que alcanza a todas las culturas, independientemente de las condiciones vinculadas con la calidad o los índices de desarrollo humano y educativo en general⁴.

Ahora bien, retomando el estudio de la agresión entre iguales, es posible postular y distinguir de forma general diferentes tipos de agresión, sea clasificándolas por sus características (física, verbal, social) o por sus funciones (reactiva o proactiva). Los hallazgos investigativos encontrados arrojan aspectos de comprensión y análisis esenciales para el abordaje del fenómeno en cuestión. A modo de resumen podríamos citar el Cuadro comparativo 1, basado en el trabajo de Chauv (2003) el cual sintetiza algunas de las premisas que emergen de los tipos de agresión mencionados. Es importante anotar que este autor también es claro en anotar que la agresión reactiva y proactiva se refieren a distintos niveles de violencia y están asociados con procesos cognitivos y emocionales diferentes.

Entonces, si la agresión escolar es una situación que podemos encontrar en diferentes culturas, logrando identificar características generales y particulares según el

⁴ Recuérdese que la mayoría de los estudios iniciales y tradición sobre la agresión escolar y de forma específica el matonismo han sido desarrollados por países europeos con altos indicadores de progreso.

contexto y variables comunitarias asociadas; resulta indispensable realizar labores para aproximarnos a las representaciones, condiciones y características que posee esta forma de vinculación en el espacio de los centros educativos nacionales. Para dibujar los primeros esbozos al respecto se procederá a retomar algunas nociones o elementos para la comprensión del tema desprendidos del Proyecto de Investigación Conductas agresivas en el ámbito educativo: un estudio exploratorio llevado a cabo en Costa Rica, por el Instituto de Investigaciones Psicológicas

Agresión por tipo de características			Agresión por tipo de funciones	
Física	Verbal	Relacional	Reactiva	Instrumental o proactiva
Se refiere a los actos de agresión directos que hieren de forma física la integridad de los demás. Aquí se ubican golpes, patadas, empujones y la utilización de objetos u armas para realizar la agresión.	Está vinculada con la utilización de insultos, sobrenombres, bromas directas que tienen un contenido ofensivo y ridiculizan a la persona que las recibe.	También llamada agresión social, hace referencia a los actos que están dirigidos a socavar el prestigio o reputación de otra persona. Generalmente involucran la ideación de chismes, mentiras o rumores sobre alguien.	Se da como respuesta a una ofensa, real o percibida. La persona que la ejerce se siente ofendida o herida. En ocasiones pueden presentarse una reacción impulsiva ante los otros. Se cree que hay una intención por parte de los demás por dañarle, lo que genera un escaso control de las emociones. A partir de esto se da una forma de relacionarse muy defensiva.	No está precedida de ninguna sensación de ofensa. Se utiliza la agresión como un medio para alcanzar un objetivo. Este objetivo puede ser recursos materiales, estatus social o mostrar dominancia. El matonismo es un ejemplo de este tipo de agresión.

<p>Es más frecuente en varones.</p>	<p>En los varones se da en confrontaciones directas o bien haciendo bromas soeces. En las mujeres se puede utilizar para plantear elementos de estatus vinculados a la agresión relacional.</p>	<p>Es más frecuente en mujeres.</p>	<p>Suele estar ligada con condiciones de maltrato en los contextos cercanos, lo que puede vincularse con la forma en que se perciben las relaciones sociales, las intenciones de los demás y el desarrollo de rasgos hostiles.</p>	<p>Parece estar ligada con el desarrollo de capacidades para poder comprender al otro y tomar perspectiva (empatía y conductas prosociales). Además de contextos en donde su uso contribuya a mejorar la imagen social o alcanzar metas.</p>
-------------------------------------	---	-------------------------------------	--	--

Cuadro 1: comparación entre tipos de agresión

2. EXPERIENCIA EXPLORATORIA EN COSTA RICA: PROYECTO DE INVESTIGACIÓN CONDUCTAS AGRESIVAS EN EL ÁMBITO EDUCATIVO⁵

Durante el 2006-2008 se desarrollo una experiencia exploratoria alrededor del tema de la agresión escolar, por parte del Instituto de Investigaciones Psicológicas de la Universidad de Costa Rica. El objetivo general del proyecto era estudiar las conductas interpersonales agresivas reportadas entre estudiantes de secundaria y su relación con variables psicológicas y contextuales. La idea central de la investigación fue estudiar y construir los reportes sobre el tipo de agresiones de los cuales los jóvenes han sido testigos, víctimas o perpetradores. Esto con el fin de ir delineando y comprendiendo la situación que se presenta con relación a las variables estudiadas, para luego generar ideas para posteriores estudios de mayor envergadura o alcance explicativo.

El estudio buscó explorar de modo preliminar el tema planteado, se guió a partir de métodos extensivos de encuesta y un muestreo a conveniencia. Los participantes que colaboraron con la investigación cumplieron las siguientes características:

- Fueron jóvenes estudiantes de colegios públicos diurnos de área urbano-populares del Valle Central, de situaciones socioeconómicas medias.
 - Se encontraban cursando entre el octavo y el quinto año de colegio. Se excluyó sétimo año
- debido a que se trataría de estudiantes que recién ingresan al colegio y se prefirió optar por encuestar jóvenes con algún al menos un año de establecer relaciones grupales.

⁵ Para el contenido de este apartado se presenta una síntesis y la exposición de resultados extraídos de los hallazgos centrales del trabajo Monge y Aguilar (2008) a partir de su reporte final de investigación.

Una vez definidas estas características se procedió de acuerdo a las siguientes fases:

I. *Elaboración y depuración de instrumentos.* La primera fase se dedicó a la construcción de los instrumentos para medir la participación de los jóvenes en diferentes roles en situaciones de agresión, el valor atribuido a diferentes tipos de agresión proactiva y la percepción de figuras que podrían brindar apoyo social frente a un problema relacionado con agresión⁶ o situaciones conflictivas. Para esta fase se elaboraron instrumentos *ad hoc* preliminares para medir las variables de interés. Estos instrumentos fueron:

-*Instrumento de roles en la dinámica de agresión entre pares* (agresor, víctima, testigo). Este instrumento, inicialmente, se elaboró a partir de cinco subescalas: agresión social indirecta, agresión verbal, agresión física patrimonial, agresión física directa y violencia. -*Instrumento sobre valor atribuido a la agresión proactiva entre pares.* Este instrumento se compuso inicialmente también de cinco subescalas: valor atribuido a la agresión social indirecta, valor atribuido a la agresión verbal, valor atribuido a la agresión física patrimonial, valor atribuido a la agresión física directa y valor atribuido a la violencia.

-*Instrumento para identificar la percepción de figuras que brindan apoyo social.* Consistió en una pregunta abierta con espacios para que la persona completara ante la pregunta sobre quiénes siente que le pueden ayudar frente a situaciones de agresión, tanto dentro como fuera del colegio.

Los dos primeros instrumentos pasaron por un proceso de depuración para su validez de contenido, al contrastarlos con las experiencias alrededor de situaciones de agresión de dos grupos de estudiantes de secundaria. A partir de los resultados de estas entrevistas se corrigieron los instrumentos mejorando la redacción de los ítems e incluyendo algunos nuevos.

⁶ Los comportamientos ligados a la agresión se relacionaron además con una serie de variables sociodemográficas, psicológicas y de uso de medios que se consideraron relevantes para su abordaje.

II. Prueba piloto. A partir de las versiones depuradas de los instrumentos, se realizó una prueba piloto con 200 estudiantes de colegios públicos, con el objetivo principal de verificar la validez de constructo de las escalas elaboradas, lo anterior por medio de un análisis de componentes principales, así mismo se probó la confiabilidad de los constructos hipotéticos obteniendo el coeficiente alfa de Cronbach.

III. Recolección de datos de estudio principal. Una vez realizados los análisis de la prueba piloto se depuraron las escalas, y se procedió a aplicarlas a una mayor muestra a conveniencia, cuya constitución por sexo y edad se puede ilustrar de forma clara en los siguientes gráficos:

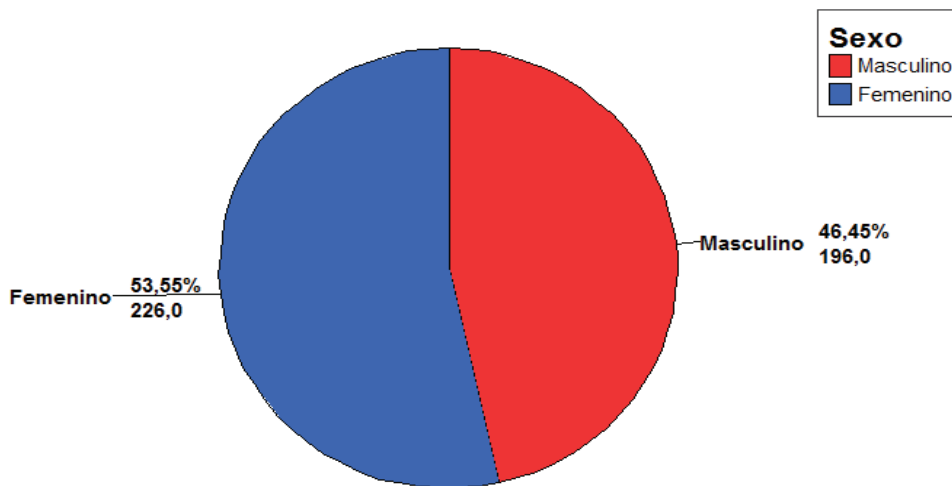


Gráfico 1: distribución de la muestra según edad

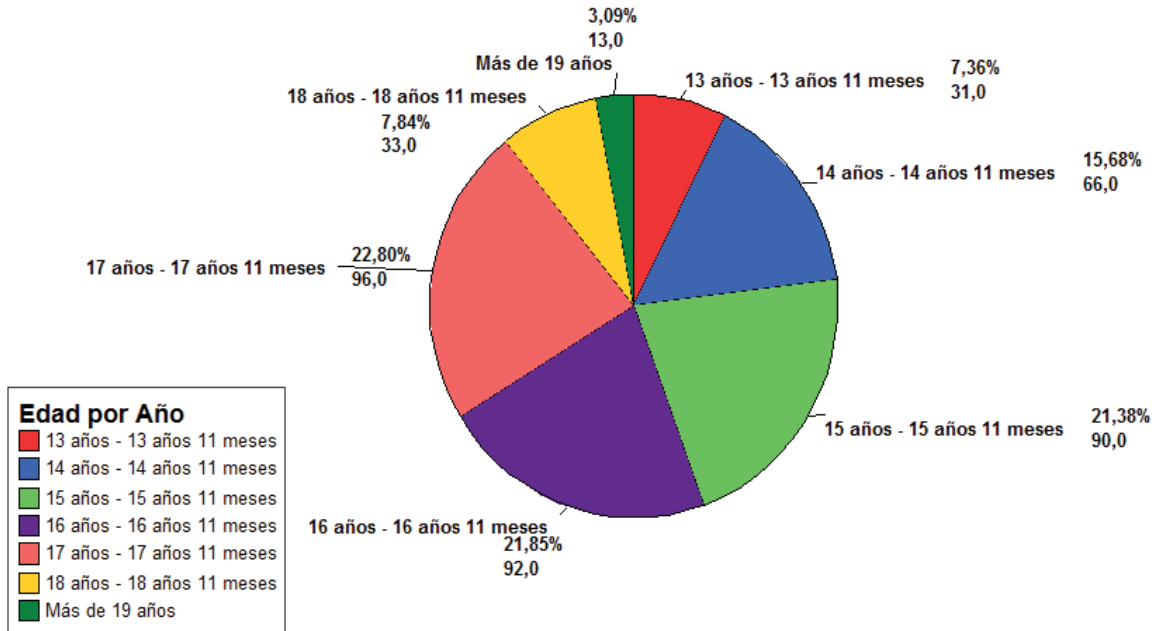


Gráfico 2: Distribución de la muestra según el sexo.

La aplicación de los mismos fue auto-administrada, nuevamente durante las horas lectivas de los estudiantes y en coordinación con el personal administrativo y docente del colegio, se presentó también el correspondiente consentimiento informado a los encargados de los colegios.

IV. Análisis de datos y resultados. La información obtenida fue sistematizada en una base de datos y analizada en el paquete estadístico SPSS 15 para Windows. Para las escalas utilizadas en la prueba piloto se obtuvo el coeficiente alfa de Cronbach como medida de confiabilidad y se realizó un análisis de componentes principales con el objetivo de verificar la consistencia de los constructos. De forma breve a continuación se destacan los principales hallazgos con relación al análisis de resultados del estudio.

Los análisis estadísticos de la prueba piloto y del estudio principal mostraron la existencia de al menos tres tipos de agresión. Un análisis de componentes principales permitió identificar que, para los diferentes de roles en la dinámica de la agresión, podían distinguirse tres tipos de agresión, la social indirecta, la agresión confrontativa y la agresión violenta, tal y como se caracterizan a continuación:

- *Agresión social indirecta* (rol de víctima $\alpha=,779$; rol de agresor $\alpha=,627$; rol de testigo $\alpha=,810$): se trata de formas de agresión que no se expresan cara a cara, sino que tratan de dañar a una persona por medio del cuestionamiento de su reputación, la crítica a través de terceros u otras estrategias similares.
- *Agresión confrontativa* (rol de víctima $\alpha=,754$; rol de agresor $\alpha=,787$; rol de testigo $\alpha=,776$): son formas de agresión que se dan en situaciones cara a cara, por medios tanto verbales como físicos.
- *Agresión violenta* (rol de víctima $\alpha=,721$; rol de agresor $\alpha=,672$; rol de testigo $\alpha=,826$): formas de agresión física que pueden implicar consecuencias severas y aún letales.

Entender la agresión a partir de roles permitió mostrar cómo se representan las personas investigadas los diferentes comportamientos agresivos al ser considerados desde distintas perspectivas en la dinámica social. En particular al comparar las medias de los diferentes tipos de agresión, bajo la hipótesis de que siempre se reportaría más agresión atestiguada que la perpetrada o la sufrida, es claro que al menos dentro de la agresión social y la agresión confrontativa hay un evidente sesgo psicológico. Esto implica que el auto-reporte no informa necesariamente sobre las situaciones reales que viven las personas, aunque nos pueda dar pistas importantes sobre ciertas tendencias. Por lo tanto si lo que se quiere es una medición válida del comportamiento agresivo real el auto-reporte debe complementarse con otro tipo de mediciones externas. Por otra parte, a pesar de los sesgos motivacionales parece haber una mayor coherencia en las respuestas sobre el reporte de los diferentes roles de agresión violenta, aunque en

este caso también el reporte de rol de testigo fue significativamente mayor que el reporte del rol de víctima o de agresor existió una mayor coherencia en el sentido en que todas las distribuciones fueron asimétricamente positivas de manera muy marcada, o sea consistentemente se reportó la poca ocurrencia de situaciones violentas.

Podría argumentarse que comportamientos como el estudiado es sensible a procesos como el auto-engaño, por lo que al informar sobre su auto-concepto la persona brinda información valiosa sobre los mecanismos psicológicos que configuran su representación consciente del desenvolvimiento personal dentro de las dinámicas sociales.

Los resultados son claros en mostrar que, al utilizar reportes de experiencias de agresión, los jóvenes encuestados se consideran en general poco involucrados ya sea como víctima o perpetrador, a excepción de la experiencia con la victimización por agresión social indirecta, la cual tiende a distribuirse normalmente. A pesar de lo anterior, aunque los jóvenes dicen estar poco involucrados en situaciones de agresión afirman a la vez que las presencian de forma continua dentro de sus instituciones, es decir parece que la agresión se atribuyó a la acción de terceros con quienes no se tiene un vínculo.

Una limitación importante de este estudio es que por medio de los instrumentos aquí desarrollados no es posible identificar los diferentes tipos de victimización, es decir no puede discriminarse cuando la victimización es fruto del involucramiento del joven en situaciones agresivas como agresor -lo que le lleva a ser víctima en algún momento-, y cuando es debido a que grupalmente al joven se le ha asignado un rol de tal tipo a pesar de que el individuo no pretenda inmiscuirse en relaciones antagónicas. No obstante, en términos generales, los resultados obtenidos para las subescalas de valor atribuido a la agresión son consistentes con los obtenidos en la subescalas de roles, en el sentido de que muestra que los jóvenes tienden a rechazar la agresión de modo consciente,

aunque se vean involucrados en dinámicas asociadas a la misma en mayor o menor medida.

Sin embargo, es importante destacar que al menos en este trabajo parecen demarcarse claramente dos aspectos importantes al considerar la agresión proactiva: en primer lugar la clara diferencia entre la agresión social indirecta y otras formas de agresión, y en segundo lugar la diferencia entre la agresión confrontativa física o verbal y la violencia. Esto no hace más que dar apoyo a la idea de que estos tipos de agresión son distintas, aunque queda por clarificar de un mejor modo si toda la agresión verbal directa y la agresión física pueden sintetizarse adecuadamente en una sola dimensión de agresión confrontativa y cómo definir los límites entre la agresión confrontativa y la violencia. Con todo, parece claro que la agresión confrontativa y la violencia son, en general, comportamientos ampliamente censurados por los jóvenes. Tanto en la muestra de la prueba piloto, como en la muestra del estudio principal, estos constructos se mantuvieron como dimensiones relativamente separadas en el análisis de componentes, así como con buenos resultados en el coeficiente de confiabilidad.

Para las dimensiones del valor atribuido a la agresión, se encontraron los mismos componentes pero además apareció una dimensión adicional – la lúdica-:

- *Valor atribuido a la agresión violenta* ($\alpha=,868$) se refiere a formas de agresión física extrema, en donde puede haber de por medio serias consecuencias, inclusive potencialmente letales, puede decirse que este constructo es el que más claramente se demarca de los otros.

- *Valor atribuido a la agresión social indirecta* ($\alpha=,786$) agrupa a formas de agresión solapada, que no se expresan por medio de la confrontación, sino más bien a través de acciones sociales tendientes a desprestigiar o rechazar a las víctimas.

- *Valor atribuido a la agresión de confrontación física* ($\alpha=,829$), incluye como su nombre lo indica, acciones directas de daño físico hacia las víctimas. Todos los ítems que lograron medir de modo consistente esta dimensión se relacionaron con

contacto físico, a diferencia de los ítems que midieron agresión confrontativa en la escala de roles en la cual también se incluyeron formas directas de agresión verbal.

- Valor atribuido a la agresión lúdica ($\alpha=,823$) se refiere a diferentes comportamientos que presentan los adolescentes relacionados con acciones que pueden considerarse como bromas, en donde puede incluirse agresiones verbales, patrimoniales o inclusive físicas. La referencia a estas acciones como bromas, lo cual las hace agruparse en un constructo consistente, parece estar denotada por la frase que marca el sentido del ítem (nótese que casi todas inician con frases como “es divertido”, “es gracioso”).

No parece aventurado especular que la ausencia de definición clara de este último constructo dentro de las escalas de tipos y roles se debe a la interpretación que hicieron los jóvenes de algunas de las palabras incluidas en los ítems. Dichas frases pudieron haber marcado el significado que los jóvenes le atribuían a las expresiones, representándolas como una broma u otra forma de entretenimiento.

En futuras indagaciones empíricas podrían desarrollarse ítems sobre agresión lúdica para escalas comportamentales de roles, con el fin de verificar si la dimensión se mantiene como un constructo independiente de otras formas de agresión. La agresión lúdica se convierte en un fenómeno interesante a ser explorado con mayor profundidad. Por un lado, parece ser un tipo de agresión separado y distinto de la agresión confrontativa y la agresión violenta, no obstante a la vez establece importantes correlaciones con las mismas. Esto es relevante ya que, junto con la agresión social indirecta, se convierten en las formas de agresión más acepadas por los jóvenes y que permitirían identificar abiertamente cuáles personas tienden a valorar más la agresión, sin tener que consultar por acciones que puedan ser valoradas como absolutamente censurables.

En cuanto a otras variables asociadas, en el caso de las características sociodemográficas, el sexo fue la principal variable que estableció diferencias con respecto a los roles y tipos de agresión. Los varones siempre puntuaron más alto

en agresión confrontativa y violenta tanto como víctima y agresor. No obstante, en el caso de la agresión social indirecta el análisis mostró que no existieron diferencias con respecto al rol de agresor sino solamente al rol de víctima, es decir tanto hombres como mujeres manifestaban el mismo nivel de agresión social indirecta pero las mujeres se consideran a sí mismas más afectadas por esta.

Por otro lado el estado civil de los padres permitió establecer diferencias significativas con respecto a la victimización y la agresión confrontativa, los hijos de padres separados reportaron mayores niveles de involucramiento en tales roles de agresión directa al compararlos con los hijos de padres que viven juntos. Finalmente el nivel educativo del padre estuvo relacionado con la victimización violenta entre los hijos de padres con educación universitaria y los hijos de padres con sólo primaria, curiosamente fueron los hijos de padres con educación universitaria quienes puntuaron más alto, es conveniente tratar con cautela este último resultado ya que pudo haber sido simplemente fruto de una particularidad de la muestra estudiada, deberían realizarse futuras mediciones similares para verificar si el fenómeno es más generalizado. El resto de las demás variables sociodemográficas no establecieron diferencias significativas.

En el caso de la búsqueda de apoyo, ésta se relacionó con la victimización social, asimismo tal tipo de victimización fue mayor entre quienes percibían más apoyo de parte de pares en comparación a los adultos. Con respecto a la victimización por agresión violenta, las únicas variables que permitieron establecer relaciones significativas fueron las asociadas al valor atribuido a todos los tipos de agresión. La agresión social indirecta, la agresión confrontativa y la agresión violenta correlacionó positivamente con el valor atribuido hacia todas las formas de agresión. Es importante señalar, que los jóvenes que buscarían más apoyo en pares al enfrentar un problema en el colegio tienen a alcanzar mayores puntajes en agresión violenta en comparación con aquellos jóvenes que buscan en primer lugar a adultos.

3. RECOMENDACIONES PARA SU ABORDAJE: DIMENSIONES PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA AGRESIÓN EN LOS CENTROS EDUCATIVOS

A pesar de que el marco de la investigación expuesta y la atención nacional se ha concentrado en los comportamientos entre pares que se dan en los centros de enseñanza, existen otros tipos de relaciones que pueden y deben ser estudiadas. Sería preferible enfocarse en el estudio de la convivencia escolar, entendiendo que en esta pueden darse situaciones conflictivas o armónicas tanto en las relaciones horizontales (entre jóvenes) como verticales (entre adultos y jóvenes). Siendo posible abordar temas como la calidad de la relación profesores-alumnos, la calidad de la relación institución-comunidad como factor protector ante la agresión y/o la violencia o la agresión intergrupal entre los jóvenes. El tema del estudio de la agresión y la prevención del comportamiento agresivo pasa por el desarrollo de competencias en docentes y personal administrativo encargado de las instituciones, definir estas competencias a partir del trabajo académico podría ser un gran aporte para la educación en el país. Particularmente importante es el estudio de las preocupaciones de los adultos con respecto al comportamiento de los jóvenes, cabe preguntarse cuándo las preocupaciones adultas reflejan un problema real o potencial de cuidado y cuándo dichas preocupaciones reflejan más bien que existe la necesidad de desarrollar competencias para el trato con jóvenes dentro de la labor docente o administrativa.

Las relaciones entre la institución y la comunidad son claves, sobre todo en aquellos centros educativos que se encuentran en contextos comunitarios en riesgo de sufrir situaciones de violencia. Si los niños y jóvenes conviven en medios sociales en donde se legitima la agresión como una forma conveniente de resolver problemas o adquirir beneficios, el problema no se limita al comportamiento social de los estudiantes. Se sabe que uno de los principales predictores de la

persistencia de comportamiento violento y criminalidad es la exposición de la persona a este tipo de fenómenos dentro de la vida cotidiana familiar y comunal. En tales circunstancias las estrategias preventivas deben ser otras y en definitiva están relacionadas con el mejoramiento de la calidad de vida dentro de las comunidades en cuestión. Además el estudio de los procesos psicológicos que se estructuran en condiciones sociales como las descritas es de importancia en tanto puede aportar a comprender la relación entre transmisión de prácticas subculturales particulares con el establecimiento de mecanismos de acción relacionados con la expresión de la agresión y la motivación subyacente a los mismos dentro de las condiciones referidas.

Retomando el estudio de la dimensión horizontal -entre pares- vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que en general la investigación psicológica disponible a partir de mediados de los noventa enfoca principalmente el tema de la agresión comprendiéndola principalmente como un fenómeno grupal (ver por ejemplo a Selma Valli et. al., 1996), en este sentido no hay que perder de vista el dominio específico al cual se circunscriben las acciones agresivas, parece haber un acuerdo generalizado en la comunidad científica de que la agresión escolar y sus comportamientos asociados no aparecen motivacionalmente guiados por mecanismos individuales o en los cuales esté puesto en juego la persona como agente separado de los criterios y restricciones que impone la convivencia colectiva.

Partiendo de los dominios comúnmente establecidos en la psicología social, podríamos decir entonces que debemos acercarnos al estudio de la agresión en las relaciones horizontales a partir de las dimensiones intragrupal e intergrupales. Dentro de las relaciones intragrupal cabe preguntarse cuáles formas de agresión se legitiman y bajo qué condiciones, en esta dimensión es esperable que formas de agresión extrema sean rechazadas -tal y como se ha observado en la investigación expuesta- pero parece ser que la agresión indirecta y lúdica tienden a ser más aceptados. Es necesario profundizar en el

reconocimiento de situaciones intragrupalas que aumentan la probabilidad de la aparición de formas de agresión directa, la caracterización de tales situaciones, así como las variables que se encuentran relacionadas a las mismas facilitarían idear mecanismos de prevención internos y facilitar el desarrollo de habilidades sociales necesarias para la auto-regulación de las situaciones en cuestión.

Es importante retomar el estudio y la generación de ideas para minimizar el riesgo de situaciones de agresión en el plano intergrupales para sostener un sistema preventivo completo.

Las situaciones intergrupales son las que tienden a elicitar mayor hostilidad y agresión, las que tienden a ser más legitimadas por las personas y las que pueden llevar a expresar modalidades de agresión más directa y perjudicial de forma inmediata para la salud de quienes están involucrados en la situación o para terceros. No hay que perder de vista que al referirse a exogrupalas no hay que pensar solamente en conflictos entre jóvenes de diferentes instituciones, sino también en conflictos entre jóvenes de diferentes grupos dentro del mismo centro educativo (diferentes secciones o niveles, seguidores de diferentes equipos de fútbol o diferentes grupos que se configuren alrededor de cualquier otro contenido simbólico).

En el **cuadro 2** se presenta una síntesis de las dimensiones que podrían dirigir la investigación y el establecimiento de estrategias preventivas frente a la agresión dentro de los centros educativos.

Cuadro 2: Posibles dimensiones para la investigación y prevención de la agresión en centros educativos.

Tipo de relación Dimensión	Relaciones verticales (entre adultos encargados y jóvenes)	Relaciones horizontales (entre pares juveniles)
---	---	--

grupal		
Dimensión Intragrupal	1 Incluye tanto las relaciones profesores-alumnos como las relaciones entre padres de familia o encargados con sus hijos.	3 Estudio de las condiciones en las que se legitima la agresión a lo interno del grupo. Se asume prevalencia de agresiones sociales indirectas y lúdicas.
Dimensión intergrupal	2 No se considera una dimensión relevante para la temática en cuestión	4 Estudio del conflicto entre grupos, a lo interno de las instituciones o entre jóvenes de diferentes instituciones.

En este la condición 1 se refiere a las relaciones verticales intragrupal entre los jóvenes y sus encargados (ya sea padres, profesores u otros) y el estudio de las variables relacionadas con situaciones de agresión en tales tipos de relaciones, podría especularse que en este tipo de relaciones puede darse situaciones de agresión social indirecta o agresiones directas confrontativas y/o violentas. Por supuesto que a su vez habría que establecer las semejanzas y diferencias existentes entre las relaciones padres-hijos y las relaciones educadores-educandos, así como la distinción entre relaciones de conflicto abierto y situaciones de convivencia estable pero que facilitan el comportamiento agresivo, como por ejemplo en los mencionados casos de familias cuyos padres están involucrados en actividades delictivas que puede implicar agresión abierta y que legitiman dichas prácticas frente a sus hijos. La condición 2, es decir las relaciones verticales intergrupales, no se consideran relevantes dado que esto implicaría asumir que los jóvenes mantienen relaciones estables con adultos que no son sus encargados, por ejemplo padres de otras familias o profesores de otros centros educativos, lo cual no parece ser algo importante de tomar en cuenta. En

el caso de las relaciones horizontales (entre pares), la condición 3 muestra las relaciones horizontales intergrupales, se asume que la agresión es menor y se da como reacción a situaciones muy específicas que es necesario caracterizar, aquí pueden prevalecer agresiones sociales indirectas o lúdicas, las cuales deben considerarse de un carácter más bien inofensivo por parte de los jóvenes.

Por último, la condición 4 muestra las situaciones horizontales intergrupales las cuales, como se ha mencionado, serían las que presentan mayor riesgo para la aparición de la agresión directa (ya sea confrontativa o violenta).

Las investigaciones que emerjan a partir del tópico en cuestión pueden retomar cada una de las condiciones propuestas por separado, indagando las variables que se relacionan con cada una de ellas o bien modificando las mismas para plantear una propuesta que se considere más atinente a la aquí esbozada. La psicología de la agresión y la violencia es un área de múltiples dimensiones, cada una con propuestas e hipótesis establecidas que permitirían dar claridad sobre la dirección que debe tomar la indagación académica y los planes de intervención. En este sentido, es recomendable adentrarse en el estado de la cuestión de la psicología de la agresión, ya sea en general o en una dimensión en específico, definiendo los intereses científicos y la relevancia social de los diferentes temas a indagar, redefiniendo las variables que moderan el comportamiento agresivo en función de las propuestas existentes en la literatura científica sobre el tema.

Con respecto a las alternativas metodológicas se recomienda complementar los auto-reportes con medidas externas sea reporte de terceros y protocolos de observación combinados (no solo por docentes), las características de tales mediciones dependerían del tema específico que se desee abordar. Para realizar esto, es pertinente también tomar el tiempo suficiente para trabajar la calidad de los instrumentos que se quieran utilizar, esto se traducirá en una mejora en la calidad las mediciones y en la validez y confiabilidad de los resultados obtenidos.

Quizás el aspecto más importante es que la medición de situaciones de agresión no parece tener en el país en este momento una base científica sólida en los procedimientos de recolección de datos y sistematización de los mismos. Es necesario crear estrategias óptimas para la medición de la convivencia en los centros educativos, depender sólo de un tipo de estrategia de recolección de datos no parece recomendable ya que como se ha observado que temas como el tratado son ampliamente susceptible a sesgos cognitivos. En este sentido ni los resultados obtenidos de boletas de comportamiento de los colegios o escuelas, ni los instrumentos de encuesta como los aquí ilustrados, pueden utilizarse de forma aislada como un indicador válido. Lo conveniente sería crear índices que mezclen por ejemplo reportes de maestros, alumnos, padres de familia y el trabajo de observación, entre otros. Pareciera que en el estado actual de la investigación en Costa Rica no podemos asegurar que la agresión o la calidad de la convivencia en los centros educativos “aumenta” o “disminuye”. Es necesario crear un sistema lo más completo posible de evaluación de la convivencia dentro de los centros educativos, con un buen fundamento teórico que dirija las investigaciones de interés nacional como las aquí realizadas. La creación de un sistema de tal tipo facilitaría a largo plazo la comparación en el tiempo y el espacio de las relaciones humanas dentro de nuestros centros educativos y daría un gran aporte para la institucionalidad costarricense.

Otro elemento relevante es dilucidar estrategias para el perfeccionamiento de la medición de la deseabilidad social. Como hemos visto, la agresión es un tipo de comportamiento ampliamente susceptible de ser mediado por el mantenimiento de una auto-imagen positiva y una sistemática presencia de sesgos dirigidos hacia la negación. En sí mismo el estudio de las características culturales de la deseabilidad social en contextos nacionales es un tema relevante, que nos puede enseñar mucho sobre el modo en que manejamos las dinámicas sociales. Por otro lado las mediciones no deben limitarse a individuos, sino también incluir grupos, dado que como se la agresión es un fenómeno grupal.

Las alternativas sociométricas en el estudio de las relaciones horizontales y verticales facilitarían crear estrategias de contraste entre la propia representación del sí-mismo, con las representaciones de los otros, las representaciones que los otros tienen de determinado individuo y las representaciones que otros tienen sobre lo que determinado individuo cree sobre sí. Las estrategias de medición y observación grupal son también importantes dado que imaginamos que en la cotidianidad de los centros educativos una fuerte base de las estrategias preventivas se fundamentaría en la actividad diaria desde el salón de clases y el monitoreo de parte de docentes u otros encargados de mediar la actividad social de los jóvenes.

Un último punto importante se relaciona más con aspectos prácticos, la investigación en este tipo de temas no debe estar limitada a periodos temporales estrictos. Buena parte del éxito de los estudios depende de que el investigador(a) sea capaz de mantener una relación fluida y de confianza con los centros educativos participantes, en donde sea posible mantener un diálogo constante con docentes, encargados administrativos y demás personal de las instituciones con el fin de tomar decisiones necesarias para las investigaciones y proyectos de acción. Lo idóneo sería que los investigadores llegaran a formar parte de colegios, escuelas o regionales, como una especie de asesores de las secciones de orientación, de direcciones administrativas o los docentes en general. Esto facilitaría a la vez que las ideas y los resultados de investigación no se limitaran a la academia universitaria sino que también tuvieran un impacto real por medio de programas de investigación aplicada.

Cada institución tiene su dinámica interna particular, sus conflictos o ventajas, no es lo mismo realizar investigaciones a una institución con buenas relaciones grupales entre docentes, personal administrativo y alumnos, a realizar investigaciones en instituciones en donde estas relaciones están deterioradas. Llegar a aplicar una investigación-acción es mucho más difícil en estas últimas condiciones, y puede que no se desarrolle necesariamente la relación y tiempo

necesario para facilitar las condiciones para brindar un monitoreo, acompañamiento, realimentación y sistematización de los planes de intervención. En este sentido es importante manejar un planeamiento estratégico en coordinación con el Ministerio de Educación Pública, de forma tal que docentes, estudiantes, padres de familia y personal administrativo, perciban la labor investigativa como un apoyo futuro para la calidad, autonomía y fomento de una verdadera comunidad educativa, siendo posible desarrollar competencias para mantener una convivencia positiva en los centros educativos. De lo contrario tendríamos investigaciones (o proyectos) aisladas, desconectadas, que no facilitarían un trabajo progresivo y sistemático de calidad científica y enriquecimiento humano para el sector educativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera, M. (2005). *Violencia al interior y al exterior de las escuelas primarias y secundarias: un acercamiento a través de los profesores*. Reporte publicado por el Instituto Nacional de Evaluación en Educación de México.
- Anderson, C. y Bushman, B. (2002). Human Aggression. *Annual Review of Psychology*, 53, 27-51
- Benítez, J. y Justicia, F. (2006). Bullying: Description and Analysis of the Phenomenon. *Electronic Journal of Research in Educational Psychology*, 4, 1696-2095. Recuperado el 19 de agosto del 2007 de www.investigacion-psicopedagogica.org.
- Campbell, A. (2005). Aggression. En Buss, D. (Ed.) *Handbook of Evolutionary Psychology*. Hoboken, New Jersey: Wiley.
- Cerezo, F. (2000). *Conductas agresivas en la edad escolar: aproximación teórica y*

metodológica, propuestas de investigación. Madrid, España: Pirámide.

Chaux, E. (2003). Agresión reactiva, agresión instrumental y el ciclo de la violencia.

*Revista de Estudios Sociales.*15, 47-58.

Dovidio, J; Kawakami; K; Gaertner, L. (2002). Implicit and Explicit Prejudice and Interracial Interaction. *Journal of Personality and Social Psychology*, 82, 62–68

Eslea, M; Menesini, E; Morita, Y; Moore, M; Mora-Merchán, J; Pereira, B & Smith, P

(2003) Friendship and loneliness among bullies and victims: data for seven countries. *Aggressive Behavior.*30, 71-83.

Fallas, H y Villegas, J. (2007). Profesores suspenden clases en Liceo de Pavas por

violencia. *La Nación.* 5 de setiembre.

Farrington, D. (2004). *Conduct Disorder, Aggression and Delinquency.* En Lerner, R. &

Steinberg, L. (Eds.) *Handbook of Adolescent Psychology* (pp. 627-664). Hoboken,

New Jersey: Wiley.

Fletcher, G & Clark; M. (2002). *Handbook of Social Psychology: Interpersonal Processes.*

London: Blackwell

Herrera, M. (2007). MEP probará en 50 colegios plan para prevenir violencia. *La Nación,*

19 junio.

Hodges, E.; Malone, M.; & Perry, D. (1997). Individual Risk and Social Risk as Interacting

Determinat of Victimization. *Development Psychology*, 33, 1032-1039.

Hogg, M & Tindale, S. (2002) *Handbook of Social Psychology: Group Processes*.

London: Blackwell

Monge, D y Aguilar, W. (2008). *Conductas interpersonales agresivas en el ámbito educativo de estudiantes de secundaria: un estudio exploratorio*. Informe final

presentado al Instituto de Investigaciones Psicológicas de la Universidad de Costa

Rica. Manuscrito sin publicar.

Nesdale, D. y Naito, M. (2005). Individualism-Collectivism and the Attitudes to School

Bullying of Japanese and Australian Students. *Journal of Cross-Cultural Psychology*. 36, 537- 556.

Rubin, K.; Bukowski, W. y Parker, J. (2006) *Peer Interactions, Relationships and Groups*.

En Damon, W.; Lerner, R. y Eisenberg, N. (Eds.) *Handbook of Child Psychology*.

Volume III: *Social, Emotional and Personality Development*. (pp. 571-646). Hoboken, New Jersey: Wiley.

Selmivalli, C., Lagerspetz, K., Bjorkqvist, K., Osterman, K. y Kaukiainen, A. (1996).

Bullying as a Group Process: Participant Roles in their Relations to Social Status within the Group. *Aggressive Behavior*. 22, 1-15.

Tesser, A; & Schwarz; N. (2002). *Handbook of Social Psychology: Intraindividual Processes*.

London: Blackwell

Varkuyten, M. y Thijs, J. (2002) Racist Victimization Among Children in The Netherlands:

the Effect of Ethnic Group and School. *Ethnic and Racial Studies*, 25, 310-331.

MESA REDONDA: "SALUD MENTAL Y VIOLENCIA"

LAURA FERNÁNDEZ

El eje temático "Salud Mental y Violencia" nos convoca a pensar sobre causas y consecuencias del fenómeno de la violencia tomando en cuenta dos coordenadas fundamentales: **lo subjetivo y lo social**.

En "Duelo y Melancolía" (1915), Sigmund Freud plantea que en los estados melancólicos el afecto del sujeto con respecto a su objeto amado puede experimentar una suerte traslación sádica hacia su propio yo, en virtud de lo cual esa persona *puede tratarse a sí misma como un objeto*. "Sólo así - plantea Freud - *puede alguien suicidarse, si le es permitido dirigir contra sí mismo esa hostilidad que recae sobre un objeto y subroga la reacción originaria del yo hacia objetos del mundo exterior*". De modo que esta hipótesis plantea que la violencia contra sí mismo es una modalidad de violencia contra el otro.

Cinco años más tarde, en su texto "Sobre la psicogénesis de un caso de homosexualidad femenina", Freud reafirma lo anterior diciendo: "*No halla quizá la energía psíquica para matarse quien, en primer lugar, no mata a la vez un objeto con el que se ha identificado, ni quien, en segundo lugar, no vuelve hacia sí un deseo de muerte que iba dirigido a otra personas*".

Partimos entonces de que la violencia contra sí mismo y la violencia contra el otro pueden ser pensadas como dos caras de una misma moneda y que en el epicentro de cualquiera de estos dos destinos de la energía psíquica, se aloja el sufrimiento humano en su máxima intensidad.

El suicidio es la expresión más extrema de malestar subjetivo, la salida más radical del sufrimiento humano, el ser hablante es el único capaz de levantar la mano sobre sí mismo en un gesto que no es pensable desde la generalización ni desde el dato, sino únicamente desde la particularidad de cada historia. A pesar de esto, si bien sabemos que las estadísticas así como nos iluminan nos extravían, siguen siendo una

base para aproximarnos a estos fenómenos. Daremos una mirada a los datos sobre suicidio, para a través de ellos, reencontrarnos nuevamente con las preguntas sobre el sufrimiento subjetivo y su relación con el malestar en la sociedad actual.

El suicidio es considerado un problema de salud pública a nivel mundial. Según datos de la OMS se registran 1.1 millones de suicidios al año en el mundo entero. Este número supera la suma de muertes por homicidios y guerras y se estima que para el año 2020 este número podría aumentar a 1.5 millones. Estas cifras equivalen a 3.000 suicidios al día; uno cada 3 segundos.

No contamos – ni a nivel internacional ni nacional - con estadísticas sobre intentos de suicidio, pero sabemos que la reincidencia en la intento suicida conlleva altos costos tanto en vidas como en hospitalizaciones y desde luego, en sufrimiento del sujeto y sus familiares. Según cálculos de la OMS, *“por cada suicidio se producen entre 10 y 20 intentos fallidos de suicidio, que se traducen en lesiones, hospitalizaciones y traumas emocionales y mentales.*

A partir de datos de la OPS sobre tasas de suicidio por cien mil habitantes en los países de las Américas, podemos tener una idea de la ubicación de Costa Rica frente a otros países del continente¹.

Tasa de suicidio por 100.000 habitantes en algunos países de América

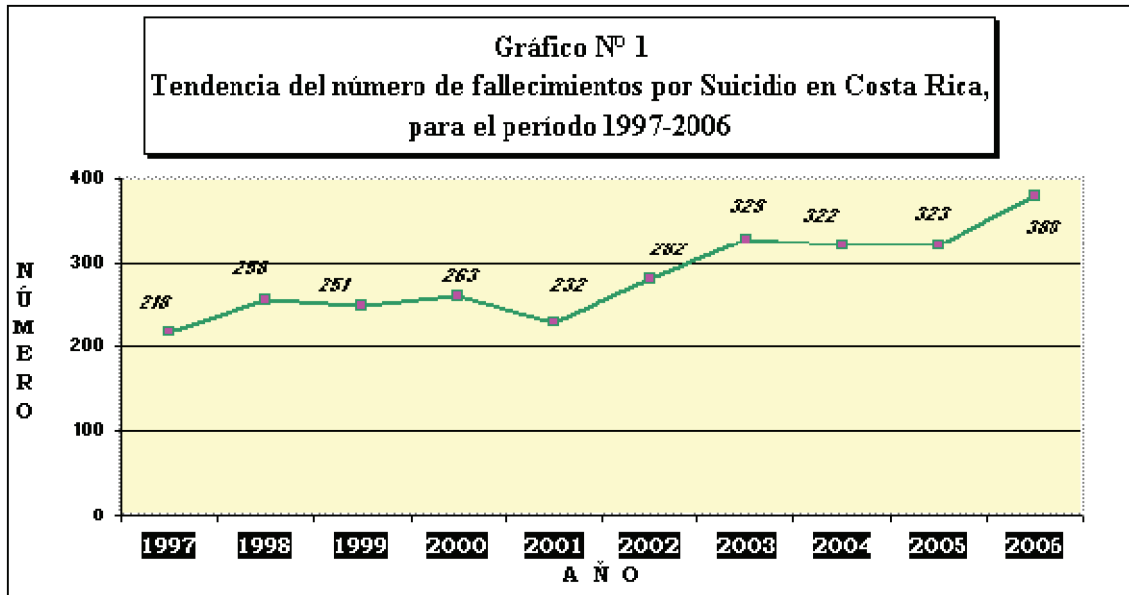
LUGAR	PAIS	TASA
1.	Cuba	16,2
2.	Uruguay	16,0
3.	Nicaragua	13,6
4.	Canadá	11.8

¹ Los datos de Costa Rica corresponden a los últimos reportados por el Poder Judicial en el Anuario Policial, 2006. Sin embargo los demás países corresponden a datos entre los años 2000-2004.

5.	Estados Unidos	11,7
6.	Chile	10,3
7.	El Salvador	10,0
8.	Costa Rica	8,9
9.	Argentina	8,3
10.	Puerto Rico	7,1
11.	Panamá	6,8
12.	Ecuador	5,0
13.	México	4,4
14.	Guatemala	2,0
15.	Perú	1,7
16.	Jamaica	0,1
17.	Haití	0,0

Elaboración propia con base en los Indicadores Básicos de Salud de la OPS, 2007.

Según los últimos datos elaborados por la Sección Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial, que se agrupan en el Anuario Policial 2006, en los últimos nueve años se da un aumento en el número de suicidios en nuestro país: de **218** en el año **1997** a **380** en el **2006**. Este aumento se registra a partir del año 2002 hasta alcanzar más de 300 suicidios en el 2003; entre ese año y el 2005 el número se mantiene a un nivel constante, para pasar en el 2006 a experimentar lo que sería su cifra más alta.



Fuente:

Sección Estadística, Dpto. de Planificación, Poder Judicial.

Este incremento se expresa, en términos de tasa por 100.000 habitantes entre 1997 y 2006 de la siguiente forma:

Tasa por 100.000 habitantes de personas fallecidas por suicidio en Costa Rica según sexo del suicida, para el período 1997-2006

<u>AÑO</u>	<u>GENERAL</u>	<u>MASCULINO</u>	<u>FEMENINO</u>
1997	6.0	10.0	1.8
1998	6.9	11.9	1.7
1999	6.5	11.3	1.6

2000	6.7	11.6	1.6
2001	5.8	10.1	1.4
2002	7.0	12.0	1.8
2003	7.9	13.3	2.2
2004	7.7	13.1	2.2
2005	7.7	12.9	2.2
2006	8.9	14.8	2.9

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial

En cuanto a la diferencia en cifras por género podemos apreciar que la diferencia es de hasta cinco veces mayor en hombres con respecto a las mujeres.

Como fue mencionado, lamentablemente en nuestro país, el aumento de suicidios se presenta también en la población menor a 19 años, con una cifra que se duplica en el lapso de cinco años: mientras en el año **2001** se registraron **22** muertes por suicidio, en el **2006** se registraron **43**², entre ellos dos niños menores de **9** años.

Número total de suicidios, por género, en menores de 19 años. 2001-2006

<u>AÑO</u>	<u>TOTAL</u>	<u>1 a 9 años</u>	<u>10 a 19 años</u>	<u>HOMBRES</u>	<u>MUJERES</u>
2001	22		22	15	7

²El número de total de suicidios en menores de 19 años durante el 2006 no coincide entre el INEC y el Poder Judicial, registrando éste último 3 suicidios más que el primero. Lo mismo ocurre con la cifra total de suicidios para ese mismo año. Según el Poder Judicial fueron 380 y según el INEC, 336. Información recuperada del sitio <http://www.inec.go.cr/>

2002	48		48	33	15
2003	38		38	20	18
2004	34		34	25	9
2005	34		34	19	15
2006	43	2	41	33	10

Elaboración propia con base en datos del INEC.

Sin embargo, es entre los **20 y 59** años que se presenta el mayor número de suicidios en nuestro país. En el año **2006**, este grupo etario representó un **79.21%** del total de suicidios.

Número de personas fallecidas por Suicidio en Costa Rica, según grupo etario al que pertenecían, para el período 2002-2006

<u>GRUPO ETARIO</u>	<u>TOTALES</u>		<u>2002</u>	<u>2003</u>	<u>2004</u>	<u>2005</u>	<u>2006</u>
Total	1488	100%	282	329	322	323	380
Hasta 17 años	104	7.0	32	25	20	17	24
De 18 a 19 años	73	4.9	17	12	19	16	22
De 20 a 29 años	373	25.1	66	90	76	77	99
De 30 a 39 años	331	22.2	60	74	65	74	72
De 40 a 49 años	276	18.5	47	55	65	68	84
De 50 a 59 años	171	11.5	31	39	41	39	46
De 60 a 69 años	85	5.7	11	20	19	21	23
70 y más años	75	5.1	18	14	17	11	10

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

En este punto vamos a pasar al aspecto que más me interesa resaltar pues sin duda toca la médula de la cuestión que nos convoca hoy, es decir, lo afectivo en el acto de violencia contra sí.

Dentro de las causas de suicidio que registran las mayores cifras durante el **2006**,³ aparece, en primer lugar *problema conyugal*, con **88** de las **380** muertes registradas. Le siguen: *problema mental*, con **55** fallecimientos; *problemas familiares*,

³ Los datos sobre causas del evento o motivos, así como los mecanismos empleados para cometer el suicidio están basados en la información suministrada al Poder Judicial mediante las actas de defunción.

con **44**; *problema con licor*, **33**, y; en cuarto lugar, *problemas pasionales* con **31** suicidios.

La diferencia entre Problemas conyugales y Problemas pasionales, está basada en el estado civil del fallecido, es decir, *problema conyugal* se considera únicamente para personas que conviven o convivían juntas (unión de hecho, casados, divorciados, separados) y *Problema pasional* se utiliza cuando hay una “situación que se suscita a lo interno del individuo producto de una desilusión o problema amoroso y se considera únicamente para personas cuyo estado civil es soltero”.

Sin embargo ambos causales, junto a Problemas familiares e incluso Problemas con licor, se refieren a la dimensión amorosa del sujeto. Si el factor amoroso unificara esas tres causales, estaríamos hablando de cerca de la mitad del total de suicidios.

Número de personas fallecidas por Suicidio en Costa Rica, según móvil o causa del evento, para el período 1997-2006

<u>MOVIL O CAUSA</u>	<u>AÑO</u>									
	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06
TOTAL	218	258	251	263	232	282	329	322	323	380
Depresión por muerte de familiar	2	4	2	1	3	9	12	10	5	6
Depresión soledad	18	27	22	13	6	7	16	7	2	2
Problema pasional	28	36	29	30	21	36	32	31	17	31
Problema familiar	37	37	29	24	30	34	29	29	41	44
Problema mental	8	13	28	16	22	33	22	21	25	55
Problema con licor	15	11	12	9	9	11	23	19	29	33

Probl. económico	25	17	25	32	13	17	21	28	19	11
Problema de salud	15	24	21	21	27	18	26	22	17	28
Probl. conyugal	25	44	56	85	54	72	86	92	95	88
Probl. con droga	2	1	6	15	11	12	21	13	23	25
Probl. con justicia	1	13	4	6	6	6	14	13	9	24
Problema personal	28	27	13	9	18	9	14	13	25	15
Problema laboral	2	-	1	-	1	2	3	3	1	2
Ruleta rusa	1	1	3	2	-	3	-	-	-	1
Hijo extramatrimonial	1	-	-	-	-	1	-	-	-	-
Problema relación homosexual	-	-	-	-	-	-	1	-	1	4
Información ignorada	10	3	-	-	11	12	9	21	14	11

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

De manera que un alto porcentaje de las personas que se suicidan lo hacen por sufrimiento de amor y porque es realmente ahí donde el dolor que causa el desamor, la traición, el abandono, saca a la superficie del ser humano una genuina locura, ¿de qué otro modo entender el conyugicidio que en la mayoría de los casos culmina con el suicidio del sufriente? Este planteamiento nos abre una perspectiva distinta para pensar y abordar problema del suicidio y en particular, para pensar el abordaje hospitalario e institucional de los gestos suicidas.

¿Qué pasa en nuestra sociedad para que más y más personas acaben o intenten acabar voluntariamente con su existencia? Y más grave aún, ¿por qué la edad de los suicidas está disminuyendo? ¿Cómo y desde dónde se aborda esta expresión de extremo dolor?; ¿en qué lugar del camino se extravían los esfuerzos que se despliegan en torno al bienestar y a la salud de las personas?. Sin duda hay algo que no estamos escuchando y a todos nosotros, los que hemos sido convocados a este espacio, nos concierne y nos toca revisarlo.

¿Qué es lo que denuncia este acto en una sociedad que ofrece todos los objetos que se pueden desear mientras que la clínica, los servicios de Emergencias de los hospitales y las estadísticas nos arrojan a la cara un sujeto vacío, partido, perdido, sin ganas de vivir? A quienes trabajamos en el campo de la salud y conocemos la importancia de dirigir mayores esfuerzos hacia la salud mental, nos corresponde reflexionar lo que denuncia el hecho de que un sujeto, y en especial, un joven, escoja su desaparición como único modo de ser reconocido y amado por los otros, solo que póstumamente.

Marie-Jean Sauret⁴, plantea que la violencia contra sí, se deriva de la restricción de la palabra que la civilización actual impone al sujeto. La civilización entonces amordaza la palabra del sujeto, especialmente aquella que tiene que ver con la dimensión de los afectos, pues ha sido eclipsada por la dimensión del éxito, el consumo, los atributos físicos, etc.

Un buen ejemplo de esto son los llamados “pactos de la muerte” a través de Internet, en los que jóvenes, en medio de su soledad encuentran – paradójicamente - espacios para hablar de lo que sufren, constituyen un triste ejemplo de lo que estamos apuntando.

⁴ El Dr. Marie-Jean Sauret, de la Universidad de Toulouse, (2005) dictó en la Ciudad Universitaria Rodrigo Facio el Seminario: *La pregunta acerca del Sujeto en la Investigación Social. Cuatro lecciones sobre la investigación clínica de orientación psicoanalítica*, Doctorado Sociedad y Cultura, Universidad de Costa Rica. Esta cita corresponde a la conferencia titulada “El aplastamiento (o la destrucción) de la palabra”. (Versión digital, inédita. Pág.12).

A inicios de este año en Inglaterra⁵ se dieron una serie de suicidios de jóvenes que se comunicaban a través de un “blog”. Los suicidas “subían” su libro de condolencias en el sitio y los visitantes les escribían notas, comentarios, poemas, canciones, etc. Este acto, aparentemente insignificante, de abrir un espacio para que los demás, rindiéndole tributo con fotos y poemas, lo nombraran, fue lo que quizás terminó de convencer a algunos otros chicos de seguir el camino del suicidio (Fernández, 2008).

Estamos en los tiempos de lo que Lacan llamó “urgencias subjetivas”: “lo imposible de soportar para un sujeto al que nada divierte” (Sotelo, 2007). La urgencia subjetiva se define como cierto momento, que no siempre coincide con hechos objetivamente graves, en que se produce lo que Freud llamó “quiebre de la homeostasis con que la vida transcurría”, es decir, un momento de ruptura en el equilibrio que sostenía las relaciones de un sujeto con los otros, con el trabajo, con los lazos amorosos, familiares, con los pensamientos y hasta con el propio cuerpo. Se trata de la ruptura en la cadena significativa, es decir en su dimensión simbólica de lazo con el otro, que se manifiesta en la irrupción de algo de otro orden que detiene el engranaje subjetivo. Ese es el hombre, la mujer que llega al Hospital, un sujeto cuya ruptura se manifiesta más allá de la cortadura, de la intoxicación.

El problema del suicidio requiere un abordaje integral que parta de políticas estatales de salud y educación y llegue hasta las bases de comunidad y las familia. Se necesita mejor formación para maestros, médicos, psiquiatras, trabajadores sociales, enfermeros, psicólogos, orientadores y padres, pero lo que más nos urge es que el modelo imperante admita la urgencia de incluir más profesionales del campo de la salud mental para poder ofrecer a aquellos que están en el margen del vacío, un espacio para que su palabra resuene, pero no en el estallido de un disparo, sino como un intento de decir aquello que le impide el flujo de su deseo de vivir (Fernández, 2008). Si esto no

⁵ Ver entre otras, las siguientes noticias: “La policía británica investiga el suicidio de jóvenes que frecuentaban la misma página web” en: <http://www.todo-linux.com/modules.php?name=News&file=article&sid=7492>, así como “Las redes sociales al servicio del suicidio” en: <http://blogs.hoytecnologia.com/>

ocurre seguiremos silenciando el sufrimiento humano y estaremos condenando al sujeto a repetir sus síntomas.

REFERENCIAS

Freud, S. (1915), *Obras Completas*; Duelo y Melancolía, vol. XIV.

Freud, S. (1920), *Obras Completas*; Sobre la psicogénesis de un caso de homosexualidad femenina, vol. XVIII.

Fernández Kolodziej, Laura (2008); *VI Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia*, "Capítulo 9: El sufrimiento en la adolescencia". Universidad de Costa Rica, PRIDENA, UNICEF.

Fernández Kolodziej, Laura (2008); *El Gesto Suicida y su abordaje hospitalario: sobre la intervención a pacientes que ingresan al Servicio de Emergencias del Hospital Rafael Ángel Calderón Guardia. Una lectura psicoanalítica*. Tesis para optar al grado de Magíster Scientiae en Psicología, con énfasis en Teoría Psicoanalítica, no publicada, Universidad de Costa Rica.

Sauret, M-J, (2005). *La pregunta acerca del Sujeto en la Investigación Social. Cuatro lecciones sobre la investigación clínica de orientación psicoanalítica*, Doctorado Sociedad y Cultura, Universidad de Costa Rica. Conferencia: "El aplastamiento (o la destrucción) de la palabra". (Versión digital, inédita. Pág.12)

Sotelo, I., (2007); "El sujeto en la urgencia institucional", en: *Clínica de la Urgencia*. JCE Ediciones, Buenos Aires. Pág.26.

DOCUMENTOS EN LÍNEA

OMS, Centro de prensa: "El suicidio, un problema de salud pública enorme y sin embargo prevenible, según la OMS", 8 de setiembre de 2004/Ginebra. Artículo recuperado del sitio: <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2004>, marzo, 2005.

Organización Mundial de la Salud (OMS), Centro de prensa. “El suicidio, un problema de salud pública enorme y sin embargo prevenible”. Artículo recuperado del sitio <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2004> el miércoles 16 de marzo, 2005. Pág. 1.

Situación de Salud en las Américas. Indicadores básicos 2007. Recuperado del sitio: <http://www.paho.org/spanish/dd/ais/coredata.htm>, marzo, 2008.

Anuario Policial 2006. Recuperado del sitio <http://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/estadistica/anuariopoliciales2005/INDICE%20ANALITICO1.htm>, mayo, 2008.

Estadísticas de Población: Defunciones. Cuadro 6-1.06 xls. Recuperado del sitio <http://www.inec.go.cr/>, agosto, 2007.

RESPUESTAS CONTEMPORÁNEAS AL MALESTAR SOCIAL

DE LA EUROPA FORTALEZA A LA EUROPA CARCELARIA: LA CONSTRUCCIÓN DE
NUEVOS ENEMIGOS Y EL GOBIERNO DE LA PENALIDAD
(IÑAKI RIVERA)

CRIMINALIDAD, CRIMINALIZACIÓN, Y CÁRCEL EN LA GLOBALIZACIÓN, EN
AMÉRICA LATINA Y EN LOS PAÍSES DE ALTOS INGRESOS
(ELÍAS CARRANZA)

DE LA EUROPA FORTALEZA A LA EUROPA CARCELARIA: LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVOS ENEMIGOS Y EL GOBIERNO DE LA PENALIDAD

IÑAKI RIVERA BEIRAS

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona

1) EL NEGOCIO DEL CONTROL DEL DELITO. PLANTEAMIENTO INICIAL

El negocio o industria del control penal del delito (tal y como Nils Christie tituló – en italiano- su libro *Crime control as Industry. Towards Gulags, western style?*, en 1993), constituye un tema que debe encuadrarse en un contexto mucho más amplio y vinculado a los cambios político-económicos que se vienen produciendo en las últimas tres décadas en el marco de la denominada *modernidad tardía*.

Puede, entonces, partirse de dos iniciales interrogantes que iluminen la posterior discusión:

- ¿cómo se ha llegado a desarrollar un tipo de racionalidad penal meramente “tecnocrática” que ha quebrado los fundamentos de una intervención penal propia del *welfare*?
- ¿existe una relación entre crisis de la cultura del *welfare* y el surgimiento de racionalidades penales tecnocráticas?

Para ello, debemos comenzar por abordar los cambios producidos en las últimas décadas en la misma forma-Estado, forma propia del denominado “constitucionalismo social” europeo, como de la cultura *welfare* británica y norteamericana y el paulatino resquebrajamiento de los fundamentos de esta forma de organización política. Veamos, primero, qué sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica y, posteriormente, las repercusiones (y exportaciones político-criminales) en/hacia Europa continental.

2) LA CRISIS DEL *WELFARE STATE* Y SUS REPERCUSIONES EN POLÍTICA PENAL

En primer lugar, cabe recordar que la crisis (fiscal) del *welfare State* anunciada por O'Connor hace treinta años en los Estados Unidos, marcó, en el específico campo de la intervención penal norteamericana, la caída de un sistema penal que había durado exactamente un siglo (de 1876 a 1976) y que requería, para su desarrollo, de importantes gastos estatales en materia policial, jurisdiccional, penitenciaria, en operadores sociales y penales diversos, etc., gastos que se vieron rápidamente amenazados por la crisis presupuestaria.

En efecto, el abandono definitivo de la sentencia in-determinada norteamericana (y, con ella, la caída del mito de la rehabilitación), marcan un agudo ejemplo de la relación entre crisis del *welfare* y sistema penal. También en los Estados Unidos, como recientemente describiera Andrew von Hirsch, el desarrollo de los “análisis económicos del Derecho” (*Law and Economics*) y las propuestas del modelo del “justo merecimiento” (*just desert*), marcan el inicio de una dirección político-criminal novedosa que, cuando la misma se acabó asentando sobre la penalidad ya fija y determinada, dió paso a un tipo de *actuarialismo punitivo* (basado en el cálculo probabilístico) que se corporizó en las conocidas *guidelines sentences* y en las llamadas *mandatory penalties* (cuya versión más conocida es la popularmente designada como la ley de los “*three strikes and you’re out*”).

El impacto –carcelario- de estas nuevas orientaciones en los EE. UU. es evidente: esta nueva penalidad fija, determinada y elaborada cada año en las *Guidelines Sentencing Comissions* (estatales y federal) ha enviado a la cárcel a más de un millón de personas en poco más de diez años.

Faltaba dar otro paso, aún, para que el “mercado” se expandiera. La teoría de la incapacitación, tanto en su versión *absoluta* (teorizada por criminólogos conservadores

como James Q. Wilson), cuanto en la *selectiva* (de Peter Greenwood), propiciaron un neo-retribucionismo que se asentó en la “científica” conclusión de que mientras la gente está encerrada no delinque: populismo, sentido común y maquillaje criminológico (junto a importantes tratamientos mediáticos), propiciaron el terreno para la nueva racionalidad incapacitadora. Y, si ésta se erigía en finalidad carcelaria, las puertas de la privatización (y con ella, las del inicio del negocio e industria del control del delito), se abrieron de par en par.

Por lo que puede hoy constatarse, la empresa prosperó. Christie lo ha explicado suficientemente al señalar que en comparación con la mayoría de las industrias, la industria del control del delito se encuentra en una situación más que privilegiada. No hay escasez de materia prima: la oferta de delito parece ser infinita. También son infinitas la demanda de servicio y la voluntad de pagar por lo que se considera seguridad. Se estima que esta industria cumple con tareas de limpieza, al extraer del sistema social elementos no deseados. Tomando como referencia la obra de Zygmunt Bauman, *“Modernity and the Holocaust”* (1989), el autor noruego va explicando cómo fue naciendo el negocio de la gestión punitiva de la pobreza en los EE.UU.

En efecto, el paulatino convencimiento de que valía la pena “invertir dinero para tener esclavos” demostró que ello sólo sería rentable si, de verdad, se apostaba por la construcción de un “gran encierro” que posibilitara la aparición de un nuevo “sector” empresarial. De este modo, EE.UU. recuperó dos de sus grandes tradiciones: la *privatización* y la *esclavitud* de viejo cuño, ahora remozadas para ser adaptadas a la nueva empresa. Por supuesto, es preciso recordar aún que Christie escribía estas reflexiones hace diez años cuando la población encarcelada en los EE.UU. era, aproximadamente, la mitad de la actual. La superación –actual- de la cifra de dos millones de personas privadas de libertad, debe ser la demostración de que “la industria ha prosperado”. Veamos los resultados de esta prosperidad.

Wacquant es tal vez uno de los autores que en los últimos años ha descrito con notable claridad las transformaciones del sistema penal norteamericano. Como él señala, la política de expansión del sector penal no es patrimonio exclusivo de los

republicanos: durante los años de gobierno de Bill Clinton, se proclamaba el orgullo por haber puesto fin a la era del *Big government* al tiempo que la comisión de reforma del estado Federal se esforzaba por podar programas y empleos públicos, se construían 213 cárceles nuevas cárceles, cifra que excluye los establecimientos privados que proliferaron con la apertura del lucrativo mercado del encarcelamiento privado. Al mismo tiempo la cantidad de empleados, sólo en las prisiones federales y estatales, pasaba de 264.000 a 347.000, entre ellos 221.000 vigilantes. En total, el 'mundo penitenciario' contaba con más de 600.000 empleados ya en 1993, lo que hacía entonces de él el *tercer empleador del país*, apenas por debajo de General Motors, primera empresa mundial por el volumen de sus negocios y la cadena de supermercados internacionales Wal-Mart. De hecho, y de acuerdo con la Oficina de Censos, la formación y contratación de vigilantes es, entre todas las actividades gubernamentales, la que creció con mayor rapidez durante el decenio pasado.

Ahora bien, pensemos en otro interrogante que nos traslada de continente: la descrita "industria del control del delito" ¿pertenece, exclusivamente, al ámbito cultural-punitivo norteamericano, o se ha extendido por otras áreas geográficas? Para responder a este interrogante puede continuarse con la citada obra de Wacquant. Como indica el profesor de Berkeley, desde Nueva York, la doctrina de la 'tolerancia cero' – "instrumento de legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta"- se propagó a través del planeta a una velocidad fulminante. En efecto, la experiencia de Rudolph Giuliani creó émulos a ambos lados del Atlántico.

3) LA EXPORTACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA DE LA INTOLERANCIA HACIA EUROPA

Por lo que respecta Europa, Wacquant va señalando la difusión de las políticas securitarias norteamericanas gracias al rol desempeñado por los *think tanks* de los EE.UU. e Inglaterra, primero, y su posterior asentamiento continental. Concebidas como auténticas "usinas de elaboración de pensamiento" o "fábricas de ideas", los *think tanks*

neo-conservadores más nombrados en este ámbito político-penal son el *Manhattan Institute* y la *Heritage Foundation*, lugares que se convertirán en habituales para recibir a los “forjadores de la nueva razón penal”, tales como el citado Rudolph Giuliani o el ex jefe de seguridad del Metro de New York, William Bratton, ascendido luego a Jefe de la Policía Municipal. Por el lado británico, el *Adam Smith Institute*, el *Centre for Policy Studies* y el *Institute of Economic Affairs*, son los principales *think tanks* que empiezan a difundir las concepciones neoliberales en materia económica y social y, posteriormente, las tesis punitivas elaboradas en Estado Unidos e introducidas en el gobierno de John Mayor y ampliamente retomadas después por Tony Blair. Inglaterra se convierte, así, en avanzadilla europea de la nueva racionalidad penal norteamericana. Pronto, la penetración continental daría sus frutos, al menos en tres de los principales Estados europeos (Francia, Alemania e Italia): Jospin en Francia con la “tolerancia cero a la francesa”; la Unión Cristiano Demócrata alemana (CDU) con el inicio de la campaña de *null toleranz* en Frankfurt; Nápoles como bandera de punta en Italia al enarbolar su *tolleranza zero* a la pequeña y mediana delincuencia. Para el caso de España, es indudable también la penetración de estas nuevas racionalidades punitivas. Sin ir más lejos, en la última década, en España se reformó en más de diez ocasiones la legislación penal (para aumentar de 30 a 40 años la pena de prisión, para aplicar sin trabas la prisión preventiva, para reducir las competencias de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y para poder expulsar del país a todos los extranjeros que cometan un delito), medidas que, como se aprecia, se incardinan decididamente en la dirección apuntada.

Los cimientos de aquel “*constitucionalismo social*”, descrito por Ferrajoli, empiezan a resquebrajarse. Pero, a estas alturas ¿de qué sociedad europea se está hablando?

Ulrich Beck definió hace más de 15 años la “*sociedad del riesgo*” como aquella que, junto a los progresos de la civilización, presentaba la contrapartida de la producción de nuevos riesgos estrechamente vinculados a aquellos progresos. Por ejemplo: peligros nucleares y ambientales. Hoy en día, como él mismo ha destacado, la

lista de “riesgos” podría ser ampliada: riesgos laborales (precariedad, flexibilidad laboral y del despido), los de tipo sanitario-alimenticio (contaminaciones, adulteraciones, transgénicos, pestes vacunas y porcinas...), los derivados de la alta accidentalidad (muertes en accidentes de vehículos, accidentabilidad laboral muy alta...), los propios de los desajustes psíquico-emocionales, los derivados de las “patologías del consumo” (anorexias, bulimias...).

Para cuanto aquí interesa, en el ámbito de la cultura penal anglo sajona, y como una de las diversas respuestas para “gobernar las crisis” (*management*), las propuestas político-criminales consistieron en el desarrollo de una línea conocida como *Criminología administrativa o actuarial*, que presenta ciertas características: se impone una “gestión” de los riesgos que quedará, sobre todo, en manos estrictamente administrativas y en la que importará, fundamentalmente, “regular comportamientos para evitar riesgos” (y ya no, como antaño, cambiar mentalidades). Por ello, debe hacerse un verdadero “inventario” de los riesgos a controlar/evitar. Ya existen ejemplos muy claros de ello: instalación de cámaras de “video-vigilancia en las calles; regulaciones de las prohibiciones de salir por la noche a los jóvenes de ciertas edades (ya sea con “toques de queda” y/o “controles nocturnos”) para “evitar el contacto de los jóvenes con el riesgo de la noche, con el riesgo del delito, a esas horas; prohibiciones de venta de alcohol para “evitar riesgos”. Todas tienen ciertos rasgos en común: se actúa cuando no se ha cometido todavía un delito (¿suerte de medida de seguridad pre-delictiva?); pero no es aplicada a una persona en concreto; sino a un grupo o categoría de personas; lo cual se hace para “evitar riesgos” que son “imaginables”, es decir, predecibles; esta tarea no está desarrollada por Jueces (para casos concretos), sino por Administraciones Públicas (Ministerio del Interior, Gobernadores, Alcaldes de ciudades) para grupos enteros de la población. Además, todo ello, puede verse reforzado con sistemas nuevos de seguridad urbana, videovigilancias, monitoreos electrónicos (todo lo cual se instala con carácter general para la prevención de posibles *delito/riesgos*. Lo cual, claro está, abre la puerta a las empresas privadas que instalen sus máquinas, sus sistemas de identificación, sus videocámaras (y muchísima tecnología punitiva que va

surgiendo para aumentar la “*industria*”). Obviamente, ya no se trata de rehabilitar, sino de *monitorear*.

Veamos aún un poco más en torno a la nueva “racionalidad punitiva” que se esconde tras estos velos, a través de dos autores centrales en esta temática, como son Malcom Feeley y Jonathan Simon. Lejos de la patología, consideran la existencia del delito como algo que debe darse por sentado, suponen la desviación como un acto normal. Sus intervenciones no deben dirigirse a la vida individual, no la cuestionan moralmente, ni pretenden explicarla causalmente, ni normalizarla. Sólo procuran regular grupos humanos peligrosos para optimizar el manejo o gerencia de los riesgos. Para ello será decisivo el empleo de las estadísticas –no como un camino para descubrir causas o patologías- sino como un medio de conocimiento directo de factores y distribución de los riesgos, un mapa de probabilidades a reducir o redistribuir. Se trata de lograr una eficacia sistémica.

Los propios autores mencionados definen lo que entienden por “justicia actuarial”, caracterizándola como nebulosa, pero significativa envolviendo una particular concepción político criminal, aunque aclaran que no se trata de una ideología en el sentido estrecho de un conjunto de creencias e ideas que restringen la acción. Se resume perfectamente esta concepción cuando se destaca que la justicia actuarial envuelve prácticas, pero no es reductible a una tecnología específica o conjunto de comportamientos: “en verdad, es poderosa y significativa precisamente porque carece de una ideología bien articulada e identificación con una tecnología específica. Su amorfía contribuye a su poder”.

Y así puede señalarse que con todos los antecedentes que se han mencionado, no parecen existir demasiadas dudas en torno a las consecuencias que, para el sistema penal, había producido la crisis de la cultura del *welfare* (en el ámbito británico y norteamericano) y del Estado social (en el área de Europa continental). Por ello, no pueden causar demasiada extrañeza los caminos iniciados tras el ataque a los Estados Unidos ocurridos el 11 de septiembre de 2001; los cimientos ya estaban colocados. Nada se comentará aquí en relación a la respuesta norteamericana de carácter

estrictamente bélico con los bombardeos en Afganistán y la llamada guerra de Irak, con el beneplácito de sus socios aliados. Ello no constituye el objeto de estudio de este trabajo, aunque, lógicamente, no puede dejar de mencionarse, al menos, por lo que tiene de emblemático en la adopción de una cultura y de unas estrategias de guerra. Pero es que, junto a semejante opción bélica, le van acompañadas toda una serie de medidas que sí se relacionan con el ámbito del sistema penal y que, en consecuencia, serán sintetizadas del modo siguiente (y son tantas esas medidas, que se ha optado aquí por mencionar tan sólo las más relevantes que ilustran el rumbo por el que se ha optado). Se trata de las siguientes:

- En primer lugar, debe decirse que el Senado de EE.UU. aceptó la nueva legislación antiterrorista, aún cuando debió aceptar que las nuevas medidas “pueden provocar una erosión irrecuperable en el grado de libertades civiles de la sociedad”.
- Una de las medidas más controvertidas, pero sobre la que hubo acuerdo entre los dos principales Partidos políticos, residió en la posibilidad de detener a un extranjero durante siete días como medida preventiva sin tener que presentar cargos contra él si existe una mínima sospecha de su vinculación terrorista.
- También se permitió a las fuerzas de seguridad *pinchar* teléfonos o cuentas de Internet asociadas a un supuesto terrorista sin tener que lograr una orden judicial para cada uno de los números.
- Un solo permiso judicial permitirá *pinchar* todos los teléfonos que el terrorista pudiera utilizar (generalización que capacitará a la Policía para interceptar conversaciones de ciudadanos íntegramente inocentes).
- Se prevé, asimismo, el agravamiento de penas por actividades terroristas o por lavado de dinero vinculado a estas organizaciones.
- Se discutió y aceptó la necesidad de legalizar ciertas formas “atenuadas” de tortura.

- Se aplicó la nueva legislación antiterrorista, a todo extranjero que pise los EE.UU. a quienes se le tomarán todos sus datos, huellas digitales, etc.

4) LA GUERRA COMO RACIONALIDAD CONSTITUTIVA

En efecto, la mirada puede y debe partir de la guerra. Actualmente, los niños menores de 8 o 9 años emplean a menudo esa palabra, pero no para jugar como atañe, de modo inocente. Lo hacen con miedo, piden a sus padres que apaguen las televisiones que muestran escenas dantescas, han interiorizado profundamente sus visiones y no están preparados para digerirlas. La guerra ya no es, ni mucho menos, la que se desarrolla en alguna parte concreta del mundo. El concepto, actual, de *guerra global* (véase a Alessandro dal Lago, por ejemplo), nos habla de una racionalidad constitutiva y fundante del orden postmoderno. Desde el corazón del Imperio hasta la ilustrada Europa, los ataques del llamado “terrorismo internacional” (pensemos en los ejemplos de New York, Madrid y Londres, curiosamente los tres socios de la guerra de Irak...) han provocado efectos hoy muy claros. Por un lado, han demostrado la vulnerabilidad del “primer mundo”. Por otro, han sido funcionales a la creación de nuevos “enemigos” que justifican la restricción de todo tipo de derechos y garantías que eran consustanciales a una Modernidad que hoy está en estado de demolición.

Si algún “enemigo” ha sido construido también en la línea que va desde Estados Unidos a la Unión Europea, el caso de la inmigración deviene hoy paradigmático. Desde la frontera entre México y Estados Unidos hasta la edificación de la “Europa Fortaleza”, estos territorios aparecen hoy plagados de muros y vallas (cada vez más altas y más electrificadas) y de campos de internamiento y/o de expulsión que retrotraen la memoria a las descripciones de aquel “universo concentracionario” que David Rousset narró para siempre como ejemplo de la enajenación mental europea de la época del Holocausto y de la barbarie nazi. Por ello en Europa ya se emplea el término “Europa carcelaria”: cárceles, campos de internamiento para migrantes, vallas y nuevas fronteras ponen en cuestión la Europa ilustrada de las libertades.

El problema de las migraciones dibuja, en el “primer mundo”, un nuevo tipo de subjetividades que son tratadas muchas veces con elementos “extraordinarios” del Sistema penal, cuando no con herramientas ajenas a éste y propias de la lógica bélica. Dos ejemplos ilustran lo que acaba de decirse. Primero: en el mes de octubre de 2005, en las ciudades españolas (pero fronterizas) de Ceuta y Melilla, miles de africanos y asiáticos decidieron iniciar avalanchas humanas (el cuerpo es su arma) para saltar las vallas levantadas como impedimento para entrar al corazón europeo. Hubo heridos, muertos, denuncias de torturas y el Gobierno decidió, finalmente, el envío de tropas del ejército para “preservar la seguridad”. Segundo: en el mes de noviembre de 2005, en la mayoría de los barrios pobres de las ciudades de Francia, se ha iniciado una revuelta sangrienta protagonizada por jóvenes inmigrantes e hijos de inmigrantes que padecen los efectos de una inexistente política social durante las últimas cuatro décadas. La respuesta no se ha hecho esperar: en el corazón de la Ilustración, acaba de decretarse el toque de queda. ¡Del Estado de Derecho al Estado de Excepción!

Mientras tanto, todos asistimos, como meros espectadores, a las revelaciones de nuevos capítulos del horror en Irak. Práctica de la tortura, bombardeo de la población civil, empleo de armas químicas en la batalla de Faluja (el Napalm postmoderno...), denuncias sobre cárceles secretas en diversos países para poder torturar sin injerencias molestas, etc., etc. ¿Hasta dónde involucionaremos? ¿cuál será el límite? ¿hay límite? ...

Cada vez se recuerdan más los trabajos y la vida de Carl Schmitt. Y, en efecto, tal vez hoy sea más necesario que nunca recordar a los ideólogos del nacionalsocialismo y a quienes, como el citado, situaron a la política dentro de la esfera de la relación *amigo-enemigo*. De allí, como es sabido, surgió una peligrosísima doctrina en las ciencias penales: “*el derecho penal del enemigo*”. Hoy es preciso tenerlo presente nuevamente: al enemigo no se le tiene por qué readaptar, reintegrar, corregir ni resocializar. Las doctrinas correccionalistas, y toda su retórica, pertenecen al pasado. Al enemigo se le combate, se le aplasta, se le inocuiza, se le mata, sin más.

Pero, yo añadiría, con Salvatore Palidda, que la guerra global, la lucha militar contra los nuevos enemigos (terroristas, inmigrantes, pobres y excluidos sociales...), como toda guerra, en el fondo siempre guardó (y ésta también guarda) una funcionalidad para con los sistemas económicos, siempre contuvo una racionalidad escondida o maquillada entre la visible irracionalidad que la caracteriza. Veamos con más detenimiento:

- la guerra contra la inmigración es plenamente útil para el mantenimiento y para la reproducción de una fuerza de trabajo sin derechos,
- la guerra global es útil, asimismo, para el despliegue de todo el necesario pensamiento conservador y autoritario que pretende la implantación de políticas represivas como la de ‘cero tolerancia’, ‘ventanas rotas’ o legislaciones antiterroristas y/o de excepción,
- la guerra provoca importantes negocios, no sólo en lo que se refiere al tráfico de armas, control de pozos petrolíferos y subcontratación privada de nuevos ejércitos, sino incluso entre la inmensa red de empresas, organizaciones no gubernamentales y demás *gestores* de estos grandes acontecimientos (¿recuerdan lo del *risk management*?),
- Pues bien, todo ello ha terminado por provocar la *banalización*, en términos de normalización y de aceptación acrítica, de los malos tratos, torturas y otras flagrantes violaciones de los derechos humanos más elementales, provocando “consenso” a través del terror y, en consecuencia, una docilidad y sumisión social plenamente funcional al mercado único y global que se pretende imponer.

En fin, el catálogo del horror es demasiado amplio, desde un punto de vista cuantitativo para realizar una enumeración exhaustiva. Pero, desde el punto de vista cualitativo, como dice Bergalli, *¿cuál es la diferencia entre el campesino de Irak que muere víctima de un bombardeo aéreo cuando se dirigía a cultivar su tierra y el*

habitante urbano de nuestras ciudades que estalla con el atentado terrorista mientras se dirigía al supermercado o al metro para acudir a su trabajo? Esa es la “guerra que nos vuelve” y que atraviesa el planeta de un arco a otro.

Volviendo a Europa ¿Qué está sucediendo?, ¿es ésta una herencia de la *tolerancia cero* o una versión renovada de la *cultura de la emergencia y/o excepción?*, o, tal vez, ¿es éste, precisamente, el resultado de la conjunción de aquellas dos líneas político criminales?. Veremos cuánto tarda en verificarse la difusión de esta “nueva” política penal en los países europeos. La tendencia es clara: gestión punitiva de la pobreza, mercado económico de total flexibilización, criminalización cada vez mayor de la disidencia y reducción del Estado. El espacio de “*lo público*” parece caminar en esa dirección. El escenario punitivo no parece así que se pueda contraer. Pero, como seguramente, una vez más, fracasará en sus funciones declaradas, quien pueda, deberá prepararse para *comprar* seguridad, *privada*.

Ya no hay espacio aquí para seguir especulando sobre el futuro. Para acabar, podría ser oportuno hacerlo con las palabras de un gran escritor, una de las mentes lúcidas y todavía comprometidas con este desordenado tiempo. Indicaba hace bien poco Saramago, a propósito de comentar su última obra: *volveremos a la “caverna” –o al “centro comercial”-. Antes, la humanidad buscó lo exterior, el “afuera”, la luz de la Ilustración. Hoy ya no se busca “el interior” sino la “seguridad interior”, y en ella sólo hay una luz gris, fría, seca y, sobre todo, artificial. “Todos acabaremos en el Centro Comercial -como paradigma de la nueva Ciudad-: allí tendremos aire, luz, y temperatura y clima artificial... También dispondremos de seguridad privada y acabaremos haciendo ahora “dentro” lo que antes hacíamos “fuera”: ¿para qué salir, entonces?. Será mejor una vida gris que una vida insegura. Quienes puedan pagar la seguridad tendrán así su barrio, su ciudad, su Centro –privados, artificiales y seguros- y ¿los que no tengan el dinero o los medios para ello (que cada vez serán más y actuarán de manera más desesperada)?. Pues, para éstos, siempre quedará el Sistema Penal (el de “afuera”)...*

CRIMINALIDAD, CRIMINALIZACIÓN, Y CÁRCEL EN LA GLOBALIZACIÓN, EN AMÉRICA LATINA Y EN LOS PAÍSES DE ALTOS INGRESOS

ELÍAS CARRANZA
Director del ILANUD

Disponemos de 17 minutos. En el tiempo del que disponemos trataré de exhibir alguna información sobre criminalidad, criminalización y cárcel, para tratar de que vayamos infiriendo de cada cuadro el cuadro siguiente, y de que, en la medida de lo posible, la información que veamos de esa manera nos vaya conduciendo a conclusiones. O sea, trataremos de hacer algo parecido al método socrático de la mayéutica, pero con el apoyo de la estadística y la informática. Lo haremos presentando alguna información sobre los países de América Latina y sobre los países de altos ingresos (vale notar que en la clasificación de países que hace el Banco Mundial todos los de América Latina son de medianos y algunos de bajos ingresos; no hay países de altos ingresos en nuestra región).

Costa Rica: Homicidios dolosos y tasas por 100.000					
Año	Tasa	Homicidios	Año	Tasa	Homicidios
1980	4,4	101	1994	5,4	182
1981	4,4	103	1995	5,4	184
1982	3,5	84	1996	5,4	189
1983	3,8	95	1997	5,7	210
1984	3,8	98	1998	6,0	224
1985	4,1	109	1999	6,4	245
1986	3,8	103	2000	6,1	240
1987	4,1	114	2001	6,3	251
1988	4,1	117	2002	6,1	251
1989	3,9	116	2003	7,0	292
1990	4,6	139	2004	6,2	265
1991	4,2	132	2005	6,9	299*
1992	5,0	160	2006	7,7	338
1993	4,9	160	2007		

E. Carranza / E. Solana, Proyecto "Seguridad frente al delito". ILANUD

Fuentes: Homicidios: Oficina de Estadísticas del Departamento de Planificación del Poder Judicial; Datos de población: Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC.

Constan 299 hechos de homicidio y no 300 como en el anuario de la Oficina de Estadísticas porque el caso que figuraba como homicidio (con pluralidad de 19 víctimas ocurrido en el Hospital Calderón Guardia) cambió su

calificación en 2008 por resolución de la Sala Tercera Penal de la CSJ, quedando como muertes en ocasión de la comisión de delito de incendio.

COSTA RICA: TASAS X 100 000 DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD MÁS CONVENCIONALES*	
AÑO	TASA
1988	560
1989	649
1990	706
1991	856
1992	940
1993	961
1994	981
1995	822
1996	789
1997	816
1998	1004
1999	1014
2000	960
2001	1064
2002	1047
2003	1176
2004	1136

2005	1158
2006	1205

E. Carranza / E. Solana, Proyecto "Seguridad frente al delito". ILANUD

Fuentes: Delitos: Oficina de Estadísticas del Departamento de Planificación del Poder Judicial; Datos de población: Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC.

*Hurto, hurto de ganado, robo con fuerza en las cosas, robos y hurtos de medios de transporte, robo con violencia contra las personas, secuestro extorsivo, tentativa de robo con fuerza en las cosas, tentativa de robo o hurto de medios de transporte, tentativa de hurto o robo, tentativa de robo con violencia sobre las personas, tentativa de secuestro extorsivo, usurpación. Se incluyó en el cálculo el secuestro extorsivo y su tentativa, por ser un delito que aunque desde el punto de vista del bien jurídico tutelado los códigos no lo ubican entre los delitos contra la propiedad, tiene un objetivo ulterior generalmente de lucro, como fue el objetivo en el universo de casos analizado en Costa Rica.

Aunque no pondremos en pantalla en este momento cuadros similares sobre criminalidad en los otros países de la región, tomemos nota de que el fenómeno que vemos en el caso de Costa Rica se manifiesta de manera similar en toda la región.

Veamos ahora alguna información sobre cárceles, en concreto sobre las tasas de encierro:

AMÉRICA LATINA: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000																	
	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08
Arg	63	64	68	74	97	96	99	106	118	126	141	157	163	164	152		
Bol						79	85	101	109	96					73	78	78
Bra	74	80	81	107		119		131	133	132	133	169	182	193	211	219	226
Col	92	96	97	98	120	129	128	139	157	170	157	178	199	207	179	174	188
C R	104	105	109	121	133	160	162	169	168	183	187	190	196	196	191	186	189
Chi	154	153	148	153	161	170	179	203	215	216	221	228	226	228	259	290	318
Ecu	74	81	81	85	95	81	79	70	65	63	69	77	87	91	107	128	118
El S	101	103	109	124	138	157	136	112	130	158	177	180	188	186			
Gua					62			75			101	101	96	87	84		

POBLACIONES PENITENCIARIAS EN AMÉRICA LATINA 1995-2005

**CRECIMIENTO POR AUMENTO DEMOGRÁFICO
Y CRECIMIENTO POR MÁS USO DE LA PRISIÓN**

Hon	110	113	139	160	166	153	160	178			183			170	159	148	148
Méx	101	104	97	101	108	116	127	142	152	163	170	177	185	196	200	200	202
Nic	78	78	91	98	111	106	132	143	128	124	131	112	116	117			
Pan	176	215	221	229	269	282	292	294	293	320	341	361	360	359			
Par					70	75	74	78	67	74	85	92	107	109	105	99	100
Per	77	80	83	88	96	100	105	108	108	104	104	108	116	123	136	149	153
R D	145	135	151	161	129	140	165	168				189	150	143	148	164	166
Uru	96	99	100	99	101	106	120	122	129	148	170	203	215	213	198	212	231
Ven					101	112	106	97	85	104	104	103	98	76	96		

E.Carranza, ILANUD 2006

Elaborado con información oficial verificada en talleres de trabajo con los directores de los sistemas penitenciarios de cada país.

Siempre que se pudo se adicionaron las cifras de presos y presas alojados en comisarías policiales, fenómeno creciente en los países de la región por la falta de espacio en las prisiones.

	1995	2005	Por aumento demográfico		Por más uso de la prisión	
			f	%	f	%
Argentina	25.852	63.357	2.834	8	34.671	92
Bolivia						
Brasil	173.104	420.544	27.332	11	220.108	89
Colombia	37.428	93.018	7.281	13	48.309	87
Costa Rica	4.200	8.453	1.024	24	3.229	76
Chile	22.023	37.033	2.865	19	12.145	81
Ecuador	9.646	12.081	1.968	81	467	19
El Salvador	7.013	12.766	1.492	26	4.261	74
Guatemala* (1996)	6.387	11.066	1.537	33	3.142	67
Honduras	8.933	11.691	2.675	97	83	3
México	92.623	203.686	15.245	14	95.818	86
Nicaragua	4.586	6.382	1.396	78	400	22
Panamá	6.108	11.602	1.013	18	4.481	82
Paraguay* (1996)	3.427	6.432	870	29	2.135	71
Perú	21.057	33.478	3.631	29	8.790	71
R. Dominicana	12.663	13.182				
Uruguay	3.192	7.069	235	6	3.642	94

Venezuela	22.791	20.249				
Elías Carranza, ILANUD. Elaborado a partir de la información penitenciaria proporcionada por la autoridad penitenciaria de cada país, y los datos de población del Centro Latinoamericano de Demografía CELADE. * Los datos de Guatemala y Paraguay son 1996-2006						

Veamos ahora algo muy interesante sobre el crecimiento de las poblaciones penitenciarias en los países de altos ingresos, que significativamente tiene mucho que ver con la situación en los países de América Latina y en los países de medianos y bajos ingresos del mundo en general.

El cuadro siguiente exhibe el altísimo crecimiento de las poblaciones penitenciarias habido en los países de Europa Occidental en el curso de diez años, 1995 - 2005. A primera vista el fenómeno sería similar al que presenciamos en América Latina.

AUMENTO DEL USO DE LA PRISON EN LOS PAISES DE EUROPA OCCIDENTAL

	Total personas presas y tasa 1995	Total personas presas y tasa 2000	Total personas presas y tasa 2005	Variación en la población presa 1995-2005
AUSTRIA	6.180 (77)	6.896 (86)	8.883 (108)	+ 43,7%
ALEMANIA	66.146 (81)	78.707 (96)	80.413 (97)	+ 21,6%
BÉLGICA	7.561 (75)	8.671 (85)	9.375 (90)	+ 24,0%
DINAMARCA	3.438 (66)	3.279 (61)	4.198 (77)	+ 22,1%
ESPAÑA	40.157 (102)	45.044 (112)	61.246 (142)	+ 52,5%
FINLANDIA	3.018 (59)	2.703 (52)	3.954 (75)	+ 31,0%
FRANCIA	51.623 (89)	44.618 (77)	52.908 (88)	+ 2,5%
GRECIA	5.887 (56)	8.038 (74)	8.760 (82)	+ 48,8%
HOLANDA	10.249 (66)	13.847 (87)	20.747 (127)	+ 102,4%
HUNGRÍA	12.703 (124)	15.110 (148)	16.543 (164)	+ 30,2%
IRLANDA	2.054 (57)	2.887 (75)	3.417 (85)	+ 66,4%
ITALIA	49.642 (87)	53.481 (94)	56.530 (97)	+ 13,9%

LUXEMBURGO	469 (114)	394 (90)	653 (143) + 39,2%
MACEDONIA	1.132 (58)	1.394 (69)	2.256 (111) + 99,3%
MALTA	196 (53)	257 (65)	298 (74) + 52,0%
NORUEGA	2.398 (55)	2.643 (59)	3.167 (68) + 32,1%
POLONIA	62.719 (163)	56.765 (147)	80.368 (211) + 28,1%
PORTUGAL	12.343 (124)	13.106 (128)	12.929 (122) + 4,7%
SUECIA	5.767 (65)	5.678 (64)	7.054 (78) + 22,3%
SUIZA	5.655 (80)	6.390 (89)	6.111 (83) + 8,1%
R.U. ING. GALES	50.962 (99)	64.602 (124)	76.190 (143) + 49,5%
R.U. ESCOCIA	5.657 (111)	5.855 (116)	6.794 (134) + 20,1%

Elaborado a partir de Roy Walmsley, 'International key issues in crime prevention and criminal justice' HEUNI Publication Series No. 50, pages 161-167 (2006).

Pero veamos otro cuadro más, que nos proporciona información sobre el número y porcentajes de los presos y presas extranjeras en los mismos países:

PERSONAS PRESAS EXTRANJERAS EN PAÍSES DE EUROPA, 2005*		
PAÍS	NÚMERO	% SOBRE EL TOTAL DE PERSONAS PRESAS
LUXEMBURGO	495	71,4
CHIPRE	241	45,6
AUSTRIA	3.979	45,4
GRECIA	3.990	41,6
BÉLGICA	3.860	41,2
HOLANDA	5.818	32,9
ITALIA	19.656	33,0
MALTA	91	30,5
ESPAÑA	18.436	30,1
ALEMANIA	22.095	28,0
SUECIA	1.475	20,9
FRANCIA	11.820	20,5
PORTUGAL	2.386	18,5
DINAMARCA	754	18,2
INGLATERRA Y GALES	9.650	12,7
IRLANDA	3.080	9,0
REPÚBLICA CHECA	1.652	8,7
FINLANDIA	286	7,5

HUNGRÍA	631	3,8
ESCOCIA	71	1,0
POLONIA	750	0,9
<p>Elaborado a partir de "Foreigners in European Prisons" by Anton van Kalmthout, Femke Hofstee-van der Meulen and Frieder Dünkel (eds.), Chapter 1, Table 1, Wolf Legal Publishers, 2007.</p> <p>* La palabra presos comprende la totalidad de presas y presos sentenciados, en prisión preventiva, y en detención administrativa (solicitantes de asilo denegado, y migrantes irregulares privados de libertad a la espera de su deportación).</p>		

Es increíble la proporción de personas extranjeras presas en los países de Europa Occidental, y similar es el caso en los Estados Unidos de América. Se trata de países de altos ingresos dentro de la clasificación del Banco Mundial, que son polo de atracción de personas migrantes provenientes de países de bajos y de medianos ingresos que, desesperadas, se las ingenian para llegar de cualquier manera en búsqueda de trabajo, lícito o ilícito, provenientes del Este de Europa, de Asia, de África, y de América Latina y el Caribe, terminando muchas de ellas en la cárcel. Las cifras de presos y presas del cuadro incluyen el total de personas sentenciadas, en prisión preventiva, y en detención administrativa (solicitantes de asilo denegado, y migrantes irregulares privadas de libertad a la espera de su deportación).

En los países de bajos y de medianos ingresos de América Latina y el Caribe, Asia, África, y Europa del Este, encerramos en gran desproporción a personas de nuestros grupos poblacionales excluidos y de clase baja. En los países de altos ingresos de Europa y América del Norte, también encierran en gran desproporción a personas excluidas y de clase baja, pero con la característica de que gran número de ellas son también latinoamericanas y caribeñas, asiáticas, africanas, y de Europa del Este, que, como decíamos, emigran de las formas más riesgosas en búsqueda de trabajo, terminando muchas de ellas en la cárcel, y otras, muchísimas, miles, ahogadas

en los océanos, asfixiadas en contenedores, y muertas en los desiertos de la frontera de Estados Unidos con México¹.

Es notable como al reunir información de las diversas regiones del mundo va integrándose el rompecabezas y se ve con más claridad lo que ocurre. El aumento del delito, la alarma social y el creciente uso de la justicia penal y la prisión que se manifiestan simultáneamente en todas las regiones del mundo² pero con prevalencia en los países de bajos y medianos ingresos, difícilmente podía ser una casualidad. Vemos que es un fenómeno global, propio de la estructura de la llamada globalización, y veremos también que se origina en variables comunes a los diversos países, que actúan de manera prevaleciente o concomitante con otras posibles variables específicas en cada país.

En lo que sigue avanzaremos sobre esta explicación. Nos valdremos de la investigación criminológica de los últimos años, que verifica que existe alta correlación entre la inequidad de la distribución del ingreso y los delitos contra la propiedad y contra las personas. La correlación ha sido medida entre países, y al interior de los países. (Carranza y Solana 2004 y 2007; Fajnzilver y otros 2002).

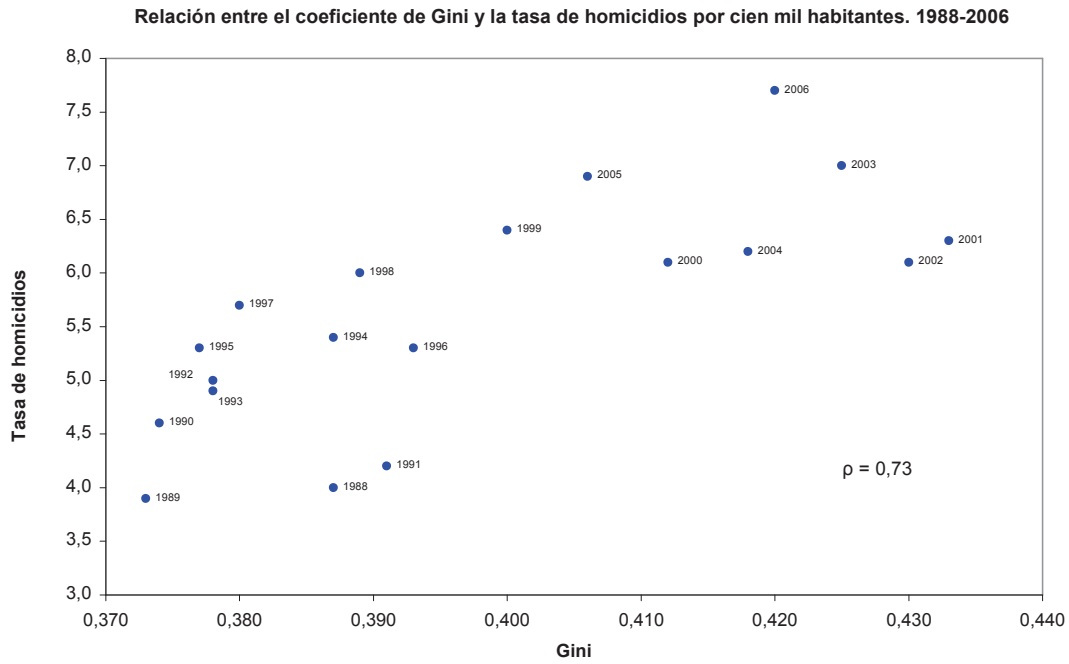
Es bueno señalar que la inequidad de la distribución del ingreso ha crecido durante las últimas décadas en el mundo en general, pero sobre todo en los países de medianos y bajos ingresos y entre ellos muy aceleradamente en los nuestros de América Latina.

Veamos como se manifiesta la correlación en el caso de Costa Rica:

¹ En diciembre 2007 quien escribe estas líneas estuvo en Tijuana, Baja California, frontera entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América. Me llamó la atención ver, clavadas a lo largo de la empalizada, numerosas pequeñas cruces de madera, y una sumatoria de ellas –tres mil seiscientos y pico en ese entonces- con el dato de la fecha, que se actualiza constantemente. Pregunté, y me explicaron que las cruces recordaban los migrantes muertos en su travesía para ingresar a los Estados Unidos de América. Pregunté nuevamente si la sumatoria de las cruces correspondía a las personas muertas a todo lo largo de la frontera, y me explicaron que no, que esas eran solamente las personas muertas en ese tramo de la frontera.

² Respecto del aumento del uso de la prisión en las otras regiones del mundo, además de la información que aquí proporcionamos puede consultarse la Hoja Anual Penitenciaria del Home Office de Inglaterra y Gales, y la página electrónica de Penal Reform International PRI.

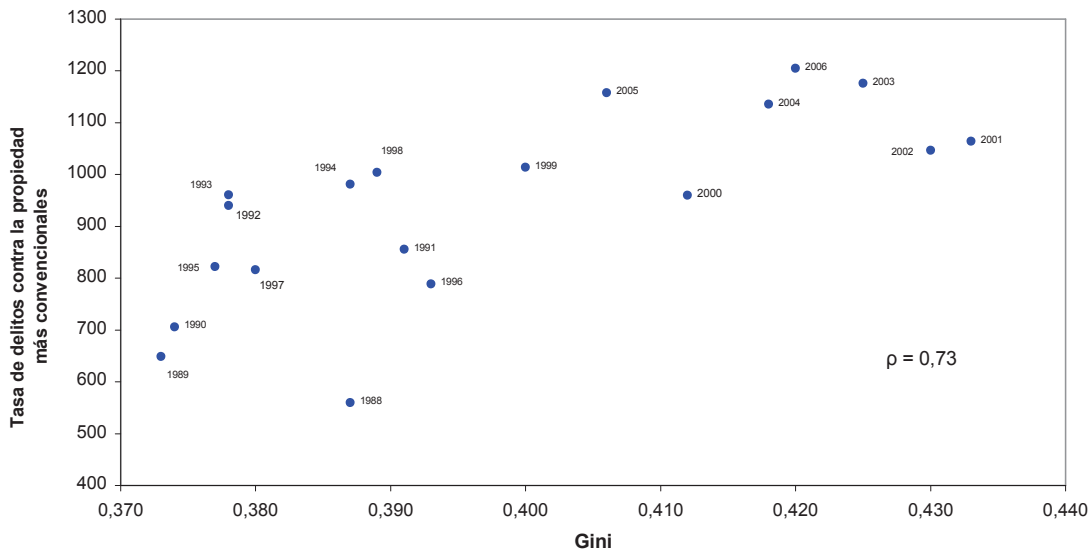
Costa Rica 1988-2006: relación entre la inequidad de la distribución del ingreso medida por el coeficiente de Gini y la tasas de homicidios dolosos



E. Carranza, E. Solana, ILANUD 2007

COSTA RICA

Relación entre el coeficiente de Gini y la tasa de delitos contra la propiedad más convencionales. 1988-2006



E. Carranza, E. Solana, ILANUD 2007

La correlación que vemos para el caso de los homicidios en Costa Rica fue verificada asimismo en Brasil, Chile, Colombia, Dominica, México, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago, y Venezuela, en total diez países de nuestra región y en 39 del mundo en total. La correlación sobre el delito de robo fue verificada además de Costa Rica en Chile, Jamaica, Perú, Trinidad, y Venezuela, en total seis países de nuestra región y 35 en total en el mundo. (Fajnzilver y otros 2002:7, 25; Carranza y Solana 2007)³.

Lo que acabamos de ver no es una explicación monocausal ni mecánica de la criminalidad, ni es tampoco la única explicación para todos los delitos. Es una importante correlación matemática entre variables, que ha venido encontrándose en países y entre países de las diversas regiones del mundo, que arroja bastante luz para

³ Ver asimismo el capítulo “El delito como costo social de la pobreza y la inequidad: un examen del tema focalizado en los países en vía de desarrollo” de F. Bourignon, en el documento de trabajo del Banco Mundial “Facetas de la Globalización” (2001).

la explicación del crecimiento del delito a partir de la década de los ochenta y los noventa en América Latina, como asimismo en los países de medianos y bajos ingresos de otras regiones del mundo, y arroja también luz sobre el comportamiento del delito en los países de altos ingresos.

Fenómenos como el que estamos analizando fueron denominados por Joseph Stiglitz “malestares en la globalización” (2002).

Podríamos concluir diciendo que este tipo de malestares no se curan con solamente justicia penal y cárcel. Requieren justicia penal, pero por sobre todo el remedio que requieren es mucha justicia social, al interior de los países, y entre países por medio de relaciones equitativas en el intercambio comercial. Respecto de ésta última tendríamos que lograr lo que supo decir Don Pepe Figueres refiriéndose a los países de altos ingresos: *“Mejor no nos ayuden; páguennos bien nuestros frijolitos”*.

Respecto de la necesidad de equidad y justicia social al interior de nuestros países, la responsabilidad es totalmente nuestra.

EXCLUSIÓN / INCLUSIÓN

LA SUBJETIVIDAD EFECTO DE LA LÓGICA: EXCLUSIÓN-INCLUSIÓN. EL DISCURSO DEL PSICOANÁLISIS, UNA RESPUESTA MÁS ALLÁ DE LA EXCEPCIÓN
(HAYDEÉ MONTESANO)

EXCLUSIÓN ESCOLAR: EL LAZO SOCIAL FRAGMENTADO
(ETTY KAUFMANN Y MILAGROS JAIME)

¿COSTA RICA SOLIDARIA?:
ACTITUDES HACIA LA MIGRACIÓN Y LOS INMIGRANTES
(VANESSA SMITH CASTRO, MARÍA ARAYA Y LAURA PEÑA)

VIOLENCIA SOCIAL Y MOVILIDAD HUMANA: EL CASO DE LA CULTURA VIAL
COSTARRICENSE
(ADRIANA SÁNCHEZ)

CONVIVENCIAS TELE-VISADAS: UN ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN
PERIODÍSTICA SOBRE LOS INMIGRANTES NICARAGÜENSES EN COSTA RICA
(LARISSA TRISTAN Y ANYELICK CAMPOS)

LA SUBJETIVIDAD EFECTO DE LA LÓGICA: *EXCLUSIÓN-INCLUSIÓN*. EL DISCURSO DEL PSICOANÁLISIS, UNA RESPUESTA MÁS ALLÁ DE LA *EXCEPCIÓN*

HAYDEÉ MONTESANO

NOCIONES INTRODUCTORIAS Y DE MÉTODO

El propósito de este desarrollo es considerar cómo la lógica *exclusión-inclusión* pone de manifiesto una concepción de la subjetividad que está directamente relacionada con el *estado de excepción* y una cierta forma de concebir la violencia como inherente al campo social.

El análisis que se propone intenta articular dos campos discursivos claramente diferenciables, tal como lo son el psicoanálisis y la filosofía política, lo que exige señalar que se parte de la premisa que sostiene en cada uno de ellos su carácter específico y que sólo a partir de esa consideración se podrá situar el punto que organiza el diálogo.

Se deberá anticipar, además, que trabajar con la noción: *subjetividad*, permite situar el término que opera como bisagra entre los dos discursos; tanto para uno como para el otro, se trata de cómo concebir la subjetividad a la luz de las categorías teóricas propias de su campo. Por otra parte, la elección de dicho término indica que se renuncia a sostener la idea de lo *humano* como abarcable por alguna definición que totalice al *hombre* como tal. En este mismo sentido, se plantea que un discurso está en condiciones de develar y ocultar, simultáneamente, sobre aquello de lo que enuncia.

Otra cláusula que surge a partir de la posición epistemológica con la que se trabajará, es la de indicar que – por razones que quedarán explicitadas en el desarrollo de los puntos que siguen- la lógica de la subjetividad que se está considerando es la que se funda a partir de la constitución de los Estados Nación.

DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA

Para abordar en este campo las categorías de *exclusión-inclusión* y *estado de excepción* nos basaremos, fundamentalmente, en los desarrollos que Giorgio Agamben realiza en los libros: “Homo sacer I, El poder soberano y la nuda vida” y “Homo sacer II, 1° parte: El estado de excepción”.

Con el surgimiento de los Estados Nación, se estabiliza un conjunto de prácticas discursivas que modulan de una manera particular la subjetividad de la época, recortando un registro del *hombre* que se sostiene en argumentos de la ciencia moderna, la religión –cristiana fundamentalmente-, el derecho, la filosofía, la política y el arte. Estos sistemas de pensamiento tienen su correlato en los ideales de la época, que por razones de orden metodológico, serán presentados y desarrollados en el punto siguiente, dedicado al discurso del psicoanálisis.

El contexto en el que abordaremos las categorías: *exclusión-inclusión* y *estado de excepción*, se apoya básicamente en el debate que, sobre este último, sostienen Walter Benjamín y Carl Schmitt a través de distintos artículos y publicaciones, tal como los presenta y organiza Giorgio Agamben.

Este debate confronta el criterio con el que cada uno de ellos piensa la paradoja presente en el *estado de excepción*; paradoja que es efecto de la condición en la que queda el derecho, en tanto la excepción hace que la ley y su suspensión se definan, simultáneamente, como una inclusión excluyente y una exclusión inclusiva. Esto refiere a lo que acontece en tanto el conjunto de derechos y garantías, que afectan al ciudadano de un Estado Nación, pueden quedar suspendidos mediante la cláusula del estado de excepción - también llamado en algunas constituciones estado de sitio- que está contemplado – o incluido- por la misma ley. De este modo, aquello que suspende la vigencia de la ley no queda por fuera de ella. La potestad que se ejerce respecto de este mecanismo está ligada directamente al poder soberano, en el que radica la posibilidad de tomar la decisión. Pero, en este sentido, la complejidad del problema se evidencia en la medida en que la “decisión” entraña alguna pauta que indique la

necesidad de poner en vigencia el estado de excepción. Nominalmente son aquellas situaciones que entrañan algún peligro para el conjunto de la sociedad y sus instituciones. Mientras que para Schmitt esa decisión soberana es posible, para Benjamin se trata de un indecible, básicamente por producirse en la zona de *anomia* – sin ley.

Esta descripción somera permite ubicar la articulación de las categorías que participan del problema, pero el punto de nuestro interés se establece al momento de la interpretación de esas categorías, a la luz de posicionamientos ético-lógico-ontológicos, que derivan en determinaciones que se producen en el plano político, se sostienen en el derecho y se ejecutan jurídicamente.

El centro del mencionado debate entre Benjamín y Schmitt, se organiza a partir de la concepción de *violencia*, en la medida que es el presupuesto en el que se apoya el estado de excepción. La confrontación sobre su consideración lleva el análisis al corazón de la paradoja del estado de excepción, ya que el origen mismo del derecho se fundamenta en la inexistencia de la ley, en lo que Agamben, retomando a Benjamin, denomina como zona de *anomia*, pero es el estado de excepción el que sitúa la suspensión del derecho y, que en la misma maniobra garantiza su existencia. Cabe destacar que, al momento del debate, el diagnóstico de Benjamin sobre el Siglo XX, es que la excepción se ha convertido en regla, descomponiendo la lógica que supuestamente subyace al equilibrio del derecho, su origen y permanencia, según la perspectiva de Schmitt, quien se constituye en crítico feroz del Estado de Derecho, denominando al estado de excepción, regulado por la ley, ficticio o político. En respuesta a esto, Benjamin toma la noción de *violencia* y distingue entre *violencia pura* y *violencia ficticia*, buscando maniobrar en el sentido de quitar a la violencia su relación al derecho –tal como lo sostiene Schmitt- para situar la *violencia pura* bajo una existencia fuera del derecho.

Es muy importante aclarar que, el término *violencia pura* debe ser entendido como término técnico del ensayo benjaminiano; designa la acción humana que ni instala ni conserva derecho. Por otra parte, Benjamin aclara que el término: *pura* no especifica

alguna naturaleza propia o en sí misma de la violencia; siempre habrá que entender que su existencia es con relación a otra cosa, condicionada por otra cosa. No se trata de una figura originaria del actuar humano.

Está operando con la concepción de un presupuesto que no se organiza respecto de un punto de origen –históricamente fechable- que pudiera plantearse como pre-jurídico; es una puesta en juego del conflicto del estado de excepción, aquello que de este conflicto resulta y sólo de ese modo es un pre-supuesto al derecho, dicho de otra manera, es un pre-supuesto de carácter lógico.

Es de sumo interés demorarnos en lo que se desprende de las consideraciones de Benjamin, en el sentido de lo ético-lógico-ontológico de su planteo.

Podemos distinguir que en ningún momento se consolida una naturaleza del hombre que permita establecer que la violencia es un aspecto irreductible de lo humano, en el sentido de los argumentos que sustentan los llamados “contratos sociales”, según los cuales, el hombre cede una cierta violencia –propia del aspecto irracional del hombre, según algunas concepciones- para depositarla, por ejemplo, en el Estado, quien la puede ejercer discrecionalmente con el fin de mantener el orden social.

El caso paradigmático de “Contrato Social” es la argumentación que sostiene Hobbes, quien al propugnar la famosa alocución “el hombre es el lobo del hombre” instala, simultáneamente, la idea de una irracionalidad que es connotada como lo animal en el hombre, con la particularidad de ser una especie viviente que se diferencia de los otros seres vivos por poseer un aspecto racional que puede ser la valla de contención de los instintos naturales. La derivación que se produce a partir de estos fundamentos, es lo que Agamben ubica como *biopolítica*, en un paso diferencial con Michel Foucault.

El análisis de Agamben se organiza a partir de algunos términos técnicos, entre ellos el de *nuda vida*. Con esta designación se connota la condición de *viviente* del hombre, en tanto vida humana que no reconoce vida calificada o forma de vida, tal como se lo expresa cuando se plantea que lo humano está constituido como diferencia cualitativa y no de evolución de una especie, respecto de otros vivientes. Resulta

fundamental aclarar que la construcción misma de la noción de nuda vida, es propuesta por Agamben como efecto del poder y no como la descripción de un hecho natural. En este sentido, advierte que se produce el corrimiento del eje de la subjetividad – sólo admisible para una vida cualificada- a una supuesta condición biológica. Para dar ejemplo de esto, él se refiere al Writ de *Habeas corpus*, que muestra el ingreso del nuevo *sujeto político* de la modernidad bajo la instancia: ...”tendrás un cuerpo que mostrar”; señalando la discrepancia respecto de la modalidad del sujeto político del feudalismo, que es definido como hombre libre –aun con las restricciones del caso, pero con relación a gradaciones de libertad.

Una vez señalada la depreciación de la categoría de lo humano, en lo que denomina *nuda vida*, resta un paso más para comprender el alcance de lo biopolítico en su articulación con el *estado de excepción* y la concomitancia con la *exclusión-inclusión*.

Al ingresar *el cuerpo* como garantía de un proceso judicial justo –recordemos que el *habeas corpus* tiene esta función- el pasaje que se ha producido hace que sea el *viviente* el que es tomado en el *estado de excepción*, tanto para ser considerado como el sujeto político pasible de control por parte del poder del Estado, como de la maniobra que incluye y excluye, en la misma operación, al viviente respecto de la lógica estatal que instaura la discrepancia insalvable entre el ciudadano y el viviente; esto se verifica en el amplio rango por el que transitan prácticas que van desde las políticas sanitaristas, hasta los controles represivos extremos. En este punto Agamben es categórico al afirmar que en la actualidad la condición ya no es la de ciudadano sino de *refugiado*. Recordemos el diagnóstico de Benjamin, que señala que el estado de excepción se ha constituido en la regla, valiéndose de este diagnóstico, señala que la línea que divide al ciudadano del refugiado del campo es ilusoria. La atrocidad de los campos de exterminio nazi nos dio la pauta para comprender este diagnóstico; pero debemos entender que esto es actual, sólo con remitirnos a la *military order* de la *indefinite detention* emitida por George W. Bush, el 13 de septiembre de 2001, se corrobora que la práctica biopolítica es la regla.

DEL PSICOANÁLISIS COMO DISCURSO

Si en el apartado precedente hemos considerado algunos aspectos de la lógica inherente al nacimiento de los Estados Nación, que de manera amplia, hace a lo que denominamos modernidad, no podemos desconocer que el psicoanálisis surge en las coordenadas de esa etapa. Partiendo de esa idea se intentará establecer que el origen de este está anudado a su contexto histórico, en tanto opera como respuesta a un modo del malestar en la cultura propio de la época. Para abordar esta propuesta conceptual, se hace necesario establecer que en el pasaje hacia la lógica estatal, conjuntamente con las categorías que instituyen nuevas formas de orden social, surge un nuevo campo de sentidos en lo que respecta a los ideales que acompañan ese cambio; tal vez el que se constituye como paradigma es el que alienta hacia un individualismo cada vez más radicalizado. Si bien entendemos este ideal como paradigmático, lo es en la medida que no se sostiene como término aislado; es necesario comprender que desde las distintas prácticas discursivas se producen operaciones lógicas que configuran la idea de subjetividad bajo esta construcción – discursiva- de lo humano.

Simultáneamente a esta idealización del individuo – de la que podemos tomar registro en la estabilización de la figura del autor en el campo del arte, como una de las pautas principales para organizar su propia historia- conviven otros aspectos que hacen trastabillar la consistencia de esta figura; tanto el nihilismo, como la concepción jurídico – política ya desarrollada en el apartado precedente, empujan al hombre a un asilamiento desesperanzado, que la ciencia no hace más que reforzar con argumentos concluyentes, según las nuevas condiciones de validación.

Es bajo este panorama que ubicamos, puntualmente desde la concepción científica, la construcción de un saber objetivo que puede determinar en sus leyes generales el conocimiento de cada individuo -como expresión de lo universal-; en esta maniobra todo individuo queda integrado a la clasificación de una especie –la humana-

dentro de la gran escala de los seres vivos. Este saber queda abarcado por la biología, la fisiología y una psicología que funciona con el mismo paradigma.

Sin que intentemos simplificar la complejidad del entramado que entraña la subjetividad moderna, podemos vislumbrar que reducir al hablante a la condición cerrada de un individuo, no hace posible inscribir la particularidad que implica el orden subjetivo.

Es bajo este diagnóstico que el psicoanálisis funda un dispositivo que permite alojar una nueva forma del malestar que inaugura su decir en la incongruencia de los recorridos neurofisiológicos establecidos por la ciencia y el conjunto de síntomas que recorren un cuerpo que se construye en otro mapa.

Freud establece - recuperando el término de la tradición romántica- la categoría teórica de *inconsciente*. Esto se inscribe a partir de un dispositivo que otorga a la palabra un valor diferencial bajo un nuevo rol social: *el psicoanalista*.

Es con la enseñanza de Lacan que ingresa el *significante* y la idea de *estructura*, produciendo un cambio en el estatuto epistemológico de la red conceptual del psicoanálisis.

Por el alcance e interés de este desarrollo, nos remitiremos fundamentalmente a la noción de sujeto que se constituye a partir de la enseñanza de Lacan, sin desconocer –por la legalidad propia de la estructura- que todo el sistema conceptual se ve afectado en la reformulación.

El estatuto del sujeto en la obra de Lacan es siempre en relación a la existencia del Otro, tanto en la condición de A –letra que en el álgebra lacaniana designa el lugar del Otro en la estructura- como del Otro histórico que encarna el lugar y de la cadena significativa que ubica el efecto sujeto en el intervalo del *entre dos*, expresado en la clásica definición: “...un sujeto es lo que un significante representa para otro *significante*”.

Para dar cuenta de la espacialidad del sujeto, Lacan nos remite a la topología de las superficies, entendiendo que es la banda de Möebius la que coincide estructuralmente con el sujeto del inconsciente; es importante remarcar que la condición de las

superficies topológicas es la de ser *bidimensionales*, con esto queda categóricamente propuesta una noción de sujeto que no admite la espacialidad tridimensional de un cuerpo biológico.

Resulta evidente que la concepción del sujeto lacaniano¹ rechaza cualquier asimilación a la idea de individuo, tal como lo proclama la modernidad. Esta consideración se ve reforzada bajo la perspectiva que abre plantear al psicoanálisis como un discurso. En este punto es importante diferenciar el discurso del psicoanálisis del psicoanálisis como discurso; en el primer caso, nos referimos al conjunto de términos técnicos que pueden ingresar a la cultura y sostenerse en diálogo con otros discursos. Pero cuando señalamos que entendemos al psicoanálisis como discurso nos remitimos al dispositivo clínico que opera bajo estructura discursiva, no sólo por su soporte significativo, sino por estar organizado bajo relaciones estables que implican posición para cada término y una escritura o formalización matematizada.

Lacan desarrolla la noción de discurso, de manera formal, a partir de establecer que dicha noción plantea lazo social; si bien avanza en la construcción de cuatro discursos, organizados a partir de cuatro lugares fijos y cuatro términos que se combinan en sucesivos giros, que designan: discurso amo, de la histeria, universitario y psicoanalítico, su intención no es leer o interpretar la historia o la cultura, sino ubicar en el proceso mismo de un psicoanálisis las posiciones discursivas en el dispositivo clínico. Dicho de otra manera, es habilitar la particularidad de lo social o cultural para cada caso.

Para el interés de este desarrollo, sólo mencionamos que los cuatro lugares son: *el agente, la verdad, el otro y la producción*; los términos que rotan ocupando los cuatro lugares son: *el significante amo, el saber, el sujeto y el plus-de-gozar*. De lo enunciado, nos detendremos en la relación que pone en juego al sujeto, al otro, al saber y a la verdad.

¹ Tomamos la denominación "sujeto lacaniano" de la propuesta conceptual que realiza Alfredo Eidelzstein en su libro "Las Estructuras Clínicas a partir de Lacan" vol. II (2008) Buenos Aires, Letra Viva

Es importante aclarar que para Lacan la subjetividad de una época está estructurada a partir de la relación del sujeto al saber, de tal modo que respecto de la modernidad se trata del saber de la ciencia. En esta perspectiva es que establece, en el escrito “La ciencia y la verdad”, dos consideraciones de nuestro interés, por una parte, que a partir de Descartes, el saber y la verdad quedan disyuntos, ya que la acumulación de conocimiento no se establece en términos de verdad sino de comprobación de hipótesis –la verdad, como garantía, queda del lado de Dios-; por la otra parte, el sujeto del que se ocupa el psicoanálisis es el sujeto de la ciencia. En este punto nos remitimos al inicio de esta apartado, en el que desarrollamos cómo el discurso científico excluye la condición particular; una de las formas en las que Lacan designa este problema es diciendo que la ciencia forcluye –no permite que se inscriba- la verdad para el sujeto, en tanto verdad particularizada.

De este modo, la respuesta que puede dar el psicoanálisis es la que hace lugar a la particularidad subjetiva, en la medida que el saber en juego –en tanto saber no sabido- es el que pondrá en escena el deseo que anuda una verdad subjetiva.

Si consideramos lo expuesto, tensado en la lógica *inclusión – exclusión* y *estado de excepción*, se puede proponer que el psicoanálisis opera en la dirección de incluir aquello que queda excluido –la verdad subjetiva en el deseo- que, si se expresa como síntoma, se incluye por la vía de la excepción; en este sentido la respuesta del psicoanálisis a un exceso de malestar, específico al sujeto de la ciencia, no es en las coordenadas de concebir lo particular como excepción a la regla, en tanto esta sea pensada como el saber universal de la ciencia. La categoría particular no es equiparable a la excepción.

Sin embargo, si tomamos en cuenta, el planteo que Agamben nos trae de Walter Benjamin, tal vez la condición del *estado de excepción* pensado en la condición de una zona de *anomia*, nos abra a interrogar sobre un nuevo horizonte para pensar al psicoanálisis en un porvenir de diálogo con la época y los malestares aún no diagnosticados.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL:

- Agamben, G. *Homo sacer I, El poder soberano y la nuda vida* (1998) Valencia, Pre- Textos
- Agamben, G. *Homo sacer II, 1° parte: El estado de excepción* (2004) Buenos Aires, Adriana Hidalgo
- Eidelzstein, A. *Las estructuras clínicas a partir de Lacan, vol.2* (2008) Buenos Aires, Letra Viva
- Lacan, J. *La ciencia y la verdad en "Escritos" tomo 2* (1987) Argentina, Siglo XXI editores
- Lacan, J. *El Seminario, libro 17 "El reverso del psicoanálisis"* (1992), Argentina, Paidós
- Lacan, J. *El Seminario, libro 20 "Aun"* (1995), Argentina, Paidós

EXCLUSIÓN ESCOLAR: EL LAZO SOCIAL FRAGMENTADO

ETTY KAUFMANN KAPPARI

MILAGROS JAIME ARTEAGA

*Para que pueda ser he de ser otro,
salir de mí, buscarme entre los otros,
los otros que no son si yo no existo,
los otros que me dan plena existencia”.*

Octavio Paz

“Nos falta un mundo” dice Alain Badiou, porque las desigualdades producen abismos, porque hemos construido un planeta donde muchos han quedado fuera. Han quedado fuera las palabras, las historias, los saberes. Hemos perdido todos, eso sí. Ya nos lo había advertido Walter Benjamín (1936) mostrándonos su sorpresa ante el enmudecimiento que traían los que retornaban del campo de batalla, en lugar de volver con una riqueza en vivencias, más bien volvían empobrecidos. ¿Qué pasaba? “Una facultad que parecía inalienable, la más segura entre las seguras, nos había sido retirada: la facultad de intercambiar experiencias”. Lo que queda fuera es nuestra posibilidad de ser alguien para los otros, decirnos con los otros. La ausencia de una experiencia colectiva del mundo. No debatimos sino que nos batimos.

La violencia a la que queremos referirnos es esa, la que surge cuando la palabra no es eje intercambiable de nuestra humanidad. Para pensar en ello, proponemos hacerlo desde uno de los problemas que afectan a nuestra juventud: el quedar fuera del colegio.

La exclusión escolar¹ aparece como el último escalón de un problema que se visibiliza pero no se termina de comprender. Las cifras son dolorosamente

¹ No utilizamos el término “deserción”, ya que apela a lo militar y por tanto (y por suerte) es un significante lejano a nuestra propuesta como país. Así también, rechazamos la tendencia a destacar la

contundentes: en nuestro país sólo 38 de cada 100 estudiantes que ingresan a primer grado obtienen el título de bachillerato (Villegas, 2008).

¿Qué pasa con estos/as adolescentes? ¿Qué hacen durante el día mientras sus compañeros van al colegio?

No sabemos mucho de la ruta que siguen los que han quedado fuera porque la exclusión va, generalmente acompañada, de un “mutismo o estupefacción de la palabra de los excluidos” (Assoun, 2001, p. 28). Desaparecen del escenario quienes podrían dar cuenta del malestar y nos quedamos solamente con las cifras de este acontecimiento social. ¿Cómo viven la exclusión escolar las personas que han quedado “encerradas fuera”? (Assoun, 2001, p.32). La paradoja planteada nos propone la dificultad de ubicar quiénes están dentro y quienes fuera, justamente para marcar que en la exclusión se produce un desdibujamiento de los lugares, de las relaciones y los intercambios.

Dejar el “cole” es un acto tremendamente fuerte. Los jóvenes lo saben. Admiten que sus posibilidades de trabajo se reducen, reconocen que no van a tener acceso a ciertos saberes, sin embargo, se salen. Algo no andaba bien.

Hemos encontrado que los estudiantes no querían realmente dejar de ir al colegio. Salir es algo que va sucediendo en la cotidianeidad, no es de golpe que dejan todo. Van dejando al ver que su malestar no encuentra una respuesta viable para ellos por parte de la institución. Esta salida, definitivamente dejará marcas en las subjetividades de esos muchachos y muchachas, futuro de nuestras sociedades. ¿Qué transmitirán ellas y ellos de lo que les pasó?

Salirse del colegio, queremos resaltarlo, no es sólo dejar los estudios. También es perderse los recreos, la socialización, es dejar de ver al muchacho o la chica que les gusta. Es no tener acceso al encuentro con los iguales, dejar de compartir con los amigos y amigas dentro del marco privilegiado de la institución que se creó especialmente para ellas y ellos. Si se salen, no sólo les faltará el título, también habrán

responsabilidad únicamente en los estudiantes que dejan la institución, por su “fracaso”. Esta tendencia viene acompañada de la idea que dejar el colegio es un evento aislado y repentino, negando la complejidad del lazo social.

perdido la posibilidad de una experiencia subjetiva irrepetible, **algo les quedará pendiente para siempre.**

Este hecho nos inunda de preguntas. El malestar en apariencia “silencioso”, no lo es tanto si nos acercamos a escucharlos. Lo que nos señalan los alumnos y alumnas es la falta de tiempos y espacios contruidos específicamente para que el intercambio de experiencias se aloje. Los estudiantes no encuentran un lugar en los otros y manifiestan en la figura de las y los docentes ese malestar que cargan de tiempo atrás. No comprenden por qué su palabra no llega al otro, por lo tanto, lo que venga de ese otro, quedará excluido también. Estos jóvenes pueden llegar a sentir que son “superfluos” (Bauman, 2005) para los docentes porque sus quejas no son escuchadas. Sin ser reconocidos y sin posibilidad de adueñarse del conocimiento, el estudiante con sus experiencias y con sus preguntas, va quedando fuera de lugar.

Jacques Derridá (2000) propuso la complejidad que puede surgir a partir de la idea del rechazo a la pregunta: “la pregunta puede, o no, ser acogida, hospedada. Podemos dar, o no, nuestra hospitalidad a la pregunta” (p.8) Pero si la entregamos, ella no afecta solamente al que la hace sino al que la recibe, “el anfitrión se hace vulnerable cuando aloja la pregunta” (*Idem*).

Siguiendo a este filósofo francés, proponemos que la pregunta es punto de giro en las relaciones humanas. Si el otro le da entrada a mi propuesta, surge la cuestión de quién soy para el otro. Pero si no jugamos a ese intercambio, el otro ya no será compañero de aventuras cotidianas sino un anónimo. Un anónimo pueden ser todos o nadie. O un espejismo que nos muestra la ilusión agrandada de un desencuentro. El anonimato está presente en nuestros colegios para muchos estudiantes. La queja de alumnos entrevistados pone en primer plano la dimensión afectiva de la relación alumno-docente. Uno de los estudiantes, cual Sísifo moderno, expresa la desesperanza con la que topa a diario en el colegio: “cada día era como el primer día” dice con fuerza, los profesores no se aprendían su nombre ni los de muchos de sus compañeros. Ellos nos recuerdan que el otro a quien un sujeto se dirige no puede ser anónimo, no es

posible hacer lazo si no es con otro sujeto a quien podamos dirigirnos en forma singular y que a la vez nos reconozca de forma particularizada.

Si las relaciones en la institución escolar tienden a la "neutralidad", condenan a la uniformidad de las singularidades. En ese caso, la neutralidad se confunde con indiferencia y el sujeto responde entonces con su propia indiferencia.

¿Qué sucede del lado de los docentes? ¿Qué dicen ellos sobre sus vivencias en lo educativo?

“Cuando veo un montón que se me van - nos comenta un docente - yo me pregunto ¿qué estoy haciendo mal?” En muchas expresiones como ésta, encontramos que de alguna manera el malestar de los alumnos puede llegar a interpelar profundamente al docente, respecto a su lugar y su función en el espacio escolar. Tomamos prestadas sus palabras:

Es muy desgastante. (...) y no tenemos tampoco otras ayudas que nos haga... hacer como catarsis, decir ¿qué hago? ¿Qué estoy haciendo? ¿Quién me ayuda? O por ejemplo, en un colegio tener que buscar durante un año el diario para un estudiante porque su papá está en la cárcel. Nos ha tocado hasta ir a pedir. Entonces llega el momento que (uno dice) ¿qué estoy haciendo? ¿Qué tanto me va a dar el cuerpo?

Aquí lo afectivo salta a un primer plano. Como hemos venido sosteniendo, no hay tarea educativa que no comprometa íntimamente a cada uno de sus actores. Siguiendo la ruta de la palabra “docencia” encontramos algunas luces en este sentido: el latín *docere*, enseñar, tiene la raíz indoeuropea en *dek* que significa pensamiento. Al respecto, Jaques Lacan (1991) plantea que lejos de ser una categoría, el pensamiento es más bien un afecto. La calidad de los intercambios entre alumnos y docentes tiene evidentemente, consecuencias a nivel de la cognición.

¿En qué lugar se aloja el docente para estrechar sus lazos con otros? Las dificultades en el lazo educativo, tanto entre los mismos docentes como entre éstos y

los estudiantes, nos hacen pensar en el malestar, que percibimos reiteradamente, respecto a las condiciones para reconocerse y ser reconocidos en el espacio educativo. Los docentes sienten que su palabra no es escuchada. Así mismo, su quehacer cotidiano muchas veces no encuentra espacios de socialización e intercambio dentro de la institución escolar. En el marco de un conflicto institucional, un docente nos dice:

Se tuvo que llegar a un paro de labores para que nos escucharan, a veces es la única forma de que la gente escuche... Hasta que ya el problema está hasta el techo es cuando la gente intenta solucionarlo y ya a veces no hay nada que hacer. Entonces, hubo que parar la institución para que nos escucharan.

Marie Jean Sauret (2004) nos recuerda que la palabra es la “*marca incontestable de la presencia de un sujeto*” (s.p.). Cada ser humano requiere ser reconocido en su palabra por los otros para alojar su subjetividad en el lazo social. Pero cuando la palabra es expulsada, se hace difícil ligarse a los otros a partir del mutuo reconocimiento, y los espacios posibles de encuentro entre sujetos se desdibujan. La exclusión de la palabra como pacto de reconocimiento y lazo con el otro se asimila a la exclusión de un mundo compartido y condena al sujeto al desamparo.

Los docentes no sólo se quejan de la falta de escucha a su palabra, también la soledad está presente. El llamado “cuerpo” docente se muestra más bien resquebrajado y parece haber perdido su textura, creando así las condiciones para el trabajo en soledad, el aislamiento y la desconfianza en el otro.

Por el contrario, la palabra “lazo” nos remite a “atadura”, a algo que nos ata o nos liga unos a otros. Al mismo tiempo designa aquello que sirve para *sujetar y asegurar*. En las instituciones educativas, muchas veces encontramos que se dificultan las condiciones del docente para *asegurarse* al lazo educativo y mantenerse *articulado* con otros bajo un mismo orden que organice y regule estos intercambios. El énfasis exclusivo en los programas educativos y en la tecnificación de la enseñanza, prescinde de los pactos entre sujetos y deja por fuera las subjetividades. Mientras más peso se

pone en la dimensión utilitaria de la educación nos va quedando la sensación de que la palabra tal vez no sea necesaria.

“Nos hundimos en papeleos” dicen algunos docentes, “hemos perdido el rumbo”. Así mismo, recalcan la falta de vínculo entre la capacitación universitaria que reciben y la realidad laboral que tienen que afrontar diariamente.

En estas condiciones, si la dirección es confusa, no se siente respaldo y se ha perdido la claridad de para qué están ahí, entonces el sentido de la tarea queda extraviado para ellos mismos. Insiste la pregunta del docente: “¿Qué estoy haciendo?” Y responde la queja del alumno: “¿Quién soy yo para ellos?”.

La palabra de los docentes nos enseña que a pesar de que la institución educativa está constituida por personas, no necesariamente hacen equipo, muchas veces se trata de un lugar donde surge “una pluralidad de soledades”, como lo había descrito Sartre (1979).

¿Cuál es el rumbo entonces? ¿Cómo podemos lograr una salida que de entrada a la pregunta? La queja de los docentes está enmarcada en el hecho de que su función está planteada más en términos de programas y reglamentos, no de funciones. Pero su realidad diaria los empuja a responder hasta con el cuerpo, un cuerpo que no se anuda a otros, que aparece solo. Más aún si observamos las condiciones en que llegan muchos jóvenes al colegio.

En una visita a la comunidad de León XIII, entramos en un cuartito pequeño, inclinado hacia la quebrada, oscuro y agrietado. Allí nos recibieron dos adultos y cinco niños, ese era su hogar. Un hogar que podía desbaratarse con el siguiente temporal. Sin baño, sin ducha, sin barandas que protegieran a esos pequeños. Con una única cama. Sorprendidas, vimos que uno de los niños, de unos 9 años, tenía una herida reciente en la cara, le estaba sangrando. Le preguntamos ¿qué te pasó? Nos sorprendido, no entendió la pregunta.

- En tu carita. Tienes una herida.

- No me había dado cuenta, dijo.

¿Cómo no se había dado cuenta? ¿No le dolía? Pero este pequeño de la León XIII no parecía estar acostumbrado a que lo miraran. Si no lo miran, si no le dan un lugar a su dolor, a su tristeza, a su abandono ¿cómo va mirar él a los demás? ¿Está el colegio reproduciendo esta forma de no-relación?

Las condiciones familiares de las que provienen muchos estudiantes son realmente complejas. La no mirada, la no protección del colegio, los empuja muchas veces a "elegir" las pandillas, como modo de sentirse acuerpados, o las drogas y la ruta hacia la violencia contra sí y contra los otros.

Desde esta falta de reconocimiento se puede plantear que cada quién lucha por subsistir. En esa lucha no solamente se excluye a los otros, también se excluye al saber mismo. Vemos en ello una lógica de la violencia, pues donde la palabra del otro no es aceptada, puede surgir el acto. Sabemos que en los colegios la violencia emerge a veces, con una contundencia implacable, otras veces es parte de lo cotidiano, el silencio, las ausencias, las incapacidades por salud que enmascaran y silencian el malestar.

Si leemos bien lo que dicen estudiantes y docentes, podríamos proponer que sus quejas confluyen en un punto particular: la soledad que les produce el anonimato de no ser alguien para el otro.

¿Qué hacer cuando el sujeto ha quedado excluido?

Franz Hinkelammert (2003) propone que no podemos apostarle a una sociedad en la que no quepan todos, "si no caben todos nadie cabrá" (p. 417). Por otro lado, siguiendo a Marie Jean Sauret (2004), el sujeto puede seguir vías distintas a las planteadas por la repetición y el aburrimiento, pero no puede hacerlo solo. "No hay soluciones del futuro de la palabra, del lazo social y de los seres humanos si el otro no puede contar con cada uno de nosotros" (s.p.).

No queremos cerrar sin hacer un intento por formular una posible vía de encarar el problema. Los modelos que hemos sostenido ya no funcionan, lo dicen los jóvenes que cada año dejan las aulas y quedan fuera del lazo educativo. También lo dicen las faltas, las llegadas tardías y las incapacidades de tantos docentes.

A nivel más amplio, creemos que las formas en que están expresadas las relaciones y los lugares, excluyen la participación de los actores en la formulación, creación y responsabilidad por su quehacer. Los colegios precisan de directrices, de marcos de referencia y de reglamentos, es verdad, pero también es cierto que la articulación y puesta en acción de estas puede ser pensada desde la participación y el consenso en cada institución.

Los programas, dice Edgar Morin (2007), sirven cuando podemos garantizarnos situaciones exteriores estables, pero si las condiciones cambian, la ejecución del programa se descompone. Y, en los colegios, siempre hay imprevistos, como en la vida misma. Esto nos hace poner más el acento en la creación de estrategias que se puedan producir al interior de los colegios.

Creemos que la palabra de los docentes debe tomar un lugar central en las instituciones educativas. Es necesario abrir espacios estructurados y específicos para el intercambio entre docentes en su colegio, con sus colegas, donde su saber tan valioso no siga escondido en los esfuerzos individuales que a diario hacen. De esta forma, su palabra entrará en un circuito de intercambio donde la hospitalidad a la pregunta se instaure, donde su quehacer entre en un circuito de mirada, de inclusión y de intercambio con los otros, donde la potencia de lo que saben pueda ponerse a circular y así afectar de manera productiva a los estudiantes.

Una de las barreras con la que se topan los docentes es el tiempo. Nunca hay tiempo para reuniones, para pensar las cosas, para discutir situaciones que emergen, para formular caminos en conjunto. Pero el círculo vicioso de no pensar las cosas es la que ha dejado a las instituciones escolares sin tiempo. La articulación de ideas y estrategias, la identificación de las fortalezas de unos y otros desde donde se puede consolidar el lazo que hoy aparece fragmentado es una vía que debe ser construida.

Si los docentes tienen un espacio seguro de convivencia con sus colegas, si encuentran un lugar para alojar su ser, serán ellos también promotores de la palabra de los otros, de sus alumnos, de todas las personas que habitan y comparten esa institución.

El colegio es como un caleidoscopio donde, como dice el Ministro Leonardo Garnier “La educación es clave en lograr ese balance dinámico que nos permite y nos exige ser, a un tiempo, apasionados y sensatos”.

Devolver al pensamiento su lugar es hacer espacio a los afectos, con los demás, desde la comunidad y la convivencia, ¿es eso tan difícil? ¿Es tan complicado trabajar en equipo? O es que no nos lo hemos propuesto.

Jacques Lacan, psicoanalista francés planteó que la violencia *es algo en su esencia que se distancia de la palabra*, así que el opuesto a la violencia es acercarnos a lo que nos hace humanos, retomando a Benjamín, esa facultad de intercambiar experiencias.

REFERENCIAS

Assoun, P. (1999). *El perjuicio y el ideal, hacia una clínica social del trauma*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*. Barcelona: Paidós.

Benjamín, W. (1936). *El narrador*. [Versión electrónica].

Cordié, A. (1994). *Los retrasados no existen, Psicoanálisis de niños con fracaso escolar*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Derridá, J. (2000). *La Hospitalidad*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor.

Foucault, M. (2004). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Freire, P. (1997). *Pedagogía del oprimido*. México: Siglo XXI Editores.

Freud, S. (1979). *El malestar en la cultura* [1930]. Buenos Aires: Amorrortu Editores.

Hinkelammert, F. (2003). *El sujeto y la Ley*. Heredia: EUNA.

Kliksberg, B. (2007, 21 de julio). "Educación es la clave". La Nación.

Lacan, J. (1991). *El reverso del psicoanálisis. Seminario 17*. Barcelona: Editorial Paidós.

Morin, E. (2007). *La mente bien ordenada*. Barcelona: Seix Barral.

Programa Estado de la Nación. (2006). *XII Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*. San José: Autor.

Sartre, J.P. (1979). *Crítica de la razón dialéctica*. Buenos Aires: Losada.

Sauret, M.J. (2004). *La pregunta acerca del sujeto en la investigación social*. Curso de Doctorado en Estudios de Sociedad y Cultura. Universidad de Costa Rica.

Sauret, M.J. (en prensa). *Violencia y subjetividad: la degradación del lazo social contemporáneo*. Seminario dictado en la Universidad de Costa Rica, abril del 2005. San José: EUCR.

¿COSTA RICA SOLIDARIA?: ACTITUDES HACIA LA MIGRACIÓN Y LOS INMIGRANTES

VANESSA SMITH CASTRO

MARÍA ANDREA ARAYA

LAURA PEÑA

INTRODUCCIÓN

En sociedades receptoras como la nuestra, las personas tienen diversas representaciones sobre las formas que ellas consideran adecuadas para convivencia con los inmigrantes. En otras palabras, las personas tienen sus propias teorías sobre cómo los inmigrantes y los nacionales deberían interactuar en el marco que ofrecen sus Estados-Nación. Algunas personas sostienen una visión pluralista de la sociedad y valoran la diversidad cultural que aportan los inmigrantes como parte integral de sus sociedades; otras tienden a rechazar la diversidad cultural, apoyando una perspectiva segregacionista de la sociedad en la que viven. En otros casos, las personas tienden a apoyar las ideologías asimilacionistas que suponen Estados-Nación culturalmente homogéneos, mientras otras opinan que las particularidades culturales son un asunto privado que no debe interferir en el desarrollo individual de las y los ciudadanos.

Estas concepciones sobre la convivencia han sido estudiadas bajo diversas nomenclaturas, ya sea como actitudes hacia la aculturación o como actitudes hacia la diversidad cultural (Berry, 2008; Bourhis, Moise, Perreault, & Senéca, 1987; Piontkowski, Florack, Hoelker, & Obdržálek, 2000)¹. En Costa Rica las hemos estudiado bajo el nombre de “expectativas ante la convivencia intercultural”.

¹ Otras acepciones como “estrategias de aculturación” o “modalidades de aculturación” o “estilos aculturativos” han sido también ampliamente utilizadas en la literatura.

En la presente contribución presentamos los principales resultados de investigación en torno a estas representaciones, en diversas muestras de ciudadanos costarricenses.

Nuestras investigaciones se desarrollaron en torno a dos preguntas básicas: a) ¿Cómo representan los costarricenses la diversidad cultural que aportan los inmigrantes a Costa Rica? y b) ¿Cómo creen ellos que una sociedad pluricultural debe funcionar? Los estudios se concentraron en la percepción de dos comunidades inmigrantes de gran relevancia para nuestro país: la nicaragüense y la colombiana. Adicionalmente, las investigaciones intentaron determinar los correlatos psicológicos de estas representaciones y descubrir patrones que nos permitan comprender tales reacciones. Otorgamos particular importancia a las voces de los y las jóvenes costarricenses de colegios públicos y privados invitándolos a participar en la mayoría de nuestros estudios.

En un primer momento se ofrece un panorama general de los estudios, sus participantes y los procedimientos generales de recolección de información. Posteriormente presentamos los resultados entorno a tres temas: a) las creencias consensualmente legitimadas sobre los atributos de los inmigrantes, o estereotipos, b) las reacciones afectivas ante los inmigrantes y c) las expectativas de los y las entrevistadas sobre las formas de convivencia entre inmigrantes y nacionales. Finalmente presentamos algunas reflexiones sobre los hallazgos, caracterizados principalmente por el malestar y la ambivalencia. A lo largo del trabajo hacemos énfasis en el eje comparativo jóvenes-adultos.

DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS

Los estudios se llevaron a cabo los años 2005 y 2006. En el Estudio 1 participaron 337 estudiantes costarricenses de la Universidad de Costa Rica (49% mujeres). En el Estudio 2 salimos del Campus Universitario y entrevistamos a 278 miembros de diversas comunidades en San José y Guanacaste (51% mujeres). En los

estudio 3, 4, 5 y 6 visitamos colegios públicos y privados de San José, Cartago y Alajuela para entrevistar a un total de 321 estudiantes de cuarto y quinto año (55% mujeres)².

Los entrevistados fueron invitados a participar voluntariamente por medio de la técnica de redes o bola de nieve. Utilizamos cuestionarios estructurados que incluían mediciones variadas: atribuciones estereotípicas, percepciones del impacto de la inmigración en Costa Rica, experiencias de contacto con los inmigrantes en la vida cotidiana, sentimientos asociados a los inmigrantes, y expectativas sobre cómo debe funcionar la convivencia entre inmigrantes y nacionales, entre otras (ver Tabla 2).

En cuatro estudios utilizamos dos versiones del cuestionario: una referida a los inmigrantes colombianos y otra a los inmigrantes nicaragüenses; estas versiones fueron distribuidas aleatoriamente entre los participantes del estudio. En el Estudio 5 sólo se midieron las actitudes hacia los inmigrantes nicaragüenses. En el Estudio 6 los participantes llenaron el cuestionario dos veces, una para reportar sus actitudes ante inmigrantes nicaragüenses y otra para referirse a los inmigrantes colombianos.

En cada uno de los estudios, llevamos a cabo pruebas piloto para asegurar la comprensión de los instrumentos por parte de los entrevistados y entrevistadas, y estimar la validez y consistencia interna de las mediciones. En todos los casos los instrumentos evidenciaron características psicométricas adecuadas (ej. Alfas de Cronbach superiores a .75). Sistematizamos la información de todos los estudios con ayuda del paquete estadístico para ciencias sociales SPSS. La estadística descriptiva e inferencial fue utilizada en todos los estudios para realizar nuestros análisis.

Como se puede observar, se trata de muestras intencionales de sujetos voluntarios, que están muy lejos de ser representativas de toda la población

² Para llevar a cabo estos estudios, recibimos un decidido apoyo de la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica, que financió el proyecto general de investigación. Igualmente, obtuvimos un gran apoyo de los estudiantes de los cursos de investigación de la Escuela de Psicología de esta misma casa universitaria en la recolección y procesamiento de los datos. No podemos olvidar tampoco a todas las más de 900 personas que tuvieron la paciencia de completar nuestros cuestionarios y retroalimentarnos durante el proceso de recolección de la información, así como a los y las colegas del Instituto de Investigaciones Psicológicas que nos han asesorado en todo el proceso analítico.

costarricense, pero que ofrecen un panorama de características sociodemográficas muy diverso que puede ayudarnos a comprender el clima social ante la diversidad cultural aportada por los inmigrantes.

Lejos de presentar los resultados de cada estudio por separado, en las siguientes secciones se describen algunas de las tendencias más representativas de las actitudes hacia la migración y los inmigrantes, haciendo énfasis en las diferencias o similitudes encontradas entre las y los participantes más jóvenes y el resto de las personas entrevistadas.

Tabla 1
Descripción general de los participantes en los estudios

Estudio	Total	Mujeres	Edad			
			Min.	Max.	Media	DT*
1 Estudiantes Universitarios	337	49%	17	41	20.86	2.97
2 Comunidades en San José y Guanacaste	278	50%	17	65	37.49	12.73
3 Estudiantes colegio público San José	104	59%	15	17	16.01	.75
4 Estudiantes colegio público Cartago	96	53%	15	20	16.40	1.09
5 Estudiantes colegio público San José	72	57%	16	19	17.32	.69
6 Estudiantes colegio privado Alajuela	49	49%	15	17	15.83	.70

*DT = Desviación típica.

Tabla 2
Ejemplos de las mediciones

CREENCIAS CONSENSUALES

1. Haciendo un cálculo aproximado, ¿cuántos inmigrantes colombianos cree usted que viven en nuestro país? Marque con una x la respuesta que usted considere correcta.

1.	Menos de 100 mil	()
2.	Entre 100 mil y 200 mil	()
3.	Entre 200 mil y 300 mil	()
4.	Entre 300 mil y 400 mil	()
5.	Entre 400 mil y 500 mil	()
6.	Entre 500 mil y 600 mil	()
7.	Entre 600 mil y 700 mil	()

	mil	
8.	Entre 700 mil y 800 () mil	
9.	Entre 800 mil y 900 () mil	
10.	Entre 900 mil y 1 () millón	
11.	Más de 1 millón ()	

REACCIONES AFECTIVAS*

1. ¿Qué tan frecuentemente ha sentido usted simpatía por los inmigrantes colombianos?
 2. ¿Qué tan frecuentemente se ha sentido usted incómodo(a) cerca de personas inmigrantes colombianas?
 3. ¿Qué tan frecuentemente ha sentido usted miedo frente a los inmigrantes colombianos?
 4. ¿Qué tan frecuentemente ha sentido usted admiración por los inmigrantes colombianos?
 5. ¿Qué tan frecuentemente ha sentido usted desconfianza frente a los inmigrantes colombianos?
-

COVIVENCIA*

Ahora le pedimos que piense en los inmigrantes nicaragüenses y que nos de su opinión sobre cómo deberíamos convivir con ellos. Para ello le presentamos varias frases sobre diferentes formas de convivencia entre ambos grupos. Para cada frase indíquenos si está en desacuerdo o de acuerdo utilizando la escala de 1 a 7.

“Muchos de los problemas entre los costarricenses y los inmigrantes nicaragüenses se podrían resolver si...”

1. Ellos adoptan las tradiciones y costumbres costarricenses.
2. Cada grupo conserva sus propias tradiciones y costumbres.
3. Ellos viven un poco apartados de nosotros.
4. No intentamos mezclarnos mucho.
5. Ellos adoptan los valores de los costarricenses.
6. ...
7. ...
8. ...

**Nota:* los reactivos son contestados en escalas tipo Likert de 7 puntos: 1 (nunca/totalmente en desacuerdo) a 7 (siempre/totalmente de acuerdo). El nombre del grupo inmigrante varía según el tipo de cuestionario administrado.

CREENCIAS CONSENSUALES SOBRE LOS INMIGRANTES

Una idea ampliamente compartida y claramente documentada aquí y en otras latitudes es que los inmigrantes “inundan” la sociedad receptora. Esta idea aparece también en nuestros estudios como una constante, en especial cuando se trata de los y las inmigrantes nicaragüenses. Según los cálculos de las agencias gubernamentales, en nuestro país viven alrededor de 500 mil inmigrantes nicaragüenses (INEC, 2000). Sin embargo, más del 60% de nuestros encuestados y encuestadas sobrestiman esta cifra y alrededor del 30% calcula que en nuestro país viven entre 800 mil y más de un millón de nicaragüenses. Esta sobre estimación es significativamente mayor en las y los jóvenes entrevistados (Estudio 4). Aquí, la mitad de la muestra calculó la presencia de inmigrantes nicaragüenses en nuestro país por encima de los 800 mil.

Esta sobrestimación se ve acompañada por imágenes heterogéneas y ambivalentes sobre el y la inmigrante. Los principales adjetivos utilizados para caracterizar a los inmigrantes nicaragüenses fueron: trabajadores, humildes, violentos y supersticiosos (Estudios 1, 2 y 4). Estas imágenes cumplen la doble función de categorizar al otro y la su vez diferenciarlo de “nosotros”. Así, al ser comparados con los costarricenses, los inmigrantes nicaragüenses fueron caracterizados como significativamente más humildes, más violentos y más supersticiones, pero no significativamente más trabajadores (Estudio 2). Estas imágenes no representan una respuesta generalizada a todos los inmigrantes, pues en el caso de los inmigrantes colombianos, éstos fueron descritos como alegres, trabajadores, aseados, inteligentes y honestos (Estudios 1, 2 y 4).

La diferenciación y el distanciamiento cultural aparecen como correlatos de estas imágenes estereotipadas de los inmigrantes. En particular, las y los jóvenes tienden a percibir una mayor distancia cultural entre costarricenses e inmigrantes que los adultos. Por ejemplo, en el Estudio 5, más del 40% de la muestra consideró que los inmigrantes nicaragüenses y los costarricenses somos “muy diferentes” en términos de los valores y

las prácticas religiosas, los valores y las prácticas sexuales y las destrezas y las habilidades que enseñamos a nuestros hijos.

Así, las imágenes de los inmigrantes, lejos de ser abiertamente negativas, son profundamente ambivalentes, pero no por ello dejan de ser claramente hostiles.

REACCIONES AFECTIVAS

Cuando consultamos a los entrevistados y entrevistadas sobre los sentimientos que más frecuentemente experimentan ante los inmigrantes, la principal reacción que aparece es la desconfianza. Si se trata de inmigrantes nicaragüenses la desconfianza aparece seguida por la simpatía, el enojo y la incomodidad. Si se trata de inmigrantes colombianos la desconfianza es antecedida por la simpatía y la admiración. En el caso de los jóvenes, la simpatía se ve sustituida por el enojo y el miedo (Estudio 5). De nuevo aparecen aquí emociones encontradas con respecto a los inmigrantes, pero no se trata de un patrón generalizado de reacciones ante lo diferente, pues varían dependiendo del grupo de inmigrantes que las personas tengan en mente a la hora de contestar nuestros cuestionarios, reservando las reacciones más hostiles hacia los inmigrantes nicaragüenses.

Sumado a esto encontramos una marcada tendencia a experimentar la presencia de los inmigrantes como una amenaza en varios niveles. En el Estudio 1, más de la cuarta parte de la muestra está de acuerdo con la idea de que los inmigrantes nicaragüenses tienen el sistema de salud costarricense en crisis y casi la mitad de la muestra sostiene que los inmigrantes nicaragüenses aumentan la delincuencia en el país. Mientras que en Estudio 2, el 40% de la muestra siente que sus derechos y libertades individuales se ven amenazadas por los inmigrantes nicaragüenses y el 53% considera que el bienestar del país en general se ve amenazado por la presencia de inmigrantes nicaragüenses, no así por los inmigrantes colombianos.

Ahora bien, llama la atención que son los y las jóvenes quienes se sienten más amenazados por la presencia de la migración, en particular la nicaragüense. En el

Estudio 4 más del 75% de la muestra se encontró de acuerdo con la idea que los inmigrantes nicaragüenses aumentan la delincuencia, y más del 60% sienten que el apoyo que brinda el gobierno a los inmigrantes nicaragüenses hacen las cosas más difíciles para las personas nacionales.

En general, adultos y jóvenes reconocen que los inmigrantes no representan una amenaza económica para ellos y ellas. Se trata más bien de amenazas simbólicas, amenazas al bienestar personal y social. De nuevo, la hostilidad abierta se ve remplazada por desconfianza e intranquilidad.

EXPECTATIVAS ANTE LA CONVIVENCIA

En nuestros estudios podemos distinguir tres tipos de representaciones sobre la convivencia con los inmigrantes que hemos denominado: a) pluralismo cultural, b) asimilación forzosa, y c) separación (ver Berry, 2008; Bourhis et al., 1997, Piontkowsky, et al., 2000).

El pluralismo cultural supone que la diversidad cultural es un rasgo distintivo de nuestra sociedad y que por lo tanto, la diversidad cultural debe ser respetada y promovida activamente. Esta concepción se basa en la idea de que la convivencia entre inmigrantes y nacionales es más adecuada si se respeta el derecho de cada comunidad a mantener sus rasgos distintivos. *La asimilación forzosa* se refiere a la representación social de que los inmigrantes deben renunciar a sus particularidades culturales y asumir los valores y estilo de vida de las mayorías por “el bien común” de la sociedad y de las propias minorías. *La separación* es la representación de que la “coexistencia” entre los grupos étnicos es sólo posible, si estos viven físicamente separados (distanciados), con el fin de evitar los conflictos interétnicos y mantener la “pureza” de las tradiciones culturales de cada grupo³.

³ Los argumentos a favor de esta forma de coexistencia se basan en dos supuestos diferentes. Por un lado, se argumenta que la presunta distancia cultural entre los grupos es insalvable y representa la principal fuente de los conflictos, por lo que es necesario que nacionales e inmigrantes vivan físicamente

Las personas consultadas tienden a apoyar el pluralismo y la asimilación por encima de la separación, pero esto depende también del grupo inmigrante que tengan en mente. El pluralismo cultural tiende a ser más apoyado más cuando se trata de inmigrantes colombianos que cuando se trata de inmigrantes nicaragüenses (Estudios 1, 2 y 5). Las visiones separatistas tienen a ser más apoyadas ante la inmigración nicaragüense que la colombiana en todos los estudios y en todos los estudios también se exige una mayor asimilación de los inmigrantes nicaragüenses que de los inmigrantes colombianos. Ahora bien, las y los jóvenes apoyan significativamente más la separación y la asimilación que los adultos y dentro de los jóvenes, los hombres tienden a ser más decididos en su respaldo a estas dos formas de coexistencia.

Como es de esperar, el respaldo al pluralismo cultural se observó sistemáticamente asociado a una disminución de las representaciones negativas sobre los inmigrantes, de los sentimientos hostiles y de la exageración de las diferencias culturales (Estudios 1, 2, 3 y 4). El apoyo a ideas separatistas se encontró sistemáticamente relacionado con visiones negativas del inmigrante, afectos hostiles y la percepción de un alto distanciamiento cultural. Ahora bien, la asimilación tiene correlatos muy similares a los de la separación. Quienes sostienen que la mejor forma de convivencia entre inmigrantes y costarricenses se basa en que los inmigrantes renuncien a sus tradiciones y prácticas culturales, tienden a su vez a expresar más visiones negativas sobre la migración, a experimentar más sentimientos negativos hacia ellos y ellas y a percibir más diferencias culturales. Así, los asimilacionistas sostienen que los inmigrantes pueden convivir con los costarricenses siempre y cuando ellos

distanciados. Por otro lado, se supone que la distancia física entre los grupos es la única forma de mantener "la pureza" de particularidades culturales. Probablemente estos dos supuestos tienen significados psicosociales diferentes, lo que exigiría una distinción conceptual más fina (segregación o exclusión para la primera variante argumentativa y afirmación étnica o etnocentrismo para la segunda). Por el momento hemos decidido utilizar el término *separación* para describir la representación general de que los grupos étnicos deben vivir separados, ya sea para evitar conflictos o para mantener sus tradiciones culturales.

renuncien a sus particularidades culturales. La asimilación es una forma muy sutil de intolerancia a la diferencia.

Ahora bien, ¿cuál es el grado de contacto real y cotidiano de las personas entrevistadas con los inmigrantes? ¿Cuáles son los espacios concretos de interacción con los inmigrantes?

Al ser consultados sobre la frecuencia de contacto, nos damos cuenta que el contacto que tienen con inmigrantes es muy escaso. Por ejemplo en el Estudio 2, en una escala de 1 a 7, donde 1 significa “nunca” y 7 “siempre”, la media de contacto en la mayoría de los estudios no llega a 1,92. Este escaso contacto se da principalmente “en el barrio”, “entre el grupo de conocidos” y “en el colegio”. Y es particularmente escaso entre el grupo de amigos íntimos o la familia.

A pesar de ser un contacto muy pobre, las experiencias de interacción cotidiana con inmigrantes resultaron ser cruciales en la predicción de las cogniciones y afectos ante la inmigración. La frecuencia de contacto intercultural se encontró empíricamente asociada con una percepción más positiva del inmigrante, con una disminución de sentimientos negativos, con una disminución del apoyo a la segregación y con un cambio en la percepción de las diferencias culturales en todas las muestras. En otras palabras, quienes tienen experiencias de contacto frecuente, especialmente en el grupo de amigos y amigas, son aquellos que abrazan la diversidad cultural de manera más decidida.

REFLEXIONES FINALES

El panorama general de nuestros resultados apuntan a un sentimiento generalizado de inundación (de invasión) de inmigrantes en particular, de inmigración nicaragüense asociada a atribuciones estereotípicas ambivalentes y a una sobreestimación de las diferencias culturales entre los grupos. Los sentimientos que se activan frente a los inmigrantes son principalmente la desconfianza, asociada a la visión del inmigrante como amenaza simbólica. En términos de las expectativas ante la

convivencia intercultural, el respaldo de visiones segregacionistas y asimilacionistas resultan preocupantes, especialmente cuando las personas tienen en mente al colectivo inmigrante nicaragüense.

Esta constelación de percepciones, sentimientos y experiencias se observan de manera generalizada independientemente de la zona geográfica, el nivel educativo y otros factores psicosociales que estudiamos, como puede ser la autoestima colectiva, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de regular emociones (inteligencia emocional). Pero son particularmente marcadas en los y las jóvenes, quienes se muestran menos abiertos a la convivencia intercultural que los adultos.

La hostilidad observada se expresa más como ambivalencia (incomodidad, desconfianza), que como odio explícito y abierto, la cual puede estar asociada al conflicto entre valores democráticos que sancionan la expresión abierta del racismo y la xenofobia, y sentimientos racistas residuales profundamente arraigados en nuestro medio (Dovodio & Gaerdner, 1986; Fiske, 2000).

Ahora bien, en todos los estudios, el contacto intercultural se perfila como uno de los principales predictores de actitudes hostiles (ver Allport, 1954; Pettigrew, 1998; Pettigrew & Tropp, 2000). Aquellas personas que tienen la oportunidad de establecer contacto con inmigrantes, particularmente en el grupo de amigos, son precisamente aquellas personas que reaccionan ante la inmigración de manera más positiva.

Los resultados, en general, reafirman investigaciones anteriores sobre la visión que tienen los costarricenses acerca de la inmigración y los inmigrantes, en especial sobre los nicaragüenses. Estos resultados son particularmente relevantes al poner de relieve que el malestar ante la inmigración se evidencia más fuertemente en los y las jóvenes. Nos obligan entonces a poner la mirada sobre ellos y ellas, y escuchar más atentamente sus opiniones y actitudes. En este sentido, las intervenciones para el cambio deberán prestar más atención a este grupo poblacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allport, G. (1954). *The nature of prejudice*. Reading, MA: Perseus Book Publishing.
- Berry, J. (2008). Globalization and acculturation. *International Journal of Intercultural Relations*, 32, 328-336.
- Bourhis, R. Y., Moise, C., Perreault, S., & Senéca, S. (1997). Towards an interactive acculturation model: A social psychological approach. *International Journal of Psychology*, 32, 369-386.
- Dovidio, J. F., & Gaertner, S. L. (1986). Prejudice, discrimination and racism: Historical trends and contemporary approaches. In Dovidio, J. F., & Gaertner, S. L. (Eds.), *Prejudice, discrimination and racism*. Orlando, FL: Academic Press.
- Fiske, S. (2000). Sterotyping, prejudice, and discrimination at the seam between the centuries: Evolution, culture, mind, and brain. *European Journal of Social Psychology*, 30, 299-322.
- INEC (2000). *Censo Nacional de Población y Vivienda, 2000*. San José: Costa Rica.
- Pettigrew, T. F. (1998). Intergroup contact theory. *Annual Review of Psychology*, 49, 65-85.
- Pettigrew, T. F. & Tropp, L. R. (2000). Does intergroup contact reduce prejudice? Recent meta-analytic findings. In Oskamp, S. (Ed.), *Reducing prejudice and discrimination* (pp. 93-115). Mahwah, NJ, USA: Lawrence Erlbaum.
- Piontkowski, U., Florack, A., Hoelker, P., & Obdržálek, P. (2000). Predicting acculturation attitudes of dominant and non-dominant groups. *International Journal of Intercultural Relations*, 24, 1-26.
- Smith, V., Araya, M. Peña, L. (2006). *Representaciones de la diversidad cultural y actitudes hacia los colectivos étnicos minoritarios e inmigrantes*. Informe Final de Investigación. Instituto de Investigaciones Psicológicas. Universidad de Costa Rica.

VIOLENCIA SOCIAL Y MOVILIDAD HUMANA: EL CASO DE LA CULTURA VIAL COSTARRICENSE

LIC. ADRIANA SÁNCHEZ LOVELL¹

La presente ponencia se basa en la investigación titulada *Dimensiones socioculturales del malestar vial en Costa Rica*. Esta se encuentra en etapa intermedia y es realizada en el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica.

Para esta ocasión se hace referencia a un fragmento de la investigación, en la que se discutirá específicamente la violencia que caracteriza la cultura vial costarricense. Los tres ejes que caracterizan dicho abordaje son: la interacción hostil entre conductores y las reglas sociales en que se basa, la cultura de la impunidad, misma que corresponde al ejercicio de la violencia sin consecuencias, y el análisis del discurso de los medios de comunicación masiva sobre los accidentes de tránsito, mismos que se considera, alimentan la violencia simbólica.

Descriptor temático: violencia social, aspectos jurídicos, relaciones sociales, medios de comunicación masiva, accidentes de tránsito.

INTRODUCCIÓN

Dimensiones socioculturales del malestar vial en Costa Rica es una investigación que interroga a los factores socioculturales subyacentes a la conducción temeraria, así como a la violencia social que se escenifica en las vías costarricenses. En este, el

¹ Psicóloga, docente de la Escuela de Psicología e investigadora, del Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad de Costa Rica.

abordaje de la violencia social en el ámbito vial, tiene tres ejes principales: el análisis del discurso noticioso de los medios televisivos, la determinación e interpretación de los modos de relación hostil entre transeúntes y el análisis de expedientes judiciales por homicidio y lesiones culposas.

1. ANÁLISIS DE LOS MODOS DE RELACIÓN HOSTIL ENTRE CONDUCTORES Y CONDUCTORAS

Los *modos de relación hostil*, constituye la categoría teórico-metodológica para el abordaje de la violencia que se escenifica en las vías, la cual es comprendida desde la perspectiva teórica del construccionismo social.

El estudio de la hostilidad se enmarca dentro de los modos *emocionales de relación cultural*, que desempeñan papeles al interior de escenarios más amplios. Según Gergen (1996), un modo relacional hostil puede responder a dos reglas culturales, la primera consiste en imperativos morales, como la ley de reciprocidad: si se es hostil se responde hostilmente, mientras que la segunda constituye la ley de la retribución: si alguien es hostil sin razón que lo justifiquen, esta persona deberá ser castigada en función del agravio cometido, de modo que, no basta que un individuo determinado compense el producto de su hostilidad, sino que el mismo debe someterse a un accionar punitivo.

Muy a menudo los niveles de hostilidad crecen conforme aumentan las pautas agresivas, ante tal panorámica se espera determinar si las reglas culturales antes mencionadas permiten dar cuenta de las pautas de interacción hostil de las vías costarricenses, pues dichas leyes han sido utilizadas predominantemente para comprender tales patrones en el contexto de los países más industrializados. De esta forma, ante una potencial insuficiencia de estas herramientas teóricas, la investigación se abocará a la determinación de aquellas reglas que mejor describan las pautas de interacción hostil en la cultura vial costarricense.

La metodología consiste en realizar observación no participante del comportamiento vial de los conductores en algunas de las rutas más transitadas y las rutas de mayor peligro del país.² La observación no participante tiene como objetivo determinar cómo se construyen las pautas de interacción y de comunicación entre conductores, cuando median conductas agresivas.

A partir de esto, se determinan categorías y se diseña un instrumento de entrevista tipo cuestionario³ en el que se estudia mediante narrativas, cómo se alimentan y retroalimentan estas pautas de interacción hostil en la sociedad, - por ejemplo, mediante intercambios entre pares y de padres a hijos. Además se busca dar cuenta de la construcción de subjetividades de quienes participan de estos juegos peligrosos y violentos. En este punto sobre la construcción de subjetividades, podríamos incluir algunas categorías y referencias del Análisis Foucaultiano de Discurso, en el cual la subjetivación, constituye una categoría esencial. Para ello: Arribas-Ayllon, M. y Walkerdine, V. (2008).

Surge por su parte, la pregunta respecto al lugar que ocupa la conducta temeraria dentro de la dinámica de atrapamiento o aprisionamiento en relaciones violentas que se ejercen contra sí mismo y contra el otro, mismas que muchas veces sin ser deseadas son repetidas. Pese al hecho de existen personas para quienes las calles son un sitio de descarga de agresividades reprimidas, o buscan en las vías su propio entretenimiento individualistamente a costa del otro (por ejemplo, obstrucción del paso de otros conductores, acelerar contra peatones, competencias de velocidad peligrosas, etc.). Habría que argüir en este sentido, que la conducción temeraria comporta los rasgos por antonomasia de una manifestación de la conducta violenta.

Sabido es que las personas realizan proyecciones respecto al ¿qué hacer?, ¿el qué dirán?, ¿el qué podría pasar? A propósito de lo anterior, Gilligan (1982) distingue

² Dichas rutas se seleccionaron a partir de los resultados de entrevistas realizadas a policías de tránsito y a estadísticas de Cosevi (2007) relativas a muerte en las carreteras.

³ Las entrevistas se aplican a dos muestras de conductores, una con antecedentes de múltiples infracciones y/o delitos culposos a raíz de un accidente de tránsito y por su parte a conductores que no tengan esta característica, esto con el fin de efectuar un estudio comparativo entre estos y que a su vez haga una distinción por género.

entre quienes toman como principio ético las relaciones con los demás y aquellos para quienes es primordial la no interferencia con el otro. De esta forma, se determinó la importancia de analizar la resolución de dilemas morales respecto a la conducta de manejo temerario, tomando como eje de análisis tres tiempos: el antes, el durante y el después, a saber, ¿qué ocurrió?, ¿qué pasa? y ¿qué pasará?

La entrevista presenta cuatro dilemas morales respecto a conducta temeraria, dos de estos se refieren a la alta velocidad y los otros dos al consumo de alcohol. A lo largo de la misma se indaga cómo creen los conductores que se debe responder a la agresión del otro, y qué consecuencias consideran que debe afrontar quien se comporte hostilmente. Cabría diferenciar los juicios que se hacen hacia los otros, de la evaluación sobre el propio comportamiento.

Así como puede darse un atrapamiento en relaciones violentas, puede generarse habituación al ejercicio de la conducta temeraria. Se considera que la exposición al riesgo y a la conducta temeraria está atravesada por la socialización de género. Costa Rica está por encima del promedio latinoamericano, europeo y mundial respecto a las tasas de muerte de hombres frente mujeres a causa de lesiones provocadas por accidentes de tránsito. En Costa Rica los hombres jóvenes tienen más fracturas óseas (Solís, 2007) y mayores tasas de muerte atribuible a causas violentas (Ministerio de Salud, OPS, 2004).

En síntesis, la investigación busca determinar cómo se construyen formas de interacción violenta entre usuarios de las vías públicas, atendiendo particularmente al caso de los conductores y las conductoras. Para la consecución de dicho objetivo, se realiza observación no participante en vías de peligro y vías estratégicas y con base en esto se diseña una entrevista tipo cuestionario que busca recolectar más información mediante la construcción de narrativas.

2. ANÁLISIS DE EXPEDIENTES JUDICIALES

La muerte y las lesiones constituyen las consecuencias más violentas y lamentables que producen las colisiones viales, mismas que pueden ser tipificadas como delitos de lesiones culposas y homicidio culposo (Código Penal, 2004).

Los asuntos concernientes al tránsito alimentan alrededor del 25% del total de los casos que lleva el Poder Judicial, si se suman las contravenciones que resuelven los juzgados de tránsito, los delitos culposos y las acciones civiles resarcitorias.

Las manifestaciones de la violencia se caracterizan en parte, por evadir la responsabilidad por las consecuencias de los propios actos, este tópico se conoce como cultura de la impunidad, cuyo rasgo principal es la ausencia de repercusiones ante cualquier tipo de accionar negligente.

Una segunda categoría teórico-metodológica del estudio, además de la interacción hostil, es el análisis de la cultura de la impunidad, que está ligada a la temeridad hostil, la primera implica ponerse en riesgo a sí mismo y al otro, mientras que la segunda es buscada por los infractores y vehiculizada por las prácticas estatales. El estudio de la cultura de la impunidad en esta investigación se [es] triangula[do] mediante entrevistas a policías de tránsito, entrevistas a conductores y análisis de expedientes judiciales de la Sala Tercera de Casación Penal.

3. ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVA

Los medios de comunicación masiva, específicamente los noticiarios televisivos, cierran la tríada de este atrapamiento en relaciones violentas que caracteriza a la cultura vial costarricense. Los discursos crean realidades y a la vez intervienen sobre las prácticas en torno a los objetos de los que hablan.

Bourdieu (1997) señala en su análisis respecto a las noticias de sucesos, que la televisión alimenta la violencia simbólica que se ejerce en las relaciones sociales.

Es común que los medios exploten para sus noticiarios escenas violentas de destrucción de automóviles, cuerpos mutilados y que jueguen con las emociones de las

familias de las víctimas, más allá de todo fin informativo o consideración sobre el proceso que deben afrontar quienes sufren un accidente de tránsito.

En la investigación se analizan de esta forma las estrategias en que se basa la transmisión de estas noticias, específicamente atendiendo al ritual que las caracteriza (Foucault, 2001) y la persuasión o retórica que utilizan los discursos al respecto.

REFLEXIONES FINALES

En esta investigación se analizan los discursos y las prácticas en torno al malestar vial en Costa Rica. Una primicia esencial es que existen dinámicas que se generan desde distintos espacios que hacen del sistema vial, un sistema violento, excluyente y peligroso.

Se analizan construcciones acerca de cómo se conduce en Costa Rica, con el acometido de dilucidar qué aspectos naturalizan la situación y dificultan a su vez producir transformaciones. Verbigracia de lo anterior, un aspecto a problematizar es la construcción de discursos respecto a la personalidad del “tico” al volante, frecuentemente utilizada para explicar el malestar vial que caracteriza a las carreteras, y que destaca en el discurso de los medios de comunicación masiva, en entrevistas y en varios espacios de opinión.

Leyendo el párrafo no me queda muy claro, creo que hay muchas ideas mezcladas, sugiero esto: De esta forma, dar cuenta de la cultura vial costarricense, implica analizar la normalización del ejercicio de la violencia en general y la conducta imprudente de manejo en específico. Esto genera un efecto de naturalización, al hacer integrar este conjunto de manifestaciones violentas dentro en los referentes de la identidad nacional. Se pueden distinguir así dos aristas de dicha operación, la primera conlleva lo que podríamos llamar su carácter más plausible, en el sentido de que se devela su arraigamiento cultural; la segunda –mucho menos halagüeña sin duda–, supone una cierta obnubilación de la violencia entendida como un producto cultural. Lo anterior constituye quizá el punto más álgido en esta discusión, puesto que tal

naturalización imposibilita vislumbrar la violencia como un fenómeno sobre el que se puede y se debe intervenir para modificar los patrones de interacción social que lo generan, reduciéndolo meramente a un asunto punitivo.

Un reto consiste en determinar los mecanismos por los que se reproduce esta categoría del tico al volante e incluso las estrategias a las que sirve, pues ésta integra dentro de sí misma de acuerdo a una presunción investigativa, la perspectiva de resistencia al cambio. Detrás del volante se pueden estar escenificando muchas más pautas de interacción violenta de lo aparente, pues estas permanecen ocultas tras la capa del accidente al que se relaciona, es decir, son asociadas con el error y el azar. Se minimizan estas expresiones de la violencia, al integrarse dentro de la identidad del “tico”, y casi se asume como un rasgo extraño de la personalidad pacífica del costarricense que es revertida toda vez que la persona se monta a la cápsula automotriz.

En conclusión, en la presente investigación conjeturamos que poder, cultura y ley son factores que interaccionan entre sí para producir malestar vial en Costa Rica y se traduce en sufrimientos, muertes y devastación ambiental. De tal forma que el problema vial se produce desde malestares que se conjugan a través de distintos sistemas en interacción. Partiendo de este planteamiento, la investigación que aquí se presenta no busca determinar el prototipo de conductor agresivo o de riesgo, encarnado en la “personalidad del tico al volante”, sino identificar las causas de la conducta de manejo temeraria y violenta a través de las prácticas y los discursos sobre el fenómeno en sí, entiéndase, las relaciones sociales, las prácticas penales, la cobertura mediática, la ley, la moral, y las prácticas de ocio, etc.

Retomando las palabras de los policías de tránsito entrevistados, el problema está culturalmente arraigado. Una de las características de este arraigamiento] es inculpar al otro del problema: los conductores señalan a la Ley y a la policía de tránsito, la prensa señala a los conductores borrachos que califica de irresponsables y al Estado, y el Estado a cierto prototipo de conductores. Lo cierto es que todas y todos somos responsables, seguir el hilo a esta trama de interacciones permite identificar como cada

uno de estos eslabones contribuye a conformar esta dimensión vial en Costa Rica, y a desmitificar culpas unilaterales ubicándose en medio de la interacción entre sistemas con el fin de interpretarlas, explicarlas y producir recomendaciones que permitan trabajar en la producción del cambio.

BIBLIOGRAFÍA

- Arribas-Ayllon, M. y Walkerdine, V. (2008). *Foucauldian Discourse Analysis*. In: The Sage Handbook of Qualitative Research in Psychology. London: SAGE Publications.
- Consejo de Seguridad Vial (2007). Estadísticas de accidentes de tránsito. Recuperado el 22 de agosto de 2007, de <http://www.csv.go.cr/>
- Foucault, M. (2002). *El orden del discurso* (2ª. ed.). (A. González, Trad.). España: Tusquets.
- Gergen, K. (1996). La construcción social. Emergencia y potencial. En Pakman (comp.). *Construcciones de la experiencia humana. Vol I.* (pp 139-182). (J. Alvarez, Trad). Barcelona, España: Gedisa.
- Gergen, K. (1996). *Realidades y relaciones. Aproximaciones a la construcción social.* (F. Meler, Trad.). Barcelona, España: Paidós.
- Gilligan, C. (1982). *In a Different Voice. Psychological Theory and women's development* [En una voz distinta. Teoría psicológica y desarrollo de las mujeres]. Cambridge Massachusetts and London England: Harvard University Press.
- Ministerio de Salud, Organización Panamericana de la Salud y Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud. (2004). La violencia social en Costa Rica. *Serie Análisis de situación de salud, 9.*

- Solís, M. (2007, 30 de julio). Fracturas impactan con severidad a costarricenses. *Archivo de noticias*. CCSS. Recuperado el 8 de agosto de 2007 de <http://www.ccss.sa.cr/>
- Van Dijk, T. (1990). *La noticia como discurso. Comprensión, estructura y producción de la información*. (G. Gal, Trad.). Barcelona, España: Paidós.
- Van Dijk, T. (2000). *El discurso como interacción social. Estudios del discurso: introducción multidisciplinaria: Vol. 2*. Barcelona, España: Gedisa.

CONVIVENCIAS TELE-VISADAS: UN ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN PERIODÍSTICA SOBRE LOS INMIGRANTES NICARAGÜENSES EN COSTA RICA

LICDA. ANYELICK CAMPOS ZAMORA

LICDA. LARISSA TRISTÁN JIMÉNEZ

INTRODUCCIÓN

“Tres nicaragüenses asesinan y entierran a un hombre”
“Nicaragüense implicado en doble homicidio se entregó a las autoridades”
“Policía pilló a una banda de ladrones integrada por mujeres nicaragüenses”

Titulares como éstos aparecen con relativa frecuencia en muchos telenoticieros costarricenses. Como en estos casos, el énfasis aparece primero en la nacionalidad (nicaragüense), para luego “informar” sobre hechos relacionados comúnmente con delitos, asaltos, secuestros, conflictos sociales, narcotráfico, etc. En este tipo de noticias predominan imágenes en las que, implícita o explícitamente, se asocia a la población inmigrante, sobre todo nicaragüense, con criminalidad, ilegalidad y caos social. Al mismo tiempo, se invisibiliza la participación de costarricenses en este tipo de situaciones, y se reservan consideraciones positivas para “los nacionales”.

Lo anterior, inevitablemente nos plantea múltiples interrogantes acerca del papel que desempeñan los medios de comunicación colectiva en la dinámica de las relaciones intergrupales en Costa Rica: ¿contribuyen en alguna medida a conminar la hostilidad de la sociedad receptora hacia la población inmigrante a través de los mensajes que transmiten o son más bien, reproductores de imágenes instauradas con anterioridad en esta sociedad?

Para ensayar respuestas a estas preguntas se vuelve necesario establecer la relación entre los mensajes mediáticos, su consumo y el contexto sociohistórico y cultural en el que circulan. La presente ponencia se refiere precisamente a esta conexión y, a partir de ahí, ofrece una perspectiva sobre los alcances concretos que tienen los medios de comunicación y la forma en que, a través de lo que dicen y de lo que omiten, producen y reproducen significados sociales hegemónicos referentes a la población inmigrante nicaragüense.

Las ideas que se exponen en este trabajo surgen de los resultados de la investigación titulada “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” (2007). En este estudio se desarrolló una estrategia teórico-metodológica integradora que incluyó tanto el análisis del discurso periodístico de siete noticias, como su recepción (interpretación y apropiación) por parte de cuatro grupos específicos: maestros, policías y taxistas costarricenses y un grupo de inmigrantes nicaragüenses residentes en la comunidad Carpio, ubicada en San José, Costa Rica.

A partir de los hallazgos que posibilitó dicha metodología, delineamos algunas consideraciones en torno a la forma en que este tipo de mensajes periodísticos perpetúan ciertas prácticas de exclusión y estigmatización que, a nivel general, experimenta la población inmigrante que reside en Costa Rica.

Viendo a los Otros para definir el nosotros: Los nicaragüenses y los discursos sobre identidad nacional en Costa Rica

Uno de los objetivos principales del estudio mencionado fue analizar la estructura discursiva del texto noticioso. Para ello, el modelo de análisis adoptado exigía atender las relaciones sociales de poder que reproducen los medios de comunicación a través del uso y manipulación del lenguaje. Esta perspectiva permitió develar el trasfondo ideológico que subyace a los discursos periodísticos en los que aparece la conexión entre nicaragüenses y delito.

Lo que se encuentra al explorar los orígenes socioculturales de esta conexión es la estrecha relación que guardan los discursos noticiosos con algunos imaginarios

sociales suficientemente extendidos entre la población costarricense que, históricamente, han caracterizado a ciertos grupos inmigrantes de forma negativa, vinculándolos con atraso, pobreza y, antivalores sociales y morales, entre otros.

Si bien lo anterior es un rasgo generalizado de las comunidades de destino, en el caso de Costa Rica ha adquirido la particularidad de vincularse con un proyecto más amplio de identificación nacional, en función del cual la población costarricense se adjudica una pretendida “excepcionalidad” con respecto a los otros países centroamericanos en general y, a Nicaragua en particular.

Esta dinámica de autolegitimación puede ser rastreada desde la constitución misma del Estado costarricense. Según el investigador Carlos Sandoval (2002), los discursos sobre “la nación”, contruidos y difundidos desde inicios del siglo XIX atribuyen un carácter “único” a Costa Rica y a “lo costarricense”, identificándolo con valores políticos tales como “democracia”, “paz” e “igualdad social”.

Tales imaginarios se articulan con ideologías nacionalistas y etnocentristas, que desde la temprana historiografía costarricense, entre 1880 y 1890, extendieron el pasado del país para enlazarlo a las expediciones de Cristóbal Colón, y de esta forma destacar un pretendido “origen europeo” que diferenciaría a Costa Rica de los otros países de la región.

El historiador Iván Molina (2002) al igual que otros autores, muestra que posteriormente se asoció ese pretendido origen español con la “blancura” de la población costarricense. Este elemento se asumió entonces como un rasgo físico característico de los costarricenses, y diferenciador de otros países cercanos. Explica que la concepción del país como una “sociedad blanca”, configurada en primera instancia por los políticos e intelectuales liberales, fue una de las bases sobre las que se fundamentó la explicación de lo que se ha dado en llamar el mito de la “excepcionalidad de Costa Rica”; una condición atribuida a la nación en la que privarían la diferencia y una supuesta superioridad ética y étnica.

Según el autor, los discursos oficiales expresaban, a inicios del siglo XX, una vinculación entre etnia y democracia, al atribuir el progreso de Costa Rica a dos

factores principales: la expansión escolar y la “raza especial” de la “estirpe española” de la cual, se consideraba, descendían todos los costarricenses.

Como estrategia paralela, otros grupos sociales en el país fueron desplazados e invisibilizados en esas mismas narrativas sobre la nación. Así por ejemplo, las poblaciones indígenas, como lo evidencia Ronald Soto (1998), fueron excluidas de la historia nacional, al negar su presencia como grupo social importante. Efectivamente, narraciones presentes en textos educativos hacen alusión aún hoy a la “desaparición” de los grupos indígenas, o a su “absorción” por parte de la “población blanca”, lo que ayudó a visualizarlos como esos “otros” que ya no existían, y por ende, con nulas posibilidades de participar e incidir en la realidad costarricense del presente. Esto a su vez permitió imaginar a la nación como descendiente casi enteramente de esa “raza blanca española”.

Como ya se dijo, a esta representación de “superioridad étnica”, se engarzaron imaginarios sobre la “superioridad moral” de los costarricenses, de forma que, como lo apunta Lara Putnam (1999), estos discursos, por definición racializados, sirvieron también para asociar ciertas imágenes, valores y virtudes del costarricense con su “blanquedad”.

Paralelamente, en la construcción de ese imaginario se fueron contraponiendo otros atributos y valores positivos que caracterizarían a la población costarricense “blanca” (del Valle Central sobre todo), con condiciones opuestas a esos valores y con imágenes negativas atribuidas a otras naciones y etnias “no blancas” (mestizos, indígenas, negros, centroamericanos, nicaragüenses, etc.). De ahí surge también la desvalorización y la discriminación hacia esos otros grupos:

El indio salvaje, perezoso, y desaseado; el chino vicioso; el nicaragüense pendenciero; el negro bruto y la negra promiscua: todas estas imágenes sirvieron implícita y a veces explícitamente para resaltar la virtud, el empeño, la honradez, el amor al trabajo y la paz del “costarricense” (automáticamente entendido por blanco). (Putnam, 1999, p. 151).

Asimismo, Molina (2002) muestra que desde el siglo XIX e inicios del XX los círculos oficiales combinaban un interés por la población indígena en cuanto a aspectos

arqueológicos con la indiferencia frente a la realidad de este grupo; pero también con el desprecio y el desdén por las poblaciones de piel oscura del Pacífico Seco (principalmente Guanacaste) y con la preocupación por las consecuencias de la presencia china y afroantillana en el país.

De esta manera, como sostiene Patricia Alvarenga (1998), esa formación histórica de la identidad costarricense ha contribuido a cerrar los espacios de integración a los recién llegados y, aún más, esa identidad, internalizada por la comunidad costarricense, se manifiesta en las actuales expresiones xenofóbicas contra esta población. Efectivamente, Sandoval (1997) afirma que “la presencia de extranjeros se constituye en una anomalía que amenaza un orden social, configurado a partir de la nacionalidad: el extranjero es el extraño que amenaza al organismo, al orden social.” (p.30).

Pero no todos los grupos inmigrantes han sido percibidos de esta forma. Soto (1999) afirma que otra de las estrategias utilizadas para exaltar ciertos valores y características como “propias de Costa Rica” fue un “discurso selectivo” sobre inmigración. Según el autor, a inicios del siglo XX algunos personajes de la época definían cierta inmigración (europea sobre todo) como un “agente regenerador”, de forma que destacaban las bondades de la inmigración europea (y blanca), a través de la que se lograría “mejorar la raza”. Al mismo tiempo, estos discursos hacían alarde de ciertas características y valores de estos “inmigrantes blancos”, y las vinculaban con los valores y comportamientos atribuidos al ser costarricense:

...una corriente de inmigración sana, tanto en lo moral como en lo físico, inmigración exclusiva de labradores, o mejor aún, de familias de labradores, cuya sangre sea como la sangre magnífica de nuestro pueblo; y sus costumbres como las nuestras; campesinos españoles, italianos, alemanes, austriacos, franceses, irlandeses... (Rafael Villegas, citado en Soto, 1999, p. 88)

Este discurso sigue teniendo fuerza aún hoy y, aunque ha habido cierta pretensión de manejar el tema con cuidado por parte de los círculos oficiales, persiste la idea de que habría dos tipos de inmigración: una que sería positiva para el país y traería el progreso, y otra que lo afectaría negativamente. Tal argumento se cristaliza en la

actual ley de migración de Costa Rica, que fomenta la participación del extranjero inversionista, al tiempo que se define el tema migratorio como un asunto de “seguridad nacional”. Sin embargo esta definición parece haberse reservado exclusivamente para los inmigrantes de escasos recursos, principalmente nicaragüenses, a quienes se les ha criminalizado categorizándolos como “ilegales” y ejerciendo contra esta población acciones predominantemente represivas.

Según señala Sandoval (1999), este no es un fenómeno reciente, pues este proceso de criminalización empezó a darse en una época en los que el porcentaje de población nicaragüense en el país no era significativo en relación con el total de habitantes. Esto sugiere, a criterio de este autor, que la exclusión y discriminación de esa población no es una simple consecuencia de la inmigración, sino que es el resultado de un proceso de larga data en el que se ha ido construyendo una “comunidad imaginada” a través de la diferencia y la desigualdad.

Sandoval (1997) muestra que desde finales del siglo XIX, cuando su llegada empezó a ser reconocida, los nicaragüenses empezaron a ser considerados como “otros” en las narrativas de nacionalidad en Costa Rica. Desde ese momento fueron asociados con conductas criminales y violentas, lo cual se evidencia tanto en discursos oficiales, como en narrativas historiográficas y literarias. De esta forma, los nicaragüenses se fueron convirtiendo en el “otro”, frente y en oposición al cual se construyó la propia identidad.

Los medios de comunicación han tendido a reproducir este imaginario, pues al igual que en los discursos oficiales, literarios, historiográficos y populares, frecuentemente asocian hechos de conflicto y violencia con el grupo social conformado por “los nicaragüenses”, al tiempo que se invisibilizan este tipo de acciones cuando son cometidas por costarricenses.

Como ya se dijo, este tipo de noticias exudan la pretendida excepcionalidad del costarricense en oposición al “otro nicaragüense”, dado que sus mensajes implícitos guardan estrecha relación con la sobrevaloración del propio grupo y la estigmatización de ciertos grupos sociales vistos con cierto desdén.

De esta forma, al explotar temáticamente su criminalización, los telenoticieros desempeñan un papel ideológico fundamental, ya que transmiten y reproducen no sólo los nuevos discursos oficiales que visualizan el tema de la migración como un asunto de “seguridad nacional”, sino también la ideología que sustenta los discursos sobre identidad nacional. En lo que sigue veremos con detenimiento las asociaciones que aparecen concretamente en los medios y los sentidos que subyacen a los textos analizados, para posteriormente referirnos a la forma en que fueron interpretados por cuatro tipos de audiencias.

LA NOTICIA COMO ANHELO DE LA DIFERENCIA: IMÁGENES DE LOS NICARAGÜENSES EN LA PRENSA TELEVISIVA

Visto lo anterior, es claro que la búsqueda de la diferenciación con respecto a la población nicaragüense se expresa también en los textos noticiosos que la representan como ejecutora de delitos y como protagonista de disturbios y desorganización social. A este tipo de discursos subyace la pretensión de la diferencia, de la democracia, la tranquilidad y la igualdad de una nación “amante de la paz”, en contraposición a los grupos de inmigrantes que, según los discursos, vendrían a traer el caos y la violencia.

A pesar de que lo anterior ya ha sido puesto en evidencia en algunos trabajos anteriores (Sandoval, 2002), sigue siendo una tarea fundamental develar las constantes en los discursos noticiosos, tanto en los contenidos manifiestos como en los que subyacen a las estructuras del texto, dado que a partir de ahí se puede contrastar tales estructuras y las lecturas “preferenciales” o “dominantes” con las lecturas reales de los sujetos que componen las audiencias.

Así como no es posible deducir el impacto de los medios exclusivamente a partir de un análisis discursivo, tampoco es conveniente privilegiar el análisis de la interpretación y apropiación de ese texto, dado que, como lo afirma David Morley (1996), el texto mediático contiene “cierres directivos” que deben ser identificados. Sólo

de esa manera es posible poner en evidencia las ideologías y la visión de mundo que se privilegia en estos mensajes.

Como lo muestra Morley (1996), los contenidos mediáticos no sólo comunican lo que puede verse en su contenido manifiesto, sino que además transmiten mensajes implícitos sobre actitudes básicas y valores sociales y sobre las opiniones que convendría adoptar ante diferentes “problemas sociales”.

Aquí el uso del término “problema” no es gratuito. En Costa Rica la inmigración ha sido representada en los medios siempre con un matiz problemático, como una amenaza al ser costarricense. Sin embargo, asociar inmigración con conflicto social, no es una práctica exclusiva de los medios de comunicación pues estos comparten responsabilidad con otras instituciones como el gobierno, la policía o el sistema educativo, de manera que, como lo señala Teun van Dijk (2003), los efectos de los medios son más bien indirectos y dependientes de la interacción con otras instituciones sociales.

En ese sentido, poco se gana asumiendo posiciones satanizadoras o apologéticas sobre la responsabilidad de los medios en la transmisión y reproducción de discursos xenófobos y discriminatorios. Es más constructivo y retador tratar de dilucidar cuáles son esos contenidos, explícitos e implícitos, que los medios transmiten sobre un “problema social” y cuánta resonancia alcanza este tipo de discursos entre las audiencias.

De esta forma, quisimos identificar las temáticas en las cuales se relacionaba “inmigración nicaragüense” con “problemática social”. Para ello, se analizó discursivamente siete noticias provenientes de dos de los telenoticieros más importantes en términos de audiencia, a partir de un esquema analítico que incluyó la valoración de la dimensión espacial y temporal en el que se ubican los textos, así como los hechos y los roles y atribuciones de sus protagonistas. En el siguiente cuadro se sistematiza algunos de sus componentes principales:

Noticia/Titular	Tema central	Ítems	Cobertura mediática
<p>Como ha transcurrido hoy martes en La Carpio?</p> <p>Fecha: 01/06/2004</p> <p>Noticias Repretel</p>	<p>Conflictos sociales y disturbios en una comunidad conflictiva consecuencia de una protesta.</p> <p>Comunidad con mayoría de población nicaragüenses "ilegal" y merced del hampa</p>	<p>Disturbios" y caos social/ Protestas</p> <p>Situación de Población vulnerable (niños, madres, ancianos)</p> <p>Ilegalidad de la población nicaragüense</p> <p>Intervención de las instituciones involucradas</p> <p>Víctimas institucionales (policías)</p>	<p>Alta</p>
<p>Víctimas de asalto al Banco Nacional de Monteverde enfrentaron hoy a Herlin Hurtado</p> <p>Fechas: 12/2005 y 25/03/2006</p> <p>Noticias</p>	<p>Asalto en una sucursal del Banco Nacional en Monteverde, caracterizado como "el más violento" en Costa Rica. Sobre explotación de Herlin Hurtado como el más cruel delincuente</p>	<p>Amenaza para la nación representada por "un extranjero"</p> <p>Asociación entre criminalidad y persona nicaragüense,</p> <p>Personalidad de Herlin Hurtado: tranquilo, pero "de corazón duro".</p> <p>Cambio en apariencia física de Herlin, que sugiere la conexión entre ética y estética.</p> <p>Retención de rehenes y entrega de Herlin a la policía: Vulnerabilidad de la población costarricense.</p>	<p>Alta</p>

Repretel		Investigación judicial y sanción penal del delito	
<p>Quién tiene la responsabilidad legal de la muerte del hombre que fue atacado por los perros?</p> <p>Fecha: 11/11/2005</p> <p>Noticias Repretel</p>	<p>Responsabilidad de la víctima por el ataque sufrido por parte de perros rottweillers</p>	<p>Muerte de Natividad Canda y actuación de la policía.</p> <p>Justificación del hecho por parte del dueño de los perros que lo atacaron.</p> <p>Duda sobre quién sería el responsable de esta muerte</p> <p>Atenuantes legales para el dueño de los perros.</p> <p>Condición de los animales que motivó su agresividad.</p> <p>Posible sacrificio de los perros</p>	Alta
<p>Nicaragüense implicado en doble homicidio se entregó a las autoridades</p> <p>Fecha: 07/03/06</p> <p>Telenoticias</p>	<p>Celebración por la entrega de un nicaragüense implicado en un doble homicidios</p>	<p>Conflicto laboral entre dos vendedores de sandías.</p> <p>Trasgresión del nicaragüense asesinado y justificación del homicidio cometido por "el tico".</p> <p>Entrega de las armas que habría utilizado "el nicaragüense".</p>	Baja
<p>Policía pilló a una banda de</p>	<p>Criminalidad asociada con</p>	<p>Detalles sobre el ámbito de operaciones de la banda</p>	Baja

<p>ladrones integrada por mujeres nicaragüenses</p> <p>Fecha: 07/03/06</p> <p>Telenoticias</p>	<p>“mujeres nicaragüenses”</p>	<p>Último “golpe” de la banda: robo en tiendas.</p> <p>Acusación formal por parte del Ministerio Público.</p>	
<p>“Tres nicaragüenses asesinan y entierran a un hombre”</p> <p>Fecha: 06/03/06</p> <p>Telenoticias</p>	<p>Detención de tres nicaragüenses a quienes se les imputó un homicidio y su ocultamiento</p>	<p>Antecedentes del asesinato: Llegada de Nicaragua del presunto homicida y problemas laborales entre dos cuñados.</p> <p>Amenazas previas a la muerte: Conflicto familiar</p> <p>Detalles de la muerte: asesinado con dos balazos en el pecho</p> <p>Hallazgo del cadáver enterrado en San Ramón: ocultamiento del crimen</p> <p>Detalles de la detención de “los sospechosos” cuando intentaban “pasar a Nicaragua</p> <p>Antecedentes criminales en Nicaragua de uno de los sospechosos.</p>	<p>Baja</p>
<p>“El OIJ arrestó a tres nicaragüenses sospechosos de movilizar</p>	<p>Nicaragüenses involucrados en narcotráfico</p>	<p>Hallazgo de la droga escondida en un auto por parte del OIJ</p> <p>Detalles sobre la investigación que permitió la captura de los tres</p>	<p>Baja</p>

<p>200 kilos de cocaína al mes”</p> <p>Fecha: 14/10/05</p> <p>Noticias Repretel</p>		<p>sospechosos, de narcotráfico.</p> <p>Detalles del “modus operandi” de los sospechosos y dirección de movilización de la droga (de Costa Rica a Nicaragua y a EEUU)</p> <p>Actividades del OIJ luego de la captura: allanamientos y decomisos</p> <p>Acusación formal e inicio del proceso judicial por el delito de narcotráfico</p>	
---	--	---	--

Además de las relaciones con diferentes tipos de delitos y las referencias a conflictos y violencia, el tema que parece ser recurrente en estas noticias es la amenaza que representan las poblaciones inmigrantes para el país, tanto para el orden social, como para la integridad física individual.

Un ejemplo de lo anterior, es la noticia referente a una serie de protestas ocurridas en Carpio¹ a raíz de la negativa por parte del gobierno costarricense de titular los terrenos en los que habita esta comunidad. En este caso, nunca se contextualizó el conflicto y fue narrado en términos de “disturbios” provocados y ejecutados por personas que en su mayoría eran nicaragüenses. Para la transmisión de esta idea, el recurso fue la exposición reiterada de imágenes en las que se observaba a personas lanzando piedras, policías heridos, niños y niñas llorando y cruzrojistas corriendo y auxiliando personas. Al mismo tiempo, el narrador describía a “La Carpio”, tal y como se le nombra en los medios, como “un sector” inseguro, conflictivo, tenebroso, en donde impera la “Ley del más fuerte” y en donde es necesaria la intervención constante de la Fuerza Pública para que exista calma.

¹ Ésta es una comunidad ubicada al oeste de la ciudad de San José, en La Uruca y nació como una ocupación de los terrenos que pertenecieron a la Caja Costarricense de Seguro Social, entre 1993 y 1994. Datos del último censo realizado en Costa Rica en el 2000 indican que la composición demográfica de la comunidad es de 50% de costarricenses, 49.1% nicaragüenses y un 0.9 de otras nacionalidades. Sandoval (2005) destaca que la particularidad que tiene este lugar es que constituye el punto de encuentro entre migrantes internos provenientes principalmente de la Zona Sur y de Guanacaste, e inmigrantes externos provenientes de Nicaragua. No obstante, no se reconoce a los que vinieron de otras zonas del mismo país como migrantes, de ahí que la población costarricense perciba a “La Carpio” como una comunidad habitada exclusivamente por inmigrantes nicaragüenses incidiendo en su estigmatización por parte de los medios de comunicación y de la sociedad costarricense.

En este caso es posible identificar la asociación entre personas nicaragüenses y la condición de “ilegalidad”, tanto por haber participado en “los disturbios” como por su estatus migratorio. Frecuentemente en las noticias se asocia la falta de documentos, vista como un tipo de ilegalidad, con la ejecución de delitos y hechos ilegales. Evidentemente esta fusión favorece con fuerza la criminalización de las personas nicaragüenses.

Por otro lado, esta noticia ilustra también que la categorización del “nicaragüense” se acompaña de la estigmatización de su espacio vital y de su territorio, al vincular algunas comunidades específicas (Carpio, por ejemplo) con población nicaragüense, y ésta a su vez, con acciones delictivas que ponen en riesgo la seguridad personal de toda la población costarricense.

De esta forma, la representación se traslada no sólo a la persona, sino también a su espacio y su comunidad, otorgándole así valor simbólico a lo geográfico y “localizando la amenaza” en un lugar específico, que termina siendo estigmatizado como “peligroso” o “inseguro”.

Estrechamente vinculado a lo anterior, otro tema recurrente en estas noticias es la idea del riesgo que representa la población nicaragüense y el pánico que genera en las personas con quienes se relaciona. Ello se enlaza con el tema de la inseguridad ciudadana que se encontró en la mayoría de los textos noticiosos.

Los esquemas periodísticos ayudan a transmitir esta idea a partir de recursos visuales, auditivos y retóricos. Narradores y periodistas explícitamente aluden al temor que motivarían las acciones “transgresoras” de nicaragüenses y de otras poblaciones excluidas, al tiempo que las imágenes de caos y destrucción imperan en el esquema de las noticias. Frases empleadas por los comunicadores como “El miedo a un nuevo enfrentamiento entre los manifestantes y policías se respira en cada esquina”, fuerzan respuestas en sus entrevistados/as que se ajustan a esta idea. Como ocurrió en este caso, las personas entrevistadas frecuentemente son inducidas a comentar ampliamente ese temor y “ejemplificar” así la versión del telenoticiero.

Ahora bien, el análisis de los actores que participan en la mayoría de estos relatos periodísticos y los de los roles que se les asignan en el discurso permiten observar el tipo de relaciones apuntadas, con más detalle. De acuerdo con Mata y Scarafía (1993), el análisis de los roles permite reconstruir el papel social de los actores a los cuales se alude dentro de la dinámica social propuesta por el emisor en el discurso. Es decir, permiten identificar de manera

más precisa no sólo, cómo se les caracteriza, sino también cómo actúan esos actores dentro del esquema (visión) de mundo que el discurso ofrece.

En las noticias de la muestra se identifican fundamentalmente dos posiciones para los protagonistas: o bien se encuentran dentro del grupo de “nicaragüenses infractores” o bien pertenecen al grupo ubicado en el otro extremo que se encarga de restaurar el orden social y “neutralizar” el caos y los daños perpetrados por los primeros. Este segundo grupo está constituido, sobre todo, por los entes institucionales, (predominantemente los cuerpos policiales), que implícitamente se asumen como de nacionalidad costarricense.

Está claro que los roles sociales que se les asignan a unos y a otros tienen que ver, en el primer caso, con los entes que modifican el orden social y las normas, quienes crean un desequilibrio en la dinámica relacional costarricense, representando una amenaza para ese orden, o incluso para la vida e integridad de la población nacional. Por el contrario, los segundos son visualizados como los entes restauradores y que pueden garantizar la seguridad perdida; quienes pueden proteger a esa población que se encuentra a merced de “extranjeros”, como se enfatizó en la noticia referente al asalto a una sucursal de uno de los bancos costarricenses más importantes (Banco Nacional).

Aquí aparece con fuerza la conexión entre delito, persona nicaragüense y carácter agresivo o violento. El protagonista de esta noticia (Herlin Hurtado) es caracterizado como “un extranjero” que dejó una “estela de dolor” inolvidable. Se le describe como una persona “de corazón duro”, a quien no le importó ver a sus hermanos muertos en el lugar de los hechos y se enfatiza la sensación de angustia y temor extremo que generó en el país.

Es interesante que el texto presente de entrada un mensaje atemorizante y absolutista, pues alude, según se señala, al “más violento asalto en la historia del país”. Tal frase no admite otra posibilidad por lo que la idea implícita que atraviesa estas informaciones es la amenaza extrema que representaría “un extranjero”, siendo capaz de “poner en tensión” la seguridad nacional.

De esta manera, la amenaza se desborda e involucra a todos los habitantes del país, lo que se refuerza al señalar inmediatamente después que la banda a la que pertenecía Herlin (único asaltante que sobrevivió) sembraba el pánico en varios lugares del territorio costarricense. La noticia traslada y extiende la situación de peligro en el asalto y la retención en un lugar específico (Monteverde), a la nación en su totalidad.

Ahora bien, si este es el tipo de representaciones que impera cuando se hace referencia a nicaragüenses en las noticias, ¿cómo se representa a la “población nacional” en esos mismos textos?, ¿son actores pasivos o activos?, ¿cómo participan en los hechos narrados?

Frecuentemente la población costarricense aparece en el rol de víctima indefensa y desprotegida, que se encuentra a merced de las agresiones nicaragüenses. Esta idea es clara en la noticia sobre las protestas en Carpio, pero también aparece aún con más fuerza en la referente al asalto en Monteverde, y en otras noticias que recibieron una menor cobertura mediática. El esquema periodístico incluye testimonios, imágenes de caos y angustia, así como sonidos que remiten a la sensación de peligro y vulnerabilidad.

En los casos en que los actores costarricenses participan directamente en el conflicto y son protagonistas de hechos violentos, el discurso periodístico minimiza de una u otra forma su responsabilidad en el detalle de estos hechos. Más aún, el texto tiende a desviar la atención hacia algún comportamiento “transgresor” de un nicaragüense cuando como consecuencia de sus acciones, los actores costarricenses se ven involucrados en la muerte de alguna persona. El recurso que se utiliza para esto es legitimar sus acciones buscando “explicaciones lógicas” para su actuación.

De esta forma, no se admite la posibilidad de que la población nicaragüense sea víctima; antes bien, la ubica de manera permanente en el rol de victimaria. Este es el caso de la noticia “Nicaragüense implicado en doble homicidio se entregó a las autoridades”, en la cual se narra la disputa entre dos vendedores de sandías, uno nicaragüense y otro costarricense, que laboraban en la provincia de Guanacaste, al Norte del país.

En el altercado, el costarricense dispara al nicaragüense ante lo cual interviene un tercero, también nicaragüense, que le da muerte al vendedor costarricense. Aunque fueron dos las personas que dispararon, en la noticia se oculta la nacionalidad del costarricense que dispara primero y da muerte al nicaragüense con el que discutía, mientras que se hace una referencia explícita y se enfatiza este dato cuando se trata del tercer nicaragüense que interviene y da muerte al costarricense que disparó primero. Además, el costarricense es exculpado y sus acciones se justifican como una “provocación” por parte del “extranjero” que, según el texto noticioso, irrespetó una recomendación oficial de no vender su producto en la vía pública.

Es interesante que incluso el mismo titular de esta noticia es engañoso y entraña este ocultamiento del crimen cometido por un costarricense, al tiempo que atribuye las dos muertes a una misma persona, precisamente identificada como “nicaragüense”.

En la noticia sobre la muerte de Natividad Canda (un nicaragüense que murió atacado por dos perros rottweiler al ingresar a un taller mecánico en la provincia de Cartago), también se responsabiliza a la víctima por su propia muerte. En este caso, los roles se invierten de manera tal que en el discurso noticioso no sólo se asume implícitamente que el nicaragüense “se buscó” su muerte al invadir una propiedad privada, sino que se desvía la atención que podría haber recaído en el dueño de los perros como presunto responsable del ataque y se disculpa su negligencia en virtud de su derecho a proteger su propiedad. Para ello se utiliza el criterio de dos “expertos” (un abogado penalista y un representante del Ministerio de Salud) cuyo argumento principal es que “los perros tenían la obligación de cuidar” y en ese sentido, la responsabilidad del dueño se descarta porque sólo garantizaba su protección. No importa si, como ocurrió en este caso, muere otra persona.

En todos estos casos, la nacionalidad es un dato sólo cuando se trata de personas extranjeras, que además, según el discurso, “transgreden” los límites sociales o morales, o bien retan a las autoridades.

Ahora bien, en la mayoría de estas noticias, el tema de la criminalidad e ilegalidad no aparece impune, por lo que otro tema recurrente es el de la represión por parte de entes gubernamentales, y las sanciones a nivel judicial que deberán enfrentar los nicaragüenses transgresores. Es interesante que en estos casos los entes punitivos y/o represores nunca aparezcan asociados a personas nicaragüenses, sino que implícitamente se presentan como la contraparte (costarricense) de tales informaciones.

Los grupos policiales ocupan un lugar protagónico en esa dinámica, al ser vistos como héroes que garantizan la protección de la comunidad nacional. A éstos también se les disculpa o justifica sus manifestaciones agresivas, y se les asocia con características como fortaleza, tenacidad y valentía. Todo ello se disfraza de cierta manera, pues nunca se hace una referencia explícita a la nacionalidad de este grupo.

En la mayor parte de estos casos, el discurso de la noticia se apropia de la versión policial. Es decir, se adhiere plenamente a lo expresado por los oficiales entrevistados y, en algunos casos, justifica y/o legitima ampliamente la actuación de los entes que intervienen en los hechos como garantes del orden social. Los inmigrantes son responsabilizados por cualquier anomalía en ese orden y en ese sentido, son justificadas las acciones que los reprimen y/o los mantienen en condiciones de exclusión y marginalidad.

Precisamente, esta polarización social es otra de las constantes develadas en el análisis discursivo. En términos generales, los textos caracterizan y describen situaciones de extrema violencia, conflicto y criminalidad protagonizadas por personas nicaragüenses. Al mismo tiempo, las personas costarricenses que ejecutan actos violentos son ocultadas, disculpadas o legitimadas.

Queda claro entonces que el discurso subraya la oposición (diferencia) entre ambas poblaciones, pues por un lado la nicaragüense aparece como portadora de antivalores y comportamientos destructivos que vulnerabilizan a la nación y amenazan su seguridad, mientras que las personas costarricenses son asociadas con virtudes, características y valores positivos, tales como orden, lealtad, apego a normas, reestablecimiento de la seguridad, comportamiento aceptable, etc.

De ahí que nos hayamos referido a la noticia como “anhelo de la diferencia”, pues el discurso periodístico se convierte en la materialización de esa pretendida diferenciación imaginada, que se expresa a través de recursos narrativos y simbólicos como imágenes, sonidos, titulares, testimonios, criterios de expertos, etc. Estos “cierres directivos” (Morley, 1996), configuran un camino para la interpretación del mensaje, favoreciendo la vinculación entre población nicaragüense y conflicto, violencia y transgresión.

Sin embargo, como ya se dijo, nunca es posible deducir la lectura de un texto partiendo únicamente de un análisis discursivo, pues el consumo real no depende sólo de esos cierres directivos, sino también de los marcos referenciales de los que parten las audiencias para la comprensión de los mensajes. Si bien es cierto, dichos marcos están atravesados también por la ideología que sustenta los discursos periodísticos, lo cierto es que el sentido que le den al texto depende también de la forma en que las experiencias concretas que viven en los contextos microsociales mediatizan sus representaciones sociales sobre lo que los rodea.

En ese sentido, cabe preguntarse ¿qué ocurrió con el mensaje? y ¿de qué forma son leídos los textos noticiosos por parte de los grupos que conforman las audiencias? En las páginas siguientes veremos algunos hallazgos interesantes en relación a este tema.

ADHERENCIA, OPOSICIÓN O NEGOCIACIÓN: LAS AUDIENCIAS FRENTE AL TEXTO NOTICIOSO

Morley (1996) sostiene que antes de hablar de “efectos” de los discursos sobre la audiencia, es necesario hablar de “decodificaciones”, con lo cual pueden evidenciarse las formas diferentes en las que las audiencias leen y dan sentido a los mensajes que reciben. Se trata entonces de contrastar los mensajes con su consumo real.

Para este modelo, resultan particularmente interesantes los casos en los que ambos momentos se alejan y se produce, en el proceso de recepción, un sentido diferente al codificado inicialmente en el texto. En tales casos, se hace necesario investigar qué pasa con esa falta de correspondencia y las implicaciones que esto tiene en términos del circuito comunicativo. Ello exige atender precisamente, al proceso de construcción de significados que se instaura cuando las audiencias entran en contacto con el texto, lo que es indispensable si se desea dar cuenta de la efectividad de los mensajes.

Como ya se dijo, la eficacia de un texto no puede deducirse exclusivamente de un análisis centrado en el discurso, ya que éste no tiene vigencia ideológica sino se engarza de alguna manera en los significados compartidos que brinda la interacción cotidiana. Esto hizo necesario identificar las reacciones de las audiencias frente a la propuesta de sentido que el texto noticioso les ofrecía. La idea era establecer con qué frecuencia y de qué forma la audiencia recogía o rechazaba las definiciones “hegemónicas” enunciadas en las noticias.

El interés para ello no fue determinar la influencia de los discursos periodísticos analizados como “modeladores” de conductas segregacionistas, o como formadores de opiniones negativas y transmisores de prejuicios con respecto a la población nicaragüense, lo que se considera por lo demás, sobredimensionar el poder mediático, sino más bien establecer las correspondencias o discrepancias entre discurso e interpretación, y comprobar qué tanto se acercaban los sujetos de investigación a la propuesta de sentido de dichos discursos. En otras palabras, nos interesó establecer el papel del texto que era posible observar directamente.

Para ello se trabajó con cuatro grupos de discusión (maestros, policías y taxistas costarricenses y un grupo de inmigrantes nicaragüenses), partiendo de que al compartir un quehacer, han construido (o reconstruido) también un marco referencial común desde el cual iban a interpretar los mensajes.

Partiendo del modelo de “codificación/decodificación” desarrollado por Stuart Halla (1996) que establece tres tipos de lecturas (“Dominante o hegemónica”, “Negociada” u “Opositora”), en un primer momento se determinó qué tanto se alejaron o acercaron estos grupos a los significados privilegiados en los discursos, considerando la forma en que emergían en sus

comentarios, fragmentos referidos a sus experiencias en sus contextos inmediatos y/o atinentes a los discursos con los cuales podrían tener contacto en sus contextos sociales y/o laborales.

En el caso de los tres grupos conformados por costarricenses, vimos que tras un proceso de negociación que implicó alejamientos y acercamientos, los participantes decodificaron el mensaje en –casi- los mismos términos en que les fue propuesto por los noticieros. En términos generales se observó un gran acercamiento a las noticias que se les presentó, tanto en sus comentarios como en sus producciones individuales realizadas previamente a la discusión grupal:

Asalto del Banco:

Terror, muerte de inocentes, corazon (sic) duro del asaltante hacia sus hermanos, en general lo que me transmitió es el temor de llegar a un banco. (Producción escrita individual; oficial de policía)

Como se puede ver, se recogen los mismos elementos encontrados en el análisis de la noticia referente al asalto del Banco Nacional en Monteverde que, como se discutió, enfatizaba sobre todo el temor y la amenaza representados en la persona que cometió el asalto, así como su insensibilidad (corazón duro) incluso “hacia sus propios hermanos”. Aunque esta noticia fue una de las más comentadas por los y las participantes de los cuatro grupos, sólo en los grupos compuestos por costarricenses se observó claramente la atribución de tales “rasgos de personalidad” al presunto asaltante, a quien se le percibió como una persona dura, indiferente y “despiadada”, de forma similar a como lo expuso la nota periodística:

Son de personas emigrantes, especialmente Nicaragüense la sangre de ellos como la del sopo, fría sin sentimiento, sin corazón.

Es duro ver de unas cuantas cabezas hagan tanto daño de matar a sangre fría (Producción escrita individual; docente de primaria)

Esta misma noticia fue retomada también para “demostrar” que la población nicaragüense es la “más problemática”, y que serían la que comete los actos de delincuencia más graves, aunque se señaló a los colombianos como responsables también de ciertos hechos punibles:

[En] los actos más violentos se ven involucrados nicaragüenses y colombianos. En este país, mire, los sicarios... Sí, colombianos, y [en] los actos de delincuencia más fuertes de este país están involucrados los nicaragüenses... Como lo del banco...

Otro ejemplo de la estrecha relación entre el mensaje y el discurso de los y las participantes fue el breve debate que se sostuvo en los diferentes grupos acerca de la noticia

que informaba del ataque de los perros rottweillers a Natividad Canda. En el caso de los oficiales de policía por ejemplo, se argumentó sobre la responsabilidad que tendría esta persona de su propia muerte:

Vea lo que pasó con los perros, porque nada tenían que meterse tres chavalos a una propiedad privada adonde hay guarda. Al rato iban a matar al guarda, siendo hasta tico y creo que los perros están para cuidar...

Como se observa, este participante rescató más o menos los mismos elementos implícitos en la noticia, señalando la intención de esta persona de cometer algún delito como justificación del ataque. Así, esta persona se apropió del discurso periodístico sobre este hecho, basándose en los mismos elementos codificados en el texto.

Esta adherencia al discurso determinó, a la vez, una apropiación no sólo de ciertos elementos presentes en el texto periodístico, sino también de la forma en que los inmigrantes a nivel general y la población nicaragüense en particular, se encuentran representados en este tipo de noticias. Es claro que en estos casos los mensajes implícitos en el discurso se correspondieron con algunos imaginarios y representaciones sobre estas comunidades inmigrantes que a nivel general, compartían los miembros de estos grupos.

En muchos momentos, se hizo referencia directa a algunos de los contenidos noticiosos para “legitimar”, por medio del discurso periodístico, sus propios imaginarios. En el grupo de docentes por ejemplo, tales mensajes fueron rescatados para “ejemplificar” algunas opiniones respecto a la inseguridad ciudadana y la desprotección que consideran, estaría viviendo la ciudadanía frente a personas (y pandillas) extranjeras. En este caso, se retomó el discurso implícito en la noticia sobre el ataque a Natividad Canda y la atribución de su responsabilidad, para destacar su propia vulnerabilidad y la imposibilidad de defenderse ante ataques de ciertas poblaciones inmigrantes:

Vea en Costa Rica, yo estuve un día de estos en San José y me quedé asustada del montón de pandillas de dominicanos robando, y ellos no roban uno solo, no, o sea, usted los ve, en la parada de Tibás hay tres, miden como metro setenta y cinco. ¿Quién se va a meter en cuanto lo que le pasó a ese muchacho de los perros?, o sea, nadie tiene por qué dar su vida por alguien que está haciendo un acto delictivo, va meterse a defender a alguien que tras de todo está haciendo algo que es malo, o sea, ya nadie está por entregar su vida así no más...

Estrechamente vinculado a lo anterior, estos grupos compartieron la atribución de situaciones delictivas a algunas comunidades específicas, que en la geografía del imaginario

social costarricense se ven indisolublemente asociados con los inmigrantes nicaragüenses y su “problemática”. Algunas personas se refirieron además a colombianos, dominicanos y nicaragüenses como temibles y a ciertos espacios urbanos asociadas a estos, como excesivamente “peligrosos”. Asimismo destacaron idea de que los inmigrantes habrían tomado estas localidades para delinquir:

De hecho hay lugares que se llaman: las Cuadras de Managüita, las otras Cuadras de León, y entre ellos hay barras y entre ellos se pelean y entre ellos mismos se matan ahí. En La Carpio están las barras de la primera parada y la barra del sapo verde y todos ellos tienen barras ahí.

Sin embargo, los espacios mencionados no sólo son vistos como tierra fértil para la violencia y el crimen, sino que la forma en la que supuestamente se vive ahí configura muchos de los rasgos identitarios atribuidos a los nicaragüenses (suciedad, hacinamiento, etc.):

De hecho, si usted se da cuenta, ellos viven aquí, como viven en Nicaragua, o sea, en una casa alquilan, alquilan una casa y viven cincuenta personas y duermen en el piso y comen con las manos, porque ellos no están acostumbrados a usar la cuchara, ellos cogen la comida...

Lo anterior sugiere que en Costa Rica, a nivel imaginario, Nicaragua es representada como un lugar “barbárico”, y que los y las nicaragüenses viven en un estado “pre-civilizado” caracterizado por costumbres como “dormir en el piso” o “comer con las manos”. Del fragmento anterior se desprende también la idea de que esas costumbres serían taxativas de la geografía nicaragüense y, según lo manifestado por este participante, una vez que se está en “suelo costarricense” ese tipo de comportamiento es inadmisibles. De manera similar, para los oficiales de policía la ocurrencia de las problemáticas sociales mencionadas es consecuencia de las condiciones extremas de pobreza en las que según algunos participantes, vivirían los inmigrantes nicaragüenses:

También se ve ahí la forma en que viven, la forma en que conviven... la mayoría de los lugares donde pasan más problemas son lugares pobres. No sé, en una sola casa tal vez viven diez personas...

Este fragmento evidencia que, como lo ha descrito Sandoval (1999, 2002), las representaciones e imaginarios negativos y estigmatizados sobre los inmigrantes nicaragüenses integran o se encuentran contruidos también a través de representaciones de clase. Dichas representaciones trascienden los estereotipos relacionados con “características inherentes” a esta población, para dar paso a una visión estereotipada sobre el *modus vivendi* imaginado del nicaragüense, caracterizado ampliamente por condiciones de hacinamiento y marginalidad. En

el caso de los oficiales de policía, aunque se reconoció que esa situación de pobreza y marginalidad no es exclusiva de la población nicaragüense, cuando se vieron obligados a identificarla en los costarricenses no se explicó en términos del “modo de ser costarricense”, sino que atribuyeron esa circunstancia a condiciones macro sociales especiales como el desempleo y la falta de oportunidades:

A nivel de país lo que está pasando, porque ahora hay mucho robo y asaltos, es la falta de empleo porque no sólo los extranjeros también hay ticos que roban, hay ticos que cometen sus delitos. Hay problemas de empleo, digo yo, y la problemática viene siendo la forma en que viven, porque la mayoría son lugares pobres, por ejemplo aquí la 15 de Setiembre o la León XIII. (...).

De esta manera, tal como lo subrayó Morley (1996), estos discursos sociales con los que los distintos grupos se relacionan cotidianamente interactúan con el texto mediático, para producir un sentido, una determinada versión de los hechos, sea ésta hegemónica u opositora, congruente con el orden simbólico imperante, o crítica de ese orden.

En los casos anteriores, estos discursos o “costumbres sociales”, como las llama Stuart Hall (1998), se encuentran relacionados con la reproducción de significados hegemónicos sobre la población nicaragüense y sobre la forma en que se ha llevado a cabo el proceso de identificación nacional. Siguiendo al autor, es clara la articulación de diferentes discursos que confluyen en la estigmatización de este grupo y al mismo tiempo, en la reproducción de un cierto orden social.

"NO LO DICEN TODO": LA OPOSICIÓN AL TEXTO DESDE EL LUGAR DEL "OTRO"

En contraste con los casos anteriores, en el grupo compuesto por nicaragüenses los discursos particulares con los que interactuó el mensaje les permitieron hacer una lectura opositora en todo sentido, tanto en cuanto a los mensajes implícitos, como del orden social en el que se inscriben y los imaginarios que circulan en éste. Es decir, aunque este grupo hizo referencia a las mismas noticias que retomaron los otros grupos, su apreciación de los hechos informados se distanció ampliamente de sus contenidos, no sólo reinterpretando los mensajes implícitos en éstos, sino realizando una crítica al papel de los medios con respecto a la reproducción de mensajes estigmatizantes sobre la población nicaragüense en general y sobre la comunidad Carpio de la que forman parte.

En este caso, la presentación de las noticias y la discusión grupal que se propició, permitió una respuesta de este grupo frente a la imagen de su propia comunidad difundida por los medios. Así, algunos de los participantes hicieron referencia a lo ocurrido desde su experiencia directa en esa situación, señalando las inconsistencias de la información presentada, así como algunos incidentes que nunca se presentaron en los medios:

En cuanto a eso, en cuanto, cuando se llegó al aspecto de que ellos dijeron que los bandoleros de La Carpio habían apedreado a la policía², yo estuve ahí y doy fe, que yo me voy a morir y tal vez voy a entregar las cuentas, pero de verdad ahí no se dijo lo que en verdad estuvo ocurriendo. Ahí se vieron cosas que no salen en la televisión, ¿verdad?

Esta referencia a las “cosas que no salen en la televisión”, fue ejemplificada a través de la alusión a una serie de acontecimientos que contradecían lo informado por el medio. Es decir, frente a la noticia y a los testimonios presentados en los que la policía aparecía como víctima y la comunidad como agresora, se narraron algunos incidentes en los que fue más bien la policía quien protagonizó hechos violentos contra algunos miembros de la comunidad.

De esta forma, este grupo rechazó el estigma que precisamente los medios contribuyeron a crear acerca de su comunidad en esta noticia, y otras que han sido difundidas en diferentes momentos. Sandoval (2005) señala, al respecto, que en el periodo 2000-2004 el periódico La Nación, registró 321 noticias que se refieren a Carpio, la mayoría asociadas a conflictos. Para este investigador, tal estigma sobre esta comunidad podría estar relacionado precisamente con su conformación binacional. Como se dijo antes, a nivel imaginario se sostiene que se trata sobre todo de un lugar “habitado por nicaragüenses”, a lo que se suma el estereotipo de que “los pobres son nicas”, pero no los costarricenses, lo que constituye “un modo de expulsar la pobreza de la “comunidad imaginada costarricense”. Señala que en ese sentido, esta comunidad es estigmatizada en razón de una exclusión “de clase” y de una “hostilidad antiinmigrante”, y sustenta la hipótesis de que, a nivel simbólico, e incluso geográfico, “La Carpio es el lugar en donde la sociedad costarricense desecha aquello que no quiere reconocer como suyo.” (Sandoval, 2005, p.4)

Como se mostró en el análisis del discurso periodístico, en estas informaciones se presenta a Carpio como una comunidad “riesgosa” y altamente peligrosa, y de forma paralela, se realiza una asociación entre inmigrantes, nicaragüenses y “amenaza”. Esto también fue

² Se refiere a la noticia sobre las protestas en Carpio por la no titulación de tierras.

refutado por el grupo de discusión compuesto por nicaragüenses, de manera que retomaron elementos del discurso periodístico, pero se distanciaron de sus argumentos, ampliándose la información con la narración de algunos episodios experimentados por ellos/ella en esos momentos:

Entonces, ella³, fue vista en esa época, yo recuerdo, toda esa situación yo la viví, y precisamente yo viví toda esa violencia, que dice ahí. Y verdaderamente, lo que ella decía, pues, gran parte de esas cosas no son ciertas, eso es mentira.

Evidentemente, este grupo contestó casi todos los aspectos destacados en la noticia a nivel general, y en las entrevistas presentadas en particular. Se refirieron no sólo a la violencia que se les adjudica, rechazando que en su comunidad “mande la ley del más fuerte”, como se afirmaba en el medio, sino también a la representación de Carpio como “comunidad insegura”, destacando que la inseguridad ciudadana no se experimenta exclusivamente en ese lugar, sino en cualquier otro sitio del país.

Claramente, esta lectura opositora se fundamentó principalmente en la experiencia concreta de exclusión que han tenido, puesta en evidencia sobre todo, en los hechos que ellos y ella comentaron. Es decir, sus vivencias en ese momento forman parte de los “modelos situacionales” (van Dijk, 1996) a partir de los cuales se decodificó esta noticia en particular, y que incidieron en la distancia que evidenciaron respecto a sus mensajes.

Sin embargo, este grupo no sólo comentó esta noticia que les tocaba directamente, sino que reinterpreto otras, también desde una “lectura opositora”. En todos los casos, rechazaron no sólo el hecho, sino también la homogeneización negativa de la población nicaragüense que aparece con frecuencia en los medios.

Asimismo realizó varias críticas, no sólo referentes al contenido de las noticias que se les presentaron, sino también al papel de los medios en general, en cuanto a la reproducción de estereotipos y representaciones estigmatizadas sobre la población nicaragüense. De esta manera, al igual que el grupo de taxistas y el de oficiales, destacaron el “amarillismo” o sensacionalismo con el que la prensa informa para “vender” la noticia. Señalaron que la exposición de imágenes positivas sobre la población inmigrante no genera ningún interés para

³ Se refiere a una mujer entrevistada por el telenoticiario de Canal 6 (Noticias Repretel) en el marco de las informaciones sobre las protestas en Carpio. Esta persona se refirió a su propia comunidad como un lugar “terrible” y “conflictivo” en extremo. Asimismo, hizo descripciones negativas del lugar y de sus habitantes.

las audiencias, mientras que vincular nicaragüenses con actos violentos atraería la atención del público y, por ende, permite vender más la noticia. Otro de los testigos añadió al respecto:

Ahora, si hablamos también de los periódicos, de los medios de comunicación amarillistas, porque son amarillistas, en letra grande: “el nicaragüense, el nicaragüense, el nicaragüense”, y eso es ¿para qué?, Díay, para vender su periódico.

Es claro, en el ejemplo, el rechazo a la forma en la que los medios enfatizan la nacionalidad nicaragüense de los perpetradores de violencia, como forma de comercializar su producto. Es decir se explica la estigmatización presentada por el amarillismo y el mercadeo. Al mismo tiempo, advirtieron que cuando se trata de sucesos violentos en los que los costarricenses son protagonistas, no se destaca su nacionalidad, y por el contrario, se explica su comportamiento agresivo por otras circunstancias:

H: Con respecto a lo que sucedió en la embajada chilena⁴, ¿qué es lo que decían?, que era un hombre que estaba psicológicamente esto y lo otro, se fueron con todas esas cosas. Hicieron hasta un entierro, pero no se dan cuenta de que fueron personas también las que murieron ahí, fueron personas las que murieron, y personas importantes, ya no por lo importantes, sino que eran personas...

Este grupo puso en evidencia las estrategias específicas utilizadas por los medios de comunicación para transmitir este punto de vista, señalando ejemplos concretos en los que los se echó mano de ciertos recursos para crear circunstancias engañosas y manipular de esa forma los eventos narrados en la noticia.

De esa manera, en términos generales, esta lectura opositora puso en evidencia que no todos los grupos sociales “consumen” de la misma forma este tipo de noticias, sino que, como lo subraya Morley (1996) dependiendo de otras mediaciones, puede haber un mayor o menor distanciamiento con respecto a la ideología del diario o, en este caso, del noticiero. Evidentemente, estos otros discursos le han permitido a este grupo en particular analizar la dinámica de manipulación mediática y la reproducción de ciertos imaginarios que contribuye a la estigmatización de los grupos a los cuales pertenecen. No obstante, conviene señalar que no es posible determinar a partir de estos resultados si la oposición y la crítica de este tipo de

⁴ Se refiere al hecho ocurrido en julio de 2004, también informado por los medios, en el que un costarricense, guarda de seguridad de la embajada de chilena, tomó 10 rehenes en ese lugar y terminó acabando con la vida de dos diplomáticos de esa embajada (cónsul y primer secretario) y una asesora cultural, la de su secretaria y la de él mismo.

informaciones están presentes también en otros grupos de inmigrantes nicaragüenses, lo cual resultaría interesante investigar en futuros trabajos.

LO QUE PASÓ CON EL MENSAJE: CONCLUSIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS MEDIOS EN LA DINÁMICA DE LAS RELACIONES BINACIONALES EN COSTA RICA

¿Por qué ese repertorio de noticias gozó de tan buena acústica entre los espectadores costarricenses? Podríamos responder fácilmente esta pregunta con nuestro argumento inicial de que los mensajes se codifican y decodifican a partir de un marco de aprehensión más general, basado en discursos de carácter etnocentrista y nacionalista, que han ayudado a construir el sentido de identificación nacional en Costa Rica. Esas ideologías que sustentan los mensajes operan como una suerte de *metarelato estructurante* que continúa siendo efectivo por las características de su fundamentación y porque cumple, además, una función social en la medida en que cohesiona las redes sociales existentes en el espacio nacional.

No obstante, sería ilusorio suponer que al engarzarse en una narrativa hegemónica sobre el endogrupo y las diferentes comunidades inmigrantes, la participación de los textos noticiosos es meramente reflexiva, y que se limita únicamente a la confirmación de representaciones sociales que la población costarricense ha interiorizado previamente en sus procesos de socialización. De ser éste el caso, cabría cuestionarse sobre el sentido de analizar los mensajes implícitos en este tipo de discursos y la forma en que son interpretados.

Aunque el texto noticioso es efectivo en la medida en que se corresponde con estos discursos sociales, su impacto trasciende la mera repetición, relacionándose más bien con el valor ritualístico que los caracteriza y, por medio del cual, no sólo reproducen, perpetúan y alimentan los imaginarios que favorecen al propio grupo y facilitan la exclusión y el rechazo abierto de otros, sino que también colaboran activamente en la construcción de un orden social determinado.

Lo que particulariza a los medios con respecto a otras instituciones que también contribuyen con la reproducción de prejuicios y estereotipos sobre las poblaciones inmigrantes, es el reconocimiento social y la credibilidad con que cuentan, que le concede una especial legitimidad a lo que se dice y se piensa. Como vimos, apelar a “lo que se dijo en el medio”

constituyó una forma de otorgarle peso a los propios argumentos. Esto sugiere que los medios, como agentes culturales de sentido, son capaces de normalizar o en su defecto, cuestionar un determinado ideal de nación y sobre todo rechazar todo aquello que en el imaginario se aparte de ese ideal.

No se trata aquí de hiperbolizar el rango de acción de los medios de comunicación, sino de encauzarlo en términos de su responsabilidad real en tanto que, como lo señala Vera (2001), éstos ejercen una influencia educativa en las sociedades neoliberales contemporáneas. Los diferentes recursos narrativos, visuales y auditivos con los que cuentan, así como el empleo de sutiles “tácticas semánticas”, como diría van Dijk (2003c), les permiten poner en perspectiva aquello que se cree. Las referencias a hechos específicos, la ubicación de esos hechos en escenarios espaciales y temporales, e incluso la mención de datos estadísticos (no importa si se citan o no fuentes) es lo que precisamente contribuye a la construcción de un criterio de “veracidad” atribuido a los medios, que ya Sunkel (2001) había encontrado en su trabajo, y con el que volvimos a toparnos también en nuestra investigación.

La información recopilada y presentada por una fuente externa, y la pretensión de que se refiere a situaciones que efectivamente han ocurrido, le permiten al espectador crear la ilusión de que se le está mostrando la “realidad” de estos hechos, a la vez que puede “comprobar” algunas de sus propias concepciones de mundo, pues ambas referencias encajan perfectamente. Es precisamente esto lo que le otorga efectividad a los mensajes.

El concepto de “actualización” que tomamos prestado de van Dijk (1996) nos ayuda a comprender este fenómeno dado que no sólo se refiere a la posibilidad que brinda el texto de concederle “novedad” o “actualidad” a representaciones y valores sociales, sino que se refiere también a la forma en que los textos periodísticos permiten alimentar los imaginarios sociales con nuevos datos sobre hechos, personas y lugares desconocidos o con los que no se tiene contacto directo, lo cual también se facilita cuando se incorporan argumentos fundamentados con “conocimientos técnicos” (de tipo jurídico, policial e incluso psicológico), a los que de otra manera muchos de los espectadores no tendrían acceso ni podrían imaginar de otra forma, aunque se ajusten de múltiples modos a esos imaginarios.

Con frecuencia, las referencias periodísticas se convierten para las audiencias en la única fuente “confiable” a la que pueden acceder para conocer o “confirmar sus sospechas” sobre las circunstancias que rodean a grupos específicos, y las situaciones en las que estarían involucrados, aunque la información que ofrecen pueda ser incompleta o estar parcializada. Es

decir, aunque estos imaginarios se encuentren diseminados en la vida social desde hace varias décadas, los medios ofrecen los escenarios y situaciones en las que estos pueden recrearse y proveen, en muchos casos, la “materia prima” para su reproducción. La repetición de ciertos temas y de ciertos hechos (su excesiva difusión) favorece también esta dinámica, puesto que, como hemos visto, son los hechos más difundidos los que las audiencias retoman como argumentos para justificar sus propias posiciones.

A lo anterior se suma la descontextualización de los hechos narrados en el esquema periodístico, que permite a los espectadores ofrecer explicaciones para lo que ven desde las ideologías hegemónicas. Ello sugiere que los medios no funcionan como un mediador “neutro” y vaciado de contenido ideológico. Por el contrario, su “valor ritual” es, justamente, lo que nos permite afirmar que a través de los diferentes géneros de transmisión, intervienen como instituciones reafirmantes de prácticas culturales y de sentidos privilegiados en este contexto. Ese parece ser su papel trascendental en la dinámica que hemos venido investigando.

Ahora bien, en este punto cabe preguntarse ¿de qué sirve vincular ciertos lugares y comunidades con determinadas rasgos atribuidos a los y las nicaragüenses? Pensamos que esto permite anclar la amenaza a un lugar específico y, al hacerlo, se logra situar y visibilizar al miedo en ese lugar, con el fin de mantenerlo a distancia.

En las discusiones de los grupos costarricense pudo visualizarse que aunque el miedo es automáticamente transferido a los nicaragüenses, está relacionado con otro tipo de dinámicas coyunturales caracterizadas por un intensificado deterioro social y económico consecuencia de las políticas neoliberales implementadas durante los últimos años en el país y que han generado el debilitamiento de una institucionalidad que, hasta hace un tiempo, garantizaba resguardo y seguridad a los costarricenses.

Frases apocalípticas como *“¡Dios mío!, ya no tenemos paz, no tenemos democracia, no tenemos nada ya”* ilustran lo anterior, poniendo en evidencia cierto alarmismo ante el sentimiento de pérdida de algunos de los referentes identitarios imaginados más exaltados por los discursos oficiales.

En relación a lo anterior, Alicia Entel (2007) ha señalado que culpabilizar a diversos “otros” constituye una salida para los sentimientos de angustia e incertidumbre generados durante los momentos de crisis y afirma que en periodos represivos el aumento del miedo devienen en la estigmatización de ciertos grupos como una estrategia de autoconservación y como una forma de ocultar los verdaderos detonantes y responsables. En las sociedades

contemporáneas, esta situación se ha visto favorecida por la redefinición de los Estados – nación y de la disminución de posibilidades de lucha colectiva.

En el caso de Costa Rica, la incertidumbre respecto a un futuro cercano, visualizado como carente de oportunidades laborales y de bienestar social, confluyó hacia el final en un miedo difuso a ciertas comunidades extranjeras, y a la amenaza que representarían no sólo para esas oportunidades, sino también incluso para la propia vida. Al mismo tiempo, ese miedo y la estigmatización que lo acompañan, aparecen como elementos que facilitan negar la crisis en la institucionalidad, y sostener la ilusión de seguir viviendo en un país excepcional y “lleno de oportunidades”.

Es evidente que los medios han favorecido la prolongación de esa ilusión, pues al tiempo en que sobrerrepresenta a los grupos externos cometiendo delitos y en escenas caracterizadas por conflicto y temor, omiten también información sobre las razones político-económicas que han generado la crisis general que experimenta la población costarricense. Incluso se podría suponer que los discursos estigmatizantes en los medios permiten desviar la atención del público, limitando su capacidad de crítica respecto a las razones estructurales para esa sensación de angustia y temor frente a un mundo incierto.

Esta misma omisión, sumada a la sobrerrepresentación de la población costarricense como víctima y como vulnerable, también contribuye a la negación de su potencial criminalidad. En su lugar aparecen explicaciones que, fundamentadas en ideologías hegemónicas, encauzan mucho del sentimiento de inseguridad y desprotección en la figura de los “otros-extranjeros” que, con sus acciones, amenazarían principalmente la integridad física de “los nacionales”.

De esta manera se mantiene intacta la representación de una nación pacífica y amante de la paz, al tiempo que se invisibilizan las condiciones de marginalidad y exclusión social, intensificadas en los últimos veinte años, merced a las políticas neoliberales de los últimos gobiernos. De esta forma, los discursos periodísticos, engarzados en narrativas hegemónicas contribuyen de una u otra forma a la perpetuación de prácticas de exclusión y estigmatización que a nivel general, experimenta la población inmigrante que reside en Costa Rica.

Precisamente, una de las motivaciones principales para realizar esta investigación fue la posibilidad de denunciar la exclusión y el rechazo que viven cotidianamente las personas nicaragüenses en nuestro país en razón de su nacionalidad, así como el papel de los medios de comunicación en esa dinámica, que favorece su estigmatización. El análisis de las noticias y de las discusiones grupales nos mostró que lamentablemente, esa dinámica es una realidad que

no ha sufrido mayores transformaciones. Por el contrario, se sigue reproduciendo y sigue teniendo repercusiones negativas para las relaciones sociales y la convivencia entre personas de distintos orígenes étnicos y nacionales.

Los relatos de las personas nicaragüenses con quienes trabajamos nos enfrentaron a experiencias de maltrato y discriminación, resultantes de la xenofobia que característica de muchos espacios de nuestro país. Esto nos plantea la tarea impostergable de buscar alternativas a esas prácticas de discriminación que hemos visto a lo largo de este trabajo. Nos lleva a pensar sobre el papel de la academia, del Estado y de las mismas organizaciones civiles en la transformación necesaria de la forma en que se percibe a las personas inmigrantes en general y a las nicaragüenses en particular.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarenga, P. (1997). *Conflictiva convivencia Los Nicaragüenses en Costa Rica*. Cuaderno de Ciencias Sociales, 1° ed. Costa Rica: FLACSO.
- Alvarenga, P. (1998). *La identidad amenazada: Los costarricenses ante la migración nicaragüense. Memoria: Política, Cultura y Sociedad en Centroamérica. Siglos XVIII-XX*. El Salvador: Instituto de Historia de Nicaragua y Centroamericana, Universidad Centroamericana UCA.
- Entel, Alicia (2007) *La ciudad y los miedos. La pasión restauradora*. Buenos Aires: La Crujía Ediciones.
- Hall, S. (1996). Encoding/Decoding. En: Hall, S., Hobson, D., Lowe, A., Willis, P., (eds.). *Culture, Media, Lenguaje*. London: Routledge.
- Hall, S. (1998). Significado, representación, ideología: Althusser y los debates postestructuralistas. En *Estudios Culturales y Comunicación. Análisis, producción y consumo cultural de las políticas de identidad y el posmodernismo*. 1° ed. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Mata, M.C. y S. Scarafía (1993). *Lo que dicen las radios. Una propuesta para analizar el discurso radiofónico*. Quito, Ecuador: Editorial ALER.
- Molina, I. (2002) *Costarricense por dicha: identidad nacional y cambio cultural en Costa Rica durante los siglos XIX y XX*. 1 ed. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

- Morley, D. (1998) Populismo, revisionismo y los “nuevos” estudios de audiencia. En *Estudios Culturales y Comunicación. Análisis, producción y consumo cultural de las políticas de identidad y el posmodernismo*. 1º ed. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Morley, D. (1994). *Televisión, Audiencias and Cultural Studies*. Routledge: Londres.
- Sandoval, C. (1997). Comunicación y etnicidad: Construcción de identidades entre costarricenses y nicaragüenses en los noventa. En: *Revista Reflexiones*, 40, 29-37.
- Sandoval, C. (1999) Notas sobre la formación histórica del “otro nicaragüense” en la nacionalidad costarricense. *Revista de Historia*, 40, 107-121. Universidad Nacional.
- Sandoval, C. (2002). *Otros Amenazantes: los nicaragüenses y la formación de identidades nacionales en Costa Rica*. San José, Costa Rica: Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad de Costa Rica.
- Soto, R. (1998). *Inmigración e identidad nacional en Costa Rica 1904-1942. Los “otros” reafirman el “nosotros”*. Tesis para optar al grado de Historia. Universidad de Costa Rica, Sede Rodrigo Facio.
- Putnam, L.E. (1999) Ideología racial, práctica social y estado liberal en Costa Rica. En: *Revista de Historia*, 39, 143-173. Universidad Nacional.
- van Dijk, T.A. (1996). *La noticia como discurso. Comprensión, estructura y producción de la información*. 1º ed. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Vera, J. (2001). Influencia educativa de los medios de comunicación en la sociedad neoliberal. En: *Teoría de la educación*, 13, 187-208. Editorial de la Universidad de Salamanca

