



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

Revista Digital
Maestría en Ciencias Penales

ISSN: 1659-4479

**Revista Digital
Maestría en Ciencias Penales**

ISSN: 1659-4479

Número 3, 2011

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. Carlos Tiffer Sotomayor (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Alvaro Burgos (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Alfredo Chirino Sánchez (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Gustavo Chan Mora (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)
- ❖ Prof. Dr. Kai Ambos, Universidad de Göttingen (Alemania)
- ❖ Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva)
- ❖ Prof. Dra. Teresa Aguado Correa (Profesora de la Universidad de Sevilla)

POLÍTICAS EDITORIALES

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

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

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

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

posgrado@derecho.ucr.ac.cr

Debe incluir un resumen del artículo y además el 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>

APOYO DEL SERVICIO ALEMÁN DE INTERCAMBIO ACADÉMICO (DAAD) A LA MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

La Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica fue escogida para formar parte del Programa Regional del DAAD del año 2012, en el marco de la convocatoria para el Programa Regional para Centroamérica. La escogencia implica que estudiantes de otros países de Centroamérica pueden solicitar una beca al DAAD para realizar estudios en la Maestría en Ciencias Penales de la UCR. La beca consiste en el pago de los gastos de traslado, la asignación de un monto mensual para los gastos de manutención en Costa Rica, esto con la posibilidad de obtener un suplemento para la familia, el pago del seguro social costarricense, lo mismo que de gastos relacionados con la investigación que se lleve a cabo. La Maestría en Ciencias Penales fue uno de los 4 posgrados escogidos de la Universidad de Costa Rica en la selección llevada a cabo para regir a partir de 2012. En total fueron seleccionados 8 posgrados costarricenses y 16 en total de toda Centroamérica. La Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica fue el único posgrado en Derecho de Centroamérica seleccionado.

Puede obtenerse información sobre el Programa Regional para Centroamérica del DAAD a través de la coordinadora del mismo: M.A. Alejandra Fernández. La dirección electrónica es afernandez@conare.ac.cr. El Teléfono del DAAD es (00506) 2296-8231. Pueden encontrar los requisitos y lineamientos del programa en las siguientes direcciones:

Requisitos DAAD:

http://www.cienciaspenales.ucr.ac.cr/images/documentos/Requisitos_DAAD.pdf

Lineamientos DAAD:

http://www.cienciaspenales.ucr.ac.cr/images/documentos/Lineamientos_DAAD.pdf

ÍNDICE

DOCTRINA EXTRANJERA:

Carlos Elbert (Profesor de la Universidad de Buenos Aires).

El populismo penal en Costa Rica

(Pág. 3)

Teresa Aguado Correa (Profesora de la Universidad de Sevilla).

Principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito

(Pág. 22)

Ricardo Posada Maya (Profesor de la Universidad de los Andes, Colombia).

El delito continuado

(Pág. 71)

Fernando Velásquez Velásquez (Profesor de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia).

Proceso Penal y principio de oportunidad

(Pág. 128)

Danilo Rivero García (Profesor de la Universidad de la Habana).

La influencia del sumario o expediente de fase preparatoria en el juicio y la sentencia en Cuba. Los destinos del juicio oral en los tiempos actuales

(Pág. 157)

Carlos Sánchez Escobar (Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador) y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer).

Interrogatorio de peritos en la vista pública. Una perspectiva desde el sistema adversarial

(Pág. 167)

DOCTRINA NACIONAL:

Gilbert Armijo (Magistrado de la Sala Constitucional y profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR).

La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional ¿mito o realidad?
(Pág. 199)

Norberto Garay Boza (Defensor público).

El otro y el discurso delincencial en la sociedad de la violencia: plataforma subjetiva para el no ciudadano en Costa Rica
(Pág. 227)

Rodolfo Calderón Umaña (Profesor Escuela de Sociología de la UCR e investigador de FLACSO).

Delitos patrimoniales y estructura social en Costa Rica. Un análisis de los vínculos
(Pág. 265)

Ricardo Salas (Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría Centroamericana de Ciencias Políticas de la UCR).

Las maras e institucionalidad posterior a la guerra salvadoreña
(Pág. 338)

Gustavo Chan Mora (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR).

Fundamentos Psicológico-Evolutivos y Neurocientíficos para el Tratamiento Diferenciado de la Responsabilidad [¡y de la culpabilidad!] Penal de los Jóvenes.
(Pág. 351)

Cecilia Sánchez Romero (Exdirectora del Digesto) y Roy Murillo Rodríguez (Juez de ejecución de la pena).

Reflexiones necesarias para la supervivencia del Estado de Derecho
(Pág. 393)

Odilie Robles Escobar (Defensora pública).
El hacinamiento carcelario y sus consecuencias
(Pág. 405)

Héctor Sánchez Ureña (Defensor público).
Las reformas al Código Penal y sus consecuencias en las prisiones
(Pág. 433)

INFORME DE ESCUELA DE VERANO EN CIENCIAS CRIMINALES Y DOGMÁTICA PENAL ALEMANA:

John Zuluaga (Doctorando colombiano en la Georg August Universität Göttingen).
Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen
(Alemania) 5 – 16 de septiembre de 2011
(Pág. 459)

DOCUMENTOS:

Roy Murillo y otros (Jueces de ejecución).
Carta de los jueces de ejecución a la Corte Suprema de Justicia con respecto a la
condena de ejecución condicional y la libertad condicional
(Pág. 471)

SECCIÓN DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NICARAGUA (UNAN-LEÓN):

Braulio Espinoza Mondragón (Profesor de la Universidad Autónoma de Nicaragua
(UNAN-LEÓN)).
Justicia penal especial nicaragüense: a propósito de la propuesta de reforma al Código
de la Niñez y la Adolescencia
(Pág. 483)

SECCIÓN DE LA COMISIÓN INTERDISCIPLINARIA E INTERINSTITUCIONAL DE VIOLENCIA Y SOCIEDAD, PERTENECIENTE A LA VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Mónica Vul Gasperín (Profesora de la UCR e investigadora del Instituto de Investigaciones Psicológicas de la UCR).

Lazo social y subjetividad: propuesta para enfrentar la violencia en la juventud contemporánea

(Pág. 508)

Darío Gómez (Defensa Internacional de Niños y Niñas).

Notas sobre la prevención de la delincuencia juvenil

(Pág. 522)

Olga Marta Mena (Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica).

Centro de atención el Buen Pastor: Condiciones de vida de las mujeres recluidas

(Pág. 534)

SECCIÓN DE LA CÁTEDRA ALESSANDRO BARATTA:

Lolita Aniyar de Castro (Profesora de la Universidad de Zulia, Maracaibo).

Propuesta para una política criminal vinculada a los derechos humanos o criminología del oprimido

(Pág. 572)

Ignacio Cano (Laboratório de Análise da Violência – Universidade do Estado do Rio de Janeiro).

Seguridad, sentimiento de inseguridad y políticas públicas en Brasil

(Pág. 597)

Luis Fernando Niño (Profesor de la Universidad de Buenos Aires).

Políticas criminales y penales regresivas en el marco de la denominada sociedad del riesgo y las teorías criminológicas tradicionales

(Pág. 614)

Walter Antillón (Profesor emérito de la UCR).

Seguridad, sentimiento de inseguridad, políticas públicas

(Pág. 625)

Paula Ximena Dobles (Profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional).

Pensar en una política criminal para la Seguridad Humana

(Pág. 645)

Alfredo Chirino Sánchez (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica).

Política Criminal, Riesgo e Inseguridad. Un análisis en las antípodas del Derecho Penal Moderno

(Pág. 660)

Fernando Cruz Castro (Magistrado de la Sala Constitucional).

La violencia del derecho penal. Represión punitiva, discriminación y la postergación del estado social

(Pág. 688)

Héctor Sánchez Ureña (Defensor público) y Paula Ximena Dobles (Profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la UNA).

Reflexiones finales Segundo Seminario: Proyección Del Pensamiento del Maestro Alessadro Baratta, Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y Democracia, desarrollado los días 28, 29 y 30 de Setiembre 2011.

(Pág. 721)

DOCTRINA EXTRANJERA

Carlos Elbert (Profesor de la Universidad de Buenos Aires).

El populismo penal en Costa Rica

Teresa Aguado Correa (Profesora de la Universidad de Sevilla).

Principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito

Ricardo Posada Maya (Profesor de la Universidad de los Andes, Colombia).

El delito continuado

Fernando Velásquez Velásquez (Profesor de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia).

Proceso Penal y principio de oportunidad

Danilo Rivero García (Profesor de la Universidad de la Habana).

La influencia del sumario o expediente de fase preparatoria en el juicio y la sentencia en Cuba. Los destinos del juicio oral en los tiempos actuales

Carlos Sánchez Escobar (Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador) y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer).

Interrogatorio de peritos en la vista pública. Una perspectiva desde el sistema adversarial

EL POPULISMO PENAL EN COSTA RICA¹

CARLOS ELBERT

Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina

Recibido el 7 de marzo de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

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

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

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

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

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

A) INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

B) LAS LEYES DE MERCADO Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

propician.

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

C) EL OCASO DE LA AUTORIDAD

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

D) LA LEGITIMACIÓN DEL CLAMOR POPULAR

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

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

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

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

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

E) LA INSEGURIDAD COMO TEMOR AL DELITO

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

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

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

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

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

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

¹³ Editorial Norma, Bogotá, 2006.

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

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

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

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

F) LOS MEDIOS CONTRA LOS “GARANTISTAS”

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

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

Y concluye, el artículo, con esta sentencia:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

provoca males mayores.

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

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

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

de televisión, entretenimientos y mensajes superficiales¹⁵.

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

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

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

G) LAS TRANSFORMACIONES CULTURALES Y EL POPULISMO PENAL DE

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

LA SOCIEDAD

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

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

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

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

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

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

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

1) ¿ES POSIBLE NEUTRALIZAR AL POPULISMO PENAL?

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

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

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

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

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

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

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

PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN LAS CATEGORÍAS DEL DELITO¹⁸

TERESA AGUADO CORREA

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

España

Recibido el 31 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN: En el artículo se analizan las manifestaciones del principio de inexigibilidad de otra conducta con respecto a las diversas categorías del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e incluso punibilidad)-, sin limitarse a ser, tal y como viene siendo entendido mayoritariamente en la doctrina, un elemento del concepto normativo finalista de culpabilidad. Este principio general, orientado a la protección del individuo frente a injerencias estatales, es una plasmación del valor justicia propio del Estado de Derecho, de la dignidad de la persona y, en último término, de los derechos fundamentales. Aunque tiene una estrecha relación con el principio de proporcionalidad, ambos principios son diferentes. Si entre ambos conceptos se pueden constatar diferencias muy relevantes, también podemos constatar ciertas semejanzas, que se deben, en parte, a que la idea de exigibilidad, al igual que la idea de proporcionalidad, se puede derivar del valor de justicia propio de un Estado de Derecho.

¹⁸ Este artículo es un resumen de las posturas defendidas en la monografía titulada "Inexigibilidad de otra conducta en Derecho Penal" publicada en España por Comares en 2004, al que se han incorporado algunas referencias al Código Penal de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE. Inexigibilidad de otra conducta, concepto normativo de culpabilidad, principio general del ordenamiento jurídico, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT: This article analyses the manifestations of the unenforceability of another conduct principle, in regards to the different categories of felonies (typicality, unlawfulness, culpability or even criminal liability)-, not limited to being, such as the majority of the doctrine has understood this term, an element of the normative concept of culpability. This general principle, oriented to the protection of the individual from the State's inherent powers, is a reflection of the value of justice of the very same State of Law, the human dignity, and at last, fundamental rights. Although it has a very close relationship with the proportionality principle, both principles are different. If important differences can be verified amongst these two concepts, certain similarities can be observed as well, that are due to, in part, from the idea that enforceability, as well as the idea of proportionality, can be derived from the value of justice, which is proper to a State of Law.

KEY WORDS: Unenforceability of another conduct, normative concept of culpability, general principle of the legal system, proportionality principle.

1.- INTRODUCCIÓN

Pocas ideas o conceptos han sufrido una evolución histórica tan sorprendente en el Derecho Penal: de elemento de la culpabilidad a principio general del Derecho Penal. No obstante, quedan aun muchas cuestiones abiertas sobre este principio y el papel que desempeña en la actualidad, de ahí que en este trabajo, sin perjuicio de recordar muy brevemente, por razones de espacio, las

etapas fundamentales en la construcción de este principio, nos centremos en el papel que desempeña en la actualidad en Derecho Penal, tanto en las categorías del delito de acción doloso, como el específico papel que desempeña en los delitos de omisión, en donde tradicionalmente se le ha reconocido un mayor protagonismo.

Debemos advertir que, desde el punto de vista terminológico, la utilización del término inexigibilidad no es nada pacífica. Su uso se ha criticado con diversos argumentos, que vienen a coincidir en el fondo: podría inducir a equívocos y llevar a pensar que las conductas no exigibles no son reclamadas por el Derecho cuando dichas conductas sí son reclamadas, a pesar de que declare exento de responsabilidad penal a quien no la lleve a cabo¹⁹; se presta a equívocos, al sugerir una dispensa al cumplimiento de la norma, no pudiendo tener este significado, al menos, en los delitos de acción²⁰; o que la contradicción inherente al término de inexigibilidad radica en que puesto que lo antijurídico señala lo que es exigible por el Derecho Penal, no puede fundarse la exención de pena por falta de culpabilidad alegando la inexigibilidad de la conducta²¹.

Si estas críticas fuesen una mera cuestión terminológica sin más trascendencia, no tendrían mayor importancia, pero lo cierto es que son el reflejo de un problema de gran calado dogmático: la referencia a la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma como fundamento de las denominadas causas de inculpabilidad o exculpación, no casa bien con el hecho de que al declarar el legislador una conducta como antijurídica, sí parece exigirla. No se puede desconocer que históricamente se ha circunscrito la utilización del término inexigibilidad para hacer referencia a aquellos casos en los que a pesar de encontrarnos ante un hecho típico y antijurídico, no podía ser reprochado a su autor por la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma.

¹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Barcelona, 2011, pág. 665, 24/4.

²⁰ LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2001, previos a § § 32 y ss. Nm. 110.

²¹ VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000, pág. 55, citando a SILVA SÁNCHEZ.

A pesar de todo ello, a lo largo de este trabajo seguiremos utilizando el término inexigibilidad, no sólo por ser un lugar común para la doctrina y la jurisprudencia dominantes, sino porque posee fuerza plástica para expresar la idea a la que se quiere hacer referencia, ya que nosotros no circunscribimos su utilización a la categoría de la culpabilidad, sino que reconocemos el papel que desempeña en el resto de las categorías del delito.

2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO “EXIGIBILIDAD”: DE ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD A PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

La discusión sobre el concepto de exigibilidad tiene una larga tradición en el seno de la dogmática penal, debiéndonos remontar a la primera década del siglo XX para encontrar las primeras referencias a este concepto. La idea de la exigibilidad se encuentra hasta tal punto vinculada al desarrollo de la concepción normativa de la culpabilidad, que incluso se ha llegado a afirmar que la culpabilidad normativa y la idea de exigibilidad de otra conducta, nacen conjuntamente e incluso que se trata de conceptos idénticos²². No obstante, con anterioridad a la formulación de la concepción normativa de la culpabilidad, algunos autores ya habían utilizado de forma puntual y aislada el término exigibilidad, que posteriormente se perfiló y tomó cuerpo como principio de exigibilidad a partir de la formulación de la concepción normativa de la culpabilidad²³.

En la concepción normativa de la culpabilidad, la inexigibilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad por ausencia de la reprochabilidad. Según los partidarios de esta teoría, el sujeto que reúne las características que fundamentan positivamente el hecho puede quedar exento de responsabilidad

²² Cfr. SÁINZ CANTERO, “El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de “no exigibilidad””, *ADPCP* 1960, págs. 419 y ss.; el mismo, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*, Granada, 1965, págs. 7 y ss.

²³ EGGERT, *Die Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens bei den Fahrlässigkeits- und unechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht*, Göttingen, 1969, pág. 1, sostiene que fue GEYER el primero en utilizar el término “Zumutbarkeit”, y fue en relación con el estado de necesidad.

cuando se llegue a la conclusión de que debido a las circunstancias concurrentes no cabía exigirle que actuara de forma distinta a como lo hizo. De ahí que la exigibilidad de otra conducta sea entendida como un elemento imprescindible para la completa formulación del juicio de reproche. La inexigibilidad se vincula a la concepción clásica de la teoría normativa de la culpabilidad donde es el factor común de una serie de causas de exclusión de la culpabilidad²⁴.

A pesar de que el contenido esencial de la exigibilidad se debe fundamentalmente a la aportación de los defensores del concepto normativo de culpabilidad, la teoría de la exigibilidad no dejó de evolucionar y, tras un breve período de letargo, reapareció de nuevo de la mano del finalismo a raíz del paso de la concepción normativa de la culpabilidad a una concepción puramente normativa. Los partidarios de esta última entenderán la inexigibilidad no como una causa más de exclusión de la culpabilidad por ausencia de reprochabilidad, tal como venía siendo entendida, sino como una causa de disculpa o exculpación de la conducta realizada con una culpabilidad plenamente fundamentada. Según WELZEL, no se trata tanto de “una causa excluyente de la culpabilidad como la inimputabilidad o el error inevitable de prohibición, sino tan sólo una causa fáctica de exculpación, en el sentido de que el Ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor”²⁵. La inexigibilidad no se entiende como causa de exclusión de la culpabilidad sino como causa de disminución de la misma y del injusto del hecho, que inducen al Ordenamiento Jurídico a disculpar esa conducta típica practicada por el sujeto bajo la presión constreñidora de la autonomía de la voluntad. Nos encontramos ante una causa de exclusión de la culpabilidad, ante una causa de disminución notable del poder actuar de otro modo (de la imputabilidad y, por consiguiente, de la culpabilidad), y de disminución del injusto de la acción por la salvación de un bien jurídico, que lleva al Ordenamiento a disculpar esa conducta típica realizada por el sujeto bajo una

²⁴ Vid. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004, págs. 10 y ss.

²⁵ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11^a Auf., Berlin, 1959, págs. 178 y ss.

presión que constriñe la autonomía de su voluntad²⁶. Partiendo de este planteamiento, muchos autores, incluso no pertenecientes al finalismo ortodoxo, distinguen actualmente entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación o disculpa.

La discusión sobre el concepto de inexigibilidad y su significado dogmático se daba por cerrada en Alemania cuando HENKEL defendió que la exigibilidad y la inexigibilidad constituían un principio general regulativo²⁷. Se trataba de una forma totalmente novedosa de abordar el problema de la exigibilidad, al abandonar la idea hasta entonces imperante sobre la ubicación de la exigibilidad. Le asestó el golpe mortal a la concepción de la inexigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad

En opinión de HENKEL, la inexigibilidad no es una causa de exclusión de la culpabilidad, sino más y menos: juega un papel en las consideraciones individuales aquí y allá, apareciendo vinculada tanto a la tipicidad como a la antijuricidad y a la culpabilidad en igual medida²⁸. Lo que pretende HENKEL con este trabajo, según él mismo manifiesta, es mostrar cómo esa localización tradicional del concepto de exigibilidad ha obstaculizado la correcta comprensión de dicho concepto, a la vez que ha menospreciado su ámbito de aplicación por un lado; y, por otro, ha provocado una sobreestimación de su función²⁹.

Si uno de uno de los mayores logros de HENKEL fue contribuir en gran medida a la recuperación del concepto de exigibilidad, uno de sus mayores errores fue la degradación al que lo sometió, al caracterizarlo como un principio meramente regulativo y no normativo.

Por este motivo, los intentos de hacer avanzar la discusión doctrinal sobre el concepto de exigibilidad en la línea apuntada por HENKEL, es decir, como

²⁶ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, 2ª ed. corregida, Madrid, 1986, pág. 364.

²⁷ HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip", *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, München, Berlin, 1954, págs. 249 y ss.

²⁸ HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit...", *Festschrift für Mezger...*, cit., pág. 305.

²⁹ HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit...", *Festschrift für Mezger...*, cit., pág. 250.

principio general delimitador de deberes, se han centrado en su remisión a un ámbito normativo que sirva de referente para la actividad del legislador y a la valoración judicial del caso concreto. Este ámbito normativo difiere de unos autores a otros, de manera que si bien algunos autores se limitan a calificarlo como principio normativo³⁰; para otros este ámbito podría ser el ofrecido por los preceptos de la Parte Especial del Código penal³¹; no faltando autores para quienes ese ámbito normativo del que hacer partir decisiones sobre el contenido de la exigibilidad, podría ser el constitucional³².

En nuestra opinión la inexigibilidad es un principio general del Ordenamiento Jurídico de carácter normativo que no puede ser degradado a la categoría de principio regulativo. Del principio de inexigibilidad se puede decir lo mismo que afirmó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, en relación con el principio de proporcionalidad: “es un principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un grado de apreciación”.

Este principio general, orientado a la protección del individuo frente a injerencias estatales, es una plasmación del valor justicia propio del Estado de Derecho, de la dignidad de la persona y, en último término, de los derechos fundamentales. Esta conexión con la dignidad de la persona la puso de manifiesto el propio Tribunal Constitucional español en la Sentencia 53/1985.

3.- RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXIGIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

³⁰ MAIWALD, “Die Unzumutbarkeit-Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?”, *Festschrift für Schüler-Springorum*, Köln, 1993, págs. 480 y 481.

³¹ FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt am Main, 1980, págs. 79 y ss.

³² Dentro de nuestras fronteras es partidario de esta solución, BAUCCELLS LLADÓ, *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2000, pág. 311. Fuera de nuestro país, ALBRECHT, *Zumutbarkeit als Verfassungsmasstab. Der eigengständige der Gehält des Zumutbarkeitsgedankes in Abgrenzung zum Grundsatz des Verhältnismässigkeit*, Berlin, 1995, pág. 203; o FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, págs. 217 y 221.

En las escasas ocasiones en las que el Tribunal Constitucional español se ha referido a la exigibilidad, siempre lo ha hecho mencionándola junto con el criterio de proporcionalidad. La primera vez que el Tribunal Constitucional puso de manifiesto y reconoció la estrecha relación entre ambos conceptos, aun cuando en ningún momento se denunció por los recurrentes la desproporción, fue en la STC 53/1985 (FJ 9) y lo hizo en los siguientes términos:

“Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de Ley resulta totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción –la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”.

Lo mismo ha sucedido en las posteriores ocasiones en las que el Alto Tribunal español ha hecho referencia a la necesidad de que el legislador deba tener “siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento...”, en concreto, en la STC 55/1996 y en el ATC 262/1998, pero nunca ha aclarado los términos de la relación existente entre ambos criterios.

A la vista de la jurisprudencia constitucional española, se puede concluir que, a pesar de su estrecha relación, ambos conceptos son independientes. La

diferencia más patente entre exigibilidad y proporcionalidad consiste en que se trata de diferentes medidas de enjuiciamiento, con un contenido distinto: mientras que esta última se utiliza para enjuiciar la no concurrencia de un desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y la finalidad de la norma, consistiendo fundamentalmente en un enjuiciamiento del tratamiento de los derechos fundamentales desde el punto de vista de la relación medio-fin; la exigibilidad enjuicia un deber de comportarse teniendo en cuenta la situación personal del afectado, es un límite de los deberes jurídicos de comportamiento de los ciudadanos.

Con la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el Alto Tribunal español realiza un control constitucional sobre la idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto, es decir, si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo del derecho de libertad (juicio de idoneidad); sobre la necesidad de su existencia y acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada (juicio de necesidad); por último, en sede del principio de proporcionalidad en sentido estricto, el control constitucional se centra en la relación final que guarda la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena, en la no concurrencia de un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma³³.

De lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985, única ocasión en la que se pronuncia sobre el contenido del criterio de la exigibilidad, se deduce que el control constitucional se centra en si el legislador está empleando la máxima constricción, que no es otra que la sanción penal, para imponer la conducta que normalmente sería exigible pero que no lo es en ciertos supuestos concretos, al existir situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado.

³³ Sobre el contenido y alcance del principio de proporcionalidad vid. SSTC 55/1996, 131/1997 y 137/1999, y AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999.

Ahora bien, si entre ambos conceptos se pueden constatar diferencias muy relevantes, también podemos constatar ciertas semejanzas, que se deben, en parte, a que la idea de exigibilidad, al igual que la idea de proporcionalidad, se puede derivar del valor de justicia propio de un Estado de Derecho.

Además ambas ideas adquieren relevancia en dos momentos: en el momento legislativo, es decir, en el momento en el que el legislador aborda la tarea de selección de las conductas a incriminar, y así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional en los pronunciamientos que hemos citado; y en el momento de aplicación de la ley penal, ya que el juez tan solo podrá imponer una pena a un individuo si a éste le era exigible la realización de la conducta conforme a Derecho.

No obstante, no siendo ambos principios idénticos y no derivándose el uno del otro, no se puede desconocer que la exigibilidad de una conducta es uno de los factores que hay que tener en cuenta cuando se estudia la proporcionalidad en sentido estricto, tanto la proporcionalidad abstracta como la proporcionalidad concreta.

Cuando se trata de la proporcionalidad abstracta, hay que tener en cuenta que tan solo pueden amenazarse con pena aquellas conductas que pueden exigirse al ciudadano medio, de manera que si el legislador exige comportamientos heroicos en un determinado precepto penal, éste será desproporcionado en abstracto. En estos casos se podría hablar de falta de proporcionalidad abstracta debido a inexigibilidad abstracta o general.

Cuando se lleva a cabo el juicio de proporcionalidad concreta, el juez o tribunal deberá tener en cuenta la exigibilidad individual o concreta, es decir, si a ese individuo concreto en la situación en la que se encuentra le es exigible el cumplimiento de lo establecido en el precepto penal. No olvidemos, que el juez en el momento de imponer la pena concreta al autor, debe atender tanto a la gravedad del injusto como a la culpabilidad concreta, viniendo determinada la culpabilidad en el caso concreto, además de por la gravedad de la ilicitud

cometida, por las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma y el mayor o menor desvalor ético- social de los motivos que impulsaron a actuar al autor.

Existe, pues, una relación de total interdependencia entre la exigibilidad y la proporcionalidad en abstracto y la exigibilidad y la proporcionalidad en concreto, respectivamente: si la conducta no es exigible en abstracto, la pena no es proporcionada en abstracto; y si la conducta no es exigible al sujeto concreto, la pena no será proporcionada en concreto.

4.- CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE UNA CONDUCTA ADECUADA A LA NORMA

Una de las cuestiones más importantes y que ha sido calificada como la más ardua en materia de inexigibilidad³⁴, es el del parámetro o medida para determinar el ámbito de lo exigible y, por ende, de lo inexigible. Es difícil, porque la idea de exigibilidad no ofrece, por sí misma, ningún criterio objetivo de ponderación, siendo en sí misma una fórmula vacía mientras que no se establezcan los criterios de exigibilidad que son constitucionalmente legítimos. Pero a su vez, alcanzar la concreción de estos criterios es importante, en tanto que es necesario traducir el principio de inexigibilidad en criterios más precisos, tanto para el legislador como, sobre todo, para el Juez, encontrándonos ante una tarea complicada a pesar de la simplicidad estructural de este principio.

En la actualidad, para determinar el grado exigibilidad en el ámbito de la culpabilidad, la mayoría de la doctrina se decanta por el criterio objetivo del hombre medio, pero como tendremos ocasión de ver se contextualiza este criterio, atendándose al criterio del hombre medio en la posición del sujeto³⁵. Se afirma que el Derecho Penal no puede prescindir de la contemplación del hombre medio,

³⁴ SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 1990, pág. 719.

³⁵ Entre otros, SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho...*, cit., pág. 721; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pág. 374; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pág.611, 24/25.

puesto que todo el ordenamiento punitivo está construido sobre el nivel psíquico y moral de la mayoría de los ciudadanos.

Incluso para determinar si el miedo sufrido por una persona reviste el carácter de “insuperable” en el ámbito de la eximente de miedo insuperable, recientemente el Tribunal Supremo ha contextualizado el criterio del hombre medio al incluir la referencia a la concreta posición del autor.

Y es también este criterio objetivo del hombre medio contextualizado el que debe fijar los límites de lo exigible tanto en la categoría de la tipicidad como en la categoría de la antijuricidad³⁶. Emplear el criterio objetivo del hombre medio en las tres categorías delito no implica desconocer el diferente significado que la inexigibilidad posee en la tipicidad o en la antijuricidad, y el significado o cometido que tiene en sede de culpabilidad.

Si en la delimitación de la tipicidad o del alcance de una causa de justificación se puede hablar de inexigibilidad general, porque se trata de los casos en los que no se puede, no se quiere o no conviene exigir a nadie en ciertas circunstancias que se abstenga de cometer un hecho; en sede de culpabilidad se habla de inexigibilidad individual, ya que en estos casos el Ordenamiento no renuncia a exigir o permite no exigir la realización de conductas conformes a Derecho, sino que por circunstancias particulares de un caso y sujeto concreto, no puede exigírsele a una persona que se comporte como lo hubiese hecho el hombre medio en su lugar.

Por otra parte, la utilización del mismo criterio para determinar la inexigibilidad en el ámbito de la tipicidad, de la antijuricidad y de la culpabilidad, no implica que deban tenerse en cuenta los mismos conocimientos. Como afirma CORCOY BIDASOLO³⁷, cuando el juicio de exigibilidad se realiza en el nivel del injusto, se hace desde la perspectiva del espectador objetivo situado en el lugar del autor, teniéndose en cuenta aquellos conocimientos de algún modo

³⁶ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pág. 374.

³⁷ *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, págs. 252 y 253.

objetivables, y, por tanto, susceptibles de ser valorados por el espectador objetivo; cuando el juicio se hace en sede de culpabilidad, el espectador objetivo situado en el lugar del autor, lo llevaría a cabo desde la perspectiva del propio autor, teniendo presente otros datos que, aun no estando relacionados con la conducta, puedan tener relevancia en la culpabilidad³⁸.

Como hemos puesto de manifiesto al comienzo de este epígrafe, no sólo es necesario traducir el principio de inexigibilidad en criterios más precisos para el Juez o el aplicador del Derecho, tarea de la que se ha ocupado la doctrina tradicional, sino también para el legislador. El criterio objetivo del hombre medio es, entre otros, el criterio al que debe atender el legislador a la hora de determinar lo exigible, ya que el ordenamiento penal no puede exigir bajo amenaza de pena un comportamiento heroico. Tales conductas no deben ser incriminadas aun cuando sean contrarias a Derecho, lo cual no quiere decir que no sea exigible abstenerse del hecho en otras ramas del ordenamiento, ya que no se puede confundir ausencia de incriminación con aprobación por parte del ordenamiento jurídico. Lo dicho no obsta para que en ocasiones el legislador requiera una especial o superior exigibilidad a determinadas personas que se encuentran en situaciones concretas, o que ejercen determinados cargos o profesiones (art. 20.5.3 CP³⁹), ya que la sociedad tiene el poder de exigir la obediencia del Derecho incluso en situaciones difíciles de la vida aun a costa de onerosos sacrificios en determinados supuestos.

5.- MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA EN LAS CATEGORÍAS DE LOS DELITOS COMISIVOS DOLOSOS

El principio de exigibilidad afecta a todas las categorías del delito doloso - tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e incluso punibilidad-, sin limitarse a ser, tal y como viene siendo entendido mayoritariamente en nuestra doctrina, un elemento

³⁸ Vid. infra lo afirmado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica en el Expediente 2010-00852.

³⁹ Uno de los requisitos del estado de necesidad es “Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

del concepto normativo finalista de culpabilidad.

Que el principio de exigibilidad debe ser tenido en cuenta por el legislador en el momento de tipificar una conducta, queda fuera de toda duda. La exigibilidad también juega un papel relevante en la categoría de la antijuricidad y, sobre todo, en el ámbito de las causas de justificación. En concreto, de forma más patente, en el estado de necesidad, aun cuando en la legítima defensa también entran en juego consideraciones de exigibilidad, pudiendo llegar a inspirar la aplicación por analogía de estas causas de justificación. Pero es en la culpabilidad donde la exigibilidad alcanza mayor protagonismo, al servir de fundamento a algunas causas legalmente previstas que determinan su ausencia, así como para inspirar la aplicación por analogía de estas causas de exclusión de la culpabilidad; pero tampoco se puede obviar el hecho de que también está presente en la categoría de la punibilidad, en concreto, en la excusa absolutoria de encubrimiento entre parientes.

5. 1. TIPICIDAD La inexigibilidad debe ser tenida en cuenta por el legislador al tipificar las conductas, determinando la atipicidad de aquellas cuya realización sobrepase las posibilidades del hombre medio. Además, puede ser un instrumento valioso para el Juez en la tarea de interpretación y aplicación de determinados tipos delictivos.

En cuanto al papel de la inexigibilidad en el momento de la tipificación, debe tenerse presente que no siempre se puede reclamar al sujeto a través del Derecho Penal, que soporte conductas manifiestamente inexigibles, y ello a pesar de que tales conductas sean contrarias a Derecho. Así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional al afirmar que "... existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos"

(STC 53/1985 FJ 9).

Por lo que respecta al papel de la inexigibilidad como instrumento para la interpretación de algunos tipos penales, ha sido la doctrina alemana la que ha subrayado el papel tan relevante que desempeña a la hora de interpretar algún elemento del tipo, como ocurre en el caso del deber de espera del § 142 StGB.

5.2. ANTIJURICIDAD

El principio de inexigibilidad juega un papel destacado en el ámbito de la antijuricidad, en concreto, en el ámbito de las causas de justificación. A diferencia de lo que ocurre en las causas de exculpación, el principio de inexigibilidad no es considerado el principio fundamentador de la exención propia de las causas de justificación. Esto último no nos debe extrañar ya que en la doctrina penal española las causas de justificación y las causas de exculpación se suelen distinguir según los principios que le sirven de fundamento. En tanto que para la mayoría de la doctrina el principio del interés preponderante es el principio que fundamenta las eximentes que se consideran causas de justificación; el principio de inexigibilidad es el fundamento de las causas de exculpación.

Sin embargo, la proclamación del principio del interés preponderante como principio fundamentador de las causas de justificación, y por ende su proclamación como principio rector de la justificación de la conducta, no nos impide reconocer que éste no es el único principio informador de las causas de justificación, sino que junto a él juegan un papel relevante otros principios. Entre otros, el propio principio de inexigibilidad o el principio de proporcionalidad en sentido amplio, principios que pueden actuar como criterios de ponderación de intereses. El papel que puede jugar el principio de inexigibilidad, varía según las causas de justificación de las que se trate: legítima defensa o estado de necesidad.

I. LEGÍTIMA DEFENSA⁴⁰

Quienes mayor relevancia reconocen a la in-(exigibilidad) en la legítima defensa, afirman que sus repercusiones tienen lugar en dos direcciones contrapuestas⁴¹. En su vertiente negativa -inexigibilidad- implica la justificación de un cierto margen valorativo de exceso en favor del defensor; en su versión positiva -exigibilidad- implica una restricción al defensor.

En esta última vertiente, se acude a la exigibilidad para delimitar el contenido y el alcance de los deberes del agredido. En este sentido, la exigibilidad nos podría ayudar a dilucidar la cuestión de los límites del derecho a defenderse que el ordenamiento jurídico concede al agredido.

A priori, aun cuando debe admitirse la necesidad de la defensa abstracta siempre que la agresión obligue a hacer algo para impedirla, incluso cuando pueda evitarse por medios no lesivos, como la huida o solicitando ayuda estatal o de otra persona, el recurso a éstos es exigible siempre que con ellos se evite una defensa que sería extremadamente desproporcionada. En concreto, se afirma la exigibilidad de la renuncia a la defensa siempre que de este modo se evite la muerte del agresor, o en los casos en los que la defensa conllevaría "resultados crasamente desproporcionados". No puede aceptarse sin más el carácter subsidiario de la legítima defensa, sin atender a consideraciones de exigibilidad.

La exigibilidad también puede tener un papel importante cuando se trata de determinar la medida de la necesidad del medio defensivo o necesidad de la concreta defensa. Cuando en circunstancias excepcionales (agresor inculpable,

⁴⁰ La legítima defensa se encuentra regulada en el artículo 20.4º CP español en los siguientes términos: "El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor".

⁴¹ IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granada, 1999, págs. 376 y ss.

agresiones entre parientes, ataques ínfimos...) no haya posibilidad de evitar el ataque, es exigible una defensa simplemente moderada.

Por lo que respecta a la vertiente negativa, la inexigibilidad juega un papel relevante en los supuestos en los que el defensor ha incurrido en un exceso en los límites de la defensa y, pese a ello, no le es exigible una actuación defensiva diferente⁴². El principio de inexigibilidad permite justificar, excepcionalmente, en atención las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto que se enjuicia (angustia, tensión, miedo...), los supuestos en los que se pueda apreciar una mínima carencia en los requisitos cuya presencia permiten apreciar la eximente completa de legítima defensa. La aplicación analógica de la legítima defensa en atención a consideraciones de inexigibilidad, es posible según se desprende de lo afirmado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de noviembre de 1994 (FJ 3).

La vertiente negativa, por su parte, nos remite a la cuestión del papel que juega el principio de inexigibilidad en los casos en los que el exceso en la legítima defensa se debe a situaciones asténicas procedentes de debilidad, en concreto, al miedo insuperable, y el tratamiento que, a falta de una regulación específica como la prevista en el § 33 StGB⁴³ o en el art. 29 del Código Penal de Costa Rica⁴⁴ deben recibir estos casos .

En los supuestos considerados como exceso intensivo en la legítima defensa, en los que falta la necesidad concreta de la defensa, se podrán apreciar conjuntamente la eximente incompleta de legítima defensa y la eximente, completa o incompleta, de miedo insuperable. La apreciación conjunta de ambas eximentes es posible y así lo ha estimado tradicionalmente el Tribunal Supremo

⁴² IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos...*, cit., págs. 376 y ss.

⁴³ "Exceso en la legítima defensa. Si el autor excede los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o pánico, no será castigado".

⁴⁴ "...No es punible el exceso proveniente de una excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable".

(vid. SSTS de 24 de febrero de 2000, de 18 de diciembre de 2008⁴⁵).

Esta solución de apreciación conjunta de ambas eximentes permitiría tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, lo cual no sería posible si nos decantásemos por apreciar únicamente la eximente de miedo insuperable. Por una parte, la disminución del injusto al ser la actuación base de defensa del bien jurídico y del Derecho y estar dirigida a repeler una agresión antijurídica, aunque sea de forma excesiva. Por este motivo, se aplicaría la eximente incompleta de legítima defensa aunque el exceso sea consciente. Por otra parte, nada impide que se exima al sujeto de responsabilidad penal apreciando la eximente de miedo insuperable, en atención al estado pasional asténico que ha originado el exceso intensivo.

Tampoco existe ningún obstáculo para apreciar conjuntamente la eximente incompleta de legítima defensa y la eximente incompleta de miedo insuperable, en los casos en los que el miedo que origina el exceso intensivo en la legítima defensa no revista el carácter de insuperable. Una vez más, la disminución de injusto y de culpabilidad deben tener una repercusión autónoma en la determinación de la pena, sin que esta forma de proceder atente contra la prohibición “*ne bis in idem*”, puesto que no existe identidad de fundamento de ambas eximentes.

Para que el miedo que padece el sujeto de lugar a la apreciación de la eximente incompleta de miedo insuperable, debe revestir cierta intensidad no

⁴⁵ En esta Sentencia encontramos la siguiente afirmación: “ La jurisprudencia ha relacionado en ocasiones la eximente de miedo insuperable con la legítima defensa, cuya compatibilidad dogmática ha reconocido, llegando a apreciar el miedo insuperable inserto en la defensa para cubrir la existencia de un exceso intensivo por parte de quien se defiende (STS nº 332/2000, de 24 de febrero, que cita la de 30 de octubre de 1985 en ese mismo sentido). El miedo puede operar según los casos como un elemento que dificulta una correcta valoración de la necesidad de la defensa por parte de quien se defiende. En el caso, la Audiencia aprecia ambas conjuntamente, con efectos individualizados, lo que esta Sala también ha considerado correcto en otros precedentes (STS nº 322/2005, de 11 de marzo)”.

bastando con la alteración del ánimo propio de los casos de legítima defensa, ya que en este último supuesto procedería apreciar únicamente la eximente incompleta de legítima defensa o incluso la eximente completa de legítima defensa en los casos en los que se aprecie una mínima carencia de los requisitos cuya presencia permite apreciar la eximente completa, en atención a consideraciones de inexigibilidad.

En el seno de la doctrina no existe una opinión unánime sobre si la eximente de miedo insuperable puede cubrir los excesos extensivos o impropios en la legítima defensa. Desde nuestro punto de vista, se podrá apreciar la eximente de miedo insuperable -siempre que concurren los requisitos necesarios para apreciar esta eximente- en los casos en los que el sujeto supere los límites temporales a consecuencia del estado pasional asténico del miedo. Y ello podrá tener lugar tanto en los casos de exceso extensivo por retraso (piénsese en el caso de quien por el estado anímico de miedo en el que se encuentra sigue golpeando al agresor que está tendido en el suelo), como en los casos de exceso extensivo por anticipación (supuesto de quien dispara a un boxeador, dispuesto a agredir a quien dispara, mientras que el boxeador se encuentra calentando los músculos).

No existe ninguna razón que justifique un tratamiento desigual de los casos en los que el exceso, ya sea intensivo o extensivo, tenga su origen en un estado pasional asténico como el miedo insuperable. Menos aún cuando en muchos supuestos, el exceso extensivo y el exceso intensivo no se pueden distinguir fácilmente. Con frecuencia el agredido lleva a cabo varias acciones de defensa sucesivamente, a pesar de que la primera de ella hubiese bastado. En este caso, es difícil determinar si en el momento en que tuvieron lugar el resto de actos de defensa el agresor ya había abandonado por completo -en cuyo caso nos encontraríamos ante un exceso extensivo- o si se encontraba, por ejemplo, sólo en la retirada y con probabilidad hubiese continuado con el ataque en un descuido

del defensor -supuesto de exceso intensivo-⁴⁶.

En los casos de exceso extensivo en la legítima defensa, tanto por anticipación como por retraso, se debe reclamar una conexión temporal inmediata con la agresión concluida o inminente⁴⁷.

Por supuesto no se podrá apreciar la eximente de miedo insuperable en los supuestos en los que el sujeto supere a sangre fría los límites temporales de la legítima defensa, puesto que el sujeto no habría actuado debido al estado pasional asténico de miedo. Es el caso de quien dispara por la espalda al agresor que ya se retira.

II. ESTADO DE NECESIDAD⁴⁸

En la eximente de estado de necesidad, el principio de inexigibilidad desempeña una función muy importante. No solo fundamenta, junto al principio de ponderación de intereses el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales, sino que también sirve de criterio rector de la interpretación del presupuesto para apreciar esta causa de justificación y, por último, fundamenta algunos supuestos de exigibilidad especial. Pasemos a ver cada uno de estas funciones que se le atribuyen al principio de inexigibilidad en el marco del estado de necesidad.

A) PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO PRINCIPIO

⁴⁶ PERRON, "Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Plichtenkollision)", en *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg im Breisgau, 1991, pág. 89.

⁴⁷ *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 22 Nm. 90.

⁴⁸ Regulado en el art. 20. 5 CP español en los siguientes términos: "El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse".

FUNDAMENTADOR DEL ESTADO DE NECESIDAD

Es en relación con el estado de necesidad, donde el silencio del legislador sobre la naturaleza y principios fundadores de las diferentes eximentes ha provocado una división de opiniones doctrinales más patente y trascendente desde el punto de vista de las consecuencias prácticas. Esta división doctrinal ha venido condicionada significativamente por el papel que se le concede al principio de inexigibilidad en relación con la misma, así como por la opinión, aún mayoritaria en nuestro país, de que el principio de inexigibilidad sólo puede ser fundamento de una causa de exculpación y nunca de una causa de justificación.

Y es que en tanto que los partidarios de la teoría de la diferenciación niegan que el principio de inexigibilidad juegue un papel relevante en la categoría de la antijuricidad, relegando su virtualidad al ámbito de la culpabilidad; algunos defensores de la teoría unitaria abogan por otorgarle al principio de inexigibilidad el papel de principio de cofundador, junto con el principio de ponderación de intereses, de la causa de justificación del estado de necesidad en los supuestos de colisión de intereses equivalentes.

Los partidarios de la teoría de la diferenciación, mayoritaria en el seno de nuestra doctrina y en la jurisprudencia, entienden que en los supuestos de conflicto de intereses desiguales, la eximente de estado de necesidad opera como una causa de justificación basada en el principio del interés preponderante; en tanto que en los casos de conflicto de intereses iguales, la eximente de estado de necesidad operaría como una causa de inculpabilidad fundada en el principio de inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma. La razón fundamental que se esgrime en favor de la teoría de la inexigibilidad, se encuentra en la insuficiencia que se le reconoce al principio del interés dominante para explicar todos los conflictos de bienes jurídicos que se amparaban en el art. 8.7 ACP (art. 20.5 CP). Por eliminación se acudiría al principio de no exigibilidad de otra conducta al no haberse encontrado otro principio en el ámbito de lo que justifica, y de ahí que se salte al terreno de lo que se exculpa. El legislador excluiría la responsabilidad de quien actúa impulsado por un estado de necesidad subjetivo, porque la decisión

de voluntad adoptada ha seguido a un anormal proceso de motivación, y no le era exigible actuar de otro modo puesto que cualquier hombre situado en idénticas condiciones hubieran actuado de la misma manera.

Sin embargo, la teoría de la diferenciación es, en nuestra opinión, insostenible a la vista de las consecuencias prácticas que acarrea, entre otras, en materia de error sobre una causa de inexigibilidad, legítima defensa, participación, y, sobre todo, a la vista de la regulación unitaria del estado de necesidad prevista en el art. 20.5 CP. Además, esta interpretación contradice la regulación del estado de necesidad, cuya apreciación se hace depender de la concurrencia de una serie de requisitos objetivos y no de la presión anímica del sujeto; en segundo lugar, porque no se explica por qué la restricción de la libertad de decisión excluye la pena y no se limita a reducirla como sucede en otros casos de reducción de culpabilidad; en tercer lugar, no explica convincentemente por qué en él se contemplan supuestos de exigibilidad especial que excepcionan la exención de pena, a pesar de que en estos casos la presión anímica que padece el sujeto es la misma, y el grado de instinto de conservación también.

Como hemos afirmado con anterioridad, somos partidarios de la teoría unitaria y reconocemos el papel de la inexigibilidad de otra conducta en los casos de conflicto entre bienes iguales. El principio de ponderación de intereses reforzado por el principio de inexigibilidad de otra conducta, fundamentaría esta causa de justificación.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica considera que en tanto que el estado de necesidad justificante estaría regulado en el art. 27 CP; en el art. 38 CP se regula el estado de necesidad exculpante en los siguientes términos: “No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa”. Los requisitos objetivos necesarios para apreciar el estado de necesidad exculpantes son: 1) Debe haber un peligro o amenaza de un mal grave; 2) El peligro o amenaza del mal grave debe ser actual, inminente o permanente; 3) El hecho ilícito ejecutado debe ser necesario para

evitar el peligro o amenaza de un mal grave, lo que implica que por una parte sea apta, idónea o adecuada para evitar el peligro y, por otra, que sea el medio menos lesivo con que contaba el autor para evitar el peligro, debiéndosele plantear al autor que, para evitar el peligro, se hayan agotado otras acciones y mecanismos posibles a su alcance; 4) El peligro que amenaza debe ser antijurídico⁴⁹.

B. PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CRITERIO INTERPRETATIVO DEL PRESUPUESTO DE ESTADO DE NECESIDAD (SITUACIÓN DE NECESIDAD)

Al principio de inexigibilidad también hay que acudir para suavizar el carácter absoluto que la jurisprudencia predica de uno de los elementos que integran el presupuesto del estado de necesidad: el requisito de la subsidiariedad de la acción salvadora. Como en su día señalara CÓRDOBA RODA⁵⁰, el estado de necesidad debe ser estimado en un sentido de concreción definido por la idea de exigibilidad: siempre que el sujeto haya hecho todo lo humanamente exigible, dadas las circunstancias existentes, antes de decidirse a causar el mal en el grado que lo hizo, deberá apreciarse la cualidad de absoluto en el estado de necesidad. Para ello deberá probarse que antes de realizar la conducta, el agente hizo todo lo que le fuese exigible. Así parece haberlo entendido posteriormente también el Tribunal Supremo (vid., entre otras, SSTS de 2 de octubre de 2002 y 23 de junio de 2003).

Pero no sólo se acude al criterio de exigibilidad objetiva para medir la denominada necesidad abstracta, sino que también se acude a dicho criterio cuando se trata de medir la necesidad concreta, es decir, la necesidad del concreto medio salvador elegido. Éste ha de ser el menos lesivo de entre aquellos

⁴⁹ Vid. Resolución 2010-00852, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las doce horas cinco minutos del nueve de agosto de 2010.

⁵⁰ En *Comentarios al Código Penal. Tomo I*, Barcelona, 1976, pág. 279.

que le sean exigibles al sujeto en el caso concreto⁵¹.

Esta forma de proceder también la utilizan en Alemania los Tribunales y un sector de la doctrina⁵², a la hora de interpretar en sede del estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB)⁵³, el requisito de la necesidad de la acción implícito en la expresión “*Nichts-anders-Abwendbarkeit der Gefahr*”⁵⁴ (que el peligro no se pueda evitar de otra forma)⁵⁵. Este requisito debe entenderse en el doble sentido de que la acción cometida en estado de necesidad debe ser, a la vista de las circunstancias concurrentes, lo más idónea y lo menos lesiva posible para el bien jurídico atacado (principio de idoneidad y del medio menos gravoso), siendo en el momento de determinar el medio menos lesivo cuando entrarían en juego consideraciones de exigibilidad⁵⁶. Un medio sólo puede reputarse como el menos

⁵¹ PAREDES CASTAÑÓN, “Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad. El criterio de la exigibilidad. (Comentario a la STS de 8 de abril de 1988)”, *PJ* n° 13, pág. 125.

⁵² Cfr. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., § 35 Nm. 13a; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., pág. 482.

⁵³ Aun cuando en la regulación contemplada en el §34 StGB (estado de necesidad justificante) se utiliza también la expresión “*nichts-anders-Abwendbarkeit der Gefahr*”, en este caso no se acude a consideraciones de exigibilidad para interpretar el requisito de necesidad de la acción. En los supuestos en los que el grado de idoneidad y necesidad diverjan de forma inversamente proporcional, es la cláusula de ponderación de intereses la que va a ayudar a determinar el medio menos lesivo en el caso de que existan varias acciones alternativas, cfr. LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., § 34 Nm. 20 a.

⁵⁴ Recordemos que el inciso primero de este párrafo reza así: “El que ante un peligro actual para la vida, integridad física o libertad, *no evitable de otro modo*, comete un hecho antijurídico, para apartar el peligro de sí, de un pariente próximo o de otra persona allegada a él, no actúa culpablemente”. En la letra c) del art. 27 del CP de Costa Rica también se utiliza una expresión parecida a la alemana, “Que no sea evitable de otra manera”.

⁵⁵ En la letra c) del art. 27 del CP de Costa Rica también se utiliza una expresión parecida a la alemana, “Que no sea evitable de otra manera”.

⁵⁶ Según algunos autores, la cuestión de la necesidad de la acción salvadora no solo se enriquece a través de consideraciones de exigibilidad, sino que éstas son completadas a través de un examen sobre la proporcionalidad, a través del cual se intenta constatar la existencia de una cierta proporcionalidad entre la gravedad del peligro y el daño que se

lesivo, cuando también se le pueda exigir al sujeto. El hecho realizado en estado de necesidad se presenta como el último medio exigible y a la vez eficaz, del que dispone el amenazado⁵⁷; como la *ultima ratio*. Los medios legítimos tienen preferencia frente a los ilícitos y, dentro de éstos, los ilícitos pero no típicos frente a los típicos. Cuando sea necesario acudir a un medio típico, es exigible acudir a una acción antijurídica de menor entidad. Incluso es exigible que el amenazado soporte el menoscabo de derechos propios, siendo más exigible la adopción del medio menos lesivo aun cuando conlleve el menoscabo de intereses propios, cuanto mayor sea la gravedad de la actuación en estado de necesidad⁵⁸.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, en la Resolución 2010-00852, a las doce horas cinco minutos del nueve de agosto de 2010, en un caso de los conocidos como “tirano de la casa”, interpretó el requisito de si el medio es el menos lesivo con que contaba el autor para evitar el peligro, en los siguientes términos: “Para el caso de mujeres sometidas a violencia doméstica grave, o que ejecutan un ilícito con el fin de evitar un peligro permanente para sus familiares o allegados cercanos, que ha sido generado por una situación de violencia doméstica grave, tal perspectiva no ofrece una solución satisfactoria, porque el criterio de razonabilidad o necesidad (la denominada cláusula de exigibilidad) que se utiliza es definido y delimitado desde un modelo normativo abstracto (el hombre promedio) que tiene una enorme carga androcéntrica. El uso de tal modelo para decidir la existencia o no de un estado de necesidad exculpante, vulneraría el principio de igualdad, en aquel extremo que obliga al trato desigual de lo diferente. Expuesto con otros términos, con el uso de este parámetro, se vuelve imposible o casi imposible para las mujeres, cumplir con el requisito fijado, ya que sus posibilidades de reacción física o psíquica ante una

puede causar a través de la acción salvadora. En este sentido, vid. WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 1999, § 10 Nm. 439.

⁵⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., pág. 482.

⁵⁸ LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., § 35 Nm. 13 y 13a; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., pág. 482.

situación de peligro son distintas a las de un varón, y a la del “hombre promedio”. Por esa razón, el concepto de necesidad o razonabilidad de la reacción, y con ello, la valoración de si el peligro era o no evitable de otra manera, debe redefinirse desde un parámetro real-concreto. El juicio sobre la necesidad de la acción ilícita cometida y sobre el medio menos lesivo que ha de utilizarse para evitar o contrarrestar el peligro, debe partir del modelo real-concreto de una mujer, del mismo nivel social y educativo de la autora, enfrentada directamente a una situación de violencia doméstica grave o cuyos familiares o allegados más cercanos enfrentan tal situación de peligro permanente. El concepto de razonabilidad y necesidad se redefine así desde las posibilidades reales y concretas que tiene una mujer para enfrentar una situación de peligro para sí o sus familiares o allegados más cercanos. Para el ejemplo del tirano de la casa, se debe considerar, hipotéticamente, que si una mujer del mismo círculo social y con el mismo nivel educativo al de la autora, ubicada en la misma situación de violencia doméstica grave, no hubiera podido evitar tal peligro mediante una acción menos lesiva que el homicidio, entonces deberá concluirse que la autora de tal hecho injusto no tenía otras posibilidades de acción menos severas, para evitar el peligro de un mal grave. En tal supuesto, se debe concluir que se cumple con el requisito de la necesidad y el homicidio típico y antijurídico debería ser exculpado. Exigir otro comportamiento, visto como razonable a partir de lo que podría hacer un hombre promedio, implicaría que, en el caso de las mujeres, el estado de necesidad exculpante se volviera ineficaz para la protección de los bienes jurídicos amenazados por un cuadro de violencia doméstica”.

C. PRINCIPIO DE EXIGIBILIDAD COMO FUNDAMENTO DE ALGUNOS DE LOS REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD: SUPUESTOS DE EXIGIBILIDAD ESPECIAL

Con independencia de la relevancia que se le otorgue al principio de inexigibilidad como fundamento de la eximente de estado de necesidad, en el seno de la doctrina se suele afirmar que el principio de exigibilidad es fundamento

de algunos de los requisitos previstos por el legislador para poder apreciar el estado de necesidad. El principio de exigibilidad serviría en estas ocasiones para delimitar el alcance del estado de necesidad. No obstante, una vez más, no existe acuerdo a la hora de señalar cuáles de los requisitos previstos en el art. 20.5 CP y en qué supuestos estos requisitos responden a la idea de inexigibilidad.

1.- “Que la situación de necesidad no hay sido provocada intencionadamente por el sujeto”⁵⁹

Al ser el sujeto el que ha provocado intencionadamente la situación de necesidad, se altera la normal ponderación de intereses, de manera que en estos casos no hay inexigibilidad, sino que al sujeto se le exige el sacrificio de sus intereses⁶⁰.

2.- “Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”⁶¹

Su fundamento reside en el principio de exigibilidad de la conducta, por lo que nos hallaríamos ante un supuesto de exigibilidad aumentada por encima de

⁵⁹ En la letra b) del art. 27 CP de Costa Rica, se exige este requisito en términos muy parecidos: “b) Que no lo haya provocado voluntariamente”.

⁶⁰ En este sentido se pronuncian, entre otros, CÓRDOBA RODA, SÁINZ CANTERO O LUZÓN PEÑA.

⁶¹ El último apartado del art. 27 del Código Penal de Costa Rica reza así: “Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo”.

los límites aplicables al hombre medio⁶².

Pero la exigibilidad, además de ser *ratio* de este requisito del estado de necesidad, opera como una importante limitación ulterior: la exigibilidad produce como efecto la restricción del alcance de la obligación de sacrificarse⁶³. Como ejemplo se ofrece el del bombero, quien si bien por su profesión está obligado a sufrir riesgos en su persona antes de atacar a otros sujetos con el fin de salvarse de las llamas, tal deber no le obliga a soportar lesiones o incluso la propia muerte para salvar un patrimonio. No es exigible un deber de inmolación a los profesionales afectados por esta cláusula de exigibilidad.

Dado el paralelismo que existe entre los dos requisitos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 20.5 del Código Penal español, en el art. 27 del Código Penal de Costa Rica y lo dispuesto en el § 35.1.2 StGB⁶⁴, nos parece interesante hacer una breve mención a la interpretación que sobre el fundamento del mismo ha realizado la doctrina germana. La exculpación por estado de necesidad no tiene lugar aun concurriendo los requisitos previstos en el inciso primero del § 35.1 StGB, cuando con arreglo a las circunstancias concurrentes, se le pueda exigir al sujeto que soporte el peligro. El legislador alemán menciona dos supuestos de exigibilidad especial a modo de ejemplo, para ofrecer una clave para la interpretación de la denominada cláusula de exigibilidad⁶⁵: cuando el autor haya causado el peligro inherente al estado de necesidad y cuando el autor se

⁶² CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código...*, cit., pág. 306; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pág. 246.

⁶³ CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código...*, cit., pág. 306.

⁶⁴ “Esto no será de aplicación en tanto que, conforme a las circunstancias, pueda exigirsele al autor que soporte el peligro, en especial porque él mismo ha causado el peligro o porque se encontraba en una relación jurídica especial; no obstante, la pena puede reducirse en virtud del §49.1 cuando el autor haya debido soportar el peligro no en atención a su especial relación jurídica”.

⁶⁵ Se suelen mencionar como otros casos de exigibilidad especial en las que surge el deber de soportar el estado de necesidad, los supuestos en los que es preciso tolerar intervenciones de la autoridad, ajustadas a Derecho en interés de la colectividad, o la existencia de un deber de garante respecto de la víctima; los supuestos de desproporción entre el peligro amenazante y el menoscabo del bien jurídico causado, o estado de necesidad a favor de allegados.

encuentre en una especial relación jurídica. Lo decisivo en cada caso particular para decidir la exclusión de la exculpación, es determinar si la asunción del peligro es exigible en el caso concreto a la vista de las circunstancias especiales concurrentes⁶⁶.

5. 3. CULPABILIDAD

I. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD BASADAS EN EL PRINCIPIO INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Es en la categoría de la culpabilidad donde la inexigibilidad de otra conducta juega el papel más importante y menos cuestionado por la doctrina. Con independencia de cuál sea la postura adoptada para explicar el contenido de la no exigibilidad de otra conducta (tesis del poder actuar de otro modo, tesis prevencionistas, tesis de la anormalidad de la motivación...) y la postura defendida sobre el papel de la inexigibilidad en Derecho Penal, existe acuerdo sobre el protagonismo que la inexigibilidad adquiere en esta categoría del delito. No en vano, la idea de exigibilidad se encuentra íntimamente vinculada a la evolución histórico-dogmática de la culpabilidad, como hemos tenido ocasión de constatar.

Rechazada por la mayoría de los autores españoles la no exigibilidad de otra conducta como causa general de exclusión de la culpabilidad, se admite que la inexigibilidad de otra conducta sirve para la determinar la ausencia de la culpabilidad, al ser fundamento y criterio interpretativo de algunas de las causas que excluyen la culpabilidad previstas en el Código Penal, a la vez que inspira la aplicación analógica de éstas.

⁶⁶ Si bien existe acuerdo en afirmar que la *ratio* de esta cláusula reside en la exigibilidad de soportar en estos casos el peligro, el fundamento último de esta cláusula de exigibilidad difiere, en función de la postura que los autores hayan sustentado en relación con el fundamento del estado de necesidad. Sobre todo ello, vid. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta...*, cit., págs. 116 y ss.

A diferencia de lo que ocurre con las causas de justificación, que sólo pueden explicarse acudiendo a una pluralidad de puntos de vista, las causas de exculpación pueden reconducirse y fundamentarse en el principio de inexigibilidad de otra conducta.

El principio de inexigibilidad es el fundamento de las conocidas como causas de inexigibilidad, exculpación o incluso como causas de disculpa. Respecto a esta última denominación, debe tenerse presente que en nuestro país no se utiliza este término en el sentido que se utiliza por la mayoría de los autores en Alemania, país en el cual se utiliza esta denominación para denotar una disminución de culpabilidad, sino en el sentido agrupar las causas de exclusión de culpabilidad reconducibles al principio de inexigibilidad bajo la denominación “causas exculpación o disculpa”.

En nuestra opinión la única causa de exculpación de las contempladas en el Código Penal español que responde a la idea de no exigibilidad de otra conducta, es el miedo insuperable.

II. MIEDO INSUPERABLE⁶⁷

El papel que cabe atribuirle en la actualidad a la idea de inexigibilidad de otra conducta en el ámbito de la eximente de miedo insuperable (art. 20.6 CP), es doble: fundamento de la eximente y criterio de concreción de la cualidad de “insuperable” que ha de revestir el miedo para eximir de responsabilidad criminal. Pasemos a ver cada una de ellas.

La razón de que se exima de responsabilidad penal al sujeto que se encuentra en una situación de miedo insuperable, radica en que cualquier otra persona en su lugar hubiese actuado de la misma forma. Tras la aprobación del nuevo Código Penal, esta es la opinión que sustenta unánimemente la doctrina⁶⁸.

⁶⁷ Art. 20.6 CP español: “El que obre impulsado por miedo insuperable”.

⁶⁸ Vid., entre otros, CUERDAARNAU, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997, pág. 80; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pág.

El sujeto actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiere sucumbido, por mucho que siga siendo dueño de su voluntad, de ahí que no le sea exigible otra conducta. Lo decisivo en la eximente de miedo insuperable es que al sujeto, ante la presión del miedo, no se le podía exigir otra conducta distinta de la desarrollada.

Por lo que respecta a la opinión del Tribunal Supremo español sobre el fundamento y la naturaleza de la eximente de miedo insuperable, la doctrina jurisprudencial se ha caracterizado históricamente por su diversidad, al haber sostenido todas las opiniones imaginables sobre la naturaleza de ésta, si bien predominan claramente las resoluciones que, antes y después de la aprobación del nuevo Código Penal, reputan el miedo insuperable como una causa de inimputabilidad, fiel a la interpretación subjetiva del término miedo que realiza⁶⁹.

La conceptualización del miedo insuperable como causa de exclusión de la culpabilidad basada en la inexigibilidad de otra conducta, se ha visto reforzada a raíz de la supresión del requisito de ponderación de males en la regulación del miedo insuperable que se recoge en el art. 20.6 CP. Esta regulación permite que esta eximente se erija en una cláusula de inexigibilidad supletoria o de recogida para aquellas conductas que no quedan justificadas por faltar alguno de los

591. Se ha superado así, la división de opiniones que había venido caracterizando la discusión sobre la naturaleza de esta eximente desde su introducción en la legislación penal española a partir del Código Penal de 1822. Se deja atrás la etapa en la que algunos autores reputaban el miedo insuperable como una causa de justificación, causa de inimputabilidad o una causa de naturaleza de mixta.

⁶⁹ “En efecto como hemos dicho en SSTs. 1530/2004 de 24.7, 340/2005 de 8.3 y , entre otras, la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo.

Es quizás en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, por cuanto el sujeto que actúa bajo ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable” (STS de 10 de marzo de 2011).

elementos exigidos para apreciar la causa de justificación de legítima defensa (casos de exceso intensivo o extensivo) o del estado de necesidad (el mal causado es mayor que el evitado), pero a pesar de ello existan razones para eximir de pena.

La inexigibilidad de otra conducta no solo opera como fundamento de la eximente de nuclear de esta eximente, sino que también desempeña un papel muy importante en el momento de interpretar el requisito que delimita sus contornos: el carácter insuperable del miedo. No todo miedo exime de responsabilidad penal, sino sólo aquel que resulta insuperable.

En coherencia con el fundamento y el concepto de miedo que se defiende, este requisito no debe entenderse en sentido técnico-psicológico, como imposibilidad de vencimiento o apartamiento de un determinado estado emotivo, sino en un sentido normativo, entendiéndolo como inexigibilidad⁷⁰. Lo insuperable no es el conflicto psíquico que desata el miedo sino que lo insuperable es la respuesta al conflicto, respuesta que el ordenamiento se ve obligado a aceptar porque no puede exigirle que se comporte de otra manera.

Aun cuando existe acuerdo en entender el carácter insuperable como inexigibilidad, las opiniones se dividen a la hora de decantarse por el criterio conforme al cual debe concretarse o medirse dicha inexigibilidad. En realidad, el problema del criterio de la insuperabilidad del miedo se reconduce al problema del criterio para determinar la inexigibilidad de otra conducta.

Para salvar las críticas relativas a la excesiva abstracción de la situación individual a la que conduciría el criterio del hombre medio hay que contextualizar dicho criterio con la inclusión de la referencia al hombre medio situado en la posición del autor. Por consiguiente, insuperable será aquel miedo que cualquier hombre medio en la posición del autor no habría logrado vencer. Situar al hombre medio en la posición del autor, implica, como señala MIR PUIG⁷¹, preguntarse si

⁷⁰ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, pág. 628.

⁷¹ *Derecho Penal...*, cit., pág. 611, 24/25.

ese hombre medio hubiera resistido al miedo en el caso de haber tenido la edad, sexo, cultura, experiencia, oficio, etc. del autor, si lo hubiera hecho de haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, en una zona en la que se habían producido otros atentados. Por el contrario, no se deberán tener en cuenta las características patológicas del autor, como pudieran ser las neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante determinadas circunstancias, que el hombre normal superaría. El criterio del hombre medio evitaría una excesiva subjetivización, en tanto que la contextualización del mismo en la situación del autor permite no comprometer la función esencialmente individualizadora propia de la culpabilidad.

5.4. PUNIBILIDAD: LA EXCUSA ABSOLUTORIA DE ENCUBRIMIENTO ENTRE PARIENTES (ART. 454 CP)⁷²

La naturaleza jurídica de esta exención de responsabilidad criminal, que ya fue controvertida bajo la vigencia del anterior Código, sigue discutiéndose todavía hoy en el seno de nuestra doctrina. Desde SILVELA, se venía considerando que la excepción prevista en el art. 18 ACP era una excusa absolutoria que eliminaba la punibilidad, no afectando a la antijuricidad ni a la culpabilidad, si bien a raíz de la sugerencia de RODRÍGUEZ MUÑOZ, formulada en las notas a la Traducción del Tratado de MEZGER, se afirmó que se trataba de una causa de exclusión de la culpabilidad y, más concretamente, de un reconocimiento del principio de inexigibilidad. A partir de ese momento, las opiniones doctrinales se dividieron⁷³. En tanto que algunos continuaron manteniendo la naturaleza de excusa absolutoria, un sector cada vez más amplio defendía su consideración como una

⁷² “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1 del artículo 451”. Este supuesto del apartado primero se refiere a los casos en los que se auxilie “a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito sin ánimo de lucro propio”.

⁷³ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Encubrimiento entre parientes”, en *Comentarios a la Legislación Penal, Tomo V, vol. 1*, Madrid, 1985, págs. 343 y 344.

causa de exclusión de la culpabilidad, al estar basada en la no exigibilidad.

En la actualidad se observa un giro hacia el planteamiento originario, puesto que la mayoría de los autores consideran que en el art. 454 CP se contempla una excusa absolutoria, basada en el principio de inexigibilidad de otra conducta. Y esta es la postura que consideramos correcta. El fundamento de la impunidad de la conducta de encubrimiento previsto en este artículo (excluido el que consiste en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen del provecho, producto o precio del delito al que se refiere en el art. 451.1 CP), no es otro que la inexigibilidad de otra conducta a las personas unidas por una relación de parentesco. Fundamento que no debe predeterminar la naturaleza de la exención en él contenida,

Que la inexigibilidad de otra conducta se considere la *ratio legis* de la exención de la pena, no implica que el legislador la haya concebido como una causa de inculpabilidad. Por contra, la consideración de la exención como una excusa absolutoria viene avalada no sólo por su operatividad objetiva y mecánica sin espacio para la función individualizadora del Juez, sino incluso por los términos utilizados por el legislador en el art. 454 CP- “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores...”-, que difieren de los utilizados en el art. 20 CP - “Están exentos de responsabilidad criminal”, donde se regulan las causas de inculpabilidad.

Por su parte, la jurisprudencia ha calificado tradicionalmente esta exención como una excusa absolutoria (vid. STS de 25 de enero de 1999), si bien hay algunas sentencias en las que opta por considerarla como una causa de inculpabilidad basada en la inexigibilidad de otra conducta (STS de 5 de junio de 1995).

6. DELITOS DE OMISIÓN

6.1 INTRODUCCIÓN

El papel que se le reconoce a la inexigibilidad en el ámbito de los delitos de omisión es, sin duda, mucho mayor que el que se le reconoce en el ámbito de los delitos de acción. Se admite que existen casos en los que la inexigibilidad desempeña un papel importante: aquellos supuestos en los que la ejecución de una acción pondría en peligro intereses propios relevantes; es decir, aquellos casos en los que la omisión es menos gravosa que la realización de la acción requerida o prohibida. No obstante, no existe unanimidad en el seno de la doctrina sobre su importancia, su fundamento, su ámbito de influencia, etc. Ni cuando se trata de los delitos de omisión propia o pura, ni menos aún cuando se ocupan de la inexigibilidad en el ámbito de los delitos de omisión impropia o delitos de comisión por omisión. Esta polémica trae su causa, en parte, en la conceptualización de la inexigibilidad como un principio general presente en todas las categorías del delito.

6.2. DELITOS DE OMISIÓN PURA

I. INTRODUCCIÓN

Lo único que resulta evidente es que el legislador tan solo ha contemplado expresamente la idea de la exigibilidad (inexigibilidad), en el ámbito de los delitos de omisión pura. Pero incluso en relación con estos delitos, se discute en qué categoría delictiva juega la inexigibilidad su papel.

En la actualidad, la discusión doctrinal se centra en el papel que las cláusulas “...sin riesgo propio ni de terceros” o “sin riesgo propio o ajeno”- expresiones del principio de no exigibilidad de otra conducta-, desempeñan en los delitos de omisión propia en los que han sido incluidas: en el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP) y en el de omisión del deber de impedir delitos o promover su persecución (art. 450 CP), respectivamente.

II. OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO (ART. 195 CP)⁷⁴

En el art. 195 CP el legislador limita expresamente el deber de prestar socorro, a aquellos casos en los que pudiere hacerlo sin “riesgo propio o de tercero”⁷⁵. Este límite ha sido entendido mayoritariamente como manifestación del principio de inexigibilidad, desde que NAVARRETE⁷⁶, siguiendo a SCARANO, refirió esta limitación al principio de no exigibilidad de otra conducta. Así lo entiende también nuestro Tribunal Supremo, como se desprende de lo afirmado en la Sentencia de 5 de junio de 1995: “... el principio de “no exigibilidad de otra conducta”... se inserta también en algunos delitos para circunscribir, como elemento negativo, el tipo de injusto (así, “*ad exemplum*”, en los artículos 338 bis – “sin riesgo propio o ajeno”-, 489 bis – “sin riesgo propio ni de tercero”...”.

En cuanto a la naturaleza y ubicación sistemática de esta cláusula, en nuestra opinión, es un elemento que condiciona la propia tipicidad de la conducta, por cuanto que de ella depende la existencia o no del deber penal de auxilio. De manera que cuando concurre un riesgo propio o para tercero, desaparece el deber de prestar socorro a la persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave. No compartimos la postura de quienes estiman que, aun cuando aparece en el tipo, se trata de una cláusula que afecta a la culpabilidad, pues la tipicidad del delito de omisión hace referencia a la “acción esperada”, pero acción esperada no es aún acción exigible jurídicamente⁷⁷. Además, su consideración como elemento del tipo nos permite alcanzar las consecuencias político-criminales más aceptables en materia de error y de participación, como tendremos ocasión de

⁷⁴ Art. 195.1 CP: “El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”.

⁷⁵ El legislador penal costarricense en el art. 144 limita la obligación de auxilio a “cuando pueda hacerlo sin riesgo personal”.

⁷⁶ “La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del art. 489 bis del Código Penal”, *RFDUC* 1959, pág. 428, n.p.p. 28.

⁷⁷ CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1996, pág. 245.

constatar con posterioridad.

Si bien el legislador exige que la persona desamparada se halle en peligro manifiesto y grave, no adjetiva, en cambio, el riesgo propio o de tercero que hace desaparecer el deber de actuar. El silencio legal debe ser interpretado en el sentido de que no basta cualquier riesgo insignificante para los bienes jurídicos eminentemente personales del sujeto que debe prestar el auxilio para considerar excluido dicho deber, sino en el sentido de que entre el riesgo relevante y el peligro de la persona desamparada debe existir una adecuada relación, no en el sentido de la ponderación de bienes, sino únicamente como exigencia de una adecuada proporción. Y así parece entenderlo también el Tribunal Supremo español al interpretar el riesgo como “equivalente a peligro personal o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que suponga la prestación de socorro” (SSTS de 26 de septiembre de 1990 y 20 de mayo de 1994). Esta proporcionalidad se entiende tanto en sentido cuantitativo, según la gravedad del riesgo, como en sentido cualitativo, en atención a los bienes jurídicos en juego.

Cuestión diversa es si a los obligados del artículo 195.3 CP⁷⁸ se les puede exigir la asunción de un nivel mayor de “riesgos propios” en la prestación del auxilio, que el exigible a los meros obligados solidarios. Como ha apuntado un sector de la doctrina, la causación del accidente deberá ser un elemento a tener en cuenta en la ponderación que se debe realizar entre el peligro que corre el desamparado y el riesgo propio del sujeto ha causado el accidente⁷⁹. Por consiguiente, sobre él recae un deber más intenso que el exigible al mero tercero solidario⁸⁰.

⁷⁸ “Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a dieciocho meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”.

⁷⁹ En este sentido se ha manifestado, entre otros, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pág. 216.

⁸⁰ Así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de octubre de 1993, en los siguientes términos: “...Todos tenían obligación de acudir en auxilio de quien así lo necesitaba por encontrarse el herido en el suelo después del atropello...pero más que ningún otro, estaba obligado a auxiliar quien había sido causa

La necesaria proporcionalidad cualitativa que debe existir entre el peligro que corre el necesitado de asistencia y el que entrañaría para el autor de la prestación de socorro, nos conduce, ante la parquedad e imprecisión de la fórmula legal, a la necesidad de determinar los bienes jurídicos a los que se refiere el requisito legal de la ausencia de riesgo propio o de tercero.

Una interpretación teleológica de la cláusula “sin riesgo propio”, nos conduce a entender la expresión “riesgo propio” como “riesgo personal”, de donde se deduce que por riesgo propio o de tercero debe entenderse peligro para los bienes jurídicos considerados eminentemente personales, es decir, para la vida, la integridad personal, la libertad o libertad sexual, quedando excluidos los peligros para otros bienes jurídicos, como el patrimonio o el honor.

En relación con la cuestión de si puede considerarse “riesgo propio” el peligro de ser perseguido penalmente por un delito, ya sea por la causación del accidente ya por otro delito cualquiera cometido con anterioridad por el sujeto, y, por ende, considerar la prestación de auxilio inexigible, la doctrina niega mayoritariamente esta posibilidad si bien creemos que se debe llevar a cabo en cada caso concreto una valoración. En ésta se deberán tener presentes, como ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ⁸¹, en primer término, la intensidad de los deberes y, en segundo término, otros extremos como pudieran ser la gravedad del peligro que amenaza a la víctima que debe ser socorrida; las posibilidades de las que dispone efectivamente el sujeto para eliminar o reducir ese peligro; la mayor o menor intensidad del riesgo de ser detenido; la gravedad de la pena que se impondría al sujeto por todos los delitos por los que fuese enjuiciado...El Tribunal Supremo, sin embargo, sostiene que el peligro de ser descubierto y tener que afrontar las propias responsabilidades, no se puede computar como riesgo que

del accidente (y en grado superior aún por haberlo sido como consecuencia de un comportamiento imprudente, incluso temerario)”.
⁸¹ “Problemas del tipo de omisión del deber de socorro. (Comentarios a la STS de 27 de abril de 1987)”, *ADPCP* 1988, págs. 562 y ss.

excluye el deber de socorro⁸².

III. OMISIÓN DEL DEBER DE INTERVENIR PARA IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS (ART. 450 CP)⁸³

En el delito de omisión del deber de intervenir para impedir la comisión de determinados delitos, el legislador vincula expresamente el deber de intervención a que éste no implique un “riesgo propio o ajeno”. Esta limitación, interpretada tradicionalmente como manifestación del principio de inexigibilidad, ha provocado una división de opiniones doctrinales sobre el engarce sistemático que dicha cláusula debe tener en el sistema del delito.

Quienes interpretamos esta cláusula como un elemento del tipo, entendemos que quien en tales circunstancias no realiza la acción típica, no actúa en el sentido previsto en el tipo omisivo. Por su parte, quienes consideran que se ubica en el ámbito de la culpabilidad, defienden que este deber subsiste aun cuando su cumplimiento pueda implicar riesgo propio o ajeno, en cuyo caso se podría apreciar una causa de exclusión de la culpabilidad basada en la inexigibilidad, como la eximente completa o incompleta de miedo insuperable⁸⁴

En cuanto a la entidad del riesgo vale lo mismo que lo afirmado para la cláusula “sin riesgo propio o de tercero”.

⁸² En la Sentencia de 25 de octubre de 1993, encontramos la siguiente afirmación: “...el impedimento u obstáculo del cual se deriva ese peligro propio o de tercero ha de ser de naturaleza material, no de naturaleza jurídica, es decir, dicho impedimento u obstáculo ha de ser tal que por razones de orden físico, tangibles, perceptibles por los sentidos no fuera posible prestar el auxilio, porque de hacerse así habría riesgo de producirse un daño de tales características, lo que no sucede cuando ese perjuicio consistiera en que, por permanecer en el lugar y prestar el auxilio debido, fuera identificado el autor de una infracción y pudiera ser sancionado como tal”.

⁸³ Art. 450.1 CP: “El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél”.

⁸⁴ Entre otros, GONZÁLEZ RUS, en *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 1997, pág. 475.

IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA UBICACIÓN DE LA INEXIGIBILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN PURA

La ubicación de la cláusula de inexigibilidad en los delitos de omisión pura, no es una mera cuestión de sistemática interna, sino que influye en el ámbito de punición de las conductas de los artículos 195 y 450 CP. Incluso se ha afirmado que es uno de los pocos casos “en los cuales el cambio de la ubicación sistemática conduce a un cambio en los resultados jurídico penales”⁸⁵. Las principales consecuencias se observan en materia de error y de participación, motivo por el cual pasamos a considerarlas brevemente.

A) EN MATERIA DE ERROR

El tratamiento de los supuestos en los que el sujeto omita la acción por un error sobre las circunstancias cuya presencia la harían exigible, variaría según la postura que se adopte en relación con la ubicación de la inexigibilidad:

a) Si es un elemento que limita la tipicidad, el sujeto que actúa en estas condiciones actuaría bajo un error sobre un elemento del tipo, que en virtud de lo dispuesto en el art. 14.1 del Código Penal español excluiría la responsabilidad criminal; y en aquellos otros casos en los que el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor fuera vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente.

b) En el caso de que se opte por ubicar la cláusula de inexigibilidad en el elemento de la culpabilidad, al no constituir el error sobre aquella ni un error de tipo ni un error de prohibición, y a falta de una regulación expresa, se origina una particular situación que ha sido tratada por un número muy reducido de autores. Los escasos autores que se han pronunciado sobre la cuestión en relación con los delitos de omisión pura, abogan por la aplicación analógica de las reglas del

⁸⁵ NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 2ª Auf., Frankfurt am Main, 1977, pág. 261.

error de prohibición⁸⁶.

Debemos subrayar que los partidarios de la ubicación de la inexigibilidad en la culpabilidad, no ofrecen ningún argumento convincente para justificar por qué el error vencible sobre la exigibilidad de la conducta ha de recibir un tratamiento diferente al error vencible sobre la necesidad de la acción. Es decir, por qué el sujeto que yerre de forma vencible sobre las circunstancias que limitan la exigibilidad de la conducta, ha de ser tratado de forma distinta a aquel sujeto que yerre de forma vencible sobre las circunstancias que excluyen la necesidad de la acción; por qué el primero ha de responder por dolo, y el segundo no.

2) EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN

Aun cuando las características de los delitos de omisión propia hacen difícil la participación, debido a que todos los sujetos que en un momento determinado tengan el deber de actuar son autores, son imaginables casos en los que por afectar a unos sujetos y a otros no, la posibilidad de prestar el auxilio o impedir la comisión de determinados delitos, sea posible tratarlos como supuestos de inducción o de complicidad.

Admitida la viabilidad de la participación en los delitos de omisión pura, hay que tener presente que la punición de los partícipes depende de la ubicación sistemática de la cláusula de inexigibilidad que se defienda. Para los defensores de la solución del tipo, si el potencial auxiliador decide, inducido por un tercero, omitir un auxilio que en atención a las circunstancias concurrentes le es inexigible, la conducta del inductor no será punible; por el contrario, para los partidarios la solución de la culpabilidad el tercero podrá ser castigado como partícipe, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, puesto que basta con

⁸⁶ En este sentido se han pronunciado FRELLESEN, *Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, cit., pág. 210; y FISCHER, en *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49^a Auf., München, 1999, § 323 c Nm. 10.

que la conducta del omitente sea antijurídica sin ser necesario que el autor sea además culpable. El partícipe no puede alegar que la conducta del autor no era exigible para quedar impune.

6.3. DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

I. UBICACIÓN Y NATURALEZA

Una vez más, la polémica sobre el papel de la exigibilidad se reproduce en sede de los delitos de omisión, pero esta vez en relación con los delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia. Esta discusión ha tenido lugar con especial intensidad en el seno de la doctrina alemana, habiendo sido alimentada en parte, por el recurso de la jurisprudencia a la inexigibilidad como principio general de limitación del deber de garante. Lo cierto es que frente a la postura minoritaria de quienes niegan un papel específico a la inexigibilidad en estos delitos, la mayoría de la doctrina reconoce que en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, a diferencia de lo que ocurre en los delitos comisivos, la inexigibilidad limita con carácter general la punibilidad, al ser considerablemente patentes las diferencias entre los hechos omisivos y los comisivos. No obstante, entre quienes reconocen un papel importante a la inexigibilidad en este marco existen discrepancias, defendiéndose por unos que la exigibilidad limita el deber de actuar, y que por lo tanto se trata de un problema de tipicidad⁸⁷; y, por otros, en mayor número que cuando se trata de los delitos de omisión pura, que excluye la culpabilidad⁸⁸.

Lo cierto es que en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, la

⁸⁷ Entre otros, HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit...", en *Festschrift für Mezger...*, cit., pág. 280; STREE, "Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten", en *Festschrift für Lenckner zum 70 Geburtstag*, München, 1998, cit., págs. 401 y 402.

⁸⁸ Vid., WELZEL, "Zur Problematik der Unterlassungsdelikte", *JZ* 1958, pág. 496; EGGERT, *Die Unzumutbarkeit normgemässen...*, cit., pág. 115 y ss.; KÜHL en LACKNER/KÜHL, *Strafgesetze mit Erläuterungen*, 23^a Auf., München, § 13 Nm. 5.

inexigibilidad de otra conducta juega un papel más importante que en el ámbito de los delitos de acción, al ser patentes las diferencias entre ambos tipos de delitos, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio: "...debemos hacer notar que los mandatos de actuación, cuyo incumplimiento da a lugar a los delitos omisivos (mandatos que por ello ofrecen, en el presente caso, especial relevancia), restringen la libertad en mayor medida que las prohibiciones de actuación, cuya infracción genera delitos de acción. Desde esta perspectiva deben precisarse enjuiciarse las concretas acciones exigidas a quienes se imputa el cumplimiento de sus deberes de garante. Es decir, tras analizar si se ha efectuado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos enfrentados, hemos de examinar si la realización de las concretas acciones que se han exigido de los padres en el caso concreto que nos ocupa – especialmente restrictivas de su libertad religiosa y de conciencia- es necesaria para la satisfacción del bien al que se ha reconocido un valor preponderante"⁸⁹.

Como en su día pusiera de manifiesto HENKEL, la utilización del concepto de exigibilidad en Derecho Penal resulta apropiada siempre que sea necesario proceder a una delimitación de deberes jurídico-penales. Por lo que respecta a los delitos de comisión por omisión, el principio de exigibilidad sirve para determinar el deber de evitar el resultado. En nuestra opinión, la inexigibilidad de otra conducta

⁸⁹ A través de esta Sentencia el Tribunal Constitucional anuló la condena por homicidio impuesta a unos padres que se opusieron a una transfusión de sangre para su hijo por motivos religiosos. Los datos esenciales en los que se basaba esta condena son, resumidamente, los siguientes: a) la persona por cuya muerte se condena a los demandantes en amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad; b) la condena lo es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del CP de 199); c) la conducta omitida consistía bien una acción de los padres dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor; d), en último lugar, la causa de los padres (propriamente, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigo de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios. En su fallo, el Alto Tribunal declara que a los recurrentes en amparo (los padres del menor) se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa contemplado en el art. 1.1 CE, anulando las Sentencias del Tribunal Supremo que declaraban a los padres autores de un homicidio en comisión por omisión.

opera como principio general que limita el deber del garante, y así parece haberlo reconocido por primera vez el Tribunal Constitucional español en la anteriormente citada Sentencia 154/2002: "...la expresada exigencia a los padres de una acción suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas...va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias" (FJ 15).

La inexigibilidad excluye la tipicidad, al constituir la exigibilidad un límite del deber de protección del bien jurídico puesto en peligro que le corresponde al garante. Desde el punto de vista jurídico, carecen de sentido tanto las conductas inexigibles como las conductas inútiles. Siempre que atendiendo a las circunstancias concretas del caso una conducta aparezca como inexigible, el sujeto no estará obligado a evitar el resultado, al igual que sucede cuando no le sea posible realizar la conducta que evitaría el resultado. En los casos de inexigibilidad de otra conducta, la omisión es atípica. La acción que podría haber evitado el resultado se puede requerir jurídicamente siempre que el sujeto tenga la posición de garante, la posibilidad de actuar como se le requiere y siempre que dicha acción le sea exigible.

Quienes en el seno de la doctrina alemana se decantan por la solución de la ubicación de la inexigibilidad en la categoría de la culpabilidad, consideran que esta solución viene avalada por el hecho de que a través del aspecto de la inexigibilidad se tiene en cuenta la presión de la motivación, la cual no afecta al deber jurídico del sujeto, sino que, al igual que ocurre en los delitos comisivos, conduce a negar la reprochabilidad de la conducta. Se trata de que a los obligados no se les puede exigir sacrificar intereses de menor valor cercanos a él, con el fin de ejecutar la acción debida. También se alega que puesto que en el § 13 StGB el legislador ha contemplado una equiparación entre la omisión y la acción, la inexigibilidad debe ser tratada en sede distinta a donde se hace en el § 323 c StGB,

de manera que en los delitos de comisión por omisión se debe plantear en el ámbito de la culpabilidad. Lo cierto que esta opinión no fundamenta su postura ni ofrece argumentos convincentes, y además conduce a unas consecuencias prácticas rechazables en materia de error y participación.

II. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA UBICACIÓN DE LA INEXIGIBILIDAD EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN

La ubicación de la inexigibilidad de otra conducta tiene una vez más, consecuencias prácticas en materia de error y de participación. Consecuencias que incluso se utilizan como argumentos para decantarse por la solución de la tipicidad frente a la culpabilidad⁹⁰.

A) EN MATERIA DE ERROR

El tratamiento de los supuestos en los que el que estando obligado a actuar omite la acción por un error sobre las circunstancias cuya presencia harían exigible la acción, variaría según la postura que se adopte en relación con la ubicación de la inexigibilidad:

a) Si es un elemento que limita la tipicidad, el sujeto que actúa en estas condiciones actuaría bajo un error sobre un elemento del tipo, que en virtud de lo dispuesto en el art. 14.1 del Código Penal español excluiría la responsabilidad criminal; y en aquellos otros casos en los que el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor fuera vencible, la infracción

⁹⁰ STREE, “Unzumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten”, en *Festschrift für Lenckner...*, cit., págs. 393 y ss.

será castigada, en su caso, como imprudente.

b) Si por el contrario se sostiene que limita la culpabilidad, el hecho de tratarse de una causa de exclusión de la culpabilidad no reconocida legalmente, agravado por el hecho de la falta de una regulación legal expresa sobre este error *sui generis*, provoca que las soluciones sean divergentes. La mayoría de la doctrina suele mostrarse de acuerdo en considerar que el error sobre la existencia de una causa de exculpación no reconocida legalmente así como el error sobre sus límites es irrelevante, puesto que es exclusivamente al legislador a quien le corresponde decidir en qué casos puede dejar de formularse el reproche de culpabilidad, en atención a la disminución esencial del contenido de injusto y culpabilidad del hecho⁹¹.

Mayores son las dudas que se plantean a la hora de decidir el tratamiento que debe recibir el error sobre los presupuestos de una causa de exculpación no prevista legalmente. Si bien existe acuerdo en el seno de la doctrina española⁹² en afirmar que el error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de inexigibilidad excluye la responsabilidad por inexigibilidad de otra conducta, es objeto de polémica el tratamiento que deba recibir el error vencible. En concreto, si frente al error vencible procede imponer la pena del delito doloso atenuada -solución del dolo- o la pena correspondiente al delito imprudente, aun cuando no se discuta la presencia del dolo, -solución de la culpa-, o incluso si deben negarse efectos a este error, como ha venido considerando tradicionalmente nuestra jurisprudencia en los casos de suposición errónea del mal amenazante en el miedo insuperable.

c) Más disparidad en los resultados, y por ello más difícil de explicar el distinto tratamiento a la misma clase de error, se deriva de la postura quienes si

⁹¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pág. 629.

⁹² En el seno de la doctrina germana, la mayoría de los autores se muestran a favor de la aplicación analógica de lo dispuesto en el apartado II del § 35 StGB, apartado en el que se regula el tratamiento del error sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante. Vid., entre otros, HARDTUNG, "Die Irrtum über die Schuld", *ZStW* 108 (1996), pág. 49; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 16 Nm. 32.

bien admiten que la inexigibilidad limita la tipicidad del delito omisión del deber de socorro, en los delitos de comisión por omisión, por el contrario, actúa en el ámbito de la culpabilidad. En tanto que en el primer caso el error vencible sobre las circunstancias que excluyen la exigibilidad excluye el dolo; tratándose de delitos de comisión por omisión dicho error no excluye el dolo⁹³.

B) EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN

Si ya dijimos que los delitos de omisión poseen unas características que hacen difícil la participación, esta dificultad es mayor aún cuando se trata de los delitos de comisión por omisión, al tratarse de delitos especiales propios. En éstos, la esfera de sujetos activos viene circunscrita por la necesidad de que ostente la condición de garante, lo que quiere decir que si el supuesto participe también ocupa una posición de garante será igualmente autor. Si no ocupa esta posición de garante, la doctrina considera que no hay inconveniente para admitir la posibilidad de participación activa en un delito de comisión por omisión, ya sea induciendo a quien tiene la posición de garante o colaborando con él en la comisión del delito. En cuanto a la posible admisión de la participación omisiva en un delito de comisión por omisión, la inducción queda descartada a la vista de la configuración de esta forma de participar, sin que exista inconveniente alguno para la admisión de la complicidad por omisión en este tipo de delitos por parte de *extraneus*. No obstante, lo cierto es que en la mayor parte de estos supuestos de participación omisiva el sujeto que no ostenta la posición de garante cometerá un delito de omisión del deber de socorro previsto en el art. 195 CP, o un delito de omisión del deber de impedir determinados delitos tipificados en el art.450 CP.

Como ya pusimos de manifiesto en relación con los delitos de omisión propia, la diversa ubicación de la inexigibilidad implica que el ámbito de punibilidad de los comportamientos de participación sea muy diverso. Si la inexigibilidad

⁹³ Cfr. WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., § 739.

excluye la tipicidad, en virtud de la teoría de la accesoriedad limitada los partícipes en el delito de comisión por omisión no serían punibles; por el contrario, si la inexigibilidad lo que excluye es la culpabilidad, la conducta del partícipe sí sería punible⁹⁴.

Esta diferencia del ámbito de punición de los partícipes según la postura que se adopte en relación con la ubicación de la inexigibilidad, se hace aún más patente en los casos en los que se defienden distintas soluciones (tipicidad o culpabilidad) según se trate de los delitos de omisión pura o de delitos de comisión por omisión, sin que exista justificación material alguna para justificar dicha diversidad. Por qué en los casos de inexigibilidad de otra conducta la participación en un delito de comisión por omisión es punible, en tanto que la participación en un delito de omisión del deber de socorro no lo es. Por qué quien induce al garante a no realizar una acción que permita evitar el resultado en casos de inexigibilidad es punible, en tanto que el inductor quedaría impune en caso de inducir a la omisión del deber de auxilio en el supuesto del art. 195 CP.

⁹⁴ En opinión de STREE, “Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten”, en *Festschrift für Lenckner...*, cit., pág. 394, esta circunstancia podría ser tenida en cuenta a la hora de graduar la pena.

EL DELITO CONTINUADO

RICARDO POSADA MAYA

*Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, Colombia*⁹⁵.

Recibido el 26 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. El delito continuado constituye una modalidad de infracción penal única e independiente, una forma de realización ontológico-normativa del mismo tipo penal o uno similar, compuesta por diversos actos seriadados que son partes de ese todo y del injusto progresivo que resulta. Lo que de verdad interesa desde esta postura jurídica no es mirar la cuantía de cada acto particular como si se tratara de una infracción independiente (lo que sólo tendrá relevancia para los tipos modificados agravados), sino determinar la defraudación causada por la unidad de conducta como un todo, para precisar la punibilidad aplicable según la ley como delito o contravención especial a la continuación de una modalidad típica patrimonial continuada, según el criterio del perjuicio patrimonial realizado por el autor. La naturaleza sustantiva del delito continuado justifica la imposición de una penalidad unitaria que, en ningún caso, supone una sanción que implique la derogación de la normativa concursal sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: delito continuado, unidad de conducta, bien jurídico, delito masa, punibilidad.

ABSTRACT. The continued crime constitutes a form of a separate and

⁹⁵ Profesor Asociado y Director del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología; Director del Grupo de Estudios en Derecho Penal “*Cesare Beccaria*” de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Doctor en Derecho Penal y *DEA* por la Universidad de Salamanca, Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Antioquia. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. El presente texto fue presentado en el marco del seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, el 01 de abril de 2011.

independent criminal offense, an ontological-normative embodiment or similar to the same criminal offense, consisting of series of several acts that are part of that whole and of the progressive illicit result that occurs. What really matters about this legal posture, is not to look at the quantity of each particular act as if each were a separate offense (which would only have relevance on the aggravated modified offenses), but to determine the fraud caused by the behavioral unit as a whole, in order to determine the applicable punishment according to the law, either as an offense or as a special misdemeanor to the continuation of a typical continued patrimonial modality, according to the criteria of the patrimonial damage done by the author. The substantive nature of the continued offense justifies the imposition of a unitary penalty that, in any case, supposes a sanction that implies the derogation of the normative on the concurrence of offenses on the subject.

KEY WORDS: continued offense, behavioral unit, legal rights, continued crime, mass fraud, criminal liability.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Este escrito pretende estudiar la figura jurídico-penal del delito continuado, prevista en los párrafos de los artículos 31 del CP/2000, mod. L. 891/2004, art. 1° y art. 32 del CPM/2010, de la siguiente manera: *“Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. /En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (60) años. /Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.*

/Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.

Con tal propósito, la presente exposición se dividirá así: En *primer lugar*, se desarrollarán algunas observaciones generales sobre la figura. En *segundo lugar*, se analizará el presupuesto fundamental de la unidad de acción en el delito continuado. En *tercer lugar*, se expondrán el concepto, la justificación y los elementos fundamentales de ésta. En *cuarto lugar*, se esbozará la institución del delito masa. En *quinto lugar*, se tratarán algunos aspectos sustantivos del delito continuado que representan objetos de reflexión político-criminal muy interesantes y complejos. En *sexto lugar*, se analizará su punibilidad. Y, finalmente, en *séptimo lugar*, se harán algunas consideraciones a título de conclusión.

El delito continuado es una de las figuras jurídicas más discutidas⁹⁶ e interesantes en la historia y evolución de la dogmática jurídico-penal, y se caracteriza por la existencia de conceptos y regulaciones muy diferentes, y una evolución jurisprudencial inestable⁹⁷ en los países que la consagran. Por ello, a mediados del siglo XX, el ilustre Prof. Dr. D. JOSÉ ANTÓN ONECA⁹⁸ expuso en su extraordinario estudio sobre el *delito continuado* (1.954), la necesidad de replantear la teoría jurídica sobre la “continuación” de modo tal, que tuviese en cuenta, además de aspectos objetivos relativos a la identidad de la descripción típica continuada (unidad relativa de tipo) y al sentido social del tipo penal como aspecto normativo de integración (identidad del bien jurídico lesionado)⁹⁹, el elemento subjetivo de la acción¹⁰⁰, que de *lege ferenda* tiende a ser formulado en

⁹⁶ Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Vol. II, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1966, pp. 269 y ss.; 277, señala que se trata de un recurso arbitrario. *En contra*: Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro. *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 861 y 862; Velásquez Velásquez, Fernando. *Los delitos continuado y masa: A propósito del art. 31 del Código Penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2008, p. 74.

⁹⁷ Choclan Montalvo, José Antonio. *El Delito continuado*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S. A., 1997, p. 53.

⁹⁸ Antón Oneca, José. “Delito continuado”, en *NEJ*, t. VI, Barcelona, Francisco Seix, 1954, p. 4.

⁹⁹ Mezger, Edmund. “Das fortsetzungszusammenhang im Strafrecht”, en *JW*, 67 jahrgang, Heft. 52/53, III, 1938, p. 3265.

¹⁰⁰ Welzel, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*, 11 auf., W de Gruyter, Berlin, 1969, pp. 226 y ss. Hay traducción al castellano: *Derecho Penal alemán*, Parte General, 11 ed. Alemana y

la construcción teórica de la figura como el *plan criminal*, con la adición de un plus subjetivo-volitivo en algunas hipótesis típicas dolosas.

Desde una perspectiva político criminal, este autor también planteó la necesidad de legitimar material e históricamente la figura que nos ocupa, mediante la “consagración por la práctica debida a necesidades vitales”. Esta postura, en buena medida, permite superar la afirmación de KRATZSCH, en el sentido que “el estancamiento académico y jurisprudencial del delito continuado ha obedecido a un profundo prejuicio sobre la validez de las razones legales de la figura”¹⁰¹, sin que a ello se haya opuesto, justamente, la realidad de su vigencia en dieciséis países de tradición continental, precisamente porque el delito continuado difícilmente puede ser reemplazado por otras instituciones como el concurso de delitos, que resultan incapaces de reflejar con su carga punitiva el verdadero desvalor del delito realizado.

Debe decirse entonces, que el delito continuado representa una entidad polifacética. Por una parte, el delito continuado es una institución sustancial o material determinada por su propio grado de injusto y de culpabilidad por el hecho seriado, determinado por la ejecución sucesiva de un comportamiento delictivo. Configuración que dependerá de la noción que se asuma respecto de la acción, la norma y el delito. Por la otra, es innegable que la figura es una solución punitiva “autónoma” para ciertas modalidades criminales, según la identidad material que comportan (CCONST., núm. C-368/2000 y C-551/2001, Á. Tafur¹⁰²). Así se

4^a Castellana, Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez P. (Trads.), Santiago, Jurídica de Chile, 1997, pp. 268 y ss.

¹⁰¹ Kratzsch, Dietrich. “Die fortgesetzte Tat: eine Sondern form des Vorsatzdelikts”, en *JR*, Heft. 5, 1990, p. 177.

¹⁰² CConst., C-368/2000 y C-551/2001, Á. Tafur, la última de las cuales declara que “Habiéndose ya establecido que el objeto del artículo 32 de la Ley 522 de 1999 es simplemente el de “aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo ‘hecho punible unitario o continuado’ y, por tanto, que debe ser penado como tal” y que esta circunstancia no establece una diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar en el tratamiento del concurso de hechos punibles, la Corte retoma los argumentos señalados en dicha sentencia, pero esta vez para descartar el cargo de violación del derecho a la igualdad invocado por la demandante en relación con el par. art. 31, L. 599/2000”.

desprende del CP, Par. del art. 31.

Esta especial naturaleza sustantiva y legal del delito continuado demuestra plenamente que no se trata de una *ficción jurídica* (CSJ, sent. 13/09/1995, e24184, R. Calvete)¹⁰³, sino de una realidad normativa que obedece a justificaciones mixtas que plantean una figura con un sentido estructural unitario¹⁰⁴ que puede tener un fundamento diverso en sentido jurídico¹⁰⁵ u ontológico-normativo¹⁰⁶ (CSJ,

¹⁰³ Bettiol, Giuseppe/Mantovani, Luciano Pettoello. *Diritto Penale*, Parte Generale, 12ª ed., Padova, Cedam, 1986, p. 707, afirman que el delito continuado se configura como un delito único sólo para efectos punitivos, mientras que frente a los demás problemas sigue las reglas del concurso material de delitos; Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, Vol. 3, Primera Parte, teorías generales, Santiago Sentís Melendo (trad.) y notas de Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier, Buenos Aires, Ediar, 1949, pp. 418 y ss.; Saltelli, Carlo/Romano-Di Falco, Enrico. *Commento Teorico pratico del nuovo codice Penale Alfredo Rocco*, Vol. 1, art. 1-84, Torino, Utet, 1940, p. 195; Pagliaro, Antonio. *Principi di Diritto Penale*, Parte Generale, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 596; Vanini, Ottorino. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Firenze, Carlo Cya, 1954, pp. 265 y 266; Arroyo De Las Heras, Alfonso. *Manual de Derecho Penal*, El delito, Madrid, Aranzadi, 1985, pp. 793 y ss.; Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal*, Parte General, Lima, ARA, 2004, p. 551; Berdugo Gómez de La Torre, Ignacio/Et. Al. *Curso de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Adaptada a la reforma de 2010 del Código Penal, Barcelona, Ed. Experiencia, 2010, p. 404; Castiñeira Palou, María Teresa. *El Delito continuado*, Prólogo del Prof. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1977, p. 20; Camargo Hernández, César. *El delito continuado*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 33; Cobo Del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás Salvador. *Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 784; De Vicente Martínez, Rosario. “El delito continuado: Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones continuadas”, en *El nuevo Derecho penal español*, Estudios penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (Coords.), Navarra, Aranzadi, 2001, p. 184; Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*, Parte General, t. 1, Vol. 2, revisado y puesto al día por Cesar Camargo Hernández, 18ª ed., Barcelona, Bosch, 1981, pp. 689 y ss.; Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes. *Derecho Penal*, Parte General, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 465; Sainz Cantero, José. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, T. iii—culpabilidad, punición: Formas de aparición, Barcelona, Bosch, 1985, p. 227.

¹⁰⁴ Bonadies, Maria. “Su pretesi limiti sostanziale e processuali all’istituto della continuazione”, en *RIDPP*, 1968 N.S. 11, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 1241 y 1243; Moro, Aldo. *Unità e pluralità di reati*, Padova, Utet, 1954, p. 184; Piasapia, Domenico. *Reato continuato*, Napoli, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1938, pp. 76 y 107, asegura que el delito continuado “... pierde indiscutiblemente esta característica (la de concurso) por fuerza del único diseño y la misma objetividad jurídica que lo constituye en unidad autónoma de delito...”; Punzo, Massimo. *Reato continuato*, Padova, Cedam, 1951, p. 141.

¹⁰⁵ Desde este punto de vista estructural, el delito continuado sería, al menos, un evento de pluralidad de acciones naturales conexas en lo subjetivo y desde la perspectiva objetiva separables —unidad jurídica de acción en sentido amplio— y una aparente multiplicidad homogénea de tipicidades completas y diferenciables que las acogen (un solo hecho desde la perspectiva del concurso de delitos); ajustadas desde la

antijuridicidad material como un supuesto típico único en “sentido amplio”, autónomo y complejo, que se castiga con una penalidad única proporcional a tal infracción: Warda, Günter. “Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre”, en *JuS*, 4 Jahrgang, Heft 3, 1964, p. 85; Camargo Hernández, César. *El delito continuado*, Barcelona, Bosch, 1951, pp. 53 y ss.; Pagliaro, *I reati connessi*, p. 123; *id.*, *Principi...*, p. 601; Ranieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Vol. 2, Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, 1975, p. 145; Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Akal, 1990, p. 430; Choclán Montalvo, José Antonio/Calderón Cerezo, Ángel. *Derecho Penal*, Parte General, t. 1, 2ª ed., Madrid, Bosch, 2001, pp. 431 y 432; Cobo Del Rosal, Manuel/Quintanar Díez, Manuel. *Instituciones de Derecho Penal Español*, Parte general, Madrid, CESEJ, 2004, p. 255; Cuello Contreras, Joaquín. *El Derecho Penal español*, Parte General, Vol. 2, Teoría delito 2, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 658; Escuchuri Aisa, Estrella. “Teoría del concurso de leyes y de delitos: Bases para una revisión crítica”, en *Estudios de derecho penal*, núm. 60, Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, Granada, 2004, p. 72 y 432; Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General, 8ª ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2006, p. 642; Righi, Esteban. *Derecho Penal*, Parte general, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2008, p. 446; CSJ Penal, sent. del 17.03.1999, e12187, J. Gómez. También, asumen una unidad jurídica de acción, aunque exigen que el autor realice las diversas acciones naturales con dolo global: Brodtag, Wolf–Dietrich. *Strafrecht*, München–Berlin, Richard Booberg, 1979, p. 163; Geppert, Klaus. “Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)”, en *Juristische Ausbildung (JurA)*, 4 jahrgang, Heft 7, 1982, pp. 363 y 364; Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humboldt, 1996, pp. 714 y 716. Hay traducción al castellano: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), 5ª ed., Granada, Comares, 2002, pp. 769 y 771-772; Kratzsch, “Die fortgesetzte...”, p. 181; Mitsch, Wolfgang. “Konkurrenzen im Strafrecht”, en *JuS*, 33 Jahrgang, Heft 5, 1993, p. 389 y 390; Wessels, Johannes/Beulke, Werner. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 36 Auf., Heidelberg, C.F. Müller, 2006, p. 293.¹⁰⁶ Di Alimena, Bernardino. *Principii di Diritto Penale*, Vol. 1, Napoli, Luigi Pierro, 1910-1912, pp. 399 a 401. Texto que tiene traducción al español, *Principios de Derecho Penal*, Vol. 1, Trad. y notas de Eugenio Cuello Calón, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, pp. 492 y ss., señala: “[e]l delito continuado es único, único subjetivamente porque la resolución es una sola, uno solo es el dolo, y desde el primer instante se representa el delincuente todas las acciones sucesivas; también es único objetivamente”; Correa, Pedro Ernesto. *El Delito continuado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, pp. 154 y ss.; Florián, Eugenio. *Derecho Penal*, Ernesto Digo y Félix Martínez Giralt (trads.), 2 Vol., La Habana, Imprenta y Librería “La Propagandista”, 1929, p. 70; Jiménez De Asúa, Luís. *La ley y el delito*, Principios de Derecho Penal, Buenos Aires, Sudamericana, 1978, p. 529. Sobre el tema, Camargo Hernández, *El delito...*, p. 35, Guccicardi, Gaspare. “Considerazioni sul reato continuato”, en *Rev. Pen.*, 1972, Vol. I, pp. 601 y ss.; Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Penal*, Parte General, Bogotá-Medellín, 4ª ed., Comlibros, 2009, pp. 985-986; *id.*, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Bogotá, A. Morales, 2010, pp. 632 y ss.; Zaffaroni/Alagia/Slokar, *DP*, p. 865. CConst., C-369/2000, C. Gaviria; C-551/2001, Á. Tafur; CSJ Penal, sent. del 18.12.2000, e14318, C. Gálvez, y sent. del 26.09.2002, e12530; la CSJ Penal, sent. del 25.06.2002, e17089, E. Lombana. Especialmente la CSJ, S. 25.07/2007, e27383, Y. Ramírez.

¹⁰⁶ Di Alimena, Bernardino. *Principii di Diritto Penale*, Vol. 1, Napoli, Luigi Pierro, 1910-1912, pp. 399 a 401. Texto que tiene traducción al español, *Principios de Derecho Penal*, Vol. 1, Trad. y notas de Eugenio Cuello Calón, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, pp. 492 y ss., señala: “[e]l delito continuado es único, único subjetivamente

S. 12.05.2004, e17151). No es entonces un simple instrumento dogmático para solucionar conflictos punitivos o procesales, que expone un casuismo extremo como el acusado por CASTIÑEIRA PALOU¹⁰⁷, producto de concebir la figura como una modalidad de concurso real de delitos.

II. PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS.

En este aparte se plantearán de modo general los aspectos fundamentales del delito continuado, en particular su definición y origen, su fundamento y sus elementos de orden objetivo y subjetivo.

A. DEFINICIÓN. El delito continuado, denominado por algunos autores contemporáneos como “unidad de acción continuada” o “continuación delictiva”, tiene lugar en la teoría jurídica como una modalidad especial de ejecución progresiva de determinados tipos penales¹⁰⁸, que se presenta cuando un sujeto realiza diversos actos ejecutivos parciales de forma seriada, más o menos similares y de la misma naturaleza típica —aspecto objetivo de continuidad ejecutiva— que, conectados entre sí por un elemento subjetivo o plan criminal que

porque la resolución es una sola, uno solo es el dolo, y desde el primer instante se representa el delincuente todas las acciones sucesivas; también es único objetivamente”; Correa, Pedro Ernesto. *El Delito continuado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, pp. 154 y ss.; Florián, Eugenio. *Derecho Penal*, Ernesto Digo y Félix Martínez Giralt (trads.), 2 Vol., La Habana, Imprenta y Librería “La Propagandista”, 1929, p. 70; Jiménez De Asúa, Luís. *La ley y el delito*, Principios de Derecho Penal, Buenos Aires, Sudamericana, 1978, p. 529. Sobre el tema, Camargo Hernández, *El delito...*, p. 35, Guccicardi, Gaspare. “Considerazioni sul reato continuato”, en *Rev. Pen.*, 1972, Vol. I, pp. 601 y ss.; Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Penal*, Parte General, Bogotá-Medellín, 4ª ed., Comlibros, 2009, pp. 985-986; *id.*, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Bogotá, A. Morales, 2010, pp. 632 y ss.; Zaffaroni/Alagia/Slokar, *DP*, p. 865. CConst., C-369/2000, C. Gaviria; C-551/2001, Á. Tafur; CSJ Penal, sent. del 18.12.2000, e14318, C. Gálvez, y sent. del 26.09.2002, e12530; la CSJ Penal, sent. del 25.06.2002, e17089, E. Lombana. Especialmente la CSJ, S. 25.07/2007, e27383, Y. Ramírez.

¹⁰⁷ Castiñeira Palou, *El delito...*, pp. 27 y 28.

¹⁰⁸ Velásquez Velásquez, *DP*, p. 991; *id.*, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Bogotá, Ed. A Morales, 2010, p. 632.

los abarca como una unidad de conducta en sentido amplio (como proceso ejecutivo unitario) —aspecto subjetivo de unificación—, configuran una significación típica total, un delito único de acuerdo con la valoración jurídica que admiten el correspondiente sentido social del tipo penal y el bien jurídico vulnerado que admite progresiones de afectación —aspecto valorativo o normativo de integración típica—¹⁰⁹. La unión de estos elementos se denomina como *nexo de continuidad*. Naturalmente, con algunas precisiones, la definición expuesta queda cubierta por el Par. del art. 31 del CP colombiano¹¹⁰.

—“La Sra. LHHB, vinculada a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, desde el año de 1991, como empleada de la entonces Fiscalía Regional de Medellín, hoy Fiscalía Especializada, mediante 299 actos fraudulentos realizados a partir del 11 de enero de 1994 y hasta septiembre 18 de 2001, logró sustraer una suma que asciende en pesos colombianos a doscientos cuarenta millones, seiscientos ochenta mil novecientos noventa pesos (\$240.680.990), más ciento cincuenta y cuatro mil ochocientos noventa y seis dólares (USD \$ 154.896), dos mil (2000) liras y mil (1000) pesetas, aprovechando que tenía a su cargo la custodia exclusiva de los TÍTULOS JUDICIALES, función que cumplía bajo la supervisión de quienes fueron sucesivamente los Jefes de la Secretaría Común, abogados FMMG, MEME, LMEB y REPQ quienes,

¹⁰⁹ Velásquez Velásquez, *DP*, p. 991, indica: “[h]ay delito continuado cuando el agente realiza diversos actos parciales conectados entre sí por una relación de dependencia —nexo de continuación— y que infringen la misma disposición jurídica, de tal manera que el que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad en una unidad de acción final; en otras palabras: se trata de una forma especial de realizar determinados tipos penales mediante la reiterada ejecución de la conducta desplegada, en circunstancias más o menos similares. Por ello, pese a que en apariencia cada uno de los actos parciales representa, de por sí, un delito consumado o intentado, todos ellos se valoran de manera conjunta como una sola conducta ontológica y normativamente entendida —por ende, como un solo delito— acorde con una concepción social-final de la acción humana”. CSJ Penal, sent. del 12.05.2004, e1715, A. Gómez/E. Lombana; STS 732 del 07.07.2009 (R.J. 4587-2009).

¹¹⁰ CSJ Penal, sent. 20.02.2008, e28880, Y. Ramírez; CSJ Penal, sent. 12.05.2004, e17151; CSJ Penal, sent. del 12.05.2004, e1715, A. Gómez y E. Lombana; CSJ Penal, sent. del 23.09.2008, e24184, J. Socha.

al parecer por la excesiva confianza que le dispensaron, le firmaban en blanco los títulos , en tanto que por oficio ella autorizaba el pago a persona diferente de la que figuraba en el título, con la colaboración de personas ajenas a la Fiscalía, quienes los cobraban”: CSJ Penal, sent. 18.04.2007, e23997, M. Solarte. También en el caso de dos ex empleados, encargados de manejar las llaves del local donde funciona el almacén del sujeto pasivo, con posterioridad propietarios de negocios del mismo ramo, que se apoderaron de 400 bultos de concentrado de propiedad del denunciante, la CSJ Penal, sent. del 26.09.2002, e12530, E. Lombana, precisó: “Sin duda, cada una de las sustracciones cometidas por los empleados de ese establecimiento comercial demuestran en ellos un dolo único, la unidad del fin que se propusieron y un designio común, elementos constitutivos de una sola conducta punible de hurto, pero manifestada en multiplicidad de actos ejecutivos. En tales circunstancias, no es factible endilgar concurso de delitos, pues el ilícito es uno solo, y la cuantía, para todo efecto, es la que resulte al sumar el valor las apropiaciones parciales [...] Se trata, por consiguiente, de un único hurto, vale decir, de una sola conducta típica - aunque compuesta de varios actos ejecutivos o varias acciones naturalmente consideradas-, cuyo monto supera los cincuenta salarios mínimos legales”¹¹¹—.

En este sentido, la unificación normativa no supone una reiteración de tipicidades individuales o una progresión del mismo tipo penal que es desarrollada por el sujeto desde actos previos hasta la consumación; supone una unidad final

¹¹¹ CSJ Penal, sent. del 26.08.2010, e31407, M. González, distingue el delito continuado y el delito permanente, así: “El delito permanente es diferente del delito continuado, pues en éste hay pluralidad de comportamientos similares que recaen sobre idéntico bien jurídico tutelado, del que por regla general es titular un mismo sujeto pasivo, pero tales acciones se articulan en virtud de la unidad de designio criminal o unidad de propósito del delincuente, lo cual permite advertir que se trata de una segmentación de la acción”. También entiende que se trata de un delito diferente al concurso sucesivo y homogéneo de delitos, la CSJ Penal, sent. 07-09.2006, e23790, M. Pulido.

de conducta e infracción desde el punto de vista ontológico-normativo (CSJ, sent. 23/09/2003, e17089, E. Lombana y Sent. 25/08/2010, e31407, M. González). No se puede olvidar que el concurso real exige, a diferencia del delito continuado, una pluralidad de acciones ontológicas independientes y no naturales sucesivas como partes del todo típico (CP, art. 31).

B. ORIGEN. El origen del delito continuado tiene sentido si se contempla como una reivindicación hermenéutica del movimiento renacentista, frente a los Derechos estatutarios italianos provinciales del Medioevo tardío, caracterizados por su drasticidad punitiva ante ciertos concursos patrimoniales. Es por ello que la doctrina mayoritaria¹¹² lo atribuye a los prácticos italianos en razón de los trabajos de GIULIO CLARO —*Receptarum sententiarum. Opera Omnia sive practica, civiles atque criminales*, Venecia, MDCXXVI, Libro v (1525-1575)— y de PROSPERO FARINACIO (1544-1618), padre “oficial” de la figura en la obra: *Praxis et theoricæ criminalis*, Lugduni, MDCVI, *quesito* CLXVII, núm. 71 y ss. Precisamente, es discutible que las escuelas escolástica y dialéctica hayan creado una institución de envergadura jurídica tan amplia¹¹³. En realidad, los trabajos previos de BALDO DEGLI UBALDI y de BARTOLO DA SASOFERRATO sólo extendieron la aplicación de la acción única o del “*hacer único*” en sentido natural, cuando la serie delictiva ocurriera sobre diferentes lesiones de derechos

¹¹² Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, 12. ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, Milano, A. Giuffrè, 1991, p. 462 (1991); Leone, Giovanni. *Del reato abituale*, continuato e permanente, Napoli, Nicola Jovene, 1933, p. 198; Pagliaro, *Principi...*, p. 589; Piasapia, *Reato...*, p. 7; Santoro, Arturo. *Manuale di Diritto Penale*, Torino, Utet, 1958, p. 539; Antón Oneca. “El delito...”, p. 3; Cerezo Mir, José. *Derecho Penal*, Parte General, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2008, p. 1012; *id.*, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General: Teoría jurídica del delito/2, Vol. 3, Madrid, Tecnos, 2001, p. 292; Mir Puig, *DP*, p. 228.

¹¹³ Sanz Moran, Ángel José. *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, D.L. 1986, p. 44 (Extracto de la tesis doctoral: “El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa”, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1984); Da Silva Correia, Eduardo. *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra, s/e, 1945, pp. 219 y 220; Santaniello, Giuseppe/Maroutti, Luigi. *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Milano, Giuffrè, 1990, p. 578; Zagrebelsky, Vladimiro. *Reato continuato*, Raccolta di Studi di Diritto penale, 2ª ed, Milano, A. Giuffrè, 1970, p. 16.

semejantes a través de actos autónomos, siempre que estos tuviesen solución de continuidad¹¹⁴.

A su turno, la tesis de la ficción continuada fue concebida entre la recepción de los prácticos y la concepción *ius naturalista* ilustrada que influenció las legislaciones hasta Principios del siglo XX. Precisamente, si el derecho natural revelado por la razón era incapaz de explicar metodológicamente —por deducción— el delito continuado como una realidad ontológica, no existía otra alternativa desde el deber ser, para configurar la institución como un ente jurídico abstracto, que usar una ficción jurídica. Luego, el positivismo normativo y la técnica jurídica recondujeron el delito continuado a una realidad normativa, mientras que el positivismo sociológico la recreó como una agravante de peligrosidad¹¹⁵. A su turno, en Alemania, la figura se explicó como un delito único natural —permanente o complejo— y, progresivamente, como una creación jurídica normativa o una figura ontológico-normativa.

En Colombia, el delito continuado no ha sido una institución desconocida antes de su consagración positiva en el CP/1936 [art. 32], a pesar de que el CP/1890, art. 96, solo haya regulado la figura en materia de prescripción. Además, dicha institución fue objeto de estudio por parte de autores nacionales como CONCHA¹¹⁶ y ARAGÓN¹¹⁷, y fue incluida en los proyectos de CP/1889, art. 132, inc. 2^o¹¹⁸ y CP/1912, art. 73¹¹⁹.

Precisamente en el CP/1936, el delito continuado fue concebido como una

¹¹⁴ Correa, *El delito...*, pp. 13-20; Fernández Carrasquilla, Juan. “El delito continuado frente al nuevo Código Penal colombiano”, en *RDPC*, núm. 22, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 15 y ss.; Reyes Alvarado, *El concurso...*, pp. 170 y 187.

¹¹⁵ El Proyecto de CP de Ferri incluyó el delito continuado como agravante de peligrosidad en el art. 21, num. 15.

¹¹⁶ Concha, José Vicente. *Tratado de Derecho Penal*, 7ª ed., Bogotá, Americana, 1929, pp. 23 y 147.

¹¹⁷ Aragón, Arcesio. *Elementos de criminalología y ciencia penal*, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, 1934, p. 279.

¹¹⁸ Velásquez Velásquez, *Los delitos...*, p. 93.

¹¹⁹ Concha, José Vicente. *La Reforma penal en Colombia*, t. 1, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924, p. 45. art. 73 del P. de CP/1912 (art. 74 de la L. 109/1922, ubicado en el Cap. del “concurso de delitos”).

unidad por ficción jurídica¹²⁰. Ello es, una sucesión de acciones que al infringir de forma repetida la misma disposición penal —y por ello sancionables de forma independiente como un concurso real de delitos—, “se consideraban”¹²¹ para efectos punitivos “como un solo hecho”, dada su ejecución bajo un mismo designio o ideación criminal. En este sentido, el art. 32 fue ubicado en el capítulo destinado a desarrollar las figuras del “concurso de delitos y la reincidencia”, con el siguiente tenor literal: “Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad”.

Sin embargo, fue durante la vigencia del Decreto-Ley 100/1980, cuando mayor polémica doctrinal suscitó esta institución. En efecto, la aparente omisión de la figura en la parte general del estatuto, tuvo como antecedentes los arts. 28 y 29

¹²⁰ En este sentido, Estrada Vélez, Federico. *Manual de Derecho Penal*, La norma penal, el delito y el delincuente, Colección pequeño foro, Medellín, Edijus, 1975, p. 307; Gaitán Mahecha, Bernardo. *Curso de Derecho Penal General*, Bogotá, Lerner, 1963, p. 232; Gómez Méndez, Alfonso. *El delito continuado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, pp. 53 y ss.; Mesa Morales, Fernando. “Tentativa y Delito continuado”, en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 9, Medellín, Colección Pequeño Foro, 1971, p. 18; Mesa Velásquez, Luis Eduardo. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, p. 218; Páez Polo, Esteban. *Derecho Penal colombiano*, Parte General, Barranquilla, Mejoras, 1977, p. 213; Pérez, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, Vol. 2, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1977, p. 413; Reyes Echandía, Alfonso. “El problema del Delito continuado en la Dogmática penal”, en *Obras completas*, Vol. 3, Bogotá, Temis, 1998, pp. 622-624; *id.*, *La tipicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 229; Romero Soto, Luis Enrique. *Derecho Penal*, Parte General, 2 Vol., Bogotá, Temis, 1969, p. 397; Vásquez Abad, Ángel Martín. *Tratado de Derecho Penal colombiano*, Vol. 1, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, p. 162. Punto aparte debe considerarse a Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Vol. 1, 2ª ed., 1968, p. 336, que se inclinó por una interpretación real-subjetiva de la figura. Por su parte, en la jurisprudencia de la CSJ Penal se puede consultar, sent. del 15.09.1944, C. Aguirre, en *GJ*, Vol. LXVII, núm. 2010-2014, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1944, pp. 656 y 657; sent. del 14.02.1957, L. Sandoval, en *GJ*, Vol. LXXXIV, núm. 2179, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1957, p. 448; sent. del 22.05.1973, J. Velasco, en *GJ*, Vol. CXLVI, núm. 2366-2371, p. 480 y sent. del 10.06.1980, G. Gómez, en *GJ*, Vol. CLXIII, núm. 2402, Bogotá, Imprenta Nacional, 1986, p. 309.

¹²¹ Leone, Giovanni. *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Nicola Jovene, 1933, p. 320, advierte: “... la expresión “se considera” resulta la demostración de la ficción”. Sin embargo, al parafrasear a Proto, Emanuele. *Sulla natura giuridica del reato continuato*, Collana di studi penalistici diretta da Giuseppe Bettiol, Palermo, G. Priulla, 1951, p. 55, “se puede decir que estamos de frente a una ficción gramatical y no lógica” (t/l). En particular, Fernández Carrasquilla, *El delito...*, p. 1. CSJ Penal, sent. del 22.05.1973, J. Velasco.

del Anteproyecto de CP/1974 que, al recoger la posición de A. REYES ECHANDÍA¹²², pretendieron excluir de manera definitiva la figura, integrándola al cuerpo normativo como una especie de concurso material, sucesivo y homogéneo de delitos. Texto jurídico seguido de cerca por los Proyectos de CP/1976¹²³ [arts. 28 y 29] y 1978 [art. 29]. Naturalmente, algunos autores nacionales se opusieron a esta interpretación¹²⁴, y sostuvieron que, al ser el delito continuado una modalidad especial de ejecución de la conducta típica, en cuya virtud el agente realiza el hecho de manera fraccionada hasta lograr su finalidad única¹²⁵, no era necesaria su inclusión positiva expresa.

En fin, luego de casi 20 años de “controvertida” vigencia, tuvo lugar la aparición

¹²² Reyes Echandía, “El problema...”, p. 216; *id.*, en *actas*, Vol. I, pp. 332 y 333; *id.*, “Derecho Penal”, en *Obras completas*, Vol. I, p. 565; CSJ Penal, sent. del 24.09.1985, A. Reyes, en *Compilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1981–2002*, Bogotá, 1999, Medio magnético CD; CSJ Penal, auto del 11.11.1986, G. Gómez, en *JP*, 1986, J. Héctor Jiménez Rodríguez (Comp.), Medellín, Señal Editora, 1987, p. 15. Sobre la exclusión del delito continuado en el Código Penal tipo para Latinoamérica, Pérez, *Tratado*, Vol. II, pp. 430-432. Sobre la evolución en el CP/1980, Velásquez Velásquez, *Los delitos...*, pp. 106 y ss.; Reyes Alvarado, *El concurso...*, p. 165. Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano, Bogotá, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, 1977, p. 236: “[e]n cuanto al delito continuado, debe desaparecer por las siguientes razones, a) el derecho penal no debe contemplar ficciones, y bien entendemos que el art. 32 precisamente crea una ficción cuando dice se considera como un solo hecho; b) porque en el fondo se trata de una norma que obedeció a razones de política criminal, como la de evitar que a un reincidente se le aplicara la pena de muerte, razón esta que ya no debe tenerse en cuenta; c) porque para su configuración se exige la unidad de designio criminal, difícil de establecer en sumo grado; d) porque la figura existe con la finalidad de hacer menos gravosa la situación del sindicado, y existen muchos delitos en los que la pena está proporcionada a la cuantía, y al reconocerse la continuidad, con la ficción de un solo hecho se perjudica a un autor; e) porque establece graves problemas procesales, especialmente en el campo de la competencia y de la prescripción, entre otros; f) porque el delito continuado no es diferente de un concurso material homogéneo sucesivo, con unidad de designio criminoso y no se reliva la razón por la cual un individuo que actúa sin unidad de designio debe ser calificado como más peligroso que quien actúa con ella”.

¹²³ *Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano*. Bogotá, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, 1977, p. 32; *Proyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1978, pp. 16 y 161.

¹²⁴ Reyes Alvarado, *El concurso...*, p. 190; Velásquez Velásquez, *DP*, p. 586. Con variaciones de postura, Fernández Carrasquilla, *El delito...*, p. 8; *id.*, *Derecho Penal fundamental: Teoría general del delito y punibilidad*, 2ª ed., Vol. 2., Santafé de Bogotá, Temis, 1995, p. 430.

¹²⁵ Reyes Alvarado, *El concurso...*, pp. 165 y 166, finalidad única que impide identificar el delito continuado y el concurso de delitos.

del CP Militar/1999 [L. 522/1999], que consagró la continuación delictiva en el art. 32, de la siguiente manera: “Hecho punible unitario o continuado. Cuando la ejecución del hecho punible se fragmenta en varias acciones u omisiones se tendrá como hecho punible unitario”. No es difícil demostrar que dicha ley asumió una concepción realista sobre su naturaleza y no una ficción jurídica (CCONST, sent. C-368/2000¹²⁶).

Sólo dos años después del CP militar entró a regir el CP/2000, que de manera afortunada consagró una fórmula de textura abierta¹²⁷ que permite entender los efectos político-criminales que se buscan con la aplicación de la figura y, por supuesto, los requerimientos típicos de la parte especial de la legislación. Se trata de un párrafo que exceptúa la formula concursal del art. 31, así: “*Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte*”. Finalmente, debe advertirse que esta fórmula fue replicada por el CP Militar/2010 en el párrafo del artículo 32 (L. 1407/2010); con lo cual, el legislador unificó las fórmulas jurídicas vigentes en la materia.

C. JUSTIFICACIÓN. La defensa del delito continuado se basa en cuatro consideraciones complementarias: (i) lograr una aplicación equilibrada y cierta de

¹²⁶ CConst., C-368/2000, C. Gaviria; CConst., C-551/2001, Á. Tafúr, expresa que “Habiéndose ya establecido que el objeto del artículo 32 de la Ley 522 de 1999 es simplemente el de “aclarar que el delito continuado (aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo ‘hecho punible unitario o continuado’ y, por tanto, que debe ser penado como tal” y que esta circunstancia no establece una diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar en el tratamiento del concurso de hechos punibles, la Corte retoma los argumentos señalados en dicha sentencia, pero esta vez para descartar el cargo de violación del derecho a la igualdad invocado por la demandante en relación con el párrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000”.

¹²⁷ Velásquez Velásquez, *El delito...*, pp. 553 y ss. CSJ Penal, sent. del 26.09.2002, e12530, E. Lombana, preciso: ““3.1-. En primer lugar, aunque el Código Penal menciona al *delito continuado* en un párrafo del mismo artículo destinado a la regulación del concurso de hechos punibles, quizá ello obedece a una impropiedad de técnica legislativa, puesto que es claro que el *delito continuado* fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos”.

la figura dogmática; (ii) evitar el abuso político propiciado por la práctica al aplicar la continuación delictiva a modalidades en las cuales no procede, con fundamento en razones de economía procesal o de defensa social; (iii) solucionar estas hipótesis sin la necesidad de desviar la atención a otras figuras jurídicas en el ámbito de la unidad y la pluralidad de tipos, o evitar descifrar de manera intuitiva el alcance de los límites del delito continuado; Y (iv) desarrollar una construcción que exprese una solución sistemática, que se ajuste a los principios político-criminales previstos en la Constitución y la Ley.

En general, la doctrina moderna ha concluido la necesidad de construir un fundamento sustantivo para explicar el delito continuado a partir del concepto material del delito. En este sentido, la continuación delictiva sería una realidad jurídica u ontológico-normativa, en la cual, la punibilidad proporcional encuentra fundamento en el desvalor de acción de la tipicidad y del injusto unitario progresivo realizado mediante actos seriados. Se trata de un fundamento material restringido que desvirtúa las justificaciones selectivas (criminológicas, pragmáticas o político-criminales) que explican de manera exclusiva la institución como una figura “*quod modus poenam*”, basada en razones utilitaristas procesales¹²⁸ o de *favor rei*, humanitarias o *pietatis causa*¹²⁹.

¹²⁸ Brodag, *Strafrecht*, p. 163; Kindhäuser, Urs. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3 auf., Baden-Baden, Nomos, 2005; *id.*, *Strafgesetzbuch*, Lehr- und Praxiskommentar, 4 Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 348; Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch, Teilband 2, 7 Auf., Heidelberg, Karlsruhe, Müller, 1989, p. 418. Hay traducción al castellano: *Derecho Penal*, Parte General, 2 Vol., de Jorge Bofill Genzsch (trad.) 7ª ed. Alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994 y 1995, p. 534; Mezger, “Das Fortsetzungsansammeln...”, p. 3265; Schmidt, Rolf. *Strafrecht*- Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens, 9a Auf. Hannover, Grasberg bei Bremen, 2010, p. 451; Welzel, *Das Deutsche...*, p. 229 (*DP*, p. 271); Arroyo de las Heras, *Manual...*, p. 796; Bacigalupo, *DP*, p. 551; Berdugo Gómez de La Torre /Et. Al. *Curso...*, p. 404; Choclán Montalvo/Calderón Cerezo, *DP*, p. 431.

¹²⁹ Camargo Hernández, *El delito...*, p. 39; Arce Aggeo, Miguel Ángel. *Concurso de Delitos en Materia Penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Universidad S.R.L., 2007, pp. 236 y ss. En general: Ambrosetti, Enrico Mario. *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Dalla novela del 1974 al nuovo Codice di Procedura Penale, Padova, Cedam, 1991, pp. 17 y 19; Bettiol, Giuseppe. *Diritto Penale*, Parte Generale, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1962. Hay traducción al castellano: *Derecho Penal*, Parte General, trad. de la 4ª ed. (1958) por José León Pagano, Bogotá, Temis, 1965, p. 555; Delitala, Giacomo. “In tema di reato

Desde luego no faltan posturas mixtas, como la de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, que expone al menos cinco justificaciones sobre el delito continuado: "... a) imposición de la necesidad del primado de la realidad sobre el tenor literal de la ley (argumento "ontológico"); b) fin humanitario, para impedir con ello que el tenor literal conduzca a una falsa apreciación de la realidad por las apariencias físicas, evitando de este modo la pena propia del concurso, regularmente menos benigna que la del delito unitario (salvo si la pena de éste depende de la cuantía); c) hacer más expedita la administración de justicia en tales supuestos, impidiendo que el proceso se desvíe o frustre en la búsqueda o concreción espacio-temporal de fracciones innecesarias frente a la comprobación de la totalidad; d) hacer concordar la pena con la justicia material, al obstaculizar el beneficio injusto de quienes ejecutan, por comodidad o conveniencia, el delito por cuotas o fragmentos; modernamente, por prevalencia de los tipos particulares sobre valoraciones generales de carácter dogmático (principios de especialidad y consunción)"¹³⁰.

D. ELEMENTOS OBJETIVOS: LA UNIDAD DE ACCIÓN CONTINUADA Y LA UNIFICACIÓN TÍPICA. La legislación colombiana de 2000, par. del art. 31 del CP y CPM, art. 32, asume sobre este particular una postura unitaria mixta (objetivo-subjetiva), cuyos elementos fundamentales serían los siguientes (CSJ Penal, auto del 25.06.2002, e17089, E. Lombana, CSJ, S. 25.07/2007, e27383, Y. Ramírez, entre otros):

En primer lugar: El delito continuado no requiere necesariamente un *concepto*

continuado", en *RIDP*, 1/I, 1929, Padova Cedam, 1929, p. 201; Muscatiello, Vincenzo Bruno. *Pluralità e unità di reati, Per una microfisica del molteplice*, Collana di studi penalistici, n.s. Vol. XXIV, Padova, Cedam, 2002, p. 198; Nuvolone, Pietro. *Il sistema del Diritto Penale*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1982, p. 386. *En contra*: Proto, *Sulla natura...*, pp. 32 y ss.; *id.*, "Insufficienza funzionale della teorica dell'unità parziale del reato continuato in tema di circostanze, uno studio metodologico", en *Arch. Pen.*, Vol. XI, p. I (ene.-feb.), Roma, Juris Domus, 1955, pp. 183 y ss., 192 y ss., sostiene que el favor rei no opera propiamente como un principio jurídico en materia de continuación. En la jurisprudencia colombiana, CSJ, sent. del 10.07.1980, G. Gómez, *GJ*, t. CLXIII, núm. 2402, Bogotá, Imprenta Nacional, 1980, p. 552

¹³⁰ Fernández Carrasquilla, *El delito...*, pp. 20 y 21.

diferencial de acción, entre la fase que permite definir su existencia como conducta humana compleja, y aquella otra que posibilita determinar su unidad o su pluralidad de cara al concurso de delitos —sin que ella sea determinada desde la perspectiva típica—. Distinción que se muestra dudosa, cuando algunos autores, luego de esgrimir una postura particular de la acción, asumen un concepto teóricamente opuesto, usualmente final y social, que les permita un rendimiento adecuado al analizar la unidad o la pluralidad de acciones. Por ejemplo, JAKOBS en el primer nivel utiliza un concepto negativo funcional o sistémico de acción, mientras que en el segundo nivel no parece pasar de un concepto social de la misma¹³¹.

En segundo lugar: La unidad o la pluralidad de acciones implican descartar teoremas como el “número de acciones por el número de resultados”¹³², tipos o lesiones a los bienes jurídicos¹³³. La existencia de una *conducta única* en sentido jurídico exige la realización de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal,

¹³¹ JAKOBS, Günther: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Studienausgabe, 2 auf., Berlin-New York, W. de Gruyter, 1993. Hay traducción al español: Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 1075-1077.

¹³² Córdoba Roda, Juan. “El delito de detenciones ilegales en el Código Penal español”, en *ADPCP*, Vol. XVIII, Fasc. 1 (ene.-abr.), 1965, pp. 28 y ss.; Joshi Jubert, Ujala. “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en *ADPCP*, Vol. XLV, Fasc. 2 (may.-ago.), 1992, pp. 619-621. Con matices frente a bienes jurídicos altamente personales: Berdugo Gómez de La Torre/Et. Al. *Curso...*, p. 400; Mir Puig, *DP*, pp. 641 y ss.: “... cuando el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen, su comportamiento externo tiene el sentido, tanto subjetivo como objetivo, de realización en el mundo empírico de varias causaciones, cada una de las cuales supone un hecho típico distinto —pues la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de la causación (dolosa) de un resultado, siendo en él en cambio irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplee para la causación”. Asumen una posición general: Ranieri, *Manual...*, p. 127; Zagrebelsky, *Reato...*, pp. 93 y 104; Barrientos Restrepo, Samuel. *Elementos de Derecho Penal*, Medellín, Bedout, 3ª ed., 1977, pp. 395 y ss.; Estrada Vélez, *DP*, p. 165; Gaitán Mahecha, *Curso...*, pp. 237 y ss.; Gómez Méndez, *El delito...*, pp. 12 y 13; Gómez Prada, Agustín. *Derecho Penal colombiano*, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1959, pp. 263 y ss.; Páez Polo, *DP*, p. 207; Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal*, Partes General y Especial, Vol. 2, Bogotá, Temis, 1981-1982, p. 407; Romero Soto, *DP*, pp. 383 y ss. CSJ Penal, sent. del 20.08.1992, en *JD*, Vol. XXI, Bogotá, Legis, 1992, pp. 923 y ss., y CSJ Penal, sent. del 13.09.1995, en *JP*, II sem., 1995, Medellín, Ed. Jurídica Colombiana, 1995, pp. 481 y ss.

¹³³ Reyes Alvarado, *El concurso...*, p. 266.

mediante un solo comportamiento continuo conformado por uno o varios movimientos o actos fisiológicos que impliquen unidad de voluntad final. La acción-decisión compleja es el componente básico de las formas de unidad de conducta en el nivel de la teoría de la unidad y pluralidad de tipicidades (GEPPERT y HAFT¹³⁴). El *delito continuado* no es, entonces, una pluralidad de acciones puramente naturales, pues no habría diferencia entre la *unidad de acción continuada* y una *simple acción compleja* compuesta por múltiples movimientos musculares, como sucede en las hipótesis de acciones que afectan el mismo delito sin una solución de continuidad temporal y espacial razonable; o en eventos de realización iterativa del mismo tipo penal (ingresar y apoderarse de varias cosas que están en una habitación).

En tercer lugar: La unidad o la pluralidad de acciones (*unidad de acción en estricto sentido: varias acciones únicas contextuales continuas y única decisión final-social, y la unidad de acción en sentido amplio: varias unidades de acción finales-sociales conjuntadas y discontinuas con cierta unidad de fin y sentido contextual*) puede ser analizada satisfactoriamente a partir de una teoría normativa que tenga en cuenta, como lo señalan SCHÜNEMANN o MAURACH, elementos ontológicos que permitan construir jurídicamente la acción, sin dejar de lado la conducta-realidad en su significado social (una acción sin componente real o pretípico sería anodina)¹³⁵.

¹³⁴ Geppert, "Grundzüge...", p. 361; Haft, Fritjof. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9ª auf., München, C. H. Beck, 2004, pp 280-283.

¹³⁵ Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 2 t., Juan Córdoba Roda (trad. y notas), Barcelona, Ariel, 1962, p. 264-267. Schünemann, Bernd. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho Penal y en la criminología*, Congreso internacional, Madrid, Uned, 2000, pp. 660-661, señala que: "(1) En una aplicación correcta de la dogmática jurídico-penal, los puntos de vista normativista y ontologicista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en un ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos deben ser tomados en consideraciones los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que es declarado normativamente como relevante. / (2) En el discurso dogmático concreto, los argumentos normativos y empíricos van vinculados unos con otros y se entrelazan como una rueda dentada, con lo cual no se llega por lo general a conflictos o contradicciones, ya que los juicios normativos se refieren siempre a la realidad y son emitidos en el marco del lenguaje coloquial, el que no

Según esta construcción ontológica y normativa, en la determinación de la unidad de conducta continuada implica confrontar materialmente —a modo de prognosis descriptiva— si los actos ejecutivos parciales, complejos y sucesivos realizados con unidad de fin, **se pueden tener o no como la realización de un proceso ejecutivo material o unidad comportamental unitaria**, que se correspondería con la dimensión situacional cognoscible del contexto típico de la acción u omisión de determinada clase¹³⁶. Dimensión que luego puede coincidir con el ámbito que denota **de modo prescriptivo** el tipo penal infringido¹³⁷, teniendo en cuenta el sentido del verbo rector (apoderarse, apropiarse, matar, lesionar, acceder, etcétera). La unidad de conducta ejecutiva supone la unificación normativa de varias acciones únicas finales-sociales sin solución de continuidad contextual, cada una de las cuales incrementa de modo progresivo y sustancial la realización criminal.

Así las cosas, aunque las hipótesis formales y materiales de conducta en sentido amplio van más allá de una interpretación gramatical, exegética o literalista de la

se desarrolla arbitrariamente, sino en la mayoría de los casos reproduce siempre la realidad”.

¹³⁶ Von Weber, Hellmuth. *Lineamientos de Derecho Penal Alemán*, Prologo y revisión general de Eugenio Raúl Zaffaroni, Leonardo G. Brond (trad. de la 2ª ed. alemana de 1948), 2008, p. 106, afirma: “[p]ara deslindar un segmento que configure un delito dentro de la totalidad de la conducta de un autor debe apelarse a los conceptos que emplea el tipo respectivo...”.

¹³⁷ Bustos Ramírez, Juan/Hormazábal Malarée, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 547, afirman: “[p]ara establecer cuándo hay unidad de hecho hay que atender a lo que da sentido y significación al hecho, esto es, a la forma de comunicación social que le sirve de base y ésta es la acción (o bien la omisión). Ahora bien, la configuración de la *unidad de acción* sólo se puede llevar a cabo desde un punto de vista psicológico-valorativo, esto es, que el simple o complejo proceso de comunicación implique *un solo momento de resolución ejecutiva del sujeto contra el ordenamiento jurídico*. En tales casos habrá solo un hecho, pues hay una sola acción, sin que entren en consideración las normas infringidas ni los resultados producidos”; Welzel, *Das Deutsche...*, pp. 224-225 (*Derecho*, p. 266), indica que de acuerdo al sentido social de los tipos legales “... se aprecia lo que la realización final significa socialmente, si se trata de un asesinato u homicidio, lesión corporal o tratamiento curativo, etc. Por ello, él establece también censuras dentro de un amplio contexto final voluntario y abarca ya en tratamientos parciales, como un delito, lo que criminalmente se corresponde entre sí”; Maurach/Gössel/Zipf, *DP*, p. 527, explican: “no son los tipos en cuanto manifestaciones complejas del Derecho, los que fundan estas divisiones del acontecer en unidades particulares de acción (hechos punibles individuales), sino las acciones contenidas y soportantes de cada tipo”.

realización del sentido social proyectado por la acción u omisión, en realidad éstas no exceden sistemática ni normativamente el entorno del cual depende el sentido unitario situacional del respectivo supuesto de hecho como proceso ejecutivo, evaluado desde la perspectiva de la conducta en su conjunto y del plan criminal. En fin, no se trata de una unidad típica de acción impuesta mediante uno o varios verbos rectores que unifican diversas acciones sin homogeneidad entre sí y con sentidos difícilmente unificables. De hecho, la unidad típica de acción cubre supuestos más amplios que la unidad de acción continuada (desde una perspectiva material), pues ésta es determinada por su injusto material y no por la voluntad del legislador.

Así, por ejemplo, la CSJ Penal, auto del 09.10.1997, e368, C. Mejía, planteaba ya con lucidez que “La respuesta al interrogante surge para la Corte de identificar en cada caso concreto la finalidad que se propuso el autor y la correlativa circunstancia de si para lograrla requirió de un solo acto o de una suma de actos, más o menos prolongada en el tiempo. Si fueron varios y subyace la posibilidad física y mental de asumir cada uno de ellos como delito autónomo, el tomarlos como partes de una conducta única atentatoria del patrimonio económico, como etapas de una sola acción delictual ejecutable poco a poco, dependerá de la unidad de sujeto activo, de la unidad de plan, de la identidad de los distintos actos y de su prolongación en el tiempo”. (Auto del 9 de octubre de 1997, radicación 368, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

Finalmente, lo dicho supone hacer dos consideraciones: En primer lugar, la pluralidad de conductas y la unidad de acción en sentido amplio (proceso ejecutivo unitario) no son conceptos que tengan la misma naturaleza negativa. Se trata de conceptos regidos por el principio de alteridad sustantiva, aun cuando ambas puedan implicar una pluralidad de actos naturalísticos diferenciables. La exclusión de la conducta única, de la unidad de acción en sentido estricto y de la unidad de conducta en sentido amplio, tendrán como consecuencia lógica común apreciar una pluralidad de conductas. Algo que resulta distinto al número de tipicidades (porque la cantidad de acciones no determina el número de tipicidades y viceversa). Y, en segundo lugar, la conducta única, la unidad de conducta

ejecutiva y el proceso ejecutivo unitario son conceptos que pertenecen a una misma categoría: la unidad de acción ontológico-normativa. Ello supone conceptos que se rigen por la alternatividad que se deriva de su propia naturaleza material. En otras palabras, los grados de unidad son objeto de adecuación que se solapan entre sí, desde el rango de la unidad de conducta más amplia hasta el rango de la conducta única, dicho lo cual, la inaplicabilidad de la unidad de acción para dar cabida a una conducta única sólo supone reconocer los verdaderos presupuestos objetivos y subjetivos de la clase de unidad, sin salirse de la valoración de la unidad delictiva.

En cuarto lugar: respecto a la unificación típica de los actos parciales seriados que comportan la continuación delictiva, se puede decir lo siguiente:

1. Se requiere **uniformidad de sujeto activo**, es decir, es necesario que el sujeto actúe de principio a fin y con dominio del hecho o la voluntad, en todos los actos seriados de la unidad de acción comisiva u omisiva continuada, hasta lograr el dolo global o el plan preconcebido. Si bien esto no significa que el sujeto activo deba ser único, si es indispensable que éste —autor o coautores— actúe con la misma calidad sustantiva en todos los actos del proceso ejecutivo según el principio de unidad de imputación¹³⁸.

2. Se requiere una **unidad relativa de tipo**, es decir, que los actos parciales homogéneos del proceso ejecutivo unitario contribuyan a desarrollar de manera fraccionada y continuada el mismo supuesto de hecho penal o una modalidad típica semejante. Se trata de verificar una unidad situacional homogénea y unitaria que atienda a los respectivos elementos objetivos y subjetivos de la especie

¹³⁸ Velásquez Velásquez, *Manual...*, p. 633; *id.*, *Los delitos...*, p. 35; Choclán Montalvo/Calderón Cerezo, *DP*, p. 433; Tomás Tío, José María. “El delito continuado en el Código Penal (art. 69 bis)”, en *CPCr*, núm. 31, Madrid, Edersa, 1987, p. 126.

criminal¹³⁹. La doctrina y la jurisprudencia también reclaman cierta homogeneidad del «modus operandi».

La conexión de los actos parciales radica realmente en la unidad ontológico-normativa y no sólo en la conexidad temporal entre ellos, pues el delito continuado comporta una aparente adecuación de tipicidades conectadas por una unidad de conducta final en sentido amplio, según el plan criminal previo. Esta progresión significa que el tipo comprensivo de la acción parcial más grave y el resultado total forman el desvalor de los actos parciales, siempre que el bien jurídico tutelado no obligue a considerar la existencia de un concurso ideal homogéneo de tipos. Es necesario distinguir la conducta como presupuesto del delito continuado, del delito continuado mismo como objeto concreto de la valoración del operador jurídico.

3. Se requiere que los actos parciales se adecúen a la misma o similar descripción típica en el ámbito **del mismo bien jurídico protegido**. Se busca determinar una unidad de injusto materializada por el aumento progresivo del resultado jurídico que implica la lesión (o puesta en peligro) seriado del mismo bien jurídico tutelado¹⁴⁰. Un aumento progresivo que pueda ser considerado como un todo; ello es, un cúmulo material que tenga la capacidad de anular la autonomía de las lesiones parciales en pos del total desvalor jurídico¹⁴¹ realizado por el autor (CSJ, sent. 12/03/2004, e17151, A. Gómez y E. Lombana; 25/08/2010, e31407, M. González).

4. Se requiere que los actos parciales **no vulneren bienes jurídicos “altamente personales”**. La violación de este tipo de bienes jurídicos determina una

¹³⁹ Fernández Carrasquilla. *El delito...*, p. 12: “... es el tipo el que tiene que permitir en cada caso la comprensión de su realización o violación en unidad o pluralidad de tiempos y/o lugares. Si el bien jurídico que tutela el respectivo tipo penal resulta vulnerado totalmente por un único acto, la continuidad es impensable; pero si la lesión jurídica puede progresar, ahondar, agravarse, es posible la comisión fragmentada o escalonada y la continuidad se hace jurídicamente posible”.

¹⁴⁰ Zaffaroni/Alagia/Slokar, *DP*, p. 861; *id.*, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Buenos Aires, 2ª ed., Ediar-Temis, 2006, p. 675.

¹⁴¹ Moro, *Unità e pluralità...*, pp. 187 y 188; Sanz Morán, *El Concurso...*, p. 201.

pluralidad de infracciones típicas, pero no fija de manera axiomática una pluralidad de conductas. La imposibilidad de unificación normativa o típica de la infracción progresiva en un injusto unitario, al no afectar la naturaleza y el grado de la unidad de acción en sentido amplio, supone aplicar un concurso ideal homogéneo de tipicidades¹⁴². En Colombia, la prohibición resulta absoluta según los mandatos de protección constitucionales¹⁴³ (CSJ, S. 28.11.2007, e27518, y S. 14.10.2009, e28923, J. Socha), de tal suerte que el delito continuado se reservaría para las hipótesis delictivas que (a) por su estructura admitan la continuidad delictiva; (b) y protejan bienes jurídicos cuya lesión no implique un menoscabo irreparable a la dignidad de la persona humana, es decir, que suponga una “*ratio*” de protección diferente cada vez que se ataque el sustrato material del bien jurídico.

Tal reconducción jurídica implica reconocer a plenitud el concurso ideal de tipos homogéneo como una figura autónoma y no como una mera construcción asimilada o dispuesta para las hipótesis de continuación cuya unidad típica no sea admisible por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos “eminentemente personales”. De igual forma, implica sostener que el delito continuado, en sede de las reglas de punibilidad, tiene como referente lógico los supuestos de delito único, para aplicar en consecuencia las agravantes pertinentes; y no los casos de pluralidad delictiva a los que podrá ser reconducido, siempre que se cumplan los presupuestos típicos necesarios para ello.

¹⁴² Jescheck/Weigend, *Lehrbuch...*, p. 712. No obstante, Roth-Stielow, K. “Kritisches zur fortgesetzten Handlung”, en *NJW*, Heft 12, 1955, p. 450, plantea que el carácter como bien jurídico personalísimo o derecho económico no determina, sin embargo, los elementos de la unidad acción. De forma concreta, el contenido del bien jurídico marca el punto de quiebre en que actúa el perpetrador frente al bien jurídico del portador (t/l); Choclán Montalvo, *El delito...*, p. 67.

¹⁴³ Cualquier excepción en esta materia, incluso respecto a varias afectaciones frente a un mismo titular (que demandan por fuera de la realización compleja simple del verbo rector, varias razones de protección normativa), comportaría un tratamiento punitivo que desnaturaliza dichos bienes jurídicos, tal y como sucede frente a la libertad sexual y el honor. Ello comporta, así mismo, no respetar el orden de valoración e importancia político-criminal que el ordenamiento les ha otorgado, bajo el prisma del paradigma del Estado social y democrático de Derecho o, lo que es lo mismo, bajo un ordenamiento de índole personalista.

5. Respecto a la exigencia de unidad o pluralidad de sujetos en el delito continuado se puede indicar lo siguiente:

Primero. Si se lesiona o pone en peligro un mismo bien jurídico no personalísimo de titularidad de uno o de varios sujetos pasivos, podrá predicarse el delito continuado o una de sus variantes como en el delito masa. *Segundo.* Si se afectan diversos bienes jurídicos no personalísimos, protegidos por distintos tipos penales y de titularidad de uno o varios sujetos pasivos, este será un evento de concurso de tipos homogéneo, por ausencia de unidad normativa relativa. Dicho concurso será ideal si subsiste la unidad de conducta, pero no la integración normativa típica. *Tercero.* Si la acción continuada afecta en forma seriada un mismo bien jurídico “eminente personal” del cual es titular un único sujeto pasivo, se aplica la normativa propia, según el punto de partida, del concurso ideal de delitos o el delito continuado. Y, para terminar, si se afectan bienes jurídicos “eminente personales” de los cuales son titulares varios sujetos pasivos, se aplica la normativa del concurso ideal si subsiste unidad de conducta, pero no el nexo de continuación. Por el contrario, si no se puede predicar la unidad de conducta por cualquier causa, se tratará de un caso de concurso material homogéneo de delitos.

6. Para terminar, la doctrina exige de modo variable una serie de requisitos accesorios o “de hecho”:

Primero. El empleo de medios o procedimientos semejantes (*modus operandi*), siempre que el uso de dichos instrumentos, medios, procedimientos o técnicas operativas no impliquen la realización de otro tipo penal diferente (CSJ, S. 25.07/2007, e27383, Y. Ramírez). *Segundo.* Una cierta conexión espacial y temporal entre los actos parciales seriados realizados por el agente. Respecto a la relación espacial, no se puede olvidar que el ordenamiento penal colombiano considera como agravante genérica, cuando la conducta punible sea dirigida o cometida, en forma total o parcial, fuera del territorio nacional [CP, art. 58, num.

13]. A su turno, la conexidad temporal entre los actos parciales sería un criterio relativo o accesorio del cual no se deduciría la existencia, la homogeneidad del contenido del elemento subjetivo y la pervivencia de la acción continuada. Precisamente, el plan criminal y la interpretación del tipo otorgan sentido de conexión a los distintos actos ejecutivos parciales homogéneos, porque en virtud de ellos el sujeto determina de manera general el orden de precesión y sucesión de los actos parciales realizados de acuerdo con su finalidad, y los medios de que disponga para realizar la actividad seriada. El tiempo transcurrido entre la realización regular de los actos parciales debe ser prudencial, al punto que sea posible advertir la existencia de un marco cronológico unificador y no disgregador. Y, *tercero*. Que exista unidad de proceso judicial, ello es, que las distintas infracciones penales completas o los diversos actos parciales realizados por el autor no hayan sido juzgados y sancionados en distintos procesos judiciales por los tribunales.

E. ELEMENTO SUBJETIVO. Al analizar el elemento subjetivo del delito continuado, debe retomarse de la unidad de conducta el plan preconcebido del autor, de naturaleza criminal en los delitos dolosos y de naturaleza extra-típica en los delitos imprudentes, entendida como planeación global del hecho.

En el ámbito de la continuidad dolosa, el plan criminal se deberá contextualizar con el “dolo total, global o de conjunto de carácter unitario no renovable”¹⁴⁴, en cuya virtud es necesario que el sujeto activo haya previsto y querido, como un todo, la realización de la pluralidad de actos seriados que configuran en forma

¹⁴⁴ Von Weber, *Lineamientos...*, p. 109, lo define como “un dolo dirigido a la obtención intermitente de un determinado resultado global”. Sobre el tema: Geppert, “Grundzüge...”, pp. 364 y 365; Heinrich, Bernd. *Strafrecht-Allgemeiner Teil II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Unterlassungs und Fahrlässigkeitsdelikt, Irrtums, Beteiligung und Konkurrenzlehre*, Stuttgart, Kohlhammer, 2005, p. 228; Jähnke, Burkhard. “Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs”, en *GA*, 1989, pp. 385 y ss.; Puppe, Ingeborg. “Urteil des BGH *vid.* 28.11.1984–2 StR 309/84, Anmerkung”, en *JR*, Heft 6, 1985, pp. 244 y ss.; Leone, *Del reato abituale...*, p. 272; Castiñeira Palou, *El delito...*, p. 106. Lo asumen: Brodag, *Strafrecht*, p. 164; Jakobs, *DP*, p. 1094; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch...*, pp. 715-716 (*Tratado*, p. 771); Mitsch, “Konkurrenzen... p. 389; Muñoz Conde/García Arán, *DP*, 7ª ed., p. 465; Velásquez Velásquez, *DP*, p. 1000; *id.*, *Los delitos...*, p. 53; Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Manual*, pp. 676; CSJ Penal, sent. 20.02.2008, e28880, Y. Ramírez.

progresiva la ejecución del delito continuado, al menos con anterioridad a la terminación del primer acto parcial de la realización delictiva total. De este modo, los actos parciales que tengan una concreción posterior al primero, quedarán gobernados e incorporados en el nexo de continuidad, mientras que cualquier manifestación posterior de la voluntad del agente al plan final original (o de los agentes que acuerdan de consuno la realización fraccionada), constituye una tipicidad independiente y autónoma.

Desde luego, debe descartarse como elemento subjetivo del delito continuado, la simple decisión general del autor de realizar un determinado grupo de conductas punibles, porque es necesario que el autor planee los actos futuros de tal suerte que proyecte y concrete el contorno de la unidad de acción continuada¹⁴⁵. Naturalmente, este planteo no desecha el criterio “del aprovechamiento de idénticas ocasiones contextuales”, como un elemento objetivado que permita demostrar indiciariamente el desarrollo del dolo global, la homogeneidad relativa típica y la coherencia del “modus operandi”.

Sin embargo, la teoría del *dolo continuado*¹⁴⁶ o la renovación de la homogeneidad motivacional en circunstancias equivalentes, denominada como *teoría del dolo continuado*, no garantiza que los supuestos dolos típicos exigidos por las teorías de la ficción o la realidad jurídica (neo-ficción), sean los mismos. Es más, esta teoría daría lugar a elementos subjetivos posteriores (*animus subsequens* en cadena), con lo cual, el delito continuado sería una adición de procesos causales seriados y conexos, conjuntados por un elemento pseudo-subjetivo homogéneo. En la práctica existiría un delito continuado, para esta teoría, cuando se concluya que la voluntad ulterior del sujeto “*aparece*” asociada

¹⁴⁵ Jakobs, *DP*, p. 1094; Mezger, “Das fortsetzungszusammenhang...”, p. 3267; von Weber, *Lineamientos...*, p. 109; Castiñeira Palou, *El delito...*, p. 106; Reyes Alvarado, *El concurso...*, p. 209; Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal español, Parte General, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1976, p. 730. Críticos: Bustos Ramírez, *Manual*, p. 579; Castiñeira Palou, *El delito...*, pp. 20 y 107; Cobo del Rosal/Vives Antón, *DP*, p. 782; Moro, *Unità e pluralità...*, p. 213. Castiñeira Palou, *El delito...*, p. 107; *ibidem.*, pp. 135 y 144.

¹⁴⁶ Heinrich, *Strafrecht*, p. 229; Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht*, t. 2, p. 424 (*DP*, p. 541); Mezger, “Das fortsetzungszusammenhang...”, p. 3268; Roth-Stielow, “Kritisches...”, pp. 450 y 451; Calderón/Choclán, *DP*, p. 435; Choclán Montalvo, *El delito...*, pp. 263 y ss.; Zugaldía Espinar, José Miguel. (Dir.) et. al. Derecho Penal, Parte General, 2ª. Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 870.

como una continuación motivacional de la anterior, en razón de una estrecha homogeneidad espacial y temporal. No se exige, en esta dilatación del elemento subjetivo, que el autor se haya representado previamente el resultado total a obtener con la serie continuada¹⁴⁷.

Para esta concepción teórica, vale la crítica según la cual, luego de que el agente haya realizado los actos, cualquier modalidad objetiva homogénea seriada se podría estructurar como una continuación¹⁴⁸; aun cuando *ex ante* sólo haya existido el verdadero propósito de realizar un concurso real de delitos. Precisamente, JAKOBS, señala que: “[l]a definición del dolo de continuidad sólo proporciona una fórmula vacía que se puede dotar de contenido casi a voluntad..., es decir, de si se toma al autor como sujeto que planea (entonces, unidad de la base del plan), o como sujeto inclinado a la tentación (entonces, unidad de la situación que suscita el dolo), o como sujeto motivable inconscientemente (entonces unidad del complejo de la dinámica de impulsos) o simplemente como sujeto (entonces unidad total)”¹⁴⁹.

Para terminar, la doctrina ha concluido que, al reducirse el elemento subjetivo (dolo) a la coincidencia motivacional de haber actuado en la misma ocasión objetiva, es posible configurar el delito continuado a través de una serie de hechos imprudentes. Sin embargo, como se dirá, ello sólo reafirma que tal homogeneidad subjetiva no coincide con el núcleo subjetivo de las conductas de comisión u omisión dolosas, de tal suerte que pueden manejarse conceptos diferenciados y alternativos. En las conductas imprudentes no se requiere el dolo global, basta con

¹⁴⁷ Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, p. 550, quienes rechazan este elemento como unidad y lo entienden como una relación de identidad o de semejanza entre la parte subjetiva de las diversas acciones; Castiñeira Palou. *El delito...*, p. 146.

¹⁴⁸ Críticos: Berdugo Gómez de La Torre et al. *Lecciones...*, p. 308. Castiñeira Palou. *El delito...*, p. 137, quien le califica como una injustificada ampliación del concepto de intención continuada; De Vicente Martínez. “El delito...”, p. 188; Reyes Alvarado. *El concurso...*, p. 209.

¹⁴⁹ Jakobs, *DP*, p. 1094. Berdugo Gómez de La Torre/Et. Al. *Curso...*, p. 406. Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Lecciones...*, 2006, p. 550, quienes entienden este elemento como una relación de identidad o de semejanza entre la parte subjetiva de las diversas acciones; Castiñeira Palou, *El delito...*, p. 146. Respecto al sentido literal de la expresión “idéntica ocasión”, Cobo del Rosal/Vives Antón, *DP*, p. 786.

el plan criminal (CASTIÑEIRA PALOU¹⁵⁰). Finalmente, es necesario verificar también los elementos especiales distintos del dolo en la serie continuada, cuando así lo requiera el tipo penal correspondiente.

III. ALGUNOS ASPECTOS SUSTANTIVOS PROBLEMÁTICOS

A. El salto de tipo: Para muchos autores, si los perjuicios totales causados por del delito continuado de naturaleza económica superan como una unidad de resultado la suma que satisface la cuantía mínima y el grado de injusto delictual, se aplicará la pena correspondiente a la infracción delictiva. Por el contrario, si la despatrimonialización causada no supera esta suma, se impondría una pena menos grave y proporcional al injusto de la infracción unitaria en su modalidad de contravención (en caso de existir jurídicamente) (CSJ Penal, auto del 16.12.1999, e16554, J. Córdoba). No se trata de que varias contravenciones se conviertan mediante la continuación en un delito, con el desconocimiento de su presunta preexistencia ontológica (y menos la de una culpabilidad abstracta), lo que se denomina el salto de tipo, con el fin de aplicar una consecuencia punitiva mayor.

En estos casos, es lógico que la conducta continuada patrimonial sea castigada proporcionalmente, bien con la penalidad correspondiente a un delito, o de una contravención si es del caso, porque el grado de injusto así lo determine según la lesión progresiva del bien jurídico patrimonial atendido el perjuicio causado con la infracción. Una vez afirmada la unidad jurídica continuada, la unidad típica supone desechar cualquier base concursal que hubiese podido existir. La penalización del injusto total no implica ningún cambio en la morfología de la infracción típica relativa continuada, no solo porque la cuantía no condiciona la homogeneidad del tipo o el supuesto de hecho patrimonial infringido, sino porque la naturaleza contravencional depende de la pena aparejada a dicha sanción. No hay delitos o contravenciones especiales predeterminados en la realidad y no existe un distingo distinto al cuantitativo entre una y otra especie punible.

¹⁵⁰ Vid. Castiñeira Palou. *El delito...*, p. 130.

B. La relación con el concurso de delitos. El delito continuado no es una excepción a las figuras concursales entendida como una reconducción de tipicidades al ámbito de la unidad¹⁵¹; sino que es un delito único que actúa frente a los concursos de delitos.

La diferencia entre las modalidades concursales no se puede construir en la actualidad a partir de la conducta única en estricto sentido, sino con base en la unidad de conducta. Mal se haría al declarar la existencia de un concurso real o ideal sobre la base de una pluralidad de acciones únicas naturales, cuando sea posible reconducirlas a una unidad de acción, unidad jurídica u ontológico-normativa que puede concurrir una o varias veces (pluralidad de unidades de acción u omisión). Sólo desde esta perspectiva, pues, el concurso de tipicidades – como norma de segundo nivel– constituye una genuina excepción jurídica a las hipótesis de unidad de conducta e infracción penal que le excluyen, y que bien pueden agruparse bajo la denominación de “delitos únicos”¹⁵².

Precisamente, no es cierto que la diferencia entre el delito continuado y el concurso ideal radique en la estructura de la acción, pues el concurso ideal puede ser configurado mediante una unidad de acción (sobre la base de varias conductas naturalísticas unificadas). La diferencia radica, entonces, en la valoración de los tipos. El delito continuado implica un solo injusto progresivo,

¹⁵¹ Así, *cfr.* Escuchuri Aisa, *Teoría...*, *ob. cit.*, p. 432; Choclán Montalvo, *El delito...*, *ob. cit.*, p. 44; Cuello Contreras, *El Derecho...*, Vol. 2, *ob. cit.*, pp. 648 y 651: “[...] lo que se dilucida en el concurso es reducir a unidad la heterogeneidad de aquello no previsto para su persecución penal en cada una de las infracciones aisladas, como corrobora que las normas concursales de todos (sic) los ordenamientos buscan la reducción a unidad que materializa el tipo de injusto aisladamente considerado”. En la jurisprudencia, *vid.* CSJ Penal, sent. 17.03. 1999, e12187 J. Gómez: “En el caso del delito continuado de la legislación penal anterior (art. 32) o de la figura jurisprudencial y doctrinaria del delito unitario actual, los actos parciales que constituyen la unidad son material y jurídicamente escindibles y punibles individualmente, salvo claro está los eventos de acción única, de modo que el efecto de firmeza sólo puede comprender aquellos respecto de los cuales se promovió la persecución penal y, por ende, fueron objeto del proceso. Antes y para el momento del fallo de 1988, los hechos de 1984 si bien históricamente habían sucedido, no se atribuían como existentes a los mismos imputados, razón por la cual se carecía de la identidad objetiva y personal suficientes para haber planteado en ese entonces una *litis pendencia* por razón de competencia como aplicación del apotegma del *ne bis in idem*”.

¹⁵² Maurach/Gössel/Zipf (*Derecho...*, T. 2, *ob. cit.*, p. 518) advertían que “la investigación de una pluralidad presupone la investigación de las unidades sobre las que se construye”.

mientras que en el concurso ideal es necesaria la aplicación de dos o más tipicidades que no se excluyan entre sí. De otro lado, la diferencia entre el delito continuado y el concurso real es dual. El Concurso real no supone una unidad de acción ontológico-normativa en sentido amplio, sino que implica una conjunción de acciones penales del todo independientes las unas de las otras.

Así las cosas, si el concurso ideal constituye el único y verdadero caso de concurrencia sustantiva de tipicidades¹⁵³ y que su amplitud ontológico-normativa depende de lo que se entienda por unidad de acción o conducta, el concurso real se debería definir de manera negativa cuando no fuese posible configurar un supuesto de unidad de acción constitutiva de delito único, delito continuado o un concurso ideal de tipicidades.

C. La coautoría y la participación. La coautoría en un delito continuado será punible, en los términos de los arts. 29 y ss., cuando: (i) los sujetos activos no muden en su número o identidad; (ii) no actúen en circunstancias contextuales diferentes; (iii) subsista un plan preconcebido unitario a modo de acuerdo previo entre las personas; (iv) y ellos actúen de manera uniforme y no intermitente en todos los actos sucesivos que componen la unidad de acción continuada, con dominio funcional del hecho unitario (de lo contrario habría cooperación o complicidad), reparto de funciones y la realización de un aporte ejecutivo esencial sucesivo (CP, arts. 29 y 30). El aporte podría darse a partir de un determinado momento, y en estos supuestos se plantearía una autoría o coautoría aditiva.

En cuanto a la determinación, a partir de la postura expuesta, podrá darse una sola determinación o inducción directa del autor o coautores, previa al comienzo de los actos ejecutivos parciales seriados del delito continuado, con inclusión del resultado total si es del caso. La determinación de un acto particular, en este caso, lo sería de un delito independiente que no implicaría la determinación a la serie continuada.

Por otra parte, la continuación delictiva sólo admite la complicidad mediante un

¹⁵³ Así, Velásquez Velásquez, *Derecho...*, ob. cit., p. 982; id., *Manual...*, ob. cit., pp. 628 y ss.; Cuerda Riezu, *Concurso de delitos y determinación...*, ob. cit., p. 20.

acuerdo y conocimiento de la continuidad y del plan del autor. Ello, aunque la contribución se manifieste de manera previa o concomitante en uno, en varios o en todos los actos parciales realizados por el autor, o —al menos en Colombia— como una ayuda posterior a la consumación de la unidad de conducta y previa a su agotamiento, pues con ello sólo se verá un incremento progresivo del riesgo de lesión al bien jurídico que hace posible, facilita, intensifica o asegura la realización seriada del hecho. La no participación en la totalidad de las acciones integradoras del delito continuado no tiene más trascendencia que la de tomar en cuenta, a la hora de individualizar la pena, la participación mayor o menor del agente en la totalidad o parcialidad del único delito continuado de que es constitutivo el hecho juzgado.

D. El delito continuado imprudente. Es posible sostener, con base en lo postulado por KOCH, que el elemento subjetivo unificador de la continuación delictiva imprudente no radica en el desvalor de acción del tipo doloso continuado (dolo global o plan previo, dolo continuado, designio criminoso volitivo, etcétera), sino en otro elemento previo y común que no varía la estructura dogmática dolosa o culposa, como lo sería la planeación final del autor de la realización voluntaria no dolosa de una conducta seriada¹⁵⁴, conducta que resulta peligrosa *ex ante* para el bien jurídico tutelado de forma progresiva (REYES ALVARADO¹⁵⁵). Es más, desde el punto de vista metodológico parece inconsecuente tratar de modificar el elemento subjetivo doloso para dar cabida a lo subjetivo culposo (normativo), por

¹⁵⁴ Koch, F.W. “Zur Fortgesetzten Fahrlässigkeitstat”, en *NJW*, Heft. 35, 1956, p. 1268, para quien no es necesario que la acción continuada tenga los mismos prerrequisitos en ambas formas de conducta desde el punto de vista subjetivo, al ser suficiente en los eventos culposos el conocimiento de la implementación voluntaria de una serie de acciones que causan involuntariamente la lesión de los bienes jurídicos; Reyes Alvarado, *El concurso...*, p. 212, manifiesta: “forzoso es reconocer que ese fin concebido como un plan unitario de comportamiento natural es propio tanto de los delitos dolosos como de los culposos, de tal manera que el delito continuado sí puede presentarse en los hechos punibles (sic) generados por culpa”; Velásquez Velásquez. *Derecho...*, 3ª ed., p. 633, señala: “en verdad, no se trata de exigir un nuevo dolo o de que este coincida con el núcleo subjetivo de los hechos dolosos de comisión, sino de postular la necesidad de una unidad de fin en el agente, lo cual es posible tanto en los hechos dolosos como en los culposos...”.

¹⁵⁵ Reyes Alvarado, *El concurso...*, p. 211.

lo cual, el análisis no debe implicar la flexibilización o desnaturalización de figuras como el dolo total o global o el dolo continuado.

En este orden de ideas, si se tiene claro que los delitos dolosos e imprudentes tienen estructuras dogmáticas más o menos diferentes, al menos desde el punto de vista subjetivo, como formas de conducta autónomas e injustos diferenciables [CP, arts. 21, 22 y 23], se debe concluir que la continuidad delictiva, entendida como una forma de realización especial del tipo recoge también tales diferencias. De este modo, el delito continuado imprudente sería un actividad ejecutiva seriada que, al infringir con relativa homogeneidad y de forma sucesiva los deberes de cuidado exigibles en concreto, respecto al manejo de determinadas fuentes de peligro, no sólo se adecúa a un mismo tipo penal que las comprende, sino que produce la lesión progresiva y no intencional de un mismo bien jurídico no “eminente personal”. Lesión que el sujeto no previó en su gravedad aproximada, o cuando lo hizo confió de manera fundada en poder evitar los efectos sucesivos de su conducta, atendida la forma ejecutiva de conducción objetiva que imprime a los actos parciales que componen la estructura objetiva de la continuación.

Además, toda la serie de actuaciones parciales deberá causar la misma clase de resultado típico exigido por el tipo imprudente, de tal suerte que las ofensas homogéneas se puedan reconducir a un injusto unitario, como resultado de una progresión de la lesión del mismo bien jurídico y a una única infracción en razón de la interpretación social del tipo penal. Ello, siempre que todos los daños resulten evitables del mismo modo en cualquier momento de la progresión delictiva. Naturalmente, subsisten serias dificultades dogmáticas a la hora de mantener una imprudencia continuada, luego que el agente haya realizado el primer acto parcial con la consecuente primera lesión del bien jurídico¹⁵⁶.

En efecto, si se trata de una imprudencia consciente es posible que el sujeto ya no pueda confiar más —de manera fundada y seria— que, con la

¹⁵⁶ Posada Maya, Ricardo. «El dolo en el Código Penal de 2000», en *Temas de Derecho Penal*, Ricardo Posada Maya (Coord.), Bogotá, Biblioteca Jurídica Uniandina, Facultad de Derecho-Ed. Temis, Universidad de los Andes, 2008, pp. 67 y 68. Angelucci, Alfredo. “L’istituto della continuazione ed i reati colposi”, en *GP*, 1966, t. II (LXXI-feb.), Roma, 1966, p. 1033.

realización de los demás actos parciales, no se plasmará de manera sucesiva y causal el riesgo de lesión ya previsto en la oportunidad anterior y que todavía pervive con la posibilidad de incrementar en forma progresiva la lesión del bien jurídico. Ello, salvo que el sujeto se empeñe en variar las medidas de seguridad dispuestas para la conducción de su conducta seriada, según considere que se debe realizar la conducta de manera correcta acorde con el deber de cuidado, a fin de evitar —porque no lo acepta— la evolución progresiva del resultado. Sin embargo, ello también podría generar serias dudas sobre la homogeneidad de los procedimientos de realización de la conducta extratípica, de los medios para realizarla y de la identidad del cuidado exigible en el caso concreto, según el marco de la actividad social desempeñada.

A su turno, en el ámbito de la imprudencia “inconsciente”, debe decirse lo siguiente: en teoría, la responsabilidad consistiría en que el sujeto, a pesar de haber planeado de modo global la serie de actuaciones extratípicas, ni siquiera ha previsto la gravedad aproximada de la lesión progresiva previsible, producto de los actos parciales que —al suponer cierta negligencia o imprudencia— infringen el deber de cuidado según las reglas técnicas y las directrices establecidas por el ordenamiento jurídico, con lo cual no sólo inadvierte de manera continua el deber de motivación de la norma imprudente¹⁵⁷, sino que genera una lesión progresiva (producto de un riesgo desvalorado continuo o progresivo) contra el bien jurídico no personalísimo, que queda por fuera de su representación, frente a la cual es indudable que tenía la obligación de adoptar medidas que previnieran la realización o evitaran el resultado lesivo¹⁵⁸.

En cualquier caso, esta modalidad de delito continuado sería poco

¹⁵⁷ Cadavid Quintero, Alfonso. *Introducción a la teoría del delito*: Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente, Colección Sistema Penal, núm. 2, Medellín, Diké, 1998, p. 169.

¹⁵⁸ Esta situación fue advertida en su momento por Manzini, *Tratado...*, pp. 452 y 453; Ranieri, *Manual*, p. 144, apunta que “... es dable admitir que la continuación existe aun en los delitos culposos, con tal que el agente no se haya dado cuenta del resultado de su conducta anterior y haya realizado nuevas conductas, imprudentes o negligentes o inexpertas, dando lugar a otros hechos, para alcanzar el fin que se había propuesto y con respecto al cual había ideado su proyecto”.

frecuente, pues lo más probable es que el sujeto, luego del primer acto parcial y su correspondiente resultado, abandone por fuerza su imprevisión por la vía de un conocimiento efectivo o al menos actualizable de los resultados de su conducta y, así, reconduzca su actuación al ámbito de responsabilidad por imprudencia consciente o dolo eventual (CP, art. 22.2).

E. Tentativa. Ya se afirmó que el delito continuado abarca una serie de actos que estructuran una unidad ontológico-normativa de acción cuyos desvalores de acción y de resultado son subsumidos por una unidad de infracción, que supone la existencia progresiva de un injusto unitario. Se trata en consecuencia de una unidad delictiva en sentido sustantivo, punitivo y procesal, cuya identidad relativa de tipo no se excluye cuando la serie de actos que componen la unidad de acción resultan tentados y consumados de manera simultánea; ello es, actos en distinto grado de perfección delictiva referidos al mismo supuesto de hecho o a uno semejante¹⁵⁹. Así las cosas, solo la unidad delictiva en sentido amplio podrá ser objeto de consumación o de tentativa (CP, art. 27).

Una interpretación valorativa del tipo penal supondría afirmar que la consumación se presenta con el último acto ejecutivo formal realizado por el autor con unidad de fin, lo que coincide con el fenómeno de la prescripción. En este sentido, habría que predicar la configuración de la tentativa de la unidad delictiva continuada cuando ésta, como modalidad de ejecución ampliada del tipo penal, no haya alcanzado por una causa ajena a la voluntad del agente o porque el sujeto no haya realizado todos los actos necesarios, el desarrollo ejecutivo típico previsto con el último acto realizado por el autor, de acuerdo con el plan criminal. En síntesis, la unidad jurídica y material que supone el delito continuado, no implica una consumación compuesta o seriada por varios actos delictivos hasta cierto

¹⁵⁹ Choclán Montalvo, *El delito...*, p. 396: "... no se excluye la homogeneidad de las formas de comisión cuando los actos individuales se realizan, en parte como tentativa, y en parte como delito consumado, pues en tal caso se entiende que los actos particulares realizan el mismo tipo de injusto indiferentemente del grado de perfección —forma incompleta de realización del mismo tipo—, de modo que no habrá obstáculo en entender la total infracción consumada en atención al principio de unidad jurídico-material del hecho continuado".

punto independientes —como lo sostienen la teoría de la ficción y ciertas vertientes de la realidad jurídica—, más bien se trata de una consumación o tentativa única que atiende al desarrollo ejecutivo formal del tipo penal infringido, de acuerdo con el plan criminal del autor para alcanzar dicha consumación¹⁶⁰.

F. Omisión. En la omisión se trata de verificar la infracción continuada, reiterada y homogénea de un mandato jurídico de actuación que conlleva la lesión cumulativa o el peligro de un mismo bien jurídico tutelado. La continuación en la *omisión pura* se presenta como la simple inejecución continua o seriada del incumplimiento de una conducta mandada de forma expresa por un tipo penal que consigna un deber de actuar objetivo, según la finalidad del autor y acorde con un dolo global o un dolo continuado omisivo (que incluye el conocimiento de la situación típica y la posibilidad de representación de la conducta debida)¹⁶¹.

A su turno, la *comisión por omisión* continuada se presenta cuando el sujeto ha omitido realizar de manera semejante y seriada la conducta debida, lo que produce diversos resultados típicos y lesivos parciales que el autor está obligado a evitar, por tener una posición de garante durante toda la ejecución típica que le obliga a garantizar la indemnidad del bien jurídico tutelado. Como es evidente, el resultado total debe ser imputable objetivamente a la conducta omisiva del autor, y ello supone la capacidad de evitar de manera efectiva, mediante un control continuo, el resultado total en contra del bien jurídico tutelado. En este caso, la actividad omisiva por continuación debe ser material o estructuralmente equivalente a la realización de una actividad comisiva continuada que realiza el

¹⁶⁰ Reyes Alvarado, *El concurso...*, pp. 193 y ss.; p. 231.

¹⁶¹ Reyes Alvarado, *El concurso...*, p. 214; Romero Soto, *DP*, p. 403; Castiñeira Palou, *El delito...*, p. 49; Camargo Hernández, *El delito...*, p. 82; Cantarero Bandrés, *Problemas...*, pp. 79 y ss.; Choclán Montalvo, *El delito...*, pp. 223 y 224: “Son imaginables supuestos en los que dándose una pluralidad de omisiones aparezcan conectadas en nexo de continuidad. Por ejemplo, el vigilante jurado de un banco llega a conocer que en determinados días sucesivos van a ser saqueados, por el autor conocido suyo, diversas sucursales de la entidad bancaria, que se encuentran próximas, en las que debe prestar su servicio en días consecutivos, y no obstante planea permanecer inactivo en todas las ocasiones. Como quiera que el resultado típico puede ser evitado en cada ocasión mediante un hacer positivo, cabe apreciar pluralidad de omisiones, no siendo difícil afirmar el nexo de continuidad...”; Tomas Tío, “El delito...”, p. 134; Zagrebelsky, *Reato...*, pp. 110 y ss.

tipo penal [CP, arts. 10 y 25].

Finalmente, sólo sería factible aplicar un delito continuado omisivo imprudente, cuando el sujeto activo (con posición de garante), si bien no quiere omitir la conducta debida, tiene conocimiento de la situación de hecho peligrosa seriada que genera el deber de actuar y posee conciencia de su capacidad de evitación concreta del resultado, por lo cual omite de forma repetida la conducta salvadora por error o mal cálculo, o realiza un actuar seriado insuficiente al no observar la norma de cuidado objetivo exigida en el tráfico jurídico. Situación que produciría el resultado típico total seriado previsto en la norma penal imprudente que, en este caso, se busca aplicar por equivalencia (omisión impropia). Recuérdese que, según el art. 12 del CP: “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”. Se trata de una hipótesis rara y excepcional.

IV. EL DELITO MASA.

Esta figura fue desarrollada a principios del siglo XX, gracias a los esfuerzos de A. REOL SUÁREZ (1958), F. DÍAZ PALOS (1960), A. SAINZ CANTERO (1971), M. T. CASTIÑEIRA PALOU (1977) y G. LANDROVE DÍAZ (1978), entre otros¹⁶². Se encuentra regulada en el CP, art. 31, par.

En el marco de los delitos patrimoniales, el delito masa se concibe en la actualidad como una realidad y no una ficción jurídica. Una modalidad continuada patrimonial de naturaleza especial¹⁶³ (CSJ, sent. 10/03/2010, e32422 J. Socha y del

¹⁶² En este sentido, Cerezo Mir. *Derecho...*, p. 1021; *id.*, *Curso...*, p. 301; Castiñeira Palou. *El delito masa...*, p. 161; *id.*, “El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal supremo Español”, en *Estudios Penales*, Libro Homenaje al Prof. José Antón Oneca, Salamanca, Usal, 1982, pp. 139 y ss. y 147 y ss.; Díaz Palos, Fernando. “Delito-masa, Delitos de fraude colectivo”, en *RDJ*, núm. 1 (ene.-mar.), Madrid, Vda. Galo Sáenz, 1960, pp. 75; Landrove Díaz, Gerardo. *Los fraudes colectivos*, Barcelona Bosch, 1978, pp. 18 y 68; Sainz Cantero, José. “El delito masa”, en *ADPCP*, Vol. XXIV, Fasc. 1 (ene-abr.), Madrid, Ministerio de Justicia, 1971, pp. 649-675.

¹⁶³ Castiñeira Palou, “El delito masa...”, p. 149; Velásquez Velásquez, *Derecho...*, p. 1000; *id.*, *El delito...*, pp. 553-599; Calderón/Choclán, *Derecho...*, p. 438; Cerezo Mir, *Derecho...*, p. 1021; *id.*, *Curso...*, p. 302; Choclán Montalvo, *El delito...*, pp. 375 y 391; Fernández Carrasquilla, *El delito...*, pp. 62 y ss.

03/12/1996, e8874) , mucho más grave por su desvalor de resultado que los supuestos continuados tradicionales, en virtud de la cual el sujeto activo del tipo, mediante unidad de conducta en sentido amplio que abarca una o varias actuaciones comisivas engañosas individuales o conjuntas organizadas, ejecuta un plan criminal previo dirigido a causar un menoscabo acumulado (un desvalor de resultado unitario) contra los bienes jurídicos de un colectivo de personas entendido como un “sujeto masivo, compuesto o grupal de hecho”, todo ello precedido por un ánimo de lucro que abarca la cuantía total defraudada o despatrimonializada¹⁶⁴. Desde este punto de vista el delito masa constituye una auténtica modalidad agravada especial del delito continuado.

Así, por ejemplo, la CSJ Penal, Sent. del 20.02.2008, e28880, Y. Ramírez, al indicar que “**Delito masa.** Es una especie de delito continuado pero limitado a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano. Se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, todo lo cual se ejecuta de acuerdo con un plan con el que se pretende afectar el patrimonio económico de un número indeterminado de personas”. También en CSJ Penal, Sent. del 25.07.2007, e27383. CSJ Penal, sent. del 29.06.1999, e12591: “La interpretación de la norma tipificadora del delito de estafa no puede dejar de lado el dilatado alcance que subyace en su contenido, que consulta razones de política criminal tendientes al justo tratamiento de la problemática penal enfrentada a la realidad social y delictiva, que en numerosos casos se manifiesta con la sutileza y audacia de iguales o similares características a las que conforman el caso en examen. Por esta misma razón la jurisprudencia de la Corte ha venido ampliando su criterio hermenéutico en relación con el tipo penal del delito de estafa cuando el mismo

¹⁶⁴ Así, Fernández Carrasquilla, *El delito...*, *ob. cit.*, p 61; Velásquez Velásquez (*Los delitos...*, *ob. cit.*, pp. 68 y 69) plantea: “Por tal se entiende aquel instituto en virtud del cual el sujeto activo, mediante la realización de varios actos –para algunos bastaría con un solo acto, con lo cual un evento de concurso ideal homogéneo con “sujeto pasivo” plural tomaría otra denominación– que, considerados de manera independiente, constituirían un solo delito, pone en ejecución un plan criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas que en principio no aparecen unidas entre sí por vínculo jurídico alguno [...]” (*ibidem*, pp. 161 y 162). [Proyectos de CP de 1974, arts. 379 y 380; de 1976, art. 465; de 1978, art. 505 y de 1979, art. 504 inc. 2^o¹⁶⁴].

sujeto activo lo comete contra múltiples ofendidos en lo que ha venido conociéndose doctrinariamente como fraude colectivo o delito masa (Sents. 27 de septiembre 95 M.P. Dr. Páez Velandia y 3 de diciembre 96 M.P. Dr. Gálvez Argote”).

La figura del delito masa descansa en tres pilares fundamentales: a) La unidad de realización y ejecución seriada o conjunta del comportamiento, en virtud del plan criminal del sujeto. En relación con la unidad de plan criminal, se requiere que el mismo sujeto activo realice la unidad de conducta con un dolo único, de tal suerte que conozca que está defraudando a una generalidad o pluralidad masa de sujetos pasivos; b) Es necesario que los diversos actos parciales realizados por el autor, constitutivos de una unidad de conducta en sentido amplio, se adecuen desde el punto de vista formal y material como una unidad (normativa y social) al mismo supuesto de hecho penal o uno semejante; c) Debe poderse conformar un injusto unitario (fundamentalmente patrimonial) mediante la totalización de los diversos perjuicios causados por el autor, con independencia de que se puedan determinar los perjuicios y los afectados concretos. Dicha infracción supone también la existencia de una unidad de bien jurídico; y d) por la concepción tradicional de un sujeto pasivo colectivo o masa.

En síntesis, se puede afirmar lo siguiente:

- a) El delito masa es una especie agravada del delito continuado patrimonial o de delitos continuados que afecten bienes jurídicos incluso de naturaleza. El delito masa no se trata sólo de una simple regla penológica aplicable a los delitos continuados patrimoniales¹⁶⁵.
- b) La relación de género a especie con el delito continuado supone diferencias, así: (i) el conocimiento del dolo global o continuado debe contar con la representación de que se defrauda a una pluralidad de personas calificable como una generalidad; ello es, el sujeto se debe representar dicha pluralidad como una masa; (ii) la masa o generalidad es una pluralidad calificada según los ordenamientos jurídicos; en Colombia,

¹⁶⁵ Cfr. *ibidem*, p. 440.

por ejemplo, se ha entendido que la pluralidad debe superar veinte (20) personas, en delitos como la captación masiva y habitual de dineros, calificación generalmente objetiva; y (iii) no es razonable exigir hoy la indeterminación procesal de las personas como un criterio para la aplicación del delito masa, al menos si se afirma que esta figura comparte los requisitos fundamentales del delito continuado. De hecho, es discutible aseverar que el delito masa supone que el sujeto activo no tenga conocimiento, contacto o incidencia directa en cada uno de los sujetos que componen la masa o generalidad de personas sobre la cual se desarrolla la acción defraudadora.

- c) El delito masa es un supuesto de unidad delictiva precedido por una unidad de acción en sentido amplio y por una unidad típica. Desde el punto de vista de la punibilidad, esta figura también sigue el sistema de exasperación punitiva discrecional reglado¹⁶⁶.

V. PUNIBILIDAD

No obstante las similitudes que pueden hallarse entre el delito continuado y el concurso ideal homogéneo de tipos, el parágrafo del art. 31 del CP dispone, para el delito continuado, un sistema general de individualización con base en el sistema de exasperación, en cuya virtud “en los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada hasta en una tercera parte”¹⁶⁷. Desde luego, se aplica la ley vigente al momento de la realización del último acto parcial (CSJ Penal, sent. del 29.10.2008, e24582, J. Socha; sent. del 26.04.2006, e22027 y sent. del 07.09.2006, e23790), sin perjuicio del debate teórico sobre la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal en el delito continuado, según esta figura se entienda como un delito único o una

¹⁶⁶ Críticos: Cerezo Mir. *Derecho...*, p. 1021; *id.*, *Curso...*, p. 301; Castiñeira Palou. “El delito masa...”, p. 161; Choclán Montalvo. *El delito...*, p. 440; Reyes Alvarado. *El concurso...*, pp. 240 y 241.

¹⁶⁷ El aparte subrayado fue declarado exequible por la CConst. sent. C-551/2001, Á. Tafur.

derivación del concurso real de delitos.

Así, el ordenamiento penal regula un sistema de individualización que se aparta de los sistemas punitivos concursales tradicionales y que sigue la línea general del patrón señalado para los delitos individuales previsto en los arts. 60 y 61 del CP. Un diseño punitivo que resalta la naturaleza unitaria de la institución, como desarrollo inequívoco de una modalidad de realización especial y seriada del mismo tipo penal infringido.

De este modo, según el Par. del art. 31 del CP del 2000, se impone la pena correspondiente al tipo respectivo más grave aumentada “*en una tercera parte*” por la continuación¹⁶⁸. Fórmula que, según la regla 1ª del art. 60, implica incrementar ambos límites punitivos concretos en dicha proporción (ya aumentados de 1/3 a la ½ en virtud de la L. 890/2004, art. 14, si es del caso, o el previsto por leyes especiales posteriores a esta), de la siguiente manera: El límite mínimo se acrecienta en una tercera parte, así: 24 meses + 8 (1/3)= 32 meses de prisión. El límite máximo queda así: 96 meses + 32 (1/3)= 128 meses. El marco punitivo concreto es entre 32 y 128 meses de prisión, con un margen punitivo de 96 meses. En dicho margen, el juez procederá a individualizar la pena aplicable conforme al art. 61. En cuanto a la multa acompañante, su marco penal es entre 100 y 1000 s.m.m.l.v., que se individualiza conforme al art. 39, num. 3. En dicho margen el juez procede a determinar la pena correspondiente, según el art. 61 (*vid.* CSJ Penal, sent. del 23.09.2008, e24184, J. Socha).

Efectuado el procedimiento anterior, el juez divide el margen punitivo (96 meses) en cuartos conforme al art. 61, y cada cuarto queda en un quantum de 24 meses de prisión, así: el primer cuarto de 32 a 56 meses de prisión, los medios de 56 a 104 meses; y, el último de 104 meses a 128 meses de prisión. Luego, el juez

¹⁶⁸ Desde luego, parte de la doctrina considera que la pena aplicable al delito continuado no debería sobrepasar la penalidad dispuesta para el delito único; el incremento punitivo sólo tendría razón de ser si se considera que la continuación es una hipótesis de pluralidad de delitos. Reyes Alvarado, *El concurso...*, p. 236. Además, recuérdese que el inc. 5º del art. 61 Ad. L. 890/2004, art. 3º, dispone que el sistema de cuartos no se aplicará a los casos de preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa, en los que naturalmente se haya acordado también el monto de la pena entre ambas partes procesales.

determina conforme el inc. 2° el cuarto aplicable en el cual habrá de individualizar la pena en concreta. De este modo, el sentenciador debe individualizar la pena en el primer cuarto, cuando no existan circunstancias agravantes ni atenuantes o solo concurren atenuantes [CP, arts. 55 y 58]; en los cuartos medios, cuando se presentaren agravantes y atenuantes; y, en el último cuarto, cuando sólo haya agravantes genéricas. Verificado el cuarto (en el ejemplo el primero de 32 a 56 meses de prisión), el Juez debe fijar la sanción concreta, según el inc. 3°, con base en el grado de injusto, el grado de culpabilidad, la necesidad de pena y la función que la ella ha de cumplir en el caso concreto, según razones preventivas.

Dicho lo cual, no hay duda en el sentido de que la mayoría de los casos tendrían un castigo elevado atendido el diseño del sistema de individualización de la pena, que podría ser menos severa si en algunos supuestos se aplican las normas del concurso real o ideal de tipos, en los cuales el juez puede imponer una sanción cercana a la correspondiente por el delito concreto ya individualizada, sin superar la aplicación de la agravante por arriba de la tercera parte de la pena más severa. Como lo indica Velásquez: “el codificador parece olvidar que estos casos son verdaderos eventos de progresión delictiva sancionables con la pena indicada por la norma respectiva, tal como sucede con algunos tipos que en la parte especial recogen casos de continuidad delictiva (confróntese artículos 246, 277, 278, 297, 298, 299, 300 y 316, etc.), y que se debe destinar el incremento solo para hipótesis graves (situaciones que recaen sobre sujeto pasivo plural en tratándose de bienes jurídicos “no altamente personales”)¹⁶⁹. Por ello, el mismo autor¹⁷⁰ propone, en materia de punibilidad, que: A) si se trata de casos de delito continuado “—incluida la modalidad de la conducta que recae sobre un mismo sujeto pasivo en tratándose de un bien jurídico altamente personal— se impone la pena prevista en la parte especial para la figura, pues se trata de un caso de “unidad real de conducta finalmente dirigida”. B) El delito continuado con sujeto activo plural que recaiga sobre bienes jurídicos personalismos, debe ser sancionado como lo que es, una hipótesis de concurso ideal homogéneo. C) El

¹⁶⁹ Velásquez Velásquez, *Manual*, 3ª ed., p. 508.

¹⁷⁰ Velásquez Velásquez, *Los delitos...*, pp. 133, 164 y 165.

delito masa y el delito continuado con sujetos pasivos plurales en los cuales se ven afectados bienes jurídicos personales o colectivos, admiten la aplicación de la agravante prevista en el párrafo del art. 31 del CP¹⁷¹.

De todas maneras, debe tenerse en cuenta que la pena puntual no puede sobrepasar el límite punitivo que supone el principio acumulativo, como límite máximo de cualquier consecuencia jurídica en el ordenamiento penal, con independencia de la opción que asuma el operador jurídico en materia de continuación.

Para terminar, cabe preguntar si en el ordenamiento colombiano, como ocurre en el español en materia de infracciones contra el patrimonio económico, debe tenerse en cuenta o no, para efectos de determinar la pena a imponer, el criterio del daño total causado por la conducta continuada. La respuesta es afirmativa, pues tal directriz sirve para determinar entre delitos más y menos graves, cuya punibilidad básica aplicable (como delito continuado) dependa de la cuantía total de la infracción. Así: CSJ Penal, sent. del 16.12.1999, e16554, J. Córdoba; CSJ Penal, sent. del 26.09.2002, e12530, E. Lombana. Reiterada por la CSJ PENAL, sent. del 13.02.2008, e25.032, M. GONZÁLEZ DE LEMOS, *GJ*, acta 028 y sent. del 29.10.2003, e15768, J. ZAPATA, entre otras¹⁷².

VI. CONCLUSIÓN

El delito continuado es una figura que, con independencia de su fundamento puramente normativo u ontológico-normativo se rige por el principio de unidad sustantiva, procesal y punitiva. Desde luego, se niega la corrección de teorías basadas en una neo-ficción relativa *quad modus poenam*, que fundamentan la

¹⁷¹ Sobre las críticas al sistema de individualización del art. 61, Posada Maya, Ricardo/Hernández Beltrán, Harold Mauricio. El sistema de la individualización de la pena en el Derecho penal Colombiano, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana y Diké, 2001, pp. 431 y ss.

¹⁷² CSJ Penal, sent. del 13.02.2008, e25032, M. González de Lemos; CSJ Penal, sent. del 18.12.2000, C. Gálvez, Acta 211, [Con antecedentes en CSJ Penal, sent. del 03.12.1996, C. Gálvez; sent. 29.06.1993, M. Mantilla y sent. 07.10.1999, Á. Pérez].

figura como una figura concursal o como una unidad según la necesidad de evitar o no ciertos efectos indeseables para el procesado.

En realidad, la estructura unitaria de la acción continuada no tendría porque suscitar verdaderos problemas, si se entiende que no sólo las diversas fórmulas legales unifican varias acciones u omisiones “complejas” en una unidad jurídico-sustantiva de ejecución —unidad de conducta en sentido jurídico— sino, también, que el enjuiciamiento del delito continuado implica considerar todas las actividades parciales homogéneas unificadas como un presupuesto material indispensable para legitimar la mayor penalidad de la continuación sobre el delito base y la menor o igual punibilidad frente al concurso de tipicidades.

Así las cosas, la continuación delictiva constituye una modalidad de infracción penal única e independiente, una forma de realización ontológico-normativa del mismo tipo penal o uno similar, compuesta por diversos actos seriados que son partes de ese todo y del injusto progresivo que resulta. Luego, lo que de verdad interesa desde esta postura jurídica no es mirar la cuantía de cada acto particular como si se tratara de una infracción independiente (lo que sólo tendrá relevancia para los tipos modificados agravados), sino determinar la defraudación causada por la unidad de conducta como un todo, para precisar la punibilidad aplicable según la ley como delito o contravención especial a la continuación de una modalidad típica patrimonial continuada, según el criterio del perjuicio patrimonial realizado por el autor.

Además la naturaleza sustantiva del delito continuado justifica la imposición de una penalidad unitaria que, en ningún caso, supone una sanción que implique la derogación de la normativa concursal sobre la materia. Por ello, si se quiere ser coherente con el principio de unidad sustantiva y procesal que implica el delito continuado, es necesario afirmar que la unidad punitiva que sobrelleva la institución obedece a cierta forma de estimar los desvalores de acción, resultado y culpabilidad, que suponen los actos parciales que resultan incluidos —en virtud del nexo de continuación— en la unidad de acción en sentido amplio que, al adecuarse al mismo tipo penal de manera fraccionada, implica un injusto progresivo o seriado.

Finalmente, a pesar de la proximidad entre el delito continuado y el delito masa, no es del todo cierto que el último carezca de una finalidad político-criminal particular, más aún si se tiene en cuenta que se presenta como una institución sumamente restringida —de *lege data* sólo se aplica a hechos delictivos patrimoniales o socio-económicos— en comparación con el delito continuado, situación que no tiene referente legal en el par. del art. 31 de Colombia. En este sentido, si en verdad se quiere equiparar el delito masa, como verdadera modalidad de delito continuado con sujeto pasivo plural, con los casos de continuación delictiva tradicionales, es necesario ampliar su ámbito de operatividad a otros espacios jurídicos delictivos, en particular los destacados en los últimos años, en los que también se presenta una afectación material a un colectivo de personas como, por ejemplo: los eventos de delitos contra la propiedad intelectual, los delitos contra los consumidores y los delitos informáticos, entre otros.

VII. BIBLIOGRAFÍA

DI ALIMENA, Bernardino. *Principii di Diritto Penale*, Vol. 1, Napoli, Luigi Pierro, 1910-1912.

AMBROSETTI, Enrico Mario. *Problemi attuali in tema di reato continuato, Dalla novela del 1974 al nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova, Cedam, 1991.

ANGELUCCI, Alfredo. “L’istituto della continuazione ed i reati colposi”, en GP, 1966, t. II (LXXI-feb.), Roma, 1966.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 12. ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, Milano, A. Giuffrè, 1991.

ANTÓN ONECA, José. “Delito continuado”, en NEJ, t. vi, Barcelona, Francisco Seix, 1954.

ARAGÓN, Arcesio. Elementos de criminalología y ciencia penal, Popayán, Imprenta del Departamento del Cauca, 1934.

ARCE AGGEO, Miguel Ángel. Concurso de Delitos en Materia Penal, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Universidad S.R.L., 2007.

ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal Colombiano, Vol. 1, 2ª ed., 1968.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Manual de Derecho Penal, El delito, Madrid, Aranzadi, 1985.

BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Madrid, Akal, 1990.

----- . Derecho Penal, Parte General, Lima, ARA, 2004.

BARRIENTOS RESTREPO, Samuel. Elementos de Derecho Penal, Medellín, Bedout, 3ª ed., 1977.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/Et. Al. Curso de Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Adaptada a la reforma de 2010 del Código Penal, Barcelona, Ed. Experiencia, 2010.

BETTIOL, Giuseppe. Diritto Penale, Parte Generale, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1962. Hay traducción al castellano: Derecho Penal, Parte General, trad. de la 4ª ed. (1958) por José León Pagano, Bogotá, Temis, 1965.

BETTIOL, Giuseppe/MANTOVANI, Luciano Pettoello. Diritto Penale, Parte Generale, 12ª ed., Padova, Cedam, 1986.

BONADIES, Maria. "Su pretesi limiti sostanziale e processuali all'istituto della continuazione", en RIDPP, 1968 N.S. 11, Milano, Giuffrè, 1968.

BRODAG, Wolf-Dietrich. Strafrecht, München-Berlin, Richard Booberg, 1979.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan/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, Colección Sistema Penal, núm. 2, Medellín, Diké, 1998.

CAMARGO HERNÁNDEZ, César. El delito continuado, Barcelona, Bosch, 1951.

CANTARERO BANDRÉS, Rocío: Problemas penales y procesales del Delito continuado, Barcelona, PPU, 1990.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa. El Delito continuado, Prólogo del Prof. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1977.

------. "El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal supremo Español", en Estudios Penales, Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, Usal, 1982.

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español, Parte General: Teoría jurídica del delito/2, Vol. 3, Madrid, Tecnos, 2001.

------. Derecho Penal, Parte General, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2008.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. El Delito continuado, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S. A., 1997.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio/CALDERÓN CEREZO, Ángel. Derecho Penal, Parte General, t. 1, 2ª ed., Madrid, Bosch, 2001.

COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel. Instituciones de Derecho Penal Español, Parte general, Madrid, CESEJ, 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CONCHA, José Vicente. La Reforma penal en Colombia, t. I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924.

----- . Tratado de Derecho Penal, 7ª ed., Bogotá, Americana, 1929.

CÓRDOBA RODA, Juan. “El delito de detenciones ilegales en el Código Penal español”, en ADPCP, Vol. XVIII, fasc. I (ene.-abr.), 1965.

CORREA, Pedro Ernesto. El Delito continuado, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, t. 1, Vol. 2, revisado y puesto al día por Cesar Camargo Hernández, 18ª ed., Barcelona, Bosch, 1981.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. El Derecho Penal español, Parte General, Vol. 2, Teoría delito 2, Madrid, Dykinson, 2009.

DELITALA, Giacomo. “In tema di reato continuato”, en RIDP, 1/I, 1929, Padova Cedam, 1929.

DÍAZ PALOS, Fernando. "Delito-masa, Delitos de fraude colectivo", en RDJ, núm. 1 (ene.-mar.), Madrid, Vda. Galo Sáenz, 1960.

ESCUCHURI AISA, Estrella. "Teoría del concurso de leyes y de delitos: Bases para una revisión crítica", en Estudios de derecho penal, núm. 60, Carlos María Romeo Casabona (Dir.), Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, Granada, 2004.

ESTRADA VÉLEZ, Federico. Manual de Derecho Penal, La norma penal, el delito y el delincuente, Colección pequeño foro, Medellín, Edijus, 1975.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "El delito continuado frente al nuevo Código Penal colombiano", en RDPC, núm. 22, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

----- . Derecho Penal fundamental: Teoría general del delito y punibilidad, 2ª ed., Vol. 2., Santafé de Bogotá, Temis, 1995.

FLORIÁN, Eugenio. Derecho Penal, Ernesto Digo y Félix Martínez Giralt (trads.), 2 Vol., La Habana, Imprenta y Librería "La Propagandista", 1929.

GAITÁN MAHECHA, Bernardo. Curso de Derecho Penal General, Bogotá, Lerner, 1963.

GEPPERT, Klaus. "Grundzüge der Konkurrenzlehre (§§ 52 bis 55 StGB)", en Juristische Ausbildung (JurA), 4 jahrgang, Heft 7, 1982.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. El delito continuado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.

GÓMEZ PRADA, Agustín. Derecho Penal colombiano, Parte General, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1959.

GUCCICARDI, Gaspare. “Considerazioni sul reato continuato”, en Rev. Pen., 1972, Vol. I.

HAFT, Fritjof. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9ª auf., München, C. H. Beck, 2004.

HEINRICH, Bernd. Strafrecht-Allgemeiner Teil II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Unterlassungs und Fahrlässigkeitsdelikt, Irrtums, Beteiligung und Konkurrenzlehre, Stuttgart, Kohlhammer, 2005.

JAKOBS, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Studienausgabe, 2 auf., Berlin-New York, W. de Gruyter, 1993. Hay traducción al español: Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.

JÄHNKE, Burkhard. “Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs”, en GA, 1989.

JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humboldt, 1996. Hay traducción al castellano: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), 5ª ed., Granada, Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. La ley y el delito, Principios de Derecho Penal, Buenos Aires, Sudamericana, 1978.

JOSHI JUBERT, Ujala. “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en ADPCP, Vol. XLV, fasc. 2 (may.-ago.), 1992.

KINDHÄUSER, Urs. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3 auf., Baden-Baden, Nomos, 2005.

----- . Strafgesetzbuch, Lehr-und Praxiskommentar, 4 Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2010.

KOCH, F.W. "Zur Fortgesetzten Fahrlässigkeitstat", en NJW, Heft. 35, 1956.

KRATZSCH, Dietrich. "Die fortgesetzte Tat: eine Sondern form des Vorsatzdelikts", en JR, Heft. 5, 1990.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Los fraudes colectivos, Barcelona Bosch, 1978.

LEONE, Giovanni. Del reato abituale, continuato e permanente, Napoli, Nicola Jovene, 1933.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal, Vol. 3, Primera Parte, teorías generales, Santiago Sentís Melendo (trad.) y notas de Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier, Buenos Aires, Ediar, 1949.

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, 2 t., Juan Córdoba Roda (trad. y notas), Barcelona, Ariel, 1962.

MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Erscheinungs formen des Verbrechens und Rechtsfolgen der tat, Ein Lehrbuch, Teilband 2, 7 Auf., Heidelberg, Karlsruhe, Müller, 1989. Hay traducción al castellano: Derecho Penal, Parte General, 2 Vol., de Jorge Bofill Genzsch (trad.) 7ª ed. Alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994 y 1995.

MESA MORALES, Fernando. "Tentativa y Delito continuado", en Temas de Derecho Penal Colombiano, núm. 9, Medellín, Colección Pequeño Foro, 1971.

MESA VELÁSQUEZ, Luis Eduardo. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974.

MEZGER, Edmund. "Das fortsetzungszusammenhang im Strafrecht", en JW, 67 jahrgang, Heft. 52/53, III, 1938.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, 8ª ed., Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2006.

MITSCH, Wolfgang. "Konkurrenzen im Strafrecht", en JuS, 33 Jahrgang, Heft 5, 1993.

Moro, Aldo. Unità e pluralità di reati, Padova, Utet, 1954.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

MUSCATIELLO, Vincenzo Bruno. Pluralità e unità di reati, Per una microfisica del molteplice, Collana di studi penalistici, n.s. Vol. XXIV, Padova, Cedam, 2002.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Vol. II, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1966.

NUVOLONE, Pietro. Il sistema del Diritto Penale, 2ª ed., Padova, Cedam, 1982.

PÁEZ POLO, Esteban. Derecho Penal colombiano, Parte General, Barranquilla, Mejoras, 1977.

PAGLIARO, Antonio. Principi di Diritto Penale, Parte Generale, 8ª ed., Milano, Giuffrè, 2003. Texto que tiene traducción al español, Principios de Derecho Penal, Vol. 1, Trad. y notas de Eugenio Cuello Calón, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

PELÁEZ VARGAS, Gustavo: Manual de Derecho Penal General, Medellín, Bedout, 1981.

PÉREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal, Vol. 2, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1977.

----- . Derecho Penal, Partes General y Especial, VOL. 2, Bogotá, Temis, 1981-1982.

PIASAPIA, Domenico. Reato continuato, Napoli, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1938.

PROTO, Emanuelle. "Insufficienza funzionale della teorica dell'unità parziale del reato continuato in tema di circostanze, uno studio metodologico", en Arch. Pen., Vol. XI, p. I (ene.-feb.), Roma, Juris Domus, 1955.

----- . Sulla natura giuridica del reato continuato, Collana di studi penalistici diretta da Giuseppe Bettiol, Palermo, G. Priulla, 1951.

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1978.

PROYECTO Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. Bogotá, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, 1977.

POSADA MAYA, Ricardo. «El dolo en el Código Penal de 2000», en Temas de Derecho Penal, Ricardo Posada Maya (Coord.), Bogotá, Biblioteca Jurídica Uniandina, Facultad de Derecho-Ed. Temis, Universidad de los Andes, 2008.

POSADA MAYA, Ricardo/Hernández Beltrán, Harold Mauricio. El sistema de la individualización de la pena en el Derecho penal Colombiano, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana y Diké, 2001 y 2003.

PUNZO, Massimo. *Reato continuato*, Padova, Cedam, 1951.

PUPPE, Ingeborg. "Urteil des BGH vid. 28.11.1984–2 StR 309/84, Anmerkung", en JR, Heft 6, 1985.

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal, Parte General, Vol. 2, Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, 1975.

REYES ALVARADO, Yesid: El concurso de delitos, Bogotá, Ed. Reyes Echandía Abogados, 1990.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. La tipicidad penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967.

----- . "Derecho Penal", en Obras completas, Vol. I, Bogotá, Temis, 1998.

----- . "El problema del Delito continuado en la Dogmática penal", en Obras completas, Vol. III, Bogotá, Temis, 1998.

RIGHI, Esteban. Derecho Penal, Parte general, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2008.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal español, Parte General, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1976.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. Derecho Penal, Parte General, 2 Vol., Bogotá, Temis, 1969.

ROTH-STIELOW, K. "Kritisches zur fortgesetzten Handlung", en NJW, Heft 12, 1955.

SAINZ CANTERO, José. "El delito masa", en ADPCP, Vol. XXIV, fasc. 1 (ene-abr.), Madrid, Ministerio de Justicia, 1971.

----- . Lecciones de Derecho Penal, Parte General, T. III—culpabilidad, punición: Formas de aparición, Barcelona, Bosch, 1985.

SALTELLI, Carlo/ROMANO-DI FALCO, Enrico. Commento Teorico pratico del nuovo codice Penale Alfredo Rocco, Vol. 1, art. 1-84, Torino, Utet, 1940.

SANTANIELLO, Giuseppe/MAROUTTI, Luigi. Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano, Giuffrè, 1990.

SANTORO, Arturo. Manuale di Diritto Penale, Torino, Utet, 1958.

SANZ MORAN, Ángel José. El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa, Valladolid, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, D.L. 1986. (Extracto de la tesis doctoral: "El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa", Salamanca, Universidad de Salamanca, 1984).

DA SILVA CORREIA, Eduardo. Unidade e Pluralidade de Infracções, Coimbra, s/e, 1945.

SCHMIDT, Rolf. Strafrecht- Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit Aufbau des strafrechtlichen gutachtens, 9a Auf. Hannover, Grasberg bei Bremen, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", en Modernas tendencias en la ciencia del derecho Penal y en la criminología, Congreso internacional, Madrid, Uned, 2000.

TOMÁS TÍO, José María. “El delito continuado en el Código Penal (art. 69 bis)”, en *CPCr*, núm. 31, Madrid, Edersa, 1987.

VANINI, Ottorino. *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Firenze, Carlo Cya, 1954.

VÁSQUEZ ABAD, Ángel Martín. *Tratado de Derecho Penal colombiano, Vol. 1*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “El delito continuado”, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Memorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 197.

----- . *Los delitos continuado y masa: A propósito del art. 31 del Código Penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2008.

----- . *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá-Medellín, 4ª ed., Comlibros, 2010.

----- . *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Bogotá, Ed. A Morales, 2010.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “El delito continuado: Especial referencia al tratamiento penológico en las infracciones continuadas”, en *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (Coords.)*, Navarra, Aranzadi, 2001.

WARDA, Günter. “Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre”, en *JuS*, 4 Jahrgang, Heft 3, 1964.

VON WEBER, Hellmuth. Lineamientos de Derecho Penal Alemán, Prologo y revisión general de Eugenio Raúl Zaffaroni, Leonardo G. Brond (trad. de la 2ª ed. alemana de 1948), 2008.

WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht, 11 auf., W de Gruyter, Berlin, 1969. Hay traducción al castellano: Derecho Penal alemán, Parte General, 11 ed. Alemana y 4ª Castellana, Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez P. (Trads.), Santiago, Jurídica de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes/Beulke, Werner. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 36 Auf., Heidelberg, C.F. Müller, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro /Slokar, Alejandro. Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

----- . Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 2ª ed., Ediar-Temis, 2006, p. 675.

ZAGREBELSKY, Vladimiro. Reato continuato, Raccolta di Studi di Diritto penale, 2ª ed, Milano, A. Giuffrè, 1970.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (Dir.) et. al. Derecho Penal, Parte General, 2ª. Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

PROCESO PENAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

*FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ**

Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia

Recibido el 26 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. El Código Procesal Penal de Colombia reguló el principio de oportunidad, como excepción al principio de legalidad. Se contempla una serie de causales de aplicación del criterio de oportunidad, pero se hace necesaria una mayor precisión legislativa con relación a las mismas. Por otro lado, se necesita que se sigan pautas uniformes por parte de la Fiscalía con respecto a la aplicación de dichas causales. Hasta el momento han tenido muy poca aplicación, lo que es producto no sólo de la falta de recursos sino de la carencia de una cultura proclive a tal tipo de manifestaciones procesales; por ello, se requiere de diversos correctivos para asegurar que su implantación futura no arrase con los principios de un proceso penal democrático.

PALABRAS CLAVE: principio de legalidad, principio de oportunidad, sistema acusatorio, justicia negociada, testigos de cargos, suspensión del procedimiento a prueba, culpabilidad mínima.

ABSTRACT. The Colombian Code of Criminal Procedure regulated the principles of “discretionality” and of “no crime or punishment without prior law.” It contemplates a series of motives for the application of discretionality, however, a more precise legislation is required. On the other hand, more uniform and even guidelines from the Prosecutor’s Office regarding their application are also

* Profesor de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. Conferencia dictada el día 21 de junio de 2011 en el Seminario Internacional “Los paradigmas del sistema penal oral acusatorio (SPOA) en Colombia”, realizado en la Universidad de Medellín.

required. So far, they have had very little, which is a result, not only from the lack of resources, but from the lack of a culture that is more prone to these procedural type of manifestations; therefore, various correctives are required to ensure that their future implantation does not annihilate the principles of a democratic penal process.

KEY WORDS: no crime or punishment without prior law, discretionality, accusatory system, negotiated justice, prosecuting witness, conditional suspension of prosecution, minimum culpability.

I. INTRODUCCIÓN

Con miras a atender la amable invitación formulada para tomar parte en este Congreso Internacional, al lado de tan connotados expositores, se va a tratar una problemática muy relevante en las recientes reformas procesales –y no solo en las latinoamericanas–, para el caso la atinente al principio de oportunidad.

Así las cosas, en primer lugar, se ubica la discusión a cuyo efecto se muestra el paulatino reemplazo del principio de legalidad por los criterios de oportunidad, de la mano del axioma del consenso de las partes; además, en segundo lugar, se conceptúa el principio de oportunidad en sentido estricto; en tercer lugar, se señalan las características más destacadas de este instituto en el derecho nacional. En cuarto lugar, se exponen las diversas causales de aplicación del mismo con hincapié en las que más dificultades generan; en quinto y último lugar, se plasman algunas conclusiones para la discusión.

II. UBICACIÓN

En las codificaciones procesales penales contemporáneas dos modelos de juzgamiento se disputan la primacía¹⁷³: de un lado, el llamado *sistema adversarial* (*adversary system*) que hunde sus raíces en el antiguo proceso germánico, en cuya virtud “la Fiscalía por un lado y, por otro, el acusado y su defensor llevan el procedimiento como partes enfrentadas aunque con iguales derechos; mientras el

¹⁷³ Véase VELÁSQUEZ: “La justicia negociada”, págs. 14 y ss.

Tribunal participa como espectador de la discusión procesal y finalmente decide, absolviendo o condenando, sobre la imputación de culpabilidad”¹⁷⁴. Este patrón procesal ha abierto las puertas a que opere en muchos casos la figura del *plea bargaining* (negociación sobre la declaración o súplica negociada) o justicia negociada.

De otro lado, se perfila el proceso continental europeo que pese a tener orígenes inquisitivos ha sido penetrado por diversas instituciones propias del sistema acusatorio¹⁷⁵, para dar lugar a un patrón procesal acusatorio formal o mixto, que permite la conjunción del Juez y el Ministerio fiscal mediante funciones compartidas a la hora de acusar y de decidir¹⁷⁶; por eso, al tribunal se le confía la misión de buscar “la verdad material” como era usual en el proceso inquisitorial. Por supuesto, con un modelo como este es impensable reemplazar la potestad probatoria del juez y la determinación judicial de la culpabilidad por el reconocimiento formal de la culpabilidad por parte del acusado, al estilo de la llamada súplica negociada o *plea bargaining*.

En medio de esa disputa de modelos se observa, además, una evidente relación de tensión entre los principios de *legalidad* —también llamado de necesidad o de la obligatoriedad de la acusación, que obliga a la acusación pública a actuar y a intervenir en el proceso para pedir la condena de quien haya cometido cualquier infracción a la ley penal¹⁷⁷— y de *oportunidad*¹⁷⁸ —o potestad reconocida a los organismos encargados de la persecución penal de no proceder o de hacerlo con ciertas limitaciones cuando se tratare de conductas

¹⁷⁴ Véase DE DIEGO DíEZ: *La conformidad*, pág. 13; el mismo, *Justicia criminal*, pág. 23.

¹⁷⁵ Cfr. La denominación como de “acusatorio” o de “inquisitivo” de un determinado modelo no deja de ser una de las cuestiones más polémicas, máxime que como demuestra LANGER (“La dicotomía acusatorio-inquisitivo”, págs. 239 y ss.), es una dicotomía que se desenvuelve por lo menos en seis planos diferentes.

¹⁷⁶ Como dice DE DIEGO DíEZ: *La conformidad*, pág. 14: “El Estado desdobra las funciones acusatorias y decisorias, encomendando las primeras a una institución tomada del proceso inquisitivo: el Ministerio Fiscal sometido al principio de legalidad, y por el amplio margen de intervención *ex officio* del Juez en la incoación del proceso, en la investigación y en la aportación del material probatorio”.

¹⁷⁷ Cfr. MORENO CATENA, en “Prólogo” a DE DIEGO DíEZ: *La conformidad*, pág. 5. Por supuesto, distinto al axioma de oficiosidad (cfr. BOVINO, *Principios*, pág. 3).

¹⁷⁸ Sobre ello, MAIER, *Derecho Procesal Penal*, 1b, págs. 544 y ss.; DE DIEGO DíEZ, *La conformidad*, págs. 16, 202 y ss.; BOVINO, *Principios*, págs. 25 y ss.

presuntamente punibles, en atención a situaciones coyunturales, a las circunstancias que rodean los hechos, o a la potestad negociadora de los sujetos procesales, de tal manera que el proceso penal se vuelve de partes y dispositivo—, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena y el otro animado por las ideas utilitarias propias de las corrientes preventivas.

Por supuesto, este ascenso de los criterios de oportunidad —cuyo origen y evolución se pierde en la noche de los tiempos¹⁷⁹— ha hecho que el *principio de consenso de las partes* —propio del derecho civil— gane terreno, bien porque en el ámbito del proceso penal él se produzca *sobre el rito procedimental* a cuyo efecto se “acepta una forma abreviada o simplificada de juicio, y a la que el legislador le asigna un efecto jurídico-procesal que consistirá en la producción de un resultado alterador del procedimiento, haciéndolo más breve o suprimiendo una etapa procesal o provocando una deflación en el debate del juicio, a través, por ejemplo, de la supresión de la práctica de la prueba”¹⁸⁰, como sucede en los ordenamientos portugués, italiano o español; o bien porque opere *sobre el mérito del proceso sea de índole fáctica o jurídica*, lo cual conlleva disponer sobre el objeto del mismo y, de ese modo, además, sobre la ley penal sustantiva, con lo cual solo queda precisar el contenido de la decisión jurisdiccional que, justamente por ello, deja de ser jurisdiccional para convertirse en un verdadero acto de homologación¹⁸¹.

III. CONCEPTO

Dentro de un sistema procesal penal de corte acusatorio como lo es el colombiano, la norma general es que la acción penal la monopolice el órgano encargado de la persecución penal¹⁸² aunque caben algunas excepciones. Por ello, el codificador sienta a título de postulado general el de legalidad (Arts. 66 y 322 del C. de P. P., 250 inc. 1º de la Const. Pol.) y, por vía de excepción, el principio de

¹⁷⁹ Cfr. MOLINA LÓPEZ: *Principio de oportunidad*, págs. 32 y ss.

¹⁸⁰ FERRETTI, *idem*.

¹⁸¹ FERRETTI, *idem*; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pág. 744.

¹⁸² Véase MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, pág. 445.

oportunidad (véase artículo 66 inc. 2º del C. P. P., en armonía con el inc. 2º del art. 250 de la Const. Pol).

Por supuesto, en dichas normativas se hace referencia al principio de oportunidad en sentido estricto [desarrollado en los arts. 323 y ss. del C. P. P.] no a esta misma construcción académica entendida en una perspectiva amplia¹⁸³, para la cual también serían manifestaciones de ese instituto la suspensión de la persecución penal (arts. 325 y 326), las negociaciones (arts. 348 y ss.) e, incluso, los mecanismos de la conciliación (Art. 518 y ss.) y la mediación (Arts. 523 y ss.).

Por principio de oportunidad en sentido estricto, entiende la ley “...*la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías*” (art. 323 inc. 2º introducido por el art. 1º de la Ley 1312 de nueve de julio 2009). Como puede verse, se trata de un instituto en el cual el ejercicio de los criterios de oportunidad supone un poder negativo en manos de ese ente en cuya virtud suspende, interrumpe o renuncia a la acción penal, sin que ello tenga ningún nexo con el principio dispositivo en sentido estricto, pues no se alude a alguna forma procedimental o al contenido de la pretensión procesal penal aunque, sin duda, sí se da cabida a una manifestación de la privatización de la justicia penal, en la medida en que hay una renuncia expresa a que el juez penal administre justicia penal e imponga la consiguiente sanción.

Así las cosas, el dispositivo en examen puede ser definido de la siguiente manera: es una figura en cuya virtud la Fiscalía General de la Nación por sí misma en los casos expresamente autorizados y con base en precisas directrices propias de la política criminal del Estado en este ámbito, de forma discrecional aunque con control judicial, puede interrumpir, suspender o abstenerse —total o parcialmente— de ejercitar la acción penal, limitarla a ciertas infracciones o personas imputadas, produciéndose el archivo de las diligencias y la correspondiente extinción de la

¹⁸³ El distingo en BOVINO, *Principios*, pág. 30 y ss., 36.

acción penal.

IV. CARACTERÍSTICAS

Del concepto acabado de consignar se infiere que las notas más relevantes de este fenómeno son las siguientes¹⁸⁴:

En primer lugar, se acoge *un sistema reglado*¹⁸⁵, no libre o abierto como el imperante en los Estados Unidos de Norteamérica, pues sólo procede su aplicación cuando se configura una de las dieciséis causales allí previstas —que han de ser claras y precisas para evitar la vaguedad en estos ámbitos¹⁸⁶— y se dan los presupuestos específicos que requiere para cada una de ellas.

Así mismo, en segundo lugar, su aplicación *es competencia exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación*, porque ningún otro ente (piénsese en los jueces, en la Policía, en las víctimas, etc.) puede forzar a aquella a aplicar este principio o la puede reemplazar en el cumplimiento de esa tarea. Además, en tercer lugar, *su ejercicio es discrecional*, pues como producto de la competencia privativa radicada en la Fiscalía General de la Nación, el ejercicio de las tres potestades que se le atribuyen: interrupción, suspensión o abstención en el ejercicio de la acción penal, puede ser adelantado por ella atendidas las valoraciones que haga del caso concreto, desde la perspectiva de la política criminal del Estado y con base en las necesidades propias de la persecución penal. Además, en cuarto lugar, *su ejercicio está sometido a diversos controles*, uno de carácter obligatorio y automático que es de índole judicial y, otro, discrecional a cargo de los intervinientes en la actuación.

De igual forma, en quinto lugar, si se formula imputación hay un término perentorio para decidir la aplicación del mismo, pues el Fiscal tiene treinta días para decidir si lo aplica o no, aunque ello no significa que el mecanismo en examen no pueda ser empleado antes de este momento o después del mismo; también, en

¹⁸⁴ Sobre ello, sent. C-673 de 30 junio 2005; C-738 de 23 julio 2008.

¹⁸⁵ Cfr. sent. C-591 de 2005 y C-673 de 30 junio de 2005; C-095 de catorce febrero 2007; DE DIEGO DÍEZ: *La conformidad*, págs. 214-215; ARMENTA DEU, *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad*; PERDOMO TORRES, *Los principios*, págs. 21 y ss., 58 y ss.

¹⁸⁶ Cfr. sent. C-673 de 30 junio 2005.

sexto lugar, debe decirse que este instituto *no se puede utilizar para provocar la confesión del indiciado o imputado*, como sucede en otros modelos legales. Además, en séptimo lugar, *procede la exclusión, rechazo e inadmisión de los medios de prueba que se refieran a la aplicación del principio*. A lo anterior, en octavo lugar, añádase que este mecanismo *procede tanto para delitos menores como para hechos punibles graves*, a condición de que se cumplan determinadas exigencias.

En noveno lugar, este dispositivo *puede ser empleado en cualquier momento de la actuación con una limitante*, consistente en que ello sólo puede suceder “hasta antes de la audiencia de juzgamiento (sic)” (cfr. Art. 323). Esto último genera algunas dificultades: de un lado, mirada la estructura del proceso adoptada se percibe que el legislador no ha previsto ninguna “audiencia de juzgamiento” que sirva como límite para la aplicación del principio¹⁸⁷; de otro lado, las cosas tampoco son claras si se tiene en cuenta que, una vez iniciado el juicio con la correspondiente formulación de la acusación (Art. 336 y ss.), la competencia para conocer del asunto es asumida por el Juez del Conocimiento con lo cual pierde potestad para actuar el Juez de Control de Garantías [incluso la Fiscalía que, ahora, es una mera parte] que, en principio, es el llamado —recuérdese— a realizar el control de legalidad correspondiente cuando se aplica este dispositivo (art. 327). En otras palabras: el legislador ha creado un peligroso híbrido que desarticula la estructura original del proceso diseñada mediante la Ley 906 de 2004, en cuya virtud el control sobre el empleo del principio de oportunidad es llevado a cabo por el Juez de Control de Garantías también en sede judicial, cuando lo más conveniente hubiera sido otorgarle esa potestad al juez del conocimiento¹⁸⁸.

A lo anterior, añádase, en décimo lugar, que —como norma general— *su empleo no está necesariamente condicionado a la reparación integral del daño causado, al logro de un acuerdo con la víctima o a la presencia de una situación asimilada*; sin embargo, ello sí sucede en las causales 1^a, 7^a, 13^a, 14^a y 16^a. De

¹⁸⁷ Naturalmente, deberá entenderse que se quiso hacer referencia al inicio de la audiencia del juicio oral con el inicio de la audiencia preparatoria que es el momento en el cual comienza como tal el juzgamiento (arts. 366 y ss.). En adelante, pues, cuando la ley hable de la “audiencia de juzgamiento” se debe entender esta expresión en el sentido ya dicho.

¹⁸⁸ No obstante, hay quienes son de opinión contraria. Así, por ejemplo, PERDOMO TORRES: “El principio de oportunidad”, pág. 103.

igual forma, en undécimo lugar, este instrumento *puede ser aplicado de forma individual o colectiva*¹⁸⁹.

También, en duodécimo lugar, *en los casos de abstención en el ejercicio de la persecución penal, una vez en firme el archivo, se extingue la acción penal*. Incluso, en décimo tercer lugar, adviértase, *su aplicación debe ser autorizada por el Fiscal General de la Nación* cuando la pena de prisión máxima prevista en la ley exceda de seis años¹⁹⁰.

Adicional a lo anterior, en decimocuarto lugar, *su empleo no es absoluto cuando se configura alguna de las causales*, como lo prueba el hecho de que se consignen restricciones (por ejemplo, las de los cuatro párrafos del art. 324, las que ilegalmente introduce el Fiscal General mediante resoluciones¹⁹¹ o, en fin, porque además la abstención, interrupción o suspensión en el ejercicio de la acción penal puede ser parcial, limitarse a alguna de las infracciones o a alguno de los imputados, como claramente se infiere del texto del art. 329). También, en decimoquinto lugar, *su aplicación debe responder a las directrices de política criminal impartidas por el Estado*, pues se trata de una figura que es producto de una concepción utilitarista que busca privatizar la justicia con miras a aligerar sus cargas y, por ende, descongestionar los despachos judiciales.

En fin, en decimosexto y último lugar, este instituto *está sometido a una reglamentación muy específica por parte de la Fiscalía General de la Nación*, en cuya virtud este funcionario debe determinar “...de manera general **el procedimiento interno de la entidad** para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley”,

¹⁸⁹ Con ello, obvio es decirlo, se buscaba introducir en la ley un mecanismo que permitiera aplicar el instituto en los casos de la declarada inexecutable causal 17 pensada para los más de 19.000 desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley que, supuestamente, se habían reincorporado a la vida civil.

¹⁹⁰ No obstante, el Fiscal General al expedir la Resolución R-06657 [modificada por la Resolución 0-3884 de 27 julio 2009] decidió asumir personalmente la aplicación del principio en cuatro casos (cfr. art. 1°); por supuesto, esa reglamentación no le posibilita a dicho funcionario variar la competencia en estas materias, máxime si se tiene en cuenta que este tipo de normas son perentorias y de orden público.

¹⁹¹ Recuérdese el ilegal contenido del art. 1° de la Resolución N° 0-6657 de 2004, modificado por el art. 1° de la Resolución 0-3884 de 27 julio 2009. Véase la nota siguiente.

ordenamiento en el cual también se debe “...**desarrollar el plan de política criminal del Estado**” (cfr. art. 330); la necesidad de esta normativa también se desprende del art. 323 inc. 2^o¹⁹².

V. CAUSALES

Mirado el contenido del artículo 324 —adicionado por el art. 40 de la ley 1474 de 2011— se puede concluir que las 17 hipótesis previstas se pueden agrupar por familias, según el criterio del cual se parta: *la menor gravedad del injusto y/o de la culpabilidad* (numerales 1, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15); *la preservación de la seguridad del Estado* (numeral 8); *la colaboración con autoridades extranjeras* (numerales 2 y 3); *la colaboración del imputado con la Administración de Justicia* (numerales 4, 5, 16 y 18); o, en fin, el cumplimiento de las condiciones para suspender el procedimiento a prueba (numeral 7]. No obstante, un estudio detenido de las mismas permite hacer estas precisiones:

En atención a la causal primera, el principio se aplica cuando —a condición de que medie reparación integral de la víctima o se garantice la misma— *la pena privativa de libertad señalada en la Ley para cualquier delito no exceda del máximo de seis años o se tratase de multa*, cosa que también puede acaecer en los casos de

¹⁹² No obstante, como si el Código no hubiese dicho nada, el Fiscal General de la Nación de manera ilegal y caprichosa ha hecho uso de esa competencia para reglamentar “**la aplicación del principio de oportunidad**” modificando, adicionando y complementando la Constitución y la Ley, e incluso ocupándose de la suspensión del procedimiento a prueba para señalar en qué casos procede como si no fuera evidente que se trata de un instituto bien distinto: cfr. art. 5^o; así sucede con la Resolución N° 0-6657 de 2004 ya citada actualizada por la Resolución 0-3884 de 27 julio 2009 [repárese: “Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad (sic)”] que, a ojos vistos, no se ocupa sólo de los dos aspectos ya indicados: “...**el procedimiento interno de la entidad**” y “...**desarrollar el plan de política criminal del Estado**”. También, mediante Resolución 0-6618 de 27 de octubre 2008, el mismo funcionario expidió una normatividad “*Por medio de la cual se reglamenta la aplicación del Principio de Oportunidad para los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, en el marco de las Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 y se adicionan las Resoluciones 0-6657 y 0-6658 de diciembre 30 de 2004*”, en la cual no sólo se disponen los mecanismos internos para la aplicación del principio en esos casos específicos sino que, de manera discutible, decide “suspender el procedimiento a prueba por el término de tres (3) años”, en esos casos algo improcedente pues se trata de dos institutos muy distintos y el Fiscal General no estaba facultado por la ley para adoptar tal determinación.

unidad y pluralidad de conductas típicas, a condición de que en relación con cada una de las infracciones a la ley penal involucradas se reúnan las calidades pertinentes.

Las causales segunda y tercera operan, bien cuando *la persona es entregada en extradición a causa de la misma conducta imputada*, o si ella es *extraditada en virtud de otra conducta distinta a la imputada y la sanción imponible en Colombia carece de importancia comparada con la impuesta en el extranjero*, atendidos los supuestos previstos en la ley, lo que supone en ambos casos la operancia del fenómeno de la extradición pasiva¹⁹³. Además, el texto de la causal tercera añade que la pena grave imponible en el extranjero debe serlo “...**con efectos de cosa juzgada**”, por lo cual la extradición se produce no para juzgar a la persona sino para ejecutar una pena ya impuesta.

También, se prevé una causal de bastante interés y que amerita algunas reflexiones: en efecto, este instituto opera cuando *el imputado o acusado preste colaboración eficaz o suministre información para desarticular bandas de delincuencia organizada*, como se infiere del numeral 4º del art. 324: “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, **colabore eficazmente** para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando **suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada**”. Son, pues, varias las exigencias que demanda el texto: una, que *el imputado o acusado preste colaboración o suministre información eficaces*. La redacción legal prevé una doble modalidad de situaciones que, de configurarse, posibilitan la operancia del mecanismo en estudio: de un lado, la *prestación de una colaboración eficaz* para evitar que un delito se siga ejecutando o para impedir que otros tengan lugar, esto es, el agente debe realizar actos inequívocos y claros con los cuales se cumpla con esos objetivos; y, del otro, *brindar información efectiva para desarticular bandas de criminalidad organizada*, o sea, tiene que tratarse de datos ciertos, concretos, específicos, etc. a partir de los cuales con base en esa tarea de delación sea posible llevar a realidad el combate contra esas formas de criminalidad que, por su especial

¹⁹³ Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 4ª. ed., pág. 322.

gravedad, ponen en juego los bienes jurídicos más caros a una comunidad organizada. Por eso, pues, el legislador califica ambas actividades —la colaboración y la información— como de *eficaces*.

Otra condición: que *ello se lleve a cabo hasta antes de la audiencia de juzgamiento*, esto es, según ya se dijo hasta antes del inicio de la audiencia del juicio oral que es, propiamente, la que marca ese momento.

Y, otra exigencia más: *esta causal opera en especial cuando se tratare de ciertos delitos*: “tráfico de estupefacientes y otras infracciones” plasmadas en el Título XIII del C. P., esto es, el Título Segundo que se denomina así (arts. 375 a 385 C. P.), terrorismo (arts. 144, 343 y 344 C. P.), financiación del terrorismo (art. 345 C. P.), con la excepción de quienes cumplan tareas de dirección al interior de esas actividades punibles, según se ha dispuesto allí (cfr. párrafo 1º del art. 324).

Así mismo, opera el instituto en estudio cuando *el imputado o acusado sirva como testigo de cargos*. Se trata, sin duda, de otro evento en el cual la aplicación del principio de oportunidad está destinada a librar un combate frontal contra las formas de delincuencia más graves, para el caso cuando el imputado o acusado presta su colaboración como testigo en contra de los demás procesados, sea que obre con inmunidad absoluta o parcial. Así se infiere del tenor literal respectivo: “5. Cuando **el imputado o acusado**, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, **se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados**, bajo inmunidad total o parcial”. Para que opere esta causal deben cumplirse los siguientes requisitos:

Uno, que *el imputado o acusado se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados*. A no dudarlo, se trata de eventos en los cuales se presenta una realización mancomunada de una conducta punible, como se infiere de la utilización de la expresión “...**demás procesados**” que aparece en el inc. 1º; en otras palabras: se ampara con este instituto propio de una justicia penal utilitarista a quien se comprometa a delatar e incriminar a sus demás compañeros de actividad criminal.

Otro: *que ello se lleve a cabo hasta antes de la audiencia de juzgamiento*, esto es, desde el inicio de la actuación hasta el inicio de la Audiencia del juicio oral

(cfr. art. 366 y ss.). Además, a título de exigencia complementaria el amparado debe *cumplir con lo prometido*, por lo cual los efectos derivados del beneficio — como lo dice la propia ley— quedan deferidos hasta el instante en que el imputado o acusado cumpla con su promesa. En otras palabras: se trata de un evento condicionado de aplicación del principio de oportunidad, pues sus consecuencias quedan en suspenso hasta que el agente actúe como testigo de cargo en contra de los demás procesados: “En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad **quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar**. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio” (véase incisos 2º y 3º).

También, se requiere que *el imputado o acusado actúe con “inmunidad total o parcial”*, con tales expresiones no precisadas en la ley se ampara con el beneficio al imputado o acusado que se comprometa declarar contra los demás procesados eximiéndolo total o parcialmente de la persecución penal, de tal manera que como recompensa por esa prestación se le pueda extinguir la acción penal por todos o por alguno o algunos de los comportamientos criminales que se le atribuyan; no otro es el alcance de la expresión “inmunidad” que, en lengua castellana, es sinónima de exención, dispensa, indemnidad o exoneración. Por supuesto, no está bien que en tratándose de una materia tan trascendental, la ley haya sido tan parca a la hora de prever este instituto.

Para terminar, lo mismo que en la causal cuarta, esta sólo opera *en especial cuando se trata de ciertos delitos*, los mismos que ya se han citado.

Otra hipótesis que no es del todo precisa es la sexta, en cuya virtud se aplica el principio de oportunidad a quien en *los delitos culposos, a causa de la conducta, haya sufrido daño grave*: “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, **haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción**”. Por supuesto, son razones de humanidad o de índole utilitaria las que inspiran la utilización del principio en estos casos y el Fiscal, acorde con los axiomas de proporcionalidad (en su variante de la necesidad) y de humanidad, está

obligado a hacer las valoraciones y/o juicios de ponderación que se requieran (Cfr. C. P., art. 3º); además, es bueno recordar que la ley penal sustantiva prevé una hipótesis similar a la examinada en el art. 34 inc. 2º. Desde luego, hubiera sido prudente que la aplicación del principio de oportunidad —como también sucede en el derecho procesal penal hondureño— hubiere sido prevista cuando las consecuencias de la conducta punible culposa alcancen a los parientes o allegados de que habla la ley sustantiva [piénsese, a título de ejemplo, en el caso del conductor que al reversar el vehículo da muerte al hijo de su mujer habido en una relación anterior]; es más, si esta última contempla la posibilidad de prescindir de pena en estos casos, no se ve razón alguna para que en aplicación del principio de oportunidad ello se pueda también hacer en estos casos.

Por supuesto, el improvisado legislador —seducido por los grandes listados que sólo logran impedir la operancia de los institutos— dedica también en el numeral 11 una hipótesis más a los delitos culposos al emplear una imprecisa, vaga, e inapropiada construcción gramatical que mucho desdice de la buena técnica legislativa y del manejo de los principios de la dogmática jurídico-penal: *“Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, (sic) que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social”*.

En efecto, de un lado, afirmar que los factores determinantes de la conducta son los llamados a “calificarla”, no deja de ser un yerro mayúsculo desde la perspectiva de las más elementales nociones de la teoría del conocimiento, máxime que los seres humanos son los únicos indicados para emitir juicios de valor y no los conceptos; es más, de otro lado, tampoco es fácil precisar los alcances de la expresión “mermada significación jurídica y social”¹⁹⁴, que parece hacer referencia al carácter irrelevante del comportamiento culposo en cuestión cuando se le mira desde las ópticas del derecho y de la sociología sin que parezca del todo acertado reducirlo sólo a los llamados delitos de bagatela¹⁹⁵. De todas maneras, está claro que para poder precisar este último concepto es necesario emitir un juicio de valor objetivo, ponderado, en cuya virtud en cada caso concreto

¹⁹⁴ Por ello, originó una acción de inexequibilidad que se desató mediante sent. C-095 de catorce febrero 2007.

¹⁹⁵ Cfr. Sent. C-095 de catorce febrero 2007.

el Fiscal y el Juez de Control de Garantías puedan señalar los alcances del comportamiento atendidas las pautas jurídicas y sociológicas que el texto legal reclama¹⁹⁶.

Otra causal que genera algunas dificultades es la séptima, cuando se tratare de *los casos de suspensión del procedimiento a prueba* (cfr. arts. 325 y ss.), en cuya virtud este último instrumento termina supeditado al primero y sin una impronta propia e independiente que impide su mejor empleo. Bien valdría la pena, pues, en plan de hacer más ágil la aplicación de ambas figuras, introducir una modificación legal para que la suspensión del procedimiento a prueba —como sucede en otras legislaciones— pueda ser concedida a delincuencias menores, en la medida en que ella está dirigida a reducir la actividad procesal y a otorgar una salida alternativa a la sanción penal; pues, como se ha dicho, con este instrumento se busca privilegiar “la situación del imputado, satisfacer los intereses de la víctima, posibilitar la aplicación de medidas preventivo-especiales y, por último, reducir la carga de trabajo de la justicia penal”¹⁹⁷.

Fuera de las hipótesis mencionadas llama la atención la señalada en el numeral 8º que opera *cuando el procedimiento comporte grave riesgo para la seguridad del Estado*, sin que la jurisprudencia logre precisar del todo sus alcances¹⁹⁸ y que, por ahora, queda reducida a una mera declaración de buena voluntad legislativa con efectos simbólicos.

El numeral 9 del art. 324 se destina a *los atentados punibles contra la Administración pública o la eficaz y recta impartición de Justicia poco significativos, cuando se haya producido reproche institucional y sanción disciplinaria*, cuyos alcances trata de precisar la jurisprudencia¹⁹⁹, luego de advertir que también los particulares pueden realizar los comportamientos mencionados en la causal porque ellos pueden infringir esos “deberes funcionales” (cfr. art. 123 Const. Pol.)²⁰⁰.

Otra posibilidad de acudir al postulado en examen se presenta en *los*

¹⁹⁶ Sobre ello, Sent. C-095 de catorce febrero 2007.

¹⁹⁷ Cfr. BOVINO/HURTADO: “Principio de oportunidad y proceso”, cit. pág. 7.

¹⁹⁸ Cfr. Sent. C-095 de catorce febrero 2007.

¹⁹⁹ Cfr. sents. C-988 de 29 noviembre 2006.

²⁰⁰ Sobre ello, sents. C-252 de 25 marzo 2003; C-507 de seis julio 2006.

atentados patrimoniales cuando el objeto material se encuentre en alto grado de deterioro, como dice el numeral 10 del art. 324, situación que responde al principio de necesidad de intervención y, por ende, a un derecho penal mínimo, pues propende por la no punición de delitos que pueden ser calificados como insignificantes²⁰¹.

Como se desprende de la redacción legal es indispensable que el objeto material sobre el cual recae la conducta respectiva haya sufrido un daño, estropeo o deterioro (aspecto objetivo), el cual se debe mirar desde la perspectiva del titular del bien jurídico protegido —no desde el ángulo del “titular” del objeto como, de forma antitécnica, lo sugiere la indebida redacción de la norma— que, como se recordará, es el patrimonio económico (requisito subjetivo); ello, obvio es decirlo, obliga al administrador de Justicia a emitir un juicio de valor objetivo, ponderado, de cara a determinar en cada caso concreto el concepto “alto grado de deterioro” con base en los dos baremos indicados²⁰². De igual forma, atendidas las dos condiciones anteriores es indispensable que ese deterioro del objeto material que se debe mirar desde la perspectiva del titular del bien jurídico comporte no sólo una persecución penal más onerosa sino un reducido y/o aleatorio beneficio para el titular del bien jurídico; son, pues, también razones utilitarias las que mueven al legislador a exigir esta condición, como también lo reconoce la jurisprudencia²⁰³.

El numeral 12 señala como hipótesis la atinente a *los casos de culpabilidad mínima*, que también está animada por la filosofía utilitarista en cuya virtud se pretende que la sanción penal sólo alcance a aquellos comportamientos punibles que, por su trascendencia para los bienes jurídicos que aseguren la convivencia, así lo ameriten. Desde luego, a poco mirar el texto se observa una antitécnica redundancia que desdice mucho de la formación dogmática de los redactores, pues se habla del “juicio de reproche de culpabilidad” cuando hubiera bastado con decir “juicio de reproche” o, a secas” “juicio de culpabilidad”, con lo cual quedaba

²⁰¹ La Corte Constitucional, de forma cuestionable, la ha reducido sólo a los delitos “bagatela”: «El numeral acusado consagra una causal de aplicación del principio de oportunidad penal que opera en circunstancias que podrían catalogarse como una modalidad de los llamados “delitos bagatela”» (Cfr. sent. C-095 de catorce febrero 2007).

²⁰² Sent. C-095 de catorce de febrero 2007.

²⁰³ Sent. C-095 de catorce de febrero 2007.

claro que se hacía alusión a aquellos eventos en los cuales hay un menor grado de reproche o de exigibilidad de la conducta acorde con el llamado principio de culpabilidad²⁰⁴.

En la misma línea, el numeral 13 se dispone que se aplica el instrumento en estudio en *casos de mínima afectación a bienes jurídicos colectivos* que, sin duda, es otra manifestación de los dictados de un derecho penal mínimo, de garantías, en cuya virtud no se punen comportamientos punibles intrascendentes, irrelevantes, cuando se piensa en el bien jurídico, para el caso de carácter colectivo. Por supuesto, desde una perspectiva estrictamente dogmática esta hipótesis presupone la contemplada en el numeral 12 acabada de examinar, con la diferencia de que aquí se hace alusión a la menor gravedad del injusto y en aquella sede al menor grado de culpabilidad, ambos criterios manifestaciones de los principios de culpabilidad y lesividad. Esta causal, añádase, obliga a precisar el concepto de “reparación integral” —expresión que es utilizada en el art. 11c) del C. de P. P. en el Título preliminar— que en épocas recientes también comprende los llamados “derechos no pecuniarios”, de tal manera que brillen la justicia, la verdad y la reparación propiamente dicha²⁰⁵.

Además, el numeral 14 señala que el principio en examen se aplica *cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos*, cuyo carácter impreciso y gaseoso es inocultable²⁰⁶. Sin duda, la introducción de esta figura en la ley se justifica en la medida en que —de nuevo— el legislador

²⁰⁴ Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 4ª. ed., págs. 128 y ss.

²⁰⁵ Sobre ello, cfr. sent. C-409 de 17 junio 2009; C-228 de tres abril 2002 y C-899 de siete octubre 2003. Estas decisiones, es bueno recordarlo, se han pronunciado a la par de los planteos hechos en esta materia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos asuntos: casos Velásquez Rodríguez [fundamento 166], en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>], sent. del 29 julio 1988; Barrios Altos [fundamentos 43 y 47: Cfr. <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>], sent. de catorce marzo 2001; Masacres de Ituango Vs. Colombia (Fundamento 347) de primero julio 2006 [cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf]; González y otros (“Campo algodónero”) Vs. México [Fundamento 450], de 19 noviembre 2009 [cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp1.pdf]], decisiones en las cuales ese organismo afirma que son contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas sus derechos a la verdad y a la justicia.

²⁰⁶ No obstante, mediante sent. C-095 de catorce de febrero 2007 la Corte Constitucional declaró el numeral correspondiente ajustado a la Carta Fundamental.

quiere propalar un derecho penal mínimo, de garantías, afincado en postulados como los de necesidad de intervención, proporcionalidad y lesividad, entre otros²⁰⁷. Ahora bien, por “problemas sociales más significativos” debe entenderse aquellos en los cuales, en el caso concreto, el accionar de la justicia penal antes que contribuir a la armonía social genera graves dificultades en el entorno que en nada contribuyen al sosiego y la tranquilidad ciudadanas²⁰⁸.

Además, adviértase, gracias a consideraciones propias de la política criminal, el legislador quiere que esta causal no ampare a ciertas personas, para el caso los llamados “jefes”, “promotores” o “financiadores” del delito; esto es, se hace alusión a aquellas personas que en el campo del concurso de personas en el delito (cfr. arts. 28 a 30) cumplen tareas como las de dirección de los grupos criminales (un jefe, bien puede ser un autor con dominio funcional del hecho), promoción o fomento de las actividades criminales (como puede suceder con un determinador o instigador), o apoyo económico a la realización de las mismas (que bien pueden ser calificadas como de complicidad) [cfr. inc. 2º de la causal introducido mediante la Ley 1312 de 2009]²⁰⁹.

Naturalmente, mirado el texto del inciso 2º del numeral llama la atención la forma antitécnica como el legislador lo confecciona, pues de la misma se infiere que “Quedan excluidos en todo caso...*organizaciones...del delito*”; por supuesto, es increíble que si la Constitución no tolera el juzgamiento de las personas jurídicas y/o los entes colectivos, aquí se excluyan las “organizaciones” como para dar a entender que ellas sí pueden ser sujetos pasibles de responsabilidad penal. En fin, de nuevo un legislador desorientado introduce conceptos sin precisar sus alcances y sin un

²⁰⁷ Cfr. sent. C-095 de catorce de febrero 2007.

²⁰⁸ Sent. C-095 de catorce febrero 2007.

²⁰⁹ La constitucionalidad de disposiciones que contienen restricciones como esta, ha sido afirmada por la jurisprudencia cuando —al resolver una demanda contra el parágrafo 1º del original art. 324, que remitía al antiguo numeral 15—, expresó: “...la Corte estima que de la Constitución Política no emana una premisa según la cual el mayor grado de responsabilidad tenga que ser, en todos los casos, un factor determinante de la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad penal. Al respecto obra la libertad de configuración del legislador, que puede consagrar distintas excepciones para la aplicación del principio de oportunidad penal, teniendo en cuenta la diversidad de supuestos de hecho a que se refieren cada una de las causales de aplicación de dicho principio” (sent. C-095 de catorce febrero 2007)

adecuado manejo de las categorías dogmáticas.

Adicional a lo anterior el numeral 15 se ocupa de las conductas que se realicen *con exceso en una causal de justificación*, para el caso las situaciones previstas en los numerales 3º a 7º del art. 32 del C. P.²¹⁰. Se trata, desde luego, de personas que al realizar una conducta típica desbordan las exigencias legales en virtud de las que pueden, en principio, invocar la justificante; en otras palabras: cuando el agente, encontrándose en un comienzo dentro de los linderos propios de una de las justas causas contempladas en los susodichos numerales del art. 32, se extralimita, automáticamente pierde el derecho a ampararse en ellas, y la conducta realizada es antijurídica y culpable, a no ser que, en este último caso, concorra otra eximente de responsabilidad²¹¹.

El exceso, obsérvese, se debe determinar a partir de los requisitos expuestos para cada una de las eximentes teniendo en cuenta, además, la doble naturaleza de algunas concebidas al mismo tiempo como causales de atipicidad y de justificación, o como justificantes y de inculpabilidad. Naturalmente, lo novedoso es que esta figura —atendido el hecho de que es una mera atenuante de la punibilidad según acaba de explicarse— pueda conducir a que la Fiscalía, en uso del principio de oportunidad, pueda abstenerse de iniciar la persecución penal o de hacer cesar la ya iniciada, con las consecuencias que ello conlleva.

También requiere la ley que *la desproporción signifique un menor valor jurídico y social*. Obviamente, si en el caso concreto se configura un exceso es porque la “desproporción” —expresión a todas luces antitécnica—, entiéndase, la ausencia de los elementos que en un comienzo de la actuación dan lugar a la causal, es de menor valor jurídico y social. En otras palabras, el legislador significa —y ello es redundante e innecesario— que debe haber un menor desvalor de la acción y del resultado que se traduce en un más reducido grado de injusto y, por

²¹⁰ Este texto, introducido por el art. 2º de la Ley 1312 de 2009, es diferente al que contenía el numeral 17 del art. 324 original: “Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa” que sólo se refería, dada la redacción, al exceso culposo.

²¹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de seis agosto 2003, radicado: 12588.

ende, de culpabilidad.

Así mismo, la exigencia según la cual *la condición anterior sea explicable en el ámbito de la culpabilidad* también es redundante cuando no antitécnica, pues si el exceso supone un menor grado de injusto se tratará de un asunto comprensible en la antijuridicidad.

Para terminar, la causal 16²¹², a diferencia de las anteriores, tiene como destinatarios específicos a aquellas personas a quienes se les atribuya la comisión de la conducta de testaferrato²¹³, esto es, de una persona que preste su nombre para adquirir o poseer bienes con dineros provenientes de actividades ilícitas como el tráfico de drogas, el secuestro, la extorsión, o del accionar de grupos armados al margen de la ley. No obstante, adviértase, el numeral en comento acude a una denominación más general cuando se trata de precisar las actividades a las cuales se debe concurrir en calidad de testaferro, dado que se refiere a *“bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico”*, con lo cual quedan por fuera delitos como la extorsión, el secuestro y conexos, cuando no sean realizados por grupos organizados al margen de la ley; además, se debe establecer con toda claridad que en el último evento se está en frente de un “grupo organizado al margen de la ley”. Para decirlo en otras palabras: hubiera sido mejor que el legislador procesal se remitiera, de manera expresa, a figuras penales concretas como las de los arts. 326, 340 y ss. y así se habría ganado en precisión y claridad.

Una advertencia para culminar: para aplicar esta causal se requiere *que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización*, pues de forma muy parecida a como sucede con la causal anterior existe prohibición expresa de aplicar el principio de oportunidad para las personas que cumplan cualquiera de las tareas indicadas: jefe,

²¹² Ella tiene precedentes en el art. 13 inciso final del Decreto 4760, reglamentario de la Ley 975 de 2005 que —de forma ilegal y abusiva por supuesto— decidió introducir el principio de oportunidad en estos casos sin competencia legal y constitucional para ello; también, sucedió algo similar en el art. 14 del D. 3391 de 29 septiembre 2006, con los mismos vicios del anterior, en plan de reglamentar la Ley 975 de 2005, en sus incisos 4º y 5º.

²¹³ Cfr. PERDOMO TORRES, “El principio de oportunidad”, págs. 125 y ss.

cabecilla, determinador, organizador, promotor o director de la respectiva organización criminal.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

De lo dicho hasta ahora se pueden extraer algunas consideraciones para la discusión.

Sin duda, en primer lugar, es importante que la legislación procesal haya dado cabida al instituto que se conoce como principio de oportunidad (tanto en sentido estricto como en sentido amplio, no sin algunas dificultades constitucionales en tratándose de las negociaciones), pero debe recordarse que él ya existía en el ordenamiento jurídico aunque no con la fuerza que ahora posee²¹⁴; ello pone a la nueva normatividad a tono con la discusión contemporánea.

En segundo lugar, sería importante redactar de mejor manera los textos legales en esta materia y replantear los presupuestos para la aplicación del principio de oportunidad en sentido estricto, esto sin descartar una nueva reglamentación por parte del Fiscal General que —sin violar el ordenamiento— cumpla con las disposiciones legales, de tal manera que los dispositivos adoptados sean más ágiles y menos tediosos.

También, en tercer lugar, es aconsejable preparar y capacitar al interior de la Fiscalía fiscales que puedan conocer de la aplicación del principio de oportunidad, de tal manera que esta labor se gobierne por unas pautas uniformes que permitan medir con raseros semejantes los diversos casos de la vida real, amén de darle verdadera altura dogmática y político-criminal a tan importante instituto que —en contra de lo que a veces se cree— no puede quedar librado al empirismo y a la intuición de los administradores de justicia, sino que se tiene que convertir en un ejercicio idóneo, pulcro y técnico de la actividad punitiva del Estado.

²¹⁴ Cfr. MOLINA LÓPEZ: *Principio de oportunidad*, págs. 99 y ss.

En cuarto lugar, sorprende la escasa aplicación del principio de oportunidad —apenas se aplica en el 0.8% de los casos que se califican como “salidas”²¹⁵— lo que es producto no sólo de la falta de recursos sino de la carencia de una cultura proclive a tal tipo de manifestaciones procesales; por ello, se requiere de diversos correctivos para asegurar que su implantación futura no arrase con los principios de un proceso penal democrático.

Así mismo, en quinto lugar, debe decirse que esta materia pasa no sólo por la puesta en marcha de las transformaciones legislativas sino por el diseño de verdaderas políticas criminales que suponen, obvio es decirlo, un verdadero compromiso por parte de los órganos que lideran todo el sistema penal y por quienes detentan el poder político, para que tan importante asunto no termine convertido en una burda mentira, en una falacia, como ya ha sucedido en otros países de nuestro margen planetario²¹⁶ dando, de paso, al traste con la resolución de los conflictos por vías alternas al enjuiciamiento a través de mecanismos como el que se examina.

En sexto lugar, si bien es cierto que existe una tensión entre los principios de legalidad y de oportunidad también lo es que en esta materia el legislador debería ir animado por la filosofía que trasunta el dicho popular: “ni tanto que quemé al santo ni tan poco que no lo alumbre”; en otras palabras: ni tanto que acabe con el principio de legalidad, ni tan poco que no le dé cabida a la idea de oportunidad. Hay que combinar, sabiamente, los dos axiomas pues como señala HASSEMER, debe haber “tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario”²¹⁷.

VII. BIBLIOGRAFÍA

²¹⁵ Véase *Balance de los primeros cinco años*, pág. 44; así lo reconoce el propio Fiscal General en su *Informe de Gestión 2009-2010* (pág. 62), donde afirma que su aplicación no llega al 1% de los casos. Sin embargo, si se tiene en cuenta que entre 2005 y 2009 entraron al sistema 2.129.990 noticias criminales y sólo 7.795 casos se resolvieron aplicando el principio de oportunidad (el dato en *Balance*, idem, pág. 44), esto significa que sólo en el 0.36% de los mismos tuvo operancia.

²¹⁶ Así, por ejemplo, en Honduras. Cfr. CUÉLLAR CRUZ/CERRATO, “La experiencia hondureña”, pág. 7.

²¹⁷ HASSEMER, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, cit. pág. 7.

ANITUA, GABRIEL I./BORINSKY, MARIANO H.: “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos”, en: Edmundo S. Hendler (Director), *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires, Ed. Ad - Hoc, 1999.

ANITUA, GABRIEL IGNACIO: “La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas”, en <http://www.catedrahendler.org/doctrina.php> (fecha de la consulta: 21 de julio 2009).

ARMENTA DEU, TERESA, *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1991.

BARONA VILAR, SILVIA: *La Conformidad en el Proceso Penal*, Valencia, Ediciones Tirant lo Blanch, 1994.

___ “La conformidad en el proceso penal”, en JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER/JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC: *La Reforma de la Justicia Penal: Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castellón, Universidad Jaume I Colección de estudios N° 2, 1997, págs. 285 y ss.

BAZZANI MONTOYA, DARÍO: “La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad”, en *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura/Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004, págs. 233 y ss.

BOVINO, ALBERTO: “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 12, N° 18, San José, 2000, en <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2018/bovino18.htm>

BOVINO, ALBERTO/HURTADO CHRISTIAN: “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de Política Criminal”, en <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0122.pdf>

BOVINO, ALBERTO: *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1ª reimpresión, 2009.

CESANO, JOSÉ DANIEL: “De la crítica a la Cárcel a la crítica de las alternativas” en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, págs. 863 y ss.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA: *Observatorio ciudadano del sistema penal acusatorio –CEJOSPA*, Una iniciativa de la Corporación Excelencia en la Justicia –CEJ- para tomarle el pulso al sistema procesal penal colombiano”, Bogotá, noviembre de 2006.

_____: *Observatorio Ciudadano del sistema penal acusatorio*, CEJOSPA: *Boletín No. 2* — Junio de 2007 — Informe sobre los 2 años de implementación del Sistema, en http://www.eleccionvisible.com/doc/fgn_doc_int/CEJOSPA_02.pdf., fecha de la consulta: 26 de julio de 2009. Fecha de la consulta: 26 de julio de 2009.

_____: Primer Informe, octubre de 2008, en <http://www.fiu.edu.co/fiu/TDR/Anexo%20TORS%20Monitoreo.pdf> (fecha de la consulta 22 de julio 2009).

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA/EMBAJADA BRITÁNICA: _____: *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, Bogotá, Editorial Kimpres Ltda., 2011.

CUÉLLAR CRUZ, RIGOBERTO/CERRATO, CELESTE AÍDA: “La experiencia hondureña en el marco de la vigencia anticipada del nuevo Código Procesal Penal”, en http://www.centrointeramericano.org/pdf/tut_04.pdf

DE DIEGO DíEZ, LUIS ALFREDO: *Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

_____: *La conformidad del acusado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

DEL RÍO FERRETTI, CARLOS: “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Nº 1, abril de 2008, Santiago, 2008, págs. 157-182.

FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y Razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995.

FISCAL GENERAL: *Informe de gestión 2007-2008*, en <http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/archivos/InformedeGestion/infgesfis07-08.pdf>. Fecha de la consulta: 22 de julio 2009.

_____: *Informe de rendición de cuentas 2008-2009*, en http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/archivos/RendiciondeCuenta/informe_de_gestion_2009_final.pdf (fecha de consulta: 22 de julio 2009).

_____: *Informe de gestión 2009-2010, Agosto 2009-Noviembre 2010*, en <http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/archivos/InformedeGestion/infogestion2009-2010.pdf>. Fecha de la consulta: siete de junio 2011.

FLORIAN, EUGENIO: *Elementos de derecho procesal penal*, trad. de Luis Prieto

Castro, Barcelona, Bosch Casa Editorial, s/f

GALLARDO, RAÚL: “el principio de oportunidad y el decreto reglamentario 4760 de 2005 de la ley de justicia y paz”, en http://www.urosario.edu.co/FASE1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transicional/principio_oportunidad.pdf

GARZÓN MARÍN, ALEJANDRO/LONDOÑO AYALA, CESAR AUGUSTO: *Principio de oportunidad*, Bogotá D. C. Ediciones Nueva Jurídica, 2006.

GÉLVEZ, FERNANDO OMAR/MIQUELARENA, JORGE LUIS: “principio de legalidad versus principio de oportunidad. Un aporte a la futura reforma del sistema penal”, en http://www.robertexto.com/archivo5/legalidad_vs_oportunidad.htm

GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO: “El principio de oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia. Concepto y Evolución del Principio de Oportunidad” [online]. Disponible en la página Web: <http://www.menschenrechte.org/beitraege/lateinamerika/oportunidad.htm>

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL: “el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, en *Ciencias penales, Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, julio 1993, año 5, N° 7. También: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/tematico/tematico1.htm>

GÖSSEL, KARL HEINZ: “Reflexiones sobre la importancia del principio de legalidad en el procedimiento penal del Estado de Derecho”, trad. de Katrin Lemberg, en *NFP* N° 23, Bogotá, Temis, 1984, págs. 5 y ss.

HASSEMER, WINFRIED: “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, trad. M. A. Cobos Gómez de Linares, en *Jueces para la Democracia* N° 4, 1988, Madrid, Unigraf S. A., 1988, págs. 8 y ss.; en

<http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2004%20septiembre%201988.pdf>
También; en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica*, Septiembre de 1995, año 7, N° 10, trad. de Alfredo Chirino.

HONISCH, PAULA/POCHACK, ANDREA: “Démosle una oportunidad al principio de oportunidad”, en *CDJP*, año V, núm. 9B, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, págs. 303 y ss.

HUMAN RIGHTS WATCH: “Recomendaciones de Human Rights Watch sobre el Decreto Reglamentario de la Ley 975 de 2005”, en <http://www.hrw.org/spanish/informes/2005/colombia1005/recomendaciones103105.htm>

LANGBEIN, JOHN: “sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio por jurados”, trad. de Alberto Bovino y Christian Courtis, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996, págs. 45 y ss.; también en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/35lan.pdf> (fecha de la consulta: 21 de julio 2009).

LANGER, MÁXIMO: “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en Edmundo S. Hendler: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, págs. 239 y ss.

LYNCH, GERARD E.: “Plea Bargaining: el sistema no contradictorio de justicia PENAL en Estados Unidos” en *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, págs. 293 y ss.

MAIER, JULIO B. J.: *Derecho Procesal Penal Argentino 1b Fundamentos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

MANGIAFICO, DAVID G.: "Figuras acercadas a la aplicación de: criterios de oportunidad en el proceso penal", en www.carlosparma.com.ar/cp_d_pp_04.pdf (2002).

MOLINA LÓPEZ, RICARDO: *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2010.

MUÑOZ NEIRA, ORLANDO: *sistema penal acusatorio de estados Unidos*, Bogotá, Legis, 2006.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS: Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp46_sp.htm; fecha de la consulta: 21 de julio 2009.

ORTIZ ÚRCULO, JUAN CESAREO: "el principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites", en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL75.pdf>

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO: *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico-penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. *Plan Colombia: plan para la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado*, En: http://www.analitica.com/va/hispanica/colombia_paz/4527677.asp, fecha de la consulta: 25 de julio 2009.

ROXIN, CLAU: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2000.

SALAS, CHRISTIAN: “El principio de oportunidad en el Perú”. Disponible en Web: http://www.ofdnews.com/comentarios/899_0_1_0_C

SANTANA VEGA, DULCE MARÍA: “Principio de oportunidad y sistema penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Mayo-Agosto de 1994, pág. 105 y ss.

VÁSQUEZ ROSSI, JORGE EDUARDO: *Derecho procesal penal*, t. I, Conceptos generales, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1995.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica COMLIBROS, 2009.

_____: “La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema”, en Fernando Velásquez V. (Coordinador): *Sistema Penal Acusatorio y Nuevos Retos*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010, págs. 13 y ss.

_____: “Principio de oportunidad vs. principio de legalidad. A propósito de la reforma procesal penal”, en *Revista de Derecho Procesal penal 2007-2: la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal - 1ª edición*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, págs. 223 y ss.

LA INFLUENCIA DEL SUMARIO O EXPEDIENTE DE FASE PREPARATORIA EN EL JUICIO Y LA SENTENCIA EN CUBA. LOS DESTINOS DEL JUICIO ORAL EN LOS TIEMPOS ACTUALES.²¹⁸

DANILO RIVERO GARCÍA

Profesor Titular de la Universidad de la Habana²¹⁹

Recibido el 18 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. El sumario o expediente de fase preparatoria sigue teniendo una influencia en Cuba en el juicio oral y en la sentencia. Uno de los problemas es la lectura que hacen los jueces de la investigación. Es frecuente que se confronte al testigo con las declaraciones que dio en la fase sumarial o que se le indique simplemente si ratifica lo dicho en la fase investigativa. De lege ferenda los jueces deben estar menos comprometidos con la acusación y debe restarse la importancia que tiene el sumario en el dictado de la sentencia. Esto es importante tomarlo en cuenta en el proceso de reforma procesal que está siendo impulsado en Cuba.

PALABRAS CLAVES: fase preparatoria, juicio oral, prueba, sentencia, tribunal.

²¹⁸ Versión de las palabras pronunciadas por el profesor Danilo Rivero en la apertura del Taller Nacional sobre el Juicio Oral y Pena, celebrado en la Casa del Abogado con sede en La Habana, Cuba, los días 28 y 29 de mayo de 2011.

²¹⁹ Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana, Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal, ex Magistrado del Tribunal Supremo de la República de Cuba.

ABSTRACT: In Cuba, the criminal dossier or record of the criminal proceedings still has an influence on the trial and sentencing. One of the problems is when the judges do their reading. Often the witness is confronted with the statements given in the proceedings phase or it is simply prompted whether to ratify the statement given on the investigative phase. The judges, *lege ferenda*, should be less faithful to the charges and the criminal proceedings' importance should be withdrawn from the sentencing. This is important to take into account in the procedural reform process that is being encouraged in Cuba.

KEY WORDS: criminal proceedings, trial, oral debate, evidence, sentence, tribunal.

El tema del juicio oral y público, forma parte de la cultura jurídica del ciudadano cubano. El privilegio de haber recibido la monumental Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 (LECrim), que comenzó a regir en la Isla en 1889, nos permite afirmar, que dicha forma de solución de los conflictos penales, está presente en el ordenamiento procesal patrio hace más de 120 años; lo que nos distingue de la mayor parte de los países hermanos de nuestra región latinoamericana.

A continuación hago breve alusión a dos temas cardinales sobre la invocada materia: El primero, data del mismo origen de la citada LECrim, y resulta enunciado en su Exposición de motivos; lo constituye, ***la influencia del sumario o expediente de fase preparatoria en el juicio oral y la sentencia***, como regla, en sentido adverso al acusado. El otro, versa sobre ***los destinos del juicio oral en los tiempos actuales***.

Las formulaciones del juicio oral en las leyes procesales del periodo

revolucionario; ley de 1973²²⁰ y la de 1977²²¹ vigente (LPP), en lo esencial son las mismas de la ley española.

De acuerdo con la estructura de nuestro modelo de enjuiciamiento, existen dos grandes etapas –no las únicas- para el conocimiento de los casos penales. La primera –fase investigativa-; estimada apta para fundar la sospecha sobre un presunto hecho delictivo y su responsable, pero no idónea para el descubrimiento de la verdad –lo que constituye la meta del proceso-. La segunda –el juicio oral- considerada capaz para la obtención de la señalada finalidad.

La fase de instrucción se lleva a cabo con una notable desigualdad entre las atribuciones de los órganos de persecución del delito y las posibilidades defensivas del acusado y su Abogado; como regla a espaldas de estos. En la del debate existe cierta paridad, no exacta igualdad, entre la acusación y defensa.

El fácil distingo de etapas y sus funciones, **que debiera ser**, partiendo de la idea esencial, que las pruebas se producen originariamente en el juicio oral; y constituyen la “exclusiva base de la sentencia”; **en la realidad no lo es**. El sumario o expediente de fase preparatoria, como la sombra que sigue al cuerpo, esta presente en el juicio o debate y tiene una influencia decisiva en la sentencia. Aun cuando los jueces pongan lo mejor de sí en evitación de este nocivo efecto.

Es de todos conocidos, que las facultades del Defensor durante la fase de averiguación, por razones históricas, han sido reguladas en la LPP muy débilmente y de manera asistemática; incluso, puede el Letrado no estar presente durante todo su decurso. Tampoco tiene potestad el Abogado, para acompañar al acusado en el momento de la intimación y declaraciones posteriores. Así mismo, la posibilidad de controlar el interrogatorio de testigos y diligencias periciales resulta inviable de hecho. A lo anterior se une la ausencia de todo control judicial sobre este periodo investigativo.

Es de lamentar que, en el diseño de la Ley, no quede presente la idea, de

²²⁰ Ley No 1251 de 25 de junio de 1973.

²²¹ Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977 (LPP).

que la indagación de la verdad no se puede lograr mediante una actividad unilateral del órgano de instrucción, sino solo con el control permanente de la parte contraria.

Seguidamente me referiré –en forma muy breve- a la presencia de las investigaciones a partir de su presentación al Tribunal con requerimiento de juicio.

La inicial impresión del sumario en la mente de los jueces que actuarán en el juicio (profesionales y legos), es cuando deben estudiarlo a fin de determinar si están dados todos los presupuestos para decretar la apertura a juicio oral (artículo 281 de la LPP); teniendo la potestad de devolverlo con el objetivo de corregir quebrantamientos esenciales del proceder, ampliar indagaciones, o enmendar errores de calificación (artículo 263 de la LPP). Luego vuelven los jueces sobre el mismo legajo de pesquisas, para resolver sobre la pertinencia de las pruebas (artículo 287 de la LPP).

Antes de la apertura de los debates, el Tribunal – sobre el que pesa la obligación judicial de esclarecimiento- ha de contar con un detallado conocimiento de las diligencias de la fase preparatoria. En particular, el Presidente debe estar en posesión de una estrategia para comprobar la verdad en el juicio.²²²

De manera que, previo al inicio de las sesiones del juicio, no nos encontramos con un Tribunal absolutamente desprejuiciado para el conocimiento ab initio de un caso penal. No, se trata de un Tribunal comprometido en cierta medida con los términos de la acusación, pues sobre ella se ha pronunciado (artículos 263 y 281 de la LPP); así también con el material probatorio que seleccionó como pertinente (artículo 287 de la LPP), pudiendo –incluso- disponer pruebas por sí (artículo 340. 2 de la LPP).

El Juez ponente, cuenta con un dominio absoluto de las investigaciones, y

²²² Así se expresa en el documento titulado Comentarios en torno al Acuerdo No. 172 de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Este material fue elaborado por el Juez del Tribunal Supremo Popular Mario Ugidos Rivero y fue puesto en conocimiento de la judicatura de manera oficial luego de la entrada en vigor del citado Acuerdo.

durante el debate -expediente en mano- tiene impuesta la clara misión de cuidar que los testimonios y pruebas del juicio se correspondan con lo registrado en el sumario.²²³

El examen del expediente de fase preparatoria por los miembros del Tribunal del juicio, previo a este acto -sin duda- origina en sus mentes una primera impresión, hipótesis provisional o juicio de valor en sentido desfavorable al acusado.²²⁴

Ya en el curso del debate, en la práctica de la prueba de **declaración del acusado** (artículo 312 de la LPP), de este acceder a prestarla y responder preguntas, no es raro escuchar la interrogante referida a si ratifica sus declaraciones sumariales, sin más.²²⁵ Se ha recomendado a los jueces en el referido momento: “Una actitud militante por el Presidente en la dirección del debate que le permita, sin merma de su deber de imparcialidad, insistir frente al acusado sobre los cargos evidentes que pesan sobre él cuando sistemáticamente se niega a reconocerlos, recordándole sus primeras confesiones, de las que se ha retractado posteriormente, así como los indicios y otras pruebas...”²²⁶

Aunque no de manera generalizada, ante el acusado que guarda silencio u opta por desdecirse de sus confesiones, se ha intentado incorporar al debate sus manuscritos labrados en la instrucción reconociendo las imputaciones, o la reproducción de la grabación de su voz, o imágenes confesando en sede de investigativa. Así mismo se llama al Instructor para que exponga lo que le refirió el acusado sin la presencia de un Defensor.

La realización de la **prueba documental** (artículo 338 de la LPP), lleva el

²²³ Instrucción No. 81 de 13 de enero de 1979 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

²²⁴ Así se expresa –con toda razón- en el documento titulado Comentarios en torno al Acuerdo No. 172 de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

²²⁵ La común pregunta formulada a un declarante -con independencia de la condición con que acuda al juicio oral-, consistente en conocer si ratifica sus manifestaciones en sede de instrucción, es incorrecta, por conculcar principios básicos de este acto, entre estos los de publicidad e intermediación.

²²⁶ Ver documento titulado Comentarios en torno al Acuerdo No. 172 de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

histórico vicio, de incorporar al juicio por la vía de la célebre frase “téngase por reproducida la oportunamente propuesta y admitida” un sinnúmero de documentos del sumario, cuyo contenido se desconoce públicamente en desmedro de los principios que gobiernan este acto. Una disposición del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 2001 (Dictamen No. 403), ha paliado en cierta medida el denunciado defecto. También, son propuestas con este carácter diligencias documentadas del expediente cuya práctica en el juicio es posible, como los careos, lo que resulta erróneo.

En torno a la **prueba testifical** (artículos 314 al 331 de la LPP), como antes expresé, el Juez ponente controla, si lo expresado en el juicio por el testigo se corresponde con lo registrado en el expediente. En caso de discordancia esencial, se leen las declaraciones sumariales y se pide explicación al respecto (artículo 326 y 327 de la LPP). Esta fórmula, en ocasiones constituye la manera de llevar a la sentencia lo consignado en el acta de investigación y no el mérito de las señaladas explicaciones que sería lo correcto; olvidando así, que el acta de declaración testimonial no reproduce inalterablemente el verdadero conocimiento del testigo como si fuera una fotografía, sino que se trata de un producto de interpretación, en cuyo contenido participa quien interroga en la misma medida que quien declara;²²⁷ a lo que se añade la ausencia del Defensor en la recepción de las manifestaciones. Es frecuente escuchar que se le pregunte al testigo si confirma sus declaraciones sumariales; o al Instructor, si ratifica su informe conclusivo. Bajo el imperio de la LECrim al Juez de Instrucción le estaba proscrito prestar testimonio en juicio; su tarea quedaba limitada a la formación del sumario.

Aunque carezco de comprobaciones empíricas, con apoyo en mi experiencia -más de tres decenios en los estrados- me atrevo a afirmar, que es muy inferior el crédito que dan los Jueces al testigo propuesto por el Defensor, cuyo testimonio no ha sido registrado en la fase preparatoria, en comparación con el que sí lo prestó en dicha etapa y consta en acta.

Peor situación aun en lo concerniente a la influencia del sumario acontece

²²⁷ Shunemann, B., Obras T II, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2009, p. 417.

con la ***prueba pericial*** (artículos 332 al 337 de la LPP), la que normalmente se practica en la fase preparatoria ajena a todo control por parte de la defensa. No hay perito ni experto de parte. El dictamen se une al legajo de las investigaciones, y en la propia ley procesal se consigna: “No será necesaria la asistencia de los peritos al acto de la vista oral cuando el peritaje practicado en las actuaciones resulte suficiente e indubitado a juicio del Tribunal.” (artículo 332 de la LPP); lo que equivale a que en nada se tenga en cuenta la opinión de la parte al respecto. Este documento del sumario –como regla- sirve de base a la sentencia sin que haya sido posible su confrontación.

Una peligrosa norma de la ley procesal en el sentido estudiado, es aquella contenida en el artículo 342, que autoriza la lectura de las diligencias que consten de la causa y que por razones realmente impeditivas no puedan reproducirse en el juicio oral; posibilitando así el ingreso al debate de testimonios y diligencias no producidos en este acto. No es posible olvidar que la fase investigativa carece de todo control judicial.

El panorama descrito, que denota la constante presencia de las investigaciones previas en la fase de recepción de las pruebas –al margen de las practicadas en el juicio oral- no concluye ahí. En el momento de los alegatos finales, resulta frecuente que se haga insistente alusión al expediente investigativo; sin que esto guarde relación con lo acontecido en el juicio. Finalmente, la sentencia puede descansar en las diligencias sumariales, lo que no constituye una rareza, en franca contradicción con la regla que establece, que “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los acusados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.” (artículo 357 de la LPP). Lamentablemente, las partes no cuentan con causal alguna a través del recurso de casación para denunciar el señalado vicio contrario al discurso legal.

De lege ferenda, hay que cuidar que los jueces del juicio estén lo menos comprometidos posible con los términos de la acusación; así mismo, dotar al procedimiento de estrictas cautelas para evitar que el sumario o expediente de

fase preparatoria pueda constituir la base de la sentencia, con independencia de toda la declaración programática sobre el objetivo del juicio oral como centro del proceso; lo que hoy día puede ocurrir, aun cuando los jueces –reitero- no adopten una posición inquisitiva. El sumario no es más que un dogal del debate, lo que debe ser cambiado en términos radicales.

El segundo tema al que deseo brevemente aludir, se refiere a los ***destinos del juicio oral***. Este modo de solución de los conflictos penales, lo heredamos del sistema continental europeo del siglo XIX, y respondió en sus orígenes a un convencional tipo de delincuencia; si bien esta clase sigue siendo en lo esencial por su número, la principal destinataria del sistema de justicia penal cubano, no podemos vivir de espaldas a la realidad que se nos avecina. La peligrosa delincuencia carece de fronteras.

Es cierto que hoy día en Cuba no son frecuentes los grandes procesos que observamos en otros países, tampoco existen juicios que demoran en su celebración meses o años, pero cada vez encontramos mayor número de causas voluminosas, entre ellas, por delitos de carácter económico, algunas que son expresión de delincuencia organizada. Seguramente no seremos ajenos a hechos con vínculos internacionales y complicados procesos contra el medio ambiente. Esta realidad ante los ojos nos permite autointerrogarnos, si el modelo de juicio oral a la usanza, tal vez idóneo para cada caso en particular, es el ideal para la pluralidad de asuntos mencionados; o si debemos pensar en nuevas fórmulas. Por sí mismo, he presenciado una gradual despedida al juicio oral en países del continente europeo; dando paso a la existencia de acuerdos o conformidades que de hecho han ocupado su lugar, sin respeto a los principios de verdad y justicia.

Las invocadas fórmulas, aunque ajenas a la raigambre jurídica de nuestro entorno, deben ser cuidadosamente examinadas por los juristas patrios, a fin de conocer cuanto de nocivo y qué de útil hay en ellas. Tal vez sea correcto considerar dos tipos de procedimientos en un futuro ordenamiento. El momento es propicio para este debate; actualmente se trabaja en el Ministerio de Justicia en la conformación de bases para una nueva ley procesal penal. En la comisión creada

al respecto, se ha dado participación a la abogacía cubana.

Apasionante es el tema del juicio oral y las múltiples interrogantes que de él se derivan; basta presenciar una audiencia para percatarnos de su riqueza. Aquí sólo he esbozado dos aspectos de tan prolífica institución.

INTERROGACIÓN DE PERITOS EN LA VISTA PÚBLICA. UNA PERSPECTIVA DESDE EL SISTEMA ADVERSARIAL.

CARLOS SÁNCHEZ ESCOBAR

Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador)

y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN: Se estudia en el artículo la pericia, destacándose que la valoración del peritaje le corresponde al juzgador, el que debe realizar un análisis crítico de la pericia, debiendo considerar que el perito puede haberse equivocado. Se destaca el peritaje en el juicio oral y público, esto desde la perspectiva del sistema adversarial. De gran importancia al respecto es el interrogatorio al perito, desde la perspectiva de la estrategia que se sigue por quien lo ofrece con respecto al caso. Se hace referencia a la forma del interrogatorio directo al perito, lo mismo que al contrainterrogatorio al que se ve sometido el perito por la parte contraria a quien lo ofreció.

PALABRAS CLAVE: Pericia, perito, valoración de la pericia, interrogatorio del perito, sistema adversarial.

· Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Licenciado en Jurisprudencia y Ciencias Sociales por la Universidad de El Salvador. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Costa Rica. Estudios Superiores en Materia de Juicio Oral, Técnicas de Interrogatorio y Presentación de Evidencia en la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional de Puerto Rico.

ABSTRACT: This article examines the expertise, stressing that the assessment of expertise corresponds to the judge, who must make a critical analysis of expertise and should consider that the expert can be wrong. It highlights the expertise in the public trial from the perspective of the adversarial system. Of great importance in this respect is the interrogation of the expert, from the perspective of the strategy followed by the person who offers it on the case. Reference is made to the form of direct examination of the expert, as well as the cross-examination, to which the expert is subjected by the opposite party.

KEY WORDS: expertise, expert, assessment of the expertise, expert examination, adversarial system.

EXORDIO. La presente aproximación, tiene por objeto reflexionar, sobre un aspecto importante en la demostración de los hechos en juicio, que requieren de la incorporación de información probatoria sustentada en la opinión de personas que en virtud de sus conocimientos especiales en ciencia, disciplinas, técnicas o por la experiencia en arte u oficio declaran como peritos en el debate. La declaración del experto en el juicio es fundamental, y con ello se completa la pericia como medio de prueba para determinar probados o no ciertos hechos, de ahí que la interrogación del perito sea un acto de suma trascendencia, que no puede quedar librado al azar, imprevisión, o a la rutina del ejercicio de postular por las partes, que presentan su caso en estrados. La formulación del interrogatorio directo por parte de quien presenta al perito y el conainterrogatorio del mismo por la parte adversaria, son actos de preparación del caso penal, que deben ser planificados sistemáticamente, tanto para acreditar la pericia como para desacreditarla y la mejor ocasión para ello, radica en la oportunidad de confrontación de la prueba pericial, mediante la técnica del interrogatorio y del conainterrogatorio que tiene lugar en el juicio oral; precisamente sobre esos

tópicos es que la presente disertación pretende aportar algunos insumos básicos, para desarrollar las técnicas de interrogatorio desde un modelo adversarial, y en tal sentido se examinan los aspectos principales que deben ponderarse en la interrogación del perito, tanto en lo relativo a su examen directo como al conainterrogatorio, si esa expectativa se cumple, nos daremos por satisfechos.

1. LA PERICIA. CONCEPTO

Son diversos los conceptos que se pueden anticipar respecto de la prueba pericial y del perito, su temática es una de las más abundantes en la sistemática del derecho procesal penal, es por ello que no se pretende agotar en este ámbito, la cuestión de la definición de la prueba pericial y del perito, sino únicamente formular una aproximación, teniendo en cuenta que la prueba pericial, es un medio de prueba, el perito es el órgano de prueba en tal caso, y la pericia constituye el elemento de prueba que se incorpora; y que precisamente dicha prueba, es autónoma de los otros medios probatorios y presenta sus propias peculiaridades.

De ahí que, es posible aproximar los siguientes conceptos, respecto de los tópicos anteriores: por pericia se ha entendido, que es el medio probatorio, mediante el cual se pretende obtener, para los fines del proceso, un dictamen experto, que es de utilidad para el descubrimiento, explicación o valoración de un elemento de prueba²²⁸; El autor Florian explica que “la peritación es el medio particular para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requiere de conocimientos especiales y capacidad técnica”²²⁹. Sobre la prueba pericial, se ha dicho que esta constituye: “el procedimiento regulado legalmente para obtener en el proceso conclusiones probatorias a través de peritos. La operación integral se conoce por pericia o peritación, y tiene fundamentalmente importancia en el proceso penal,

²²⁸ En tal sentido CAFFERATA NORES José I. “La Prueba en el Proceso Penal. 3° edición actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998.

²²⁹ FLORIAN Eugenio. “De las Pruebas Penales”. De la Prueba en general. Tomo I. Tercera edición Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1982.

para la determinación de diversos hechos o circunstancias”²³⁰. En nuestro ámbito procesal, se ha dicho que la prueba de peritos “es un medio de prueba de carácter personal que se utiliza cuando para apreciar los hechos y circunstancias relacionadas con el delito sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o técnicos”²³¹

De manera precisa, respecto de la prueba pericial, conjugando los tópicos de objeto, órgano, elemento y medio de prueba, se ha resumido lo siguiente: “La pericia en general consta de varios momentos. Tiene un objeto representado por el contenido: es decir, el hecho o la circunstancia que se propone al conocimiento del juez, termina en un órgano que se identifica en la persona, que es el elemento intermedio entre el objeto de prueba y el juez, y que se presenta a éste último el conocimiento del objeto de prueba, pero para ello necesita de un medio constituido por el modo como, el objeto de prueba que llega al juez”²³².

Por último, sobre la pericia en general se ha dicho, que los actos que el perito realice después de su estudio, análisis o experimentación, los cuales constaran en un dictamen, informe o declaración es, “además de un medio de prueba, un elemento de subsidiario para la valoración de una duda, por lo que a veces se ha pretendido caracterizar al perito más como un auxiliar del órgano jurisdiccional que como sujeto que lleva a cabo la práctica de un determinado medio de prueba”²³³; sin embargo, esta noción bastante vetusta debe ser superada, puesto que el perito, propiamente no es un auxiliar de los tribunales, su labor no se reduce a ese ámbito, sobre todo cuando, los modelos de procesamiento se han simplificado, y se ha evolucionado a una visión adversarial, de ahí que el perito y el peritaje, sirva a los fines comunes de las partes

²³⁰ CLARIA OLMEDO Jorge A. “Derecho Procesal Penal”. Tomo. II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1998.

²³¹ CASADO PÉREZ José María, DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesáreo, LÓPEZ ORTEGA, Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. SEOANE SPIEGELBERG José Luis “Código Procesal Penal Comentado. Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

²³² LEONE, Giovanni. “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Melando. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1963 pág. 173.

²³³ FENECH Miguel “Derecho Procesal Penal”. V.I. 2º edición. Editorial Labor. Barcelona. España. 1952 p 857.-

adversarias, las cuales tienen iguales derechos para ser asistidos en la sustentación de sus casos.

2. LA FUNCION DEL PERITO

El perito, es el sujeto que como persona física, se constituye en órgano de prueba dentro del proceso penal, aportando sus conocimientos especializados en ayuda de la justicia, en tal sentido colabora con los fines del proceso²³⁴. Puede definirse como perito, a la persona física, particular o funcionario público, que es nombrado en un proceso penal, por el Juez en virtud de sus competencias, en un campo de la ciencia, la técnica o arte, a fin de que pueda auxiliar a éste, en el descubrimiento o valoración de un medio o elemento de prueba.²³⁵

Lo anterior, es sin perjuicio de que, cuando se trata de actos urgentes de investigación, la pericia pueda ser realizada, por designación del funcionario a quien corresponde la dirección de la investigación, en este caso los agentes del ministerio fiscal, pero ello debe quedar claro, procede únicamente cuando se está iniciando la investigación, y para aquellos actos que son urgentísimos (autopsia, reconocimientos de lesiones, reconocimiento de genitales) para los cuales, a los fines de la investigación del delito, la habilitación es legítima, si quien lo ordena, es un agente de la fiscalía con capacidad para ejercer la acción penal; en cambio, cuando el acto de obtención de prueba es posterior a los actos urgentísimos, el nombramiento de peritos, ya no corresponde al ministerio fiscal, sino al juez; como cuando posterior a la investigación inicial, y a los actos urgentes, se identifica al imputado, o cuando las actuaciones ya han pasado a sede judicial. Se había adelantado, que el perito es el órgano que efectúa la prueba, o estudio de lo que es sometido a su análisis, así lo reafirman varios autores, en el sentido de que es un verdadero órgano de prueba, por ello se indica que el perito “es un verdadero colaborador del proceso penal para la adquisición de ésta”²³⁶.

En cuanto a las funciones del perito, se señalan que el aporte del

²³⁴ CASTILLO GONZÁLEZ. Francisco “El Perito en el Proceso Penal Costarricense” Revista de Ciencias Jurídicas N° 34. enero-abril. San José Costa Rica. 1978 p 52.

²³⁵ Castillo González. “El perito en el Proceso Penal...” op. cit. pág. 54.

²³⁶ Claria Olmedo Jorge A. Tratado de las Pruebas Judiciales. T. V. EDIAR. Buenos Aires. Argentina 1966.

mismo en su rol de órgano de prueba, se circunscribe a tres aspectos: a) el perito informa al tribunal, respecto de los principios generales, fundados en la experiencia de sus conocimientos especiales; b) el perito tiene por labor, comprobar los hechos que solamente pueden ser observados o comprendidos, por su especial competencia en un área del conocimiento, técnica, arte o disciplina humana; c) el perito debe extraer conclusiones de hechos, que solamente pueden ser inducidos y averiguados, en virtud de esas competencias especiales en áreas específicas del saber humano²³⁷.

Debe estimarse que el perito, es quien posibilita a la autoridad jurisdiccional, la correcta valoración de los hechos y circunstancias establecidas en el proceso penal en materia de prueba de ese orden, porque posee conocimientos especiales, en una rama del saber, ciencia, arte o técnica que el juez no posee, pero que éste necesita para resolver correctamente el asunto pendiente²³⁸; o aún cuando el juez tenga conocimientos especializados, el mismo no puede suplir al perito, por cuanto el “conocimiento privado del juez” en materia probatoria esta proscrito, en tanto afecta los principios de necesidad y objetividad de la prueba, y vulnera el derecho de defensa de las partes, así como el principio de imparcialidad del juez.

3. EL ACTO PERICIAL

El acto pericial, es posible conformarlo por diversas etapas, las cuales pueden ser abreviadas en las siguientes:

(1) La verificación y examen de elementos: Es el inicio de las operaciones, por regla general, en presencia de las partes o de sus consultores técnicos, los

²³⁷ Esta clara distinción de las funciones del perito la explicita Roxin y señala para clarificarla un ejemplo sumamente ilustrativo: a) al informa de los principios generales de su ciencia: “por ejemplo que estómago e intestino de un recién nacido se llenan de aire después de aproximadamente seis horas; b) comprueba hechos que únicamente él puede observarlos o comprenderlos por sus conocimientos: “por ejemplo que el intestino del bebe asesinado X no contiene aire; c) extrae conclusiones que únicamente él puede alcanzar por su conocimiento: “por ejemplo el bebe X ha sido asesinado dentro de las primeras seis horas después del nacimiento”. ROXIN Claus “Derecho Procesal Penal”. Traducción de la 25° edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina 2000 p 238

²³⁸ Castillo González. “El perito en el Proceso Penal...” op. cit. ps 51-52.

cuales, pueden proceder a efectuar las preguntas y observaciones que consideren necesarias, y que el experto deberá responder de acuerdo a su conocimiento o en todo caso hacerlas constar en el acto que realiza . Debe señalarse, que esta actividad, se desarrolla propiamente en la pericia, no así en los llamados actos urgentísimos, en los cuales, se trata de actos periciales, pero en una fase de investigación en la cual, no es posible la realización de ese acto, con intermediación de las partes (autopsia, reconocimiento de lesiones); por otra parte, también debe distinguirse que tratándose de determinadas pericias, no es posible la presencia de las partes, en virtud de las peculiares condiciones del peritaje, por ejemplo reconocimiento de genitales, pericias psicológicas o psiquiátricas.

2) La deliberación: Es un estadio del acto pericial, reservado exclusivamente al o los peritos, donde no participa tercero alguno, es un instante reflexivo, por el cual, el perito en un tiempo que el mismo debe determinar, y en una situación de aislamiento, reflexiona respecto de las conclusiones a las cuales debe arribar, mismas que posteriormente, plasmará en un dictamen; ciertamente, la complejidad de la pericia, indicará el grado de deliberación que requiera el perito, para asumir una conclusión determinada; es decir, el período por el cual el perito llegue a un determinado convencimiento, lo indicará el grado de dificultad de la pericia, y ello es un punto también importante para la acreditación del peritaje, pero recalamos, no hay una determinación precisa de ese período, es decir coloquialmente “un tiempómetro”; ello lo indicara las características particulares del caso, y la competencia, conocimiento, experiencia y habilidades del perito, en relación al caso que particularmente dictamina.

3) Dictamen: Es la opinión del acto pericial. Es decir, el acto por el cual, se concretiza la opinión del perito, respecto de los tópicos, que fueron sometidos a su consideración, para que emitiera opinión experta, respecto de los mismos. Debe tenerse en cuenta, en lo relativo al dictamen pericial, en un juicio con características adversariales, que el acto pericial, no se agota con el dictamen escrito del perito, puesto que el interrogatorio oral del experto, es parte sustancial de la pericia, de ahí que, el informe escrito, sólo constituya un soporte documental, sin que por ello constituya una prueba de esa especie. De ahí que, el informe

técnico del perito, es parte de la de la pericia, pero no lo es todo, la declaración en el debate, es lo que culmina la prueba pericial, y ello es necesario, para preservar en todo su alcance el derecho de defensa, pues ese es el momento culminante, para controvertir la prueba pericial; sin embargo, si las partes no requieren la declaración oral del perito, la pericia en tal caso, se reduce al dictamen que se ha elaborado por escrito.

El dictamen requiere desde el punto de vista legal, una serie de presupuestos que deben colmarse, en tal sentido se requiere: a) que su documentación sea por escrito o que se haga constar por acta; b) debe indicarse la descripción del objeto de la pericia, al momento de ser observado por el perito en su examen. Dicho “objeto”, puede ser de distinta naturaleza, una persona, un cadáver, un documento, un arma de fuego, una huella, un prenda de vestir, una joya, etcétera, lo que se requiere es que el perito, describa con absoluta precisión y detalle, el objeto –en términos probatorios– de su peritación; c) la relación minuciosa, de todas las operaciones técnicas que practicó el perito, en relación con el objeto de prueba sometido a su análisis; los resultados obtenidos a partir de esa actividad, y la fecha en que se practicó la pericia, si ésta es compleja, debe incluirse fecha de inicio y de finalización; d) en caso de haber concurrido consultores técnicos, las observaciones que hayan efectuado; e) las conclusiones a las cuales arriba el perito.

Ciertamente, debe de indicarse al menos, dos aspectos importantes respecto de los dictámenes: a) Los requisitos del dictamen pericial que se establecen de lege lata –artículo 206 CPP– no constituyen un marco cerrado, pues tales exigencias, deben observarse en lo pertinente a la pericia que se realice, de ahí la explicación de la formula normativa utilizada en el precepto preindicado, cuando indica: “y contendrá en cuanto sea posible”, es por ello que los requisitos señalados, no son una especie de condiciones *numerus clausus*; b) precisamente, el dictamen pericial es variable en su conformación, atendiendo a la particular pericia que se practique, en tal sentido, no es posible homologar todas las pericias, en un mismo arquetipo de dictamen, esto sin perjuicio, de que se cumplan las reglas técnicas previstas, en los manuales respectivos, cuando así se

requiera para una pericia determinada, como forma de control de calidad.

4. VALORACION DE LA PERICIA

Con respecto al valor probatorio, que se le puede asignar a los dictámenes de los peritos, tradicionalmente se han adoptado dos posturas:

(1) la primera de ellas, afirma que el juez, tiene la obligación de adoptar como verdaderas, las conclusiones a las que llegó el perito; en tal sentido, el juzgador esta inexorablemente vinculado a la pericia, de ahí que, no pueda apartarse de las deducción de la pericia, esta visión debe indicarse, es propia de sistemas de orden procesal, que en mayor o en menor medida, atan al juez, a una especie de tarifa legal, y dicha tesitura, puede decirse está superada por los nuevos modelos de enjuiciamiento, que se sustentan en la apreciación valorativa de las evidencias conforme a las reglas de la sana crítica.

(2) la otra posición, es aquella que considera que el juez, tiene la libertad de formar su convencimiento, de acuerdo a las reglas de un juicio racional, y no sólo en relación de la pericia, sino de acuerdo, con todas las pruebas aportadas al proceso. Esta última, es la que debe predominar, porque de lo contrario significaría, traspasar la potestad de resolución del juzgador al perito. Eso si, en caso de que el juez acepte o no un peritaje en cuanto a su suficiencia, debe indicar, cuáles son las razones para asumir las conclusiones de la pericia, o para no confiarle credibilidad, estas razones, deben estar suficientemente motivadas. Impera pues en la apreciación de la prueba pericial la valoración mediante el sistema de sana critica tal como lo establece el artículo 162 inciso final CPP cuando indica: “Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo a las reglas de la sana critica”.²³⁹

Sólo para señalar un ejemplo, no es posible rechazar una experticia que perita un fluido como la sangre, argumentando que no convence la validez de esta prueba, cuando existen estudios científicos serios, que hablan de la certeza de esa pericia; otra situación, es que el juez no este convencido de la competencia

²³⁹ En este aspecto similar el Código Procesal Penal Costarricense que indica en lo pertinente del artículo 184: “El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica.

del perito, de su credibilidad, de la no contaminación de la evidencia, de defectos de la pericia al ser practicada, en cuanto a inadecuados empleos de las técnicas respectivas. Debe además indicarse, que el juez puede rechazar total o parcialmente el dictamen pericial, o puede aceptarlo en todos sus extremos. El juez, por lo tanto, debe realizar un examen crítico del dictamen pericial, y ver si reúne todos los requisitos formales, así como los presupuestos de fondo, es decir, que el peritaje sea lógico, científico, técnico, suficiente, idóneo etcétera; precisamente, a esta consideración el juez arriba, mediante el examen integral de toda la prueba, y ciertamente ello es lo que legitima, la decisión jurisdiccional, para negar o confiarle valor probatorio a la pericia; tal estimación conclusiva, la hace el juez, en atención a la integralidad de la prueba, algo que no es posible para el perito.

Respecto de lo anterior, claramente se ha señalado, que el juez tiene en virtud de su función de último interprete de las pruebas, la facultad de conferir o no, credibilidad a las pericias que son incorporadas como pruebas, con la limitación de motivar las decisiones, en cuanto a sus conclusiones; lo anterior no tiene nada de anormal, si se entiende que: (I) la pericia, no obstante estar dotada de un rigor técnico en materia de especialización, es una prueba realizada por seres humanos, es decir sujeta a falibilidad por diversas razones, y ello es predicable de toda pericia; (II) desde hace algunos lustros, se ha relativizado el paradigma de la verdad científica, de ahí que, no es aceptable el recurrir a la “autoridad de lo científico” para dispensarle un valor absoluto a las pruebas periciales; (III) el juez al considerar la información probatoria de la pericia, tiene la oportunidad de confrontarla, con todo el cúmulo de prueba que se ha recibido en el debate, es decir, tiene “amplitud de panorama probatorio” para examinar y evaluar la prueba pericial; (IV) dependiendo del área de la pericia, a la valoración de las conclusiones técnicas, y de las reglas de experiencia técnica, deben considerarse, cuestiones estrictamente jurídicas o de otras áreas vinculadas al saber penal, que escapan del marco específico de la perito y de su dictamen.

Es por ello que, tanto doctrinariamente²⁴⁰, como en materia jurisprudencial²⁴¹, se ha dicho que la prueba pericial, aunque importante en el descubrimiento de los hechos, y en la investigación del delito o de la exculpación de los justiciables, no es vinculante de manera absoluta para el juez decisor del caso. Respecto de las cuestiones que pueden afectar la credibilidad de la pericia se señalan: (I) Que la pericia sea notoriamente contradictoria con el resto de los elementos de prueba; (II) Que la pericia resulte ostensiblemente inverosímil; (III) Que la pericia esté afectada por una falencia en la práctica de las operaciones técnicas que sean relevantes; (IV) que la pericia esta afectada por un vicio de alteración relevante en cuanto a la pureza o genuinidad de la materia peritada en relación a la cadena de custodia; (V) que la pericia se sustancialmente dubitativa en las conclusiones; (VI) que la pericia sea esencialmente contradictoria en cuanto

²⁴⁰ Así se indica: “La fuerza probatoria del dictamen pericial será valorada conforme a los principios de la sana crítica y la libre convicción (...) En la actualidad, la doctrina es unánime en cuanto a que el resultado de la prueba pericial no obliga al juez, quien podrá separarse del dictamen siempre que tenga la convicción contraria. El principio entonces es que los jueces no están obligados a seguir la opinión de los peritos; lo contrario implicaría que éste podría sustituir al juez, erigiéndose virtualmente en quien en definitiva decidiría en no pocas ocasiones el resultado de la causa. Por el contrario el magistrado tiene el poder-deber de practicar sobre el informe de los expertos una atenta labor crítica, observando y considerando detenidamente no sólo las conclusiones definitivas a las que el perito hubiese llegado, sino las operaciones y prácticas que para ello hubiesen efectuado, los fundamentos y razones con las que sustenta aquéllas y la seriedad de todo el desarrollo de la prueba. JAUCHEN Eduardo M. “Tratado de la Prueba en Materia Penal”. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2002 p 414 a 415; “El dictamen pericial no tiene carácter vinculante para el juzgador, quien lo valorará conforme a los principios comunes. Pero es obvio que para apartarse de las conclusiones de los idóneos tendrá que explicar y fundar los motivos del disenso”. VASQUEZ ROSSI Jorge E. “Derecho Procesal Penal”. Tomo II. El Proceso Penal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1997 p 323.

²⁴¹ El dictamen pericial no es vinculante para los jueces, a pesar de no ser objetado por ninguna de las partes, ya que los juzgadores lo deben apreciar de conformidad con las reglas de la sana crítica; en el presente asunto, el tribunal a quo razona en su sentencia los motivos que lo condujeron a separarse del dictamen pericial, reduciendo y rechazando algunos partidos, sin que en el ejercicio de esa potestad haya violado alguna norma legal”. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto N° 33 de las 9:26 hrs. Del 28 de enero de 1987. “La prueba pericial constituye el medio adecuado para que el tribunal obtenga el necesario asesoramiento específico en aspectos de orden y carácter técnico extrajurídico, y si bien no obliga al juzgador en sus fundamentos y conclusiones, permiten obtener de su asesoramiento los elementos necesarios para establecer el objetivo del proceso, dirigido a establecer la verdad de los hechos y las circunstancias que se investigan. Cámara Federal de Tucumán. ED. 35-574 Voto del diecisiete de mayo de mil novecientos setenta y uno.

a lo peritado y a las conclusiones obtenidas; (VII) que la evidencia objeto de la pericia sea obtenida de manera ilícita; (VIII) Que el perito sea desacreditado, respecto de sus competencias profesionales, personales, o respecto de la forma en la cual realizó la pericia; (IX) que el margen de error de la pericia sea ostensible, llevando a conclusiones equivocadas de manera notoria; (X) que se demuestre pérdida de objetividad relevante del perito.

5. FASES DEL PERITAJE EN EL PROCESO PENAL:

Debe indicarse, que el peritaje en su composición en el proceso penal, puede ser desarrollado en dos fases: una de ellas, esta ceñida a la etapa de la instrucción, en su sentido más amplio, es decir puede constituir o bien un acto urgentísimo de prueba, o de comprobación inmediata, o por el contrario, puede quedar ceñida al régimen del anticipo de prueba, por lo cual debe realizarse bajo mandato judicial. En ambos casos, lo usual es que ocurra, o bien en las diligencias iniciales de investigación, en cuyo caso sólo se legitima por ser un acto de carácter urgentísimo; o bien se obtiene en la etapa de la instrucción formal. Posteriormente, la pericia puede obtener su plena realización con su incorporación en el debate, en el cual puede ser que se incorpore sólo por su lectura, o si las partes contendientes lo requieren, el perito puede prestar declaración respecto de los hechos que en su momento peritó.

(a) La pericia en la fase investigación e instrucción. El proceso penal tiene dos fases fundamentales, una que esta vinculada a la investigación de los hechos por parte del Ministerio Público, en la cual en la investigación inicial, el órgano de persecución del delito, tiene amplias facultades de investigación, dentro de las cuales puede ordenar, la realización de actos con carácter urgente, siempre que no se trate de restricciones a los derechos fundamentales, por que en tal caso, necesita someter el acto de recolección de elementos probatorios, a decisión judicial, quien determinará si procede o no la realización del acto de prueba, ponderando la procedencia de la medida, bajo las reglas del principio de proporcionalidad. En la etapa de la instrucción formal, la investigación del

ministerio fiscal, es controlada por la autoridad jurisdiccional, y ello tiene especial relevancia en materia de pericias, en tal caso la practica de un peritaje, necesariamente tiene que ser habilitado por el juez instructor, esto es para aquellos regímenes que mantienen la figura del juez de instrucción, tal como sucede en sistema procesal penal salvadoreño.

(b) la pericia en el Juicio. El debate, es la culminación donde se va a desarrollar la eficacia de la prueba recogida en la instrucción, y en general de toda la investigación, que se ha llevado en el caso, será la etapa donde se produzcan, todos los elementos de prueba ofrecidos, para tratar de acreditar los hechos que se desarrollaron en el pasado y que forman el objeto del debate, en cuanto hechos acusados; así como aquellos que se sostienen por la defensa. En materia de pericia, la regla es que las mismas, deben en principio practicarse en la etapa de instrucción, para que su incorporación posterior, tenga lugar en el debate; ello es así por que lógicamente la sala de debate, en nuestro caso, no es el lugar idóneo para las operaciones y relaciones periciales que han de exponerse, pero en ella si se utilizarán los resultados de las pericias realizadas; ello por el principio de concentración, en el sentido que todos aquellos actos, que se opongan por su naturaleza a la concentración y a la continuidad del debate, deben estar anticipados como prueba para ser introducidos de manera concreta, únicamente para la contradicción de los resultado obtenidos.

A lo anterior habrá de abonarse, que por la naturaleza de las pruebas periciales, su producción si no es urgentísima, es por lo menos urgente, en cuanto a la preservación, afectación, impolitez y conservación de cierta evidencia, de ahí que, su práctica en el sentido de la peritación de obtención, no puede ser diferida hasta el momento del debate. Por otra parte, también habrá de tomarse en cuenta, que la formulación de la imputación es gradual, y para ello se requiere de ciertos hechos, que deben tener una probabilidad de poder ser acreditados, en el juicio y ello se garantiza con la pericia.

En suma, por regla general, las pericias deben ser practicadas, en la etapa preparatoria al juicio, es decir en la fase de instrucción, y es su incorporación

plena la que se realizara en el debate. Sobre ello Manzini opina: “Que en ningún caso se pueden repetir las pericias válidamente, ni introducir pericias nuevas respecto de las comprobaciones que constituyen objeto de pericia anterior”.²⁴². Sin embargo, conviene indicar que excepcionalmente en el debate, puede producirse la realización completa de una pericia, siempre que sea absolutamente necesario, y no afecte la concentración del juicio, o cuando se trate de demostración de hechos sobrevinientes, pero con estricto apego, a las reglas de prueba para mejor proveer, un buen ejemplo de ello, es la elucidación de una situación de imputabilidad del acusado, que hasta el momento del debate mediante la prueba haya surgido como cuestión relevante.

Por otra parte, debe indicarse que el perito, desde que se le comunica o se le cita del debate, está en la obligación de prepararse para la audiencia, pero también, dicha citación deberá de hacerse con la debida antelación, con el fin de que los expertos, puedan con mayor facilidad y preparación, coordinar lo correspondiente en cuanto a las actividades periciales que tienen programadas, y su traslado al debate. Dado que por la obligatoriedad del cargo aceptado, ya es de interés público su participación o intervención en el juicio, al igual que el testigo el perito puede ser obligado a comparecer, de ahí que, sólo resulta eximido por impedimento sobreviniente. Los peritos deberán responder oralmente a las preguntas que se les formularan, pero tienen derecho a solicitar al tribunal permiso, para consultar notas en ayuda de su memoria; en tales casos, están sujetos al interrogatorio directo, y al conainterrogatorio de la parte contraria con las técnicas adversariales del rito del procedimiento²⁴³; todo ello lo regula las reglas del artículo 348 CPP²⁴⁴. El tribunal, si existieran varios peritos sobre la

²⁴² Manzini Vincenzo. “Derecho Procesal Penal”. Ediciones Jurídicas Europa-América, T. III, traducción de Sentis Melando y Merino Ayerra Redin. Buenos Aires. Argentina. 1952 p 420.

²⁴³ DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio “Las Técnicas del Interrogatorio en el Juicio Oral” en Revista Justicia de Paz. N° 9. Año IV-Volumen II. Mayo-Agosto-2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001 ps. 261 a 271

²⁴⁴ En lo pertinente tal disposición reza: “En el interrogatorio directo, por regla general, estarán prohibidas además las preguntas sugestivas; sin embargo el presidente del tribunal podrá permitir la sugestividad en el interrogatorio directo, cuando el testigo sea

misma cuestión o fueren colegiados, podrá limitar su número en la intervención del debate, siempre que tal decisión se acuerde con las partes, puesto que en estos casos, la prueba es comunitaria, conforme al principio de comunidad de la prueba y en principio sometida a la decisión de la parte que la presenta para sustentar su caso.

La suspensión del debate, se podrá ordenar cuando el perito por motivo de enfermedad u otro impedimento justificable, no pudiere asistir al juicio, y su intervención sea indispensable, en opinión del Tribunal, mediante solicitud de la parte que lo presenta, como oferta probatoria, ello conforme con el artículo 333 N° 3 CPP, empero, si el motivo de incomparecencia, es de aquellos que rebasan el plazo de diez días, el tribunal debe estimar, la suspensión definitiva de la vista pública para ser iniciada nuevamente, siempre que sea necesaria, la declaración del perito, ello tiene como punto central, si las partes están interesadas en impugnar la pericia que se practicó, por que, si este punto no esta en controversia, es irrazonable la suspensión de la vista pública, por la incomparecencia del perito, por último si la no comparecencia se corresponde a un largo período, debe prescindirse de la declaración oral e incorporarse por lectura la pericia escrita. Por ultimo, debe señalarse que la declaración rendida por el perito en audiencia, es parte integrante del peritaje, y que ciertamente en ese acto, es donde mejor se potencia el derecho de defensa, de ahí que, el interrogatorio del perito en el juicio oral, es trascendental para el impacto de la prueba, y para ello, la parte proponente como la adversaria, deben estar lo suficientemente preparados para interrogar a un perito, el interrogatorio del experto, no es un evento que deba tomarse al azar o dejarse a la improvisación.

6. EL INTERROGATORIO DEL PERITO

La primera cuestión relevante que debe señalarse, es que el testimonio del perito, es sumamente importante, y por ello debe ser escrupulosamente considerado, es éste ciertamente, un testimonio especial, dado las condiciones

hostil, cuando se interroga a la parte contraria, al testigo identificado con ésta, a una persona que en virtud de su mayor edad, limitada educación o causa semejante, tenga dificultad de expresión, o que por razones de pudor esté renuente a deponer libremente”.

peculiares de quien porta la información; ello porque el perito por excelencia, constituye un testimonio de opinión, es decir, los hechos sobre los cuales declara el experto, pueden ser expresados en forma de inferencia o de opinión, lo cual por regla general, no está permitido a los testigos, salvo que se trata de una opinión personal, de hechos inferidos como persona común, es decir una opinión no experta; a diferencia de ello, el perito puede y debe, rendir una opinión personal sobre los hechos conocidos, y las conclusiones deducidas a partir de su calidad de experto en una ciencia, disciplina, técnica arte, oficio; ello por que, el testimonio de opinión, se fundamenta precisamente a partir de que el perito, tiene una cualificación especial. Resaltamos entonces, que el fundamento del testimonio pericial y su nota distintiva, es que se trata de un testimonio de opinión, al cual no puede rehuir el perito. Sin embargo, un testimonio de perito, no puede ser introducido por quien litiga su caso, como una especie de “soplar y hacer botellas”, la cualificación del perito, obliga a las partes contendientes, a asumir una actitud diferente a la forma de enfrentarse a la producción de la prueba pericial.

(a) La preparación del testimonio del perito. La primera pregunta, que el abogado postulante debe formularse es, si es necesaria la pericia que solicita para la presentación de su caso, y si es necesaria la declaración oral del perito en juicio; sin embargo, en materia criminal, ello digámoslo así, es una “verdad de perogrullo”, es decir, la pericia es un medio de prueba necesario en la materia que se conoce, la investigación de delitos como el homicidio, las lesiones, las agresiones sexuales de toda índole, los fraudes en especial aquellos estructurados de manera compleja, los delitos relacionados con drogas y estupefacientes, aquellos relacionados con armas, las falsedades, por decirlo así la mayoría de crímenes convencionales; y casi todos los delitos no convencionales, en cuanto, que requieren la utilización de modernas tecnologías (delitos de carácter genético, fraudes de informaciones, delitos por internet) requerirán de peritaciones. En las agencias del sistema justicia penal, la selección del perito, no es una cuestión problemática, puesto que se cuenta con peritos oficiales, sin embargo, puede ser que en determinados casos, se tenga que seleccionar un perito no oficial, o que dicha actividad la requiera la defensa, para

ello deber tenerse en consideración según se recomienda: a) adecuada capacidad del perito, lo cual debe ser demostrable; b) experiencia al declarar como perito; c) que sus opiniones expertas, están acordes a la teoría del caso que se presentará; d) capacidad para dar a entender sus conocimientos especiales; e) criterio de personalidad.

(b) Preparación en general del caso. Respecto del caso, en general el perito debe ser preparado debidamente, ello pasa por: (1) debe proporcionarse al perito toda la información posible, no sólo respecto de los hechos sobre los cuales versara la peritación, sino también la forma procesal en la cual se desarrolla este acto, ello es más necesario, si se trata de peritos no oficiales. Si es importante tener en cuenta, que el proponente desde el ámbito jurídico, explique de manera clara y precisa al perito, cual es la teoría del caso que se sustenta, así el perito dispondrá de una información completa para dictaminar; (2) debe familiarizarse al perito con el caso, especialmente con la técnicas del interrogatorio directo y del contrainterrogatorio, las formas de preguntas que se formulan, la forma de respuesta, las objeciones, las impugnaciones, la ambientación del lugar, las costumbres forenses, etcétera; (3) debe haber coordinación entre quien rinde la pericia y quien lo presenta, es una cuestión bidimensional de información del perito hacia el abogado, y del abogado hacia el perito. Debe indicarse al perito, que la preparación de su testimonio en los juicios orales adversativos, no tiene nada de extraño ni de malo, siempre que se respete el límite de las influencias indebidas, y anti-éticas respecto de la deontología del declarante; (4) debe prepararse concienzudamente tanto el interrogatorio directo como el contrainterrogatorio por quien presentará al perito, como por quien lo adversará²⁴⁵.

(c) Preparación del testimonio en específico. Es importante indicar, algunas cuestiones de la preparación del testimonio en general²⁴⁶ y del perito en particular en el caso concreto, ellas son las siguientes: (1) La discusión amplia de los hechos a probar por entre el perito y la parte oferente, con particular énfasis en

²⁴⁵ RAMOS GONZÁLEZ, Carlos VÉLEZ RODRÍGUEZ Enrique "Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico. Michie Butterwoth. San Juan. Puerto Rico. 1996 p 111

²⁴⁶ Ver en general HEGLAND Kenney F. "Manual de Prácticas y Técnicas Procesales". Traducción de Anibal Leal. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 1995 106 a 107.

la opinión pericial, por cuanto, en materia de opiniones respecto de una disciplina o área del saber, pueden haber diversos pareceres, ello se reflejara con mayor intensidad en algunas áreas, como por ejemplo la psiquiatría, la psicología, la antropología etcétera. En tal sentido, es importante que el postulante conozca, los límites de la opinión del perito; (2) La pericia debe circunscribirse, al área de especialización del perito, debe haber conciencia de las fortalezas y las debilidades de la especialización; (3) es importante que el interrogatorio no sea improvisado, ello requiere preparación del perito, y de quien lo postula como órgano de prueba; debe haberse practicado el interrogatorio directo, y haber anticipado el posible conainterrogatorio que podría formular la parte contraria, ello obviamente requiere tiempo y organización, pero es un deber profesional y ético del perito, y de quien lo postula, de lo contrario el riesgo es grande, no se sabe cuando se encontrará una contraparte avezada, que desacredite a un perito no preparado debidamente. El abogado postulante, debe también asumir su responsabilidad de conocer y dominar básicamente el área en la cual presentará la pericia; (4) la preparación de la pericia debe ser en dos grandes ámbitos, uno de ellos es el de la llamada cualificación del perito, también denominado *voir dire*²⁴⁷, el otro aspecto es el relativo al testimonio pericial en forma de opinión, qué es el sustrato de la pericia, qué observó el perito, qué métodos empleó para hacer su pericia, a qué conclusiones arribó respecto de la totalidad de la evidencia.

7. FORMA DEL INTERROGATORIO PERICIAL. EL EXAMEN DIRECTO

Como se expresó, la declaración del perito para la parte proponente, debe de cubrir dos áreas que son fundamentales, una de ellas la cualificación del perito, o su acreditación como experto competente y confiable; y la otra se corresponde a la veracidad y credibilidad de su opinión, respecto del punto sometido a pericia; las técnicas que se utilizan para el interrogatorio del perito, no difieren de las usuales cuando se interrogan testigos, el perito será sometido a un interrogatorio directo y a un conainterrogatorio; podrá haber un re-directo o segundo interrogatorio

²⁴⁷ BERGMAN Paul “La Defensa en Juicio”. La defensa penal y la oralidad. Segunda edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1989 p 258.

directo que es de rehabilitación y un nuevo re-contrainterrogatorio que es de impugnación sobre los puntos rehabilitados. Respecto de la cualificación y del testimonio de opinión, ambas cuestiones las resumimos así:

(I) Cualificación personal. El perito debe ser acreditado, en cuanto a su capacidad personal, de estudios, competencia, habilidades, destrezas, experiencia y confiabilidad. Para ello sirven los siguientes parámetros: (a) el cargo, función o labor que en la actualidad desempeña el perito, y los otros cargos que ha ostentado. Cuando se trata de un perito con grado académico, deben incluirse grados profesionales obtenidos, honores, distinciones concedidas, centro de estudios, adiestramientos o cursos de capacitación, o de post-gradados etcétera; (b) si se tiene experiencia docente, deben acreditarse, instituciones y cátedras impartidas, investigaciones realizadas, literatura publicada. Si ello se ignora, mejor ni preguntar; (c) desempeño profesional. Que comprende, las actividades desarrolladas en el ejercicio de su profesión, los lugares en los cuales ha fungido, las distinciones concedidas, la experiencia acumulada, la experiencia concreta al punto de peritación; (e) Las presentaciones académicas por discurso, que el perito haya realizado, foros, conferencias, simposium, disertaciones; (f) Las distinciones honoríficas que se hayan otorgado; (g) las colegiaciones, instituciones o matriculas profesionales a las cuales pertenece el perito; (h) la experiencia particular como perito en asuntos judiciales.

(II) Cualificación del testimonio de opinión. El testimonio del perito, debe quedar completamente acreditado como asertivo, en ello no afecta, los márgenes de probabilidad de la pericia, puesto que ello es normal en toda pericia, sólo que en algunas, las probabilidades son más restrictivas. Debe considerarse, que el contenido y estructura de la declaración del perito, es variable, de acuerdo a la estrategia del caso en particular y de la materia sobre la cual declara el experto. Es importante hacer notar, que el perito está habilitado, para declarar en forma de opinión, su formación especial, precisamente le permite hacer inferencias y sacar conclusiones personales de opinión, ello es el punto medular y la distinción de la pericia, por lo cual, ante unos hechos examinados, conforme a unos conocimientos y competencias especiales, el perito puede dar conclusiones

personales. Es importante acreditar, los objetos sobre los cuales se perito; las operaciones técnicas que se practicaron, los resultados que se obtuvieron, las conclusiones a las cuales arribó el perito. Debe indicarse, que es necesario establecer, el enlace del perito con el caso que dictaminó. Pero lo más importante, entratándose de una declaración del perito, es establecer la suficiencia y confiabilidad de la pericia que se ha practicado, en ello reside el “alma del peritaje”, por lo cual, quien presenta la declaración de un perito, debe asegurarse que este aspecto quede satisfactoriamente cubierto.

Debe recordarse, que la declaración de un perito, es un testimonio de opinión, y por ello debe quedar completamente acreditado, que la opinión del perito es confiable, y que aunque puede ser discutible en términos de otras opiniones en el área de su conocimiento, es la conclusión de una persona, que además de ser experta en la materia, ha realizada con plenas competencias y suficiencias la pericia objeto de prueba. Para ello es importante recordar que debe quedar probado: (a) la cualificación completa del perito, en cuanto a la prueba que realizó y a la especialidad de la misma; (b) que todo el instrumental utilizado estaba en optimas condiciones, en este punto, son importantes las certificaciones de calidad del instrumental, y las reglas de manual de operaciones; (c) que los procedimientos que se emplearon, los métodos que se aplicaron, las técnicas que se utilizaron, las teorías sobre las cuales se informó por perito, son de confiabilidad.

Por último, debe recordarse que la declaración del perito, mediante la técnica del interrogatorio directo, debe ser sumamente organizada, ello no sólo facilitará la labor del abogado postulante que presenta su prueba, sino que además facilitará la demostración ante el juez de los hechos que se quieren probar, para ello deben cubrirse los objetivos de: a) sobre que objeto, cosa, persona, sustancia, se peritó, es decir cual fue el objeto sobre el cual recayó la pericia; b) de que manera se realizó la pericia, tiempo, lugar, forma, método empleado, operaciones técnicas de acuerdo a la especialidad de la pericia; c) que resultado obtuvo el perito; d) cuales fueron las conclusiones en términos de opinión a las que arribó el experto.

(III) El interrogatorio del perito también es un directo. Debe tenerse claridad, que la presentación de la declaración del perito en el juicio oral, es bajo la modalidad del interrogatorio directo, de ahí que, todas las técnicas por las cuales se formula un interrogatorio directo, deben ser utilizadas por quien presenta la declaración de un perito, ellas se resumen en las siguientes:

(a) el perito tiene que ser completamente acreditado, en cuanto a su persona y en cuanto a sus competencias, tratándose de un testigo experto, la cualificación es especial, y debe abarcar los siguientes aspectos: preparación académica del perito, tanto de pre-grado o de post-grado o acreditación de experiencia, sino es un perito profesional; experiencia laboral; actividades profesionales; actividades académicas que imparta el perito; honores y distinciones; publicaciones, investigaciones o disertaciones; pertenencia a asociaciones; experiencia pericial, experiencia forense.

(b) La formulación del interrogatorio directo, debe ser primordialmente simple, es decir deben formularse preguntas sencillas para obtener respuestas sencillas, deben evitarse preguntas complejas; el “directo”, debe ser esencialmente conducido, y para ello no existe una mejor opción que preguntas claras y llanas.

(c) La formulación del interrogatorio directo, descansa sobre la premisa, de que, quien declara, es el testimoniante y nunca el postulante –ello bajo el principio de objetividad de la prueba– de ahí que, quien interroga, debe tomar conciencia de que él no es el declarante; para ello debe evitarse la sugestividad, aplicarse un interrogatorio con preguntas abiertas, descriptivas y explicativas, sin perjuicio de perder el dominio de conducir el interrogatorio. Tratándose de peritos la información que se obtenga debe ser esencialmente explicativa.

(d) Si la parte proponente, ha identificado debilidades respecto de quien declara o de su dictamen, la formulación del interrogatorio directo, es una buena oportunidad para manifestarlas, es peor que sean puestas al descubierto por la contraparte.

(e) El interrogatorio directo, pasa por estar altamente planificado, no es posible presentar a un declarante, respecto del cual, se ignora que va a decir,

precisamente por que el interrogatorio directo, es la única forma que se tiene de acreditar los hechos que se postulan. De ahí que, tiene que conocerse, cual es la información que sabe el declarante, y como con dicha información, se establecen los hechos que se pretenden probar ante el juez. También en el interrogatorio directo, debe escucharse –que no oírse– al declarante; y un buen interrogatorio directo sólo se garantiza por su preparación previa.

(f) El interrogatorio directo, es la forma instrumental para probar los hechos que se postulan, ello siempre debe de recordarse, para lo cual, se debe ser puntual y metódico, se pretenden establecer hechos, y ello debe ser cubierto de manera efectiva, por lo tanto los interrogatorios directos, no tienen por que ser intensos, basta que sean específicos, a los hechos que deben quedar acreditados, según la teoría del caso que se maneja.

8. EL CONTRAINTERROGATORIO DEL PERITO

Como el testimonio pericial es un testimonio de opinión, la clave para contrainterrogar exitosamente a un perito, es circunscribirse a esa área de opinión, pero ello pasa por considerar, que el contrainterrogatorio únicamente es una necesidad, no una obligación, y que al mismo, debe procederse con las mismas reglas de precaución que cuando se contrainterroga a un testigo, en este caso, con mayor cautela por la cualificación de quien declara; de ahí que, necesidad y preparación del contrainterrogatorio en materia pericial, son dos reglas de oro. Si lo que se pretende impugnar, es la cualificación del perito, debe procederse con preguntas de máxima seguridad, teniendo información acreditada, que podría para los fines de impugnación, afectar la credibilidad del declarante, si es por impugnación en las competencia de las áreas del saber del perito, la preparación debe ser pulcra y actual; si lo es por los resultados de sus pericias en el ámbito forense debe estar suficientemente sustentada, lo cual implica una compendiosa investigación.

Si lo que se pretende es impugnar la opinión del perito, debe procederse primero extrayendo toda la información que sea favorable, y es trascendental que en materia de opinión, se acredite que el tema es precisamente opinable por la

comunidad académica, que los resultado pueden presentar variabilidades bajo el enfoque de otra opinión, o que el campo de dictamen del perito, es un área de especialización, en la cual el mismo no tiene completa idoneidad. Es importante indagar, los antecedentes del perito respecto de los casos en los cuales ha declarado, pero como se expresó ello significa una ardua labor, que puede tener sin embargo faustas consecuencias para la parte que conainterroga e aciagas para el perito.

En el conainterrogatorio del perito, deben tenerse en cuenta primero, que son aplicables los principios generales, que imperan en materia de conainterrogar a testigos, en razón de ello deben al menos recordarse: a) El conainterrogatorio debe ser breve, es decir puntual, recuérdese conainterrogar, no es un imperativo ni una necesidad, es una eventualidad; b) las preguntas deben ser formuladas de manera sencilla, no de manera compleja, ello implica un conainterrogatorio efectivo, que va a los puntos esenciales y que evita posible explicaciones de parte del declarante; c) El conainterrogatorio se formula de manera sugestiva, las explicaciones deben evitarse, a menos que sean absolutamente necesarias según la estrategia del caso, y ello quiere indicar, que esta ultima opción que es exepcionalisima, debe estar planificada, para evitar “daños colaterales”; se utilizan como formula: es cierto que...; no es cierto que...; es verdad que...; no es verdad que...; es correcto que; no es correcto; conteste con un si o no a...; d) si se hacen preguntas cerradas, debe enunciarse como pregunta cerrada, no pretenda respuestas cerradas cuando formula preguntas abiertas, por eso cuando pretendemos obtener una respuesta en el sentido de si o no a tal cuestión, debe preguntarse expresamente de esa manera; contésteme por favor con un si o con un no a lo siguiente...; e) las preguntas del conainterrogatorio, deben ser por regla general de máxima seguridad, es decir sobre hechos de los cuales, se sabe la contestación del declarante; sólo excepcionalmente debe formular preguntas de meridiana seguridad; nunca deben formularse preguntas de mínimas seguridad, está prohibido “salir a pescar” es decir jugar a la “ruleta rusa” con el declarante, con la agravante que en este caso se trata de un perito; f) quien conainterroga, no debe confrontar con el que

declara, el contrainterrogatorio, no es un combate explícito de “box”; el sistema adversativo, debe emplearse con sutileza, ciertamente para ello, no hay necesidad de “pelear”; una actitud firme, pero respetuosa es conveniente; de nada sirve gritar, más que para hostilizar con quien declara, ello es mucho más inconveniente cuando se trata de un declarante experto como es el perito; g) al contrainterrogar, siempre se debe escuchar lo que dice el declarante, y no se le debe perder la inmediación visual, “grave pecado forense”, es preguntar al que declara y no escuchar lo que dice, hacemos énfasis debe escucharse, no sólo oírse la respuesta; h) jamás permitir que el declarante explique, de ahí la necesidad de preguntas cerradas, y no de emplear preguntas abiertas. Ahora bien, si se tiene la osadía de formular preguntas abiertas, después no se ésta habilitado, para pedir preguntas cerradas. En el contrainterrogatorio, las preguntas explicativas son una insólita excepción, que sólo se utilizan por estrategia del caso; i) jamás debe el contrainterrogador “repetir el directo”, si procede así confirma el principio de “yo te ayudo,” por el cual la parte adversaria, confirma e incluso acredita hechos, que la contraparte no había probado, queremos repetir una vez más, el contrainterrogatorio no es una necesidad, es una excepcionalidad; j) saber cuando finalizar con el contra-interrogatorio, ello por que todos los logros alcanzados por un buen contrainterrogatorio, pueden ser desvanecidos, si quien interroga, no sabe cuando parar, se dice –por los que saben– que nunca debe hacerse la ultima pregunta, en un contrainterrogatorio felizmente conducido; es decir no se debe “engolosinarse” con el perito o como se expresa, debe dársele cumplimiento al principio de “no volar tan alto”, puede ser que esa ultima pregunta de remate, sea contraproducente, ello se según se indica, se puede explicitar de dos maneras: si el contrainterrogatorio ha sido exitoso, debe evitarse “rematar” al declarante agónico, ello podría generar el síndrome –incontrolable para el interrogador – del “*over Killing*” del perito, por el cual el contrainterrogador se gana la antipatía de quien decide el caso²⁴⁸. El otro aspecto, es que la “ultima pregunta”,

²⁴⁸ En tal sentido ver QUIÑONEZ VARGAS Héctor “Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño”. Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño, desde una perspectiva acusatoria adversativa. 1° edición. DPK-USAID. Proyecto para el apoyo del sistema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2003 p 224.

puede precipitar “todo el castillo construido” mediante el contrainterrogatorio, con una respuesta que “hecha abajo la labor del contrainterrogador”, por ello si se debe formular la “ultima pregunta” ésta debe ser, no de alta sino de altísima seguridad.

Dicho todo lo anterior, deben puntualizarse en algunos aspectos del contrainterrogatorio del perito, que son propios de las declaraciones de expertos:

(I) La confrontación de una declaración de un perito, puede ser más efectivamente controvertida, si se hace con la ayuda de otro especialista en la materia, que asesore el contrainterrogatorio, como ello no siempre será posible, tal requerimiento debe suplirse debidamente, por el asesoramiento extrajudicial sobre el tema de la pericia, o en caso de no ser posible, por una concienzuda investigación respecto de la temática del peritaje, aunque debe señalarse que esta última opción, al ser neófito en dicha área el contrainterrogador, puede presentar serios problemas, de ahí que es importante buscar asesoría aunque sea mínima; para estos efectos sirven los consultores técnicos.

(II) Al formular el contrainterrogatorio, debe evitarse debatir abiertamente o polemizar con el perito, sírvase aquí recordar, que los fines del contrainterrogatorio, son en primer lugar, obtener la mayor cantidad de información provechosa para el caso que se postula, de ahí que, si es posible extraer esa información del perito, ello debe hacerse sin polemizar; otro fin del “contra” es incluir información negativa para el caso de la contraparte, ello, si se maneja debidamente, puede ser confirmado por el perito; por ultimo, el contrainterrogatorio tiene por finalidad, afectar la credibilidad del declarante, cuando se trata de un perito, este debe ser el ultimo recurso, sobre la base de cual es el centro de la teoría del caso que manejo, si en ella no tiene prioridad, atacar la credibilidad de la pericia o del perito, es un desgaste innecesario. Y cuando sea necesario, tener que desacreditar puntos de la pericia, debe recordarse que el contrainterrogatorio, no es un instrumento para medir conocimientos, obviamente el perito, que es un experto en la materia, llevara en ese aspecto alguna ventaja; de ahí que, los puntos a controvertir, deben ser elegidos y ello planificarse, no debe pretenderse impugnar toda la pericia.

(III) Se debe primordialmente cuestionar, la confiabilidad de la pericia. Para ello debe tenerse en cuenta, que los aspectos a impugnarse esencialmente son: (a) los vinculados al estado en que la evidencia llegó al perito; b) los métodos que el perito empleó para examinar el objeto peritado; c) la certificación de seguridad sobre la metodología empleada o respecto de los instrumentos utilizados; d) las conclusiones a las cuales arribó el perito; e) las disensiones que pueden concurrir en el área del conocimiento del perito; f) los defectos que se pueden encontrar en la pericia. Si lo que se pretende cuestionar, es la competencia del perito, es decir la acreditación o cualificación que se ha hecho del mismo, a ello debe procederse prudentemente, sólo una investigación concienzuda, puede garantizar éxito en este aspecto. Sin embargo hay parámetros importantes que pueden destacarse: (1) cuando el perito declara en un área que tiene una connotación de mayor especialidad; en estos ámbitos de manera discreta –y sólo si se tiene máxima seguridad– debe preguntarse por esa línea. Por ejemplo se diagnosticó sobre la curación de una lesión que fracturó hueso, pero el perito no es ortopeda; (2) la utilización de literatura de especialidad del perito es importante, pero ello debe ser planificado, quien pregunta sobre esa base, debe estar completamente informado, y ello sirve para sondear la actualización del perito, y para reforzar tópicos o tesis que destaca un comentarista connotado, pero tal afán, no significa la elección de cualquier literatura, ello requiere una consciente investigación²⁴⁹.

(IV) Impugnar la parcialidad del perito o los defectos notorios de la pericia. Para ello sirve en buena medida las exigencias legales, es decir, los peritajes deben cumplir un mínimo de conformidad con ciertas disposiciones normativas; es importante buscar las omisiones de los peritos, pero debe procederse con circunspección, lo que no esta afirmado en un dictamen, es por que el perito no lo encontró, a menos que tal dato se halla omitido, pero de ello debe tenerse información probatoria de respaldo, de ahí que las preguntas deben ser formuladas en su manera negativa. Obviamente la impugnación de un peritaje

²⁴⁹ FONTANET MALDONADO Julio E. “Principios y Técnicas de la Práctica Forense. Jurídica Editores. San Juan. Puerto Rico. 1999, ps. 223 a 231

tiene un orden, a tal cometido se debe proceder cuando se está en las postrimerías de la declaración. Si se denota signos de parcialidad o pérdida de objetividad del perito, debe de manera colateral, abordarse este punto, es decir estos ámbitos deben ser cubiertos por una línea de interrogatorio implícito.

A manera de resumen conclusivo, debe quien interroga y contrainterroga al perito considerar: a) es necesaria la presentación de la prueba pericial; b) la declaración del perito esta suficientemente preparada; c) el perito es una persona calificada en su área, es un especialista, si el dictamen requiere ese rigor; d) ha testificado el perito; e) se tiene pleno conocimiento de la opinión del perito; f) es necesario contrainterrogar al perito; g) se ha preparado concienzudamente el contrainterrogatorio; h) debe impugnarse la cualificación del perito; i) debe impugnarse la opinión, se esta lo suficientemente preparado para ello; j) es posible modificar las conclusiones del perito o encontrar fisuras en la peritación.

BIBLIOGRAFIA

BERGMAN Paul “La Defensa en Juicio”. La defensa penal y la oralidad. Segunda edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1989.

CAFFERATA NORES José I. “La Prueba en el Proceso Penal. 3° edición actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998.

CASADO PÉREZ José María, DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio, DURO VENTURA Cesáreo, LÓPEZ ORTEGA, Juan José, MARCO COS José Manuel, SALAZAR GRANDE Cesar E. SEOANE SPIEGELBERG José Luis “Código Procesal Penal Comentado. Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001.

CASTILLO GONZÁLEZ. Francisco “El Perito en el Proceso Penal Costarricense” Revista de Ciencias Jurídicas N° 34. enero-abril. San José Costa Rica. 1978.

CLARIA OLMEDO Jorge A. "Derecho Procesal Penal". Tomo. II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1998.

Clariá Olmedo Jorge A. Tratado de las Pruebas Judiciales. T. V. EDIAR. Buenos Aires. Argentina 1966.

DURÁN RAMÍREZ Juan Antonio "Las Técnicas del Interrogatorio en el Juicio Oral" en Revista Justicia de Paz. N° 9. Año IV-Volumen II. Mayo-Agosto-2001. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2001.

FONTANET MALDONADO Julio E. "Principios y Técnicas de la Práctica Forense. Jurídica Editores. San Juan. Puerto Rico. 1999.

FENECH Miguel "Derecho Procesal Penal". V.I. 2° edición. Editorial Labor. Barcelona. España. 1952.

FLORIAN Eugenio. "De las Pruebas Penales". De la Prueba en general. Tomo I. Tercera edición Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1982.

HEGLAND Kenney F. "Manual de Prácticas y Técnicas Procesales". Traducción de Anibal Leal. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 1995

JAUCHEN Eduardo M. "Tratado de la Prueba en Materia Penal". Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 2002

LEONE, Giovanni. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Melando. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1963.

MANZINI Vincenzo. "Derecho Procesal Penal". Ediciones Jurídicas Europa-América, T. III, traducción de Sentis Melando y Merino Ayerra Redin. Buenos

Aires. Argentina. 1952.

QUIÑONEZ VARGAS Héctor “Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño”. Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño, desde una perspectiva acusatoria adversativa. 1° edición. DPK-USAID. Proyecto para el apoyo del sistema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2003.

RAMOS GONZÁLEZ, Carlos VÉLEZ RODRÍGUEZ Enrique “Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico. Michie Butterwoth. San Juan. Puerto Rico. 1996

ROXIN Claus “Derecho Procesal Penal”. Traducción de la 25° edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina 2000.

VASQUEZ ROSSI Jorge E. “Derecho Procesal Penal”. Tomo II. El Proceso Penal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Argentina. 1997.

DOCTRINA NACIONAL

Gilbert Armijo (Magistrado de la Sala Constitucional y profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR).

La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional ¿mito o realidad?

Norberto Garay Boza (Defensor público).

El otro y el discurso delincencial en la sociedad de la violencia: plataforma subjetiva para el no ciudadano en Costa Rica

Rodolfo Calderón Umaña (Profesor Escuela de Sociología de la UCR e investigador de FLACSO).

Delitos patrimoniales y estructura social en Costa Rica. Un análisis de los vínculos

Ricardo Salas (Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría Centroamericana de Ciencias Políticas de la UCR).

Las maras e institucionalidad posterior a la guerra salvadoreña

Gustavo Chan Mora (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR).

Fundamentos Psicológico-Evolutivos y Neurocientíficos para el Tratamiento Diferenciado de la Responsabilidad [¡y de la culpabilidad!] Penal de los Jóvenes.

Sánchez Romero, Cecilia (Exdirectora del Digesto) y Roy Murillo Rodríguez (Juez de ejecución de la pena).

Reflexiones necesarias para la supervivencia del Estado de Derecho

Odilie Robles Escobar (Defensora pública).

El hacinamiento carcelario y sus consecuencias

Héctor Sánchez Ureña (Defensor público).

Las reformas al Código Penal y sus consecuencias en las prisiones

LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

¿MITO O REALIDAD?

GILBERT ARMIJO SANCHO

*Magistrado de la Sala Constitucional*²⁵⁰

Recibido el 27 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Los derechos humanos en América Latina han encontrado una nueva opción para su cumplimiento efectivo. Si bien, tradicionalmente nuestros ciudadanos tenían que acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratarse de una justicia residual, y siendo la mayoría de los países latinoamericanos signatarios del Pacto de San José recientemente nos hemos comenzado a cuestionar ¿tenemos los tribunales nacionales la obligación de tutelar de manera efectiva los derechos consagrados en el Pacto? En el presente trabajo, analizaremos algunas disfuncionalidades que han imposibilitado ese acceso directo a la tutela nacional efectiva, a la vez que asistimos a una mayor toma de consciencia sobre el papel de los Tribunales y Salas Constitucionales como verdaderos y eficaces jueces de ésta jurisdicción.

²⁵⁰ Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor Universitario de la UCR y UNA. Premio “Alberto Brenes Córdoba 1996” por el Colegio de Abogados, Premio “Ulises Odio Santos 1998” por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, justicia constitucional, tercera vía, derecho procesal constitucional, derecho interno, doctrina de la problemática política, derecho humano a la paz.

ABSTRACT. Human Rights in Latin America have found a new alternative for their effective compliance. Although, traditionally our citizens had to come up to the Inter-American Court of Human Rights; since it is a residual jurisdiction and also since the majority of the Latin-American countries are signatories to the San José Pact, recently we have started to question ourselves, do national courts have the obligation to effectively protect the rights enshrined in this Pact? In this article, we will analyze some of the disfunctionalities that have limited the direct access to an effective national guardianship, while we promote a mayor awareness of the role the Courts and the Supreme Courts have as true and effective judges of this jurisdiction.

KEY WORDS: Human rights, constitutional justice, third way, constitutional procedural law, internal law, doctrine of the political problematic, human right to peace.

INTRODUCCIÓN

¿Por qué los Estados ratifican y firman los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y luego se niegan a aplicarlos? ¿Este es un problema exclusivo de los Estados o son por el contrario sus funcionarios quienes son omisos cuando se trata de cumplir los compromisos internacionales adquiridos por sus respectivos países? En el presente trabajo, trataremos de aventurar algunas posibles explicaciones al fenómeno que, torna en invisibles determinados derechos humanos consagrados a favor de los ciudadanos de los Estados.

1.- DISFUNCIONES QUE ENTORPECEN LA PLENA EFECTIVIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

La diferencia entre Convenios sobre Derechos Humanos y Tratados contratos. En primer lugar, es necesario diferenciar entre los Tratados sobre Derechos Humanos y los que denominamos Tradicionales. En segundo lugar, es apropiado recordar que el problema puede tener su origen en la deficiente formación profesional de los jefes de las instituciones públicas estatales; que fuimos formados bajo una concepción del derecho internacional privado y público débil, pues su cumplimiento efectivo, durante un gran período histórico, era prácticamente librado a la buena voluntad de las partes y al principio de buena fe y *pacta sum servanda*, pues los Tribunales Internacionales tenían escaso o ningún poder real para obligar a los Estados a cumplir las obligaciones adquiridas.

Estos Convenios Tradicionales entre Estados, podían ser bilaterales o multilaterales, pero en las décadas de los sesenta y los setenta, estos eran negociaciones entre los gobiernos, que perseguían la obtención de ventajas y beneficios. Así, si en un determinado momento era conveniente, el Estado negociaba disminuciones de impuestos a las importaciones de otros terceros países, en la mayoría de los casos como una graciosa concesión soberana. En síntesis, este primer grupo de Convenios y Tratados, que prevalecieron durante un prolongado período histórico en nuestro país, son conocidos por nuestra doctrina como los “Tratados-Contratos”.

A lo anterior debemos agregar, que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, les permite a los Estados utilizar dos criterios que denominamos llave, que potencian esta disfunción al supeditar el cumplimiento de los Convenios a las circunstancias del caso concreto. Así, el primero de estos criterios, establece que el incumplimiento grave de un Convenio no produce mayores consecuencias jurídicas salvo la suspensión total o parcial de éste. El segundo, se resume al indicar que, el cambio de circunstancias permite a la parte

afectada, dar por terminado el Convenio y le permite retirarse de su cumplimiento. En última instancia, el Estado asume que el “contrato” es bueno o malo para sus intereses económicos, y tras considerarlo malo deja de cumplir sus compromisos - desde luego la buena fe lo obliga agotar el procedimiento de rigor ante el tercer Estado, pero lo que nos interesa ahora resaltar es que, esta situación ha calado con fuerza en subconsciente colectivo nacional-.

A diferencia de los “Tratados/Contratos”, los Tratados sobre Derechos Humanos, persiguen un fin diferente y este es el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario al Estado, sino al individuo. En este sentido puede consultarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-1/81, “Otros Tratados”, serie A, N. 1, párrafo 24. Sobre el objeto de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, también la Corte Europea de Estrasburgo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en idéntico sentido, en el Caso Soering, de 7 de julio de 1989, párrafo 87.

Sobra decir, pero es necesario recalcarlo, que el objeto de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, una vez firmado y ratificado por el Estado, no es disponible para éste. Y por el contrario, su cumplimiento es obligatorio en virtud de que los nuevos derechos no le pertenecen al Estados sino a todos y a cada uno de sus ciudadanos. Desde luego, diferente situación se presenta con los Tratados Tradicionales, que por lo general regulan competencias atientes al comercio entre éstos.

Pese a lo expuesto, cuando la Sala le da la orden a un funcionario para que respete el Pacto, es común escuchar al funcionario preguntarse con indignación ¿de verdad el Pacto de San José es una norma jurídica?

2.- DEFICIENCIAS PROCESALES PARA LA EFECTIVA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES SOBRE LA ADMISIBILIDAD

Este cuestionamiento sobre el valor jurídico de los Derechos Humanos, responde también a un problema estructural, que ha sido favorecido por los mecanismos procesales que se le imponen a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El ciudadano común suele descubrir con sorpresa, que no sólo el Pacto de San José tutela sus derechos esenciales sino que el acceso a la “Justicia Internacional” es un camino tortuoso.

Ciertamente, existen normas que le garantizan el derecho de defensa o el acceso a un traductor en la materia penal cuando no habla el idioma del país donde esta siendo juzgado. Que el artículo 13 del Pacto de San José, le garantiza el ejercicio de su libertad de buscar información y difundirla, sin estar incorporado, por ejemplo, al Colegio de Periodistas del país. Máxime cuando algunos Estados exigen, desconociendo el artículo 13 del Pacto, la colegiatura obligatoria para ejercer la profesión de periodista, y hacerlo sin autorización constituye el tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión²⁵¹.

El acceso a la tutela de los Tribunales de Derechos Humanos en América, representa todo un reto a la persistencia, pues la admisibilidad, es un tema complejo. Primero: la aplicación del principio de subsidiariedad, implica que solo ante la falta de respuesta interna a las graves agresiones a los derechos humanos, pueden intervenir las instancias internacionales de protección, lo cual

²⁵¹ Véase, la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiatura obligatoria de periodistas y el artículo 13 del Pacto de San José. En igual sentido Sala Constitucional, sentencia 2313-95, de las 16:18 hrs, del 9 de mayo de 1995. En la sentencia se establece que la Ley impugnada reconoce como exclusivo de los periodistas lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce como una libertad para todas las personas, por lo que dicha Ley es violatoria a la libertad de expresión. En adición a ello, la Sala Constitucional destaca que en 1985 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva solicitada por Costa Rica, para que aquella resolviera si la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas era compatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contiene el derecho a la libertad de expresión, de manera que el caso resuelto era una suerte de repetición de lo ya planteado en la opinión consultiva. La Sala sostiene finalmente que quién formule una solicitud de Opinión Consultiva, debe ser considerado parte y por lo tanto queda obligado a cumplir los términos de la Opinión Consultiva. Véase también, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Res: 2000-03220 a las diez horas con treinta minutos del dieciocho de abril del dos mil.

indudablemente son resabios de un derecho internacional débil, pues de previo a interponer la demanda hay que agotar las vías ordinarias internas²⁵², pues la jurisdicción internacional se aplica supletoriamente, aún ante graves violaciones de los derechos humanos²⁵³.

Lo cual implica que en la práctica, para nuestro medio, los ciudadanos deben esperar un promedio de diez o más años antes de que el caso llegue a Casación, para acudir por los medios usuales ante la Comisión sobre Derechos Humanos, y con suerte esta lo admitirá. Esta situación es de fácil verificación, pues el volumen de asuntos resueltos por la Corte es relativamente reducido, frente a las demandas que se presentan y se rechazan *ad portas* por la Comisión sobre Derechos Humanos²⁵⁴. Segundo: El Derecho Internacional, les reconoce a los Estados, un amplio ámbito de autonomía para que implementen los mecanismos apropiados de vigencia de los derechos humanos al interno de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Sólo ante las omisiones graves de manera supletoria, el ordenamiento internacional le permite a la Corte Interamericana intervenir y resolver la cuestión.

Una opción alternativa: La teoría de la “Tercera Vía”. Esta situación, ha llevado a parte de la doctrina, entre ellos a Peces-Barba y Bobbio, ha desarrollar la concepción de la “Tercera Vía”. Pues conscientes, de las graves trabas que se les imponen a los ciudadanos para acceder a los Tribunales Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, establecen una verdadera lucha no solo por la universalización de los Derechos Humanos, sino por la necesidad de crear un

²⁵² A pesar de que el artículo 46 de la Convención estable como excepciones los casos en los que:

“a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.”

²⁵³ El problema no solo existe en América Latina, véase por ejemplo, los artículos 32, 34 y 35 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

²⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

verdadero consenso de protección de estos derechos. Sostienen, que les compete a los Tribunales Constitucionales aplicar directamente estos instrumentos de protección como normas jurídicas, de esta manera, las Cortes Constitucionales se convierten al interno de los países en verdaderos Tribunales de Derechos Humanos, creando una verdadera retroalimentación entre los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional, como una forma de introducir al ordenamiento nacional positivo los Derechos Humanos.

Desde luego, la “Tercera Vía” implica invitar a los Tribunales Constitucionales a que admitan una legitimación más amplia del ciudadano para que pueda acudir a reclamar la vulneración de sus derechos; como una manera de darle respuesta a las graves violaciones de los derechos que se reclaman, y al mismo tiempo, en nuestro caso, darle eficacia jurídica a la norma constitucional que proclama que los Tratados y Convenios Internacionales debidamente aprobados por los Estados tienen un valor superior a la ley.

Creo que esto bastaría para justificar la legitimación de cualquier ciudadano ante su Sala o Tribunal Constitucional, pues si se trata de una ley esta debe surtir efectos jurídicos y si los jueces ordinarios se sienten incapaces de aplicar estos instrumentos, el juez natural para hacerlo es el constitucional. Así lo hemos entendido, antes incluso de que se mencionara siquiera el concepto de derechos emergentes. Efectivamente, la Sala Constitucional de Costa Rica en la década de los noventa estableció el siguiente precedente: “... *cuando las disposiciones de los tratados resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que [las] desarrollen en el derecho interno las legales que las contradigan deben tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado*”²⁵⁵

Desde luego, esta opción para algunos no es suficiente, y la analizan como un pobre paliativo, para negar el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues siempre sería factible indicar que los Tribunales Constitucionales

²⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, Res. 282-90, de las diecisiete horas del trece de marzo de mil novecientos noventa

internos, son los competentes en este tipo de asuntos y solo ante su omisión absoluta podría la Corte conocer del caso, con lo cual se evita que le lleguen verdaderas cascadas de demandas, tal y como ocurre en este momento con la Corte Europea de Derechos Humanos o con nuestra Sala Constitucional, que en criterio de algunos colegas europeos, prácticamente puede morir de éxito²⁵⁶.

Curiosamente, para algunos de los teóricos de los derechos humanos emergentes, este es un tema relativamente invisible. Debemos hacer la salvedad de doña Sonia Picado, Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, quién conformo el Comité Científico que debía sentar las bases de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, quién consciente del problema, sugirió que debía incorporarse una norma que permitiera una relectura actualizada de la Declaración Universal. Y por ello sugirió que resulta válido y oportuno preguntarse si ese artículo 8 no debería contener una segunda parte, que postulase, por ejemplo: *“Para la plena protección de sus derechos humanos, la persona podrá acudir a las instancias internacionales en los casos que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente. Los Estados se comprometen a acatar y ejecutar las resoluciones internacionales de carácter definitivo que se generen en este sentido”*²⁵⁷. La posición de doña Sonia Picado y otros, dio como resultado la aprobación del Título VI, artículo 9, párrafo 7 de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, donde se establece el derecho a un sistema internacional justo que reconoce a toda persona y a toda comunidad, la posibilidad de “acudir a instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente”²⁵⁸.

²⁵⁶ Así por ejemplo la tendencia histórica anual del número de casos entrados en la Sala Constitucional durante el período 1989-2007, se inició en 1989 con 365 asuntos y en el 2007 ingresaron 16.951. En este mismo período, el número de casos terminados fue 179 para el año 1989, y 17.109 para el año 2007 (la mayor cantidad de asuntos resueltos que ingresos responde a casos de años anteriores).

²⁵⁷ Sonia Picado: “Apuntes acerca de los derechos emergentes y su posible relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos” en *Institute de Drets Humans de Catalunya*, http://www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Picado.pdf (14/09/08).

²⁵⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, en *Institute de Drets Humans de Catalunya*, <http://www.idhc.org/esp/documents> (14/09/08), artículo 9, párrafo 7.

3.- EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL DERECHO INTERNO UN PROBLEMA GLOBAL

Es cierto también que volver operativos esos derechos, en los ordenamientos internos ha sido difícil. Tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer, han potenciado una serie de seminarios y congresos con los Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales latinoamericanas para concienciar a sus miembros de la importancia de aplicar el Pacto de San José, directamente y como norma jurídica. Estas reuniones de Cortes y Salas Constitucionales patrocinadas por la Fundación Konrad- Adenauer, dieron como resultado el acuerdo de San Salvador, en el los mencionados Tribunales se comprometen a aplicar en sus sentencias el Pacto de San José. Este mismo fenómeno ha comenzado a tener una dimensión continental como lo atestigua la revista *Diálogo Jurisprudencial*²⁵⁹. Esto tiene importancia, porque como reiteradamente lo ha sostenido, Ex-Presidente de la Corte Interamericana la “... *jurisdicción interamericana, depositada en la Corte –que funciona en San José, Costa Rica, desde 1979- tiene carácter complementario de la jurisdicción nacional: a ésta incumbe, en primer término, la protección de los derechos fundamentales de las personas*”²⁶⁰.

Este esfuerzo de difusión no ha sido aislado, en otros casos, UNICEF, ha tratado de divulgar la Convención sobre Derechos del Niño y el Adolescente. Parte de este programa permitió la creación de una nueva serie de leyes en América Latina sobre el tema²⁶¹. Nuestro país no fue la excepción, en 1986 se aprueba la

²⁵⁹ Véase las sentencias, de múltiples tribunales latinoamericanos, como el Argentino, Costarricense, el de República Dominicana, el Salvador, solo por mencionar algunos en las ediciones de *Diálogo Jurisprudencial*. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, N. 1, México, 2006, y N. 2, de 2007.

²⁶⁰ Sergio García Ramírez: “Presentación”, en *Diálogo Jurisprudencial*. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, n. 1, México, 2006.

²⁶¹ Emilio García Méndez, Mary Beloff: *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Editorial Temis-Ediciones Desalma, 1999.

Ley de Justicia Penal Juvenil²⁶² y años después el Código de la Niñez y la Adolescencia. Esto fue necesario, debido a que entre la teoría y la práctica siempre ha existido una distancia importante. Aceptamos como cierto, que los Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos, ratificados son normas jurídicas, existe una presunción *iure et iure* en ese sentido, la conciencia colectiva se satisface con su ratificación legislativa, tal parece que una vez que somos parte del instrumento, pensamos que ese solo hecho basta para brindar una protección absoluta a nuestros ciudadanos. Con la firma de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos se cree que se solucionan los problemas que justifican su creación, sin pensar, que esas normas “formalmente” superiores a las ordinarias son absolutamente ineficaces, mientras no se reclamen para resolver los casos concretos. No obstante, a pesar de que son invocadas en algunos supuestos, es evidente la resistencia de los jueces a implementarlos. Salvo honrosas excepciones, resulta manifiesto lo difícil que es para éstos el interiorizar que se trata de normas jurídicas vinculantes.

El caso Argentino. Mary Bellof, hizo un estudio en Argentina, como parte de la conmemoración de los cincuenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, organizado por el PNUD²⁶³. En las encuestas se les preguntaba a los jueces porque no aplicaban la Convención sobre Derechos del Niño en el ámbito interno. La respuesta fue que se trataba de normas programáticas, abstractas e indeterminadas que no podían ser aplicadas por el juez ordinario hasta que existiera una ley formal que así la desarrollara. En consecuencia, Bellof se pregunta si ¿la Convención tiene fuerza normativa o si por el contrario, se trata de normas programáticas que necesitan de una reforma legislativa que las concrete? Ciertamente, en España, por ejemplo, incluso las normas constitucionales, si no han sido puntualizadas por medio de una “Ley Orgánica” no pueden ser aplicadas como normas jurídicas. Diferente ocurre en la

²⁶² Carlos Tiffer Sotomayor: *Ley de justicia penal juvenil. Comentada y concordada*, San José: Editorial Juritexto, 1996.

²⁶³ Mary Bellof: “La aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, en Publicación especial 50 años de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, PNUD, 1998.

mayoría de los países latinoamericanos. En nuestro caso, las normas constitucionales son normas jurídicas como ha sostenido siempre García de Enterría.

Por ello, debemos coincidir con Bellof, de que la Convención es jurídicamente exigible, pues es difícil aceptar la tesis de que se trata de normas indeterminadas. Basta una simple lectura del artículo 37 de la Convención, que establece en el inciso a) “Ningún niño será sometido a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. El inciso d) dispone: “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica”. Resulta difícil comprender que un juez no pueda interpretar estas normas procesales, para que pueda establecer la interdicción de la tortura, los tratos crueles y degradantes o la obligación del estado de brindarle al menor acusado la necesaria asistencia de un defensor que lo represente en las causas penales. Las normas señaladas tienen un alto contenido procesal. El problema más que de interpretación es de falta de voluntad jurídica para obedecer la normativa internacional. En especial cuando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, entra en conflicto con la ley o la ideología que existe detrás de la ley.

En el caso Argentino, el fenómeno es comprensible porque es la cuna de la teoría de la situación irregular, la cual da base a la mayoría de las leyes tutelares de América Latina, y prevalece hasta que se reconoce a la Convención como el nuevo fundamento jurídico de los derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes. El nuevo planteamiento, tiene como sustento teórico práctico a la teoría de la protección integral, que sustituye en América al diseño anterior, básicamente ya los niños no serán objeto de tutela, sino sujetos de derechos constitucionales como cualquier persona mayor de edad. Ante este cambio de paradigma, no es de extrañar, que los jueces argentinos, se sintieran desplazados por las nuevas normativas.

Posiblemente, esta experiencia hizo meditar a algunos responsables de las agencias internacionales para la protección de la niñez, como la UNICEF que desde ese instante comenzaron una fuerte campaña para que las leyes ordinarias

desarrollaran el contenido de los derechos humanos para el sector que les interesaba²⁶⁴.

El caso Alemán. Similar problema al tratado por Beloff, se presenta en Alemania, Roland Bank, tiene un interesante artículo²⁶⁵ en el que cuestiona la difícil operatividad de los Derechos Humanos en Alemania como normas constitucionales, y en especial, sobre la compleja situación para poder reclamarlos como normas jurídicas ante la Corte Constitucional. En primer lugar, porque los instrumentos de esa índole tienen el rango de ley federal, y solo pueden invocarse ante los Tribunales Federales, en consecuencia, cuando el argumento jurídico tiene como base las presuntas violaciones a la Convención Europea, la Corte Constitucional, suele desechar la queja, y sólo de manera restrictiva y con fundamento en el artículo 25 de la Ley Básica, los admite, cuando la norma de la Convención tiene aplicación universal y no se limita a una aplicación regional. La Corte, suele considerar a la Convención como una ley ordinaria y por ende no la cita en sus fallos, pese a que la Constitución Alemana, en el artículo 1, párrafo 2, señala: *“El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda la comunidad humana, de la paz y la justicia”*. Por ello, para un sector de la doctrina alemana, de conformidad con los artículos 59 y 25 de la norma fundamental, la Convención Europea podría considerarse al menos, como derecho consuetudinario y por ende aplicable por la Corte Constitucional.

El caso Español. En el marco de la infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye la piedra angular de la protección de los derechos humanos. La defensa de la infancia conlleva aceptar con una visión de conjunto, la simbiosis que existe entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional que

²⁶⁴ Emilio García Méndez, Elías Carranza (organizadores): *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires: Editorial Galerna, 1992. Carlos Tiffer: *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada*, San José: Editorial Juritexto, 1996. Gilbert Armijo: *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*, San José: litografía e imprenta LILL, 1997.

²⁶⁵ Roland Bank: “El Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, en *Ius et Praxis*, Talca, 2003.

regula los derechos humanos. Los derechos humanos se convierten, así, en un instrumento de análisis, que nos permite replantearnos si la actividad que realiza el Estado y sus órganos, es válida y legítima, y si esta en armonía con los valores en que se sustenta su respeto²⁶⁶.

La Convención, establece en los artículos 2 y 3, lo que podríamos señalar como el concepto operativo básico del interés superior del niño. Sin embargo, esto no basta para asegurar su plena eficacia jurídica. Así lo sostiene Human Rights Watch, en su informe de octubre de 2008, sobre el caso de Andalucía. Ciertamente, el gobierno Español ha tomado una serie de previsiones para evitar las deportaciones indiscriminadas de niños que llegan sin sus familiares a tierras andaluzas. Estos niños son reubicados, se cuenta en sus casos con la intervención de un fiscal especial y estudios del sector social español, sin embargo, cuando se investiga más a fondo se descubre que lo que existe es una apariencia de derechos de garantía, pero vacíos de los contenidos formales mínimos. Ciertamente, el interés superior del niño, es un parámetro de interpretación transversal que debería permear el ordenamiento como un todo, para brindarle al niño el máximo de protección posible. Sin embargo, en el “Estudio del caso: Andalucía”, lo que se acredita es lo difuso del criterio de interpretación. Human Rights Watch, en este informe denuncia que los niños que llegan a España, producto de la migración ilegal, son invitados a regresar a su país de origen, invocando que esto es lo adecuado de acuerdo al interés superior de los muchachos, sin tomar las mínimas precauciones para asegurar la efectividad de lo que formalmente se predica. Pues es escasa la comunicación con las autoridades del país de origen, y tampoco existe mayor preocupación por asegurarse que efectivamente, los muchachos realmente regresan a su familia.

²⁶⁶ Entre la múltiple bibliografía sobre el tema véase, GROS ESPIELL, H., **Estudios sobre derechos humanos**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985; **La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez** (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay, España). San José, Costa Rica: ILANUD, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos: Comisión Europea, 1996; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., **Los valores superiores**. Madrid: Tecnos, 1986; **Derechos humanos y sistema comparado de justicia juvenil**. Comisión de derechos humanos del Estado de México, 1996.

Esta organización, sostiene que lo que menos priva en las deportaciones de niños es su interés superior, sino facilitar el retorno de los muchachos a cualquier precio.

Ciertamente, el argumento de que el regreso a su país es lo apropiado de acuerdo al interés superior del niño es un argumento sofisticado, que fácilmente puede ser utilizado a *contrario sensu*, en cuyo caso se sostendría que la repatriación atenta contra el interés superior del muchacho, precisamente, por el riesgo que implican las deportaciones a un destino incierto, para este caso, en Marruecos.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando ha sostenido en su jurisprudencia, que no basta que el Estado receptor del muchacho haya ratificado la Convención, para eximir al Estado emisor de proteger por todos los medios a los niños que se encuentran en su territorio, lo cual implica que si va a ordenar su deportación debe asegurarse de que se les proteja de cualquier forma posible de maltrato²⁶⁷. Este criterio ya había sido externado en el caso Mubilanzila Mayeka vs Bélgica, donde se condena a Bélgica por la expulsión de su territorio de la niña Mayeka, sin verificar que tipo de trato humanitario iba a recibir en su país de origen, lo que conllevó que se trasgrediera la obligación de respetar el interés superior de la niña y desde la óptica del Tribunal implicó un trato inhumano y degradante, precisamente, por la falta de recursos apropiados de acogida por el Estado natal²⁶⁸.

Sobre este tema a nivel internacional, el ACNUR, ha establecido una serie de directrices, para darle un contenido mínimo formal al interés superior del niño²⁶⁹.

Los criterios expuestos, parecen indicar que la decisión sobre el contenido de garantía de este principio, emitidos por el Tribunal Europeo de Derechos

²⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Saadi vs Italia, sentencia de 28 de febrero de 2008.

²⁶⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mubilanzila Mayeka vs Bélgica. Sentencia de 12 de octubre de 2006.

²⁶⁹ ACNUR "Observación general #6 del Comité de los Derechos del Niño".

Humanos pretendían indirectamente, corregir, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006, sobre las políticas de migración y el derecho de reagrupación familiar y el interés superior del niño. En este caso, el Parlamento Europeo, cuestiona y pide la anulación del artículo 4, apartado 1, último párrafo, y 6, y del artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, sobre el derecho a la reagrupación familiar²⁷⁰. Aduce que la medida es discriminatoria en perjuicio de los niños extranjeros.

El Tribunal de Justicia desestima el recurso contra la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, pues afirma que la Directiva, no afecta la obligación del respetar el interés superior del niño, y priva la posibilidad de que los Estados introduzcan condiciones, que impidan la reagrupación cuando se esta en presencia de niños menores de 12 años²⁷¹. Sostienen, que dichas normas “únicamente exigen que se respete y se tenga en cuenta el interés superior del niño, pero no establecen ningún derecho absoluto en materia de reagrupación familiar”²⁷². En síntesis, el interés superior del niño “no confiere a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado y no puede interpretarse en el sentido de que privan a los Estados miembros de cierto margen de apreciación al examinar las solicitudes de reagrupación familiar”²⁷³.

4.- EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COSTA RICA

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en nuestro

²⁷⁰ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251, p.12).

²⁷¹ Pese a que el artículo 24 de la Carta, dedicado a los derechos del niño, cuyo apartado 2 establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades publicas o instituciones privadas, el **interés superior del niño** constituirá una consideración primordial” y su apartado 3, que “todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, **salvo si ello es contrario a sus intereses**” (la negrita no es del original).

²⁷² STJCE (Gan Sala) 27 de junio de 2006, párrafo 33.

²⁷³ STJCE (Gan Sala) 27 de junio de 2006, párrafo 59.

medio, se han convertido en un poderoso instrumento que nos permite solucionar, desde la Sala Constitucional, algunos casos que versan sobre esta materia.. Debemos reconocer, que acudimos a esta fuente, porque en ciertos temas nuestras leyes o nuestra Constitución no brindan una solución satisfactoria o simplemente son omisos al tratar el tema. Debemos recordar, que desde los inicios de la Sala Constitucional, se potencio el valor normativo de los convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente firmados y ratificados por el Estado.

El camino recorrido. Sobre éste extremo y solo como acotación podemos decir, que recorrimos desde mil novecientos noventa, dos grandes etapas:

En la primera, se sostuvo que los tratados sobre derechos humanos tenían, no solo un valor superior a la ley ordinaria (artículo 7 de la Constitución Política), sino que integraban su parte dogmática (Voto 3805-1992). En ese momento, esta doctrina recorrió América Latina al amparo de lo que se denominó el “**bloque de constitucionalidad**”. Recordemos, que los franceses en la década de los años cincuenta incorporaron - a falta de una regulación en su Constitución de los derechos individuales- vía jurisprudencia del Consejo de Estado, los derechos del hombre y del ciudadano a su Constitución, señalando que formaba parte del bloque de constitucionalidad.

En una segunda etapa, la Sala fomento que, en el tanto y el cuanto, la normativa internacional le concediera al ciudadano mayores derechos que los que otorgaba la Constitución, estos primaban sobre ésta. Así, la doctrina del “**valor supraconstitucional de los derechos humanos**” nace como consecuencia de un asunto que es presentado ante la Sala, pues nuestra Constitución disponía que la mujer extranjera al casarse con un hombre costarricense obtenía por ese solo hecho la nacionalidad de su marido.

Todo marchaba sin mayores complicaciones, hasta que una mujer costarricense casada con un extranjero pretendió que se le concediera a su pareja el mismo derecho constitucional; los funcionarios del Registro Público se negaron

aduciendo, que la interpretación literal de la norma era clara, solo señalaba al hombre y no a la mujer. Ante esta situación, la señora presenta un recurso aduciendo que la norma constitucional era discriminatoria y que los instrumentos internacionales la tutelan, pues no hacen referencia a género sino a la persona humana. La Sala luego de escuchar a las partes, se pronuncia dándole la razón a la recurrente y ordena que en todos aquellos casos, donde se señale en la Constitución el concepto “*hombre*” debe interpretarse “*persona humana*”, conforme lo señalan los instrumentos internacionales sobre el tema (Voto 3435-1992)²⁷⁴. Lo anterior, tuvo como consecuencia que el artículo 14 inciso 5 de la Constitución fuera modificado para evitar discriminaciones como la denunciada. Conforme se desprende en nuestro caso, la discusión sobre monismo o dualismo carece de interés, pues solemos utilizar la mayoría de los instrumentos internacionales como normas jurídicas directamente aplicables por la jurisdicción ordinaria como por la Sala Constitucional.

Lo anterior nos ha permitido desarrollar una amplia jurisprudencia en temas sensibles, desde asuntos donde se analiza la discriminación por razones de pertenencia a un grupo etario (niños-ancianos) hasta asuntos de discriminación por razones de género. Por ejemplo, se han conocido casos donde se reclama que en las listas electorales de los partidos políticos, para los puestos de elección popular a las mujeres se les discrimina en abierta violación de la Convención de Belem Do Para, pues si bien se someten sus nombres al electorado, esto suele hacerse en puestos que de antemano se sabe que no serán electas. La Sala Constitucional, ha fallado en diversas ocasiones en contra de los grupos políticos que fomentan esta actividad discriminatoria, obligándolos a incluirlas en sitios de elección real, de esta manera se cumple con la normativa que protege a este grupo y se potencia la discriminación positiva en su favor. Lo anterior, ha traído como consecuencia que en la actualidad prácticamente la mitad de la Asamblea Legislativa esta conformada por diputadas, igual situación se presenta en la Corte

²⁷⁴ Nuestra jurisprudencia, sostiene desde la década de los noventa que los instrumentos sobre Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.

Suprema de Justicia, donde cada vez son más las Magistradas que integran este cuerpo colegiado.

Nuestros errores: El caso de Mauricio Herrera. Pero, ¿qué sucede cuando fallamos? Cuando por las razones que sean, nos equivocamos, en cuanto a los alcances del valor normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Bueno, cuando esto ocurre tenemos que enfrentar las consecuencias de nuestra miopía. Así por ejemplo, en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, la Corte Interamericana nos condeno, pues tuvo por cierto que habíamos violado el artículo 13 del Pacto de San José. ¿Cómo ocurre esto? En síntesis, el periodista Mauricio Herrera había sido condenado por los tribunales penales nacionales, por afectar el honor de un cónsul honorario nuestro en Europa, al difundir una noticia que los diarios extranjeros dieron a conocer sobre algunas actividades de este funcionario. El periodista aducía que su conducta estaba permitida por el Pacto de San José, nuestros tribunales aplicando la legislación interna sostenían lo contrario, y le daban una interpretación restrictiva al artículo 13 de la Convención. La Corte, al condenarnos, nos impuso la nulidad de la sentencia condenatoria, la repetición de lo pagado por concepto de acción civil y la obligación de adecuar nuestro ordenamiento procesal penal a la Convención. Una vez notificada la sentencia, tuvimos que “tragarnos el orgullo” y acatar lo resuelto. Anular la sentencia y proceder al pago de las reparaciones fue lo menos doloroso, quizá lo que en mayor medida afecto al foro nacional, fue tener que modificar el recurso de casación para hacerlo menos formalista, en los términos de la Convención y crear el recurso de apelación contra la sentencias dictadas en última instancia. Desde luego, la Corte Interamericana, potencio algo que considero indispensable y es la posibilidad de acceder a la información y publicarla, aunque el caso, pueda verse desde la perspectiva nacional como negativo, a nivel latinoamericano creo que la contribución de la Corte, en este caso, es enorme pues, por primera vez, se fortaleció como nunca antes la libertad de información.

En Latinoamérica, pocos derechos de los consagrados en el Pacto de San

José, ha sido de tan difícil desarrollo, como el derecho de acceso a la información. Es un derecho oficialmente reconocido, pero en la práctica siempre restringido, por la administración y por el propio Estado. En efecto, el Estado ha sabido crear su propia esfera de inmunidad para no revelar lo que no le conviene, en unos casos, justificado por la doctrina del “secreto de Estado” y en otros bajo una orbita más amplia de los actos discrecionales del Poder Ejecutivo. En última instancia, la lucha por la libertad de información, podría conceptualizarse en nuestro continente, parodiando a García de Enterría, como la lucha contra las inmunidades del poder, y sostenemos que el “secreto oficial” es su creación más fructífera.

El secreto de Estado, siempre ha sido un límite dudoso, que en nuestro continente latinoamericano suele amparar la arbitrariedad o la corrupción. Hoy día se acepta sin mayor reparo que el acceso a la información, fomenta dos valores universalmente aceptados: la necesaria transparencia de la administración y la rendición de cuentas. Los norteamericanos, por lo menos antes del once de septiembre del dos mil uno, desarrollaron el principio de “*follow the Money*” (sigue al dinero), principio que opera desde la premisa, de que los Gobiernos al ser elegidos democráticamente por los contribuyentes pueden y deben controlar como se gasta su dinero. Sin embargo, Herb Strentz profesor de la Universidad de Drake, nos viene alertando que esto cada vez es más difícil de fiscalizar en los Estados Unidos, en especial después del once de septiembre. En todo caso, una cosa es controlar cierto tipo de información que el Estado debe suministrar, como por ejemplo, como se gastan los impuestos y otra muy diferente la relativa a la toma de decisiones del Gobierno en temas sensibles.

5.- LA DOCTRINA DE LA PROBLEMÁTICA POLÍTICA

¿Hasta dónde hemos llegado en el desarrollo y aplicación en nuestro ordenamiento del valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos? En la doctrina, suele afirmarse que la tesis se prueba frente a casos extremos, y la doctrina de la problemática política ha sido un eterno

valladar al control judicial.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, ha sostenido de manera reiterada que este tema escapa al control judicial. Así lo sostuvo en el caso *Obrien vs Brown* (409 US 1, 1973) sobre las competencias de los partidos políticos; en *United States vs Nixon* (418 US 683, 1974) sobre la inmunidad del ejecutivo o en los llamados “Vietnam cases”, del cual es representativo *Massachusetts vs Laird*, donde el Tribunal Burger denegó el *certiorari* de la sentencia, pues se dijo que la alegada inconstitucionalidad de la guerra de Vietnam por falta de autorización del Senado era una cuestión política, que giraba en torno al ámbito discrecional del Presidente en materia de política exterior. Se sostuvo que el congreso es un poder que no necesita su protección y puede valerse por sí mismo. En todos estos asuntos, se parte de la premisa esencial de que los presupuestos del control constitucional o judicial no alcanzan lo político ¿será eso cierto en el siglo XXI? Admitirlo sin reservas implica desde luego reconocer que existen poderes que están sobre la Constitución y sobre los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Quizá por ello, sea apropiado recordar un reducto que casi siempre por sensible es invisible a la doctrina y al control de los jueces: los “**secretos de estado en la lucha contra el terrorismo y afines**”.

A finales del siglo XX **en España**, un caso rompe el paradigma, es la sentencia sobre el CESID, por primera vez, en el ordenamiento español una sentencia cuestiona los actos políticos del Gobierno. Estos son los que adopta el Gobierno como órgano de dirección estatal, y que se caracterizan por un contenido no regulado por el derecho, y que son determinados por razones de oportunidad, por ello, en doctrina suele hablarse que existen bajo un régimen especial. En este caso, la Ley Antiterrorista (Ley de secretos oficiales 62, 1978) le permitía al Estado mantener como secreto las investigaciones que se llevan a cabo por una unidad especializada del Estado en su lucha contra ETA. Un ciudadano aduce haber sido secuestrado por oficiales del Estado y cuando van a ejecutarlo se percatan de que existe un error de identidad y deciden dejarlo en

libertad, éste denuncia el hecho y años después un juez de instrucción inicia una investigación. Cuando le solicita la información respectiva al Ministerio, se le niega bajo el concepto de que esta cubierta por el “Secreto de Estado”; el Tribunal Supremo Español, ordena desclasificar la información como secreta y entregarla al juez. El acto, suscita toda clase de críticas, para algunos el control judicial de los actos políticos representa para parte de la doctrina su desaparición, y es una verdadera antinomia que un tribunal de legalidad controle actos políticos, que conllevan un alto valor discrecional, pues decidir que documentos son secretos, son puras consideraciones políticas, al igual que las relaciones internacionales. La discusión concluye, con la sentencia condenatoria, para los altos cargos del Gobierno Español que participaron en la operación y dio como resultado la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, que vino a regular dichos actos y a sujetarlos al control de un Magistrado del Tribunal Supremo.

En Inglaterra, si bien es cierto los servicios de inteligencia británicos, están bajo la responsabilidad política del Gobierno (el MI5 responde directamente al Ministro y éste a su vez ante el Parlamento), y tienen un amplio margen de libertad para realizar las investigaciones de contraespionaje, ello no implica que estén exentos del control de los jueces como ocurría en España. Cualquier ciudadano que se sienta afectado por la labor de esta unidad especial, puede llevar su caso ante un tribunal especialmente constituido para fiscalizar la labor que realiza el MI5; la jurisdicción esta integrada por tres a cinco jueces, nombrados por un plazo de cinco años y pueden ser reelectos. Entre sus competencias, está analizar las quejas contra la unidad de inteligencia y desde luego decidir si la intervención tenía o no un “fundamento razonable”. Cuando la respuesta es negativa, los jueces tienen las potestades suficientes para cerrar el caso y proceder a ordenar la destrucción de cualquier dato obtenido. También esta contemplada la indemnización respectiva al afectado.

Lo digno de resaltar, es que aún tratándose de oficiales que realizan la importante tarea de contrainteligencia, el sistema potencia que al igual que ocurre en materia procesal penal, al investigarse cualquier hecho delictivo, por grave que

sea, el proceso debe ser supervisado y controlado por un juez, así se trate de asuntos que atañan a la seguridad nacional.

6.- EL DERECHO HUMANO A LA PAZ COMO NORMA JURÍDICA

El caso del estudiante de derecho vs el Presidente Abel Pacheco. En un segundo grado de dificultad, se encuentran “*el control de los actos de gobierno*”. Estos han estado tradicionalmente excluidos del control jurisdiccional, por ello es razonable cuestionarse si un simple comunicado del Poder Ejecutivo al Ministerio de Relaciones Exteriores, donde se compromete el Presidente a darle su apoyo al Gobierno de los Estados Unidos en la alianza armada contra Irak, es un acto susceptible de ser fiscalizado por el contralor de constitucionalidad. En nuestro caso, todo funcionario suele jurar al aceptar el cargo que cumplirá y respetará nuestra Constitución, el juramento conlleva que aún el Presidente le debe obediencia. El recurrente, sostiene que el acto es inconstitucional, porque en el comunicado consta expresamente que ante el conflicto que se genera entre el terrorismo y la paz no somos neutrales, y por ello, que apoyamos la coalición armada contra el Estado de Irak. Para declarar la guerra, se requiere en nuestro país, la previa aprobación de la Asamblea Legislativa, y en este caso, el Poder Ejecutivo se comprometió con el Gobierno Norteamericano, sin que previamente el Poder Legislativo hubiera autorizado el acto.

En nuestro medio, la paz, es un elemento esencial de nuestra política nacional. Desde 1949 el ejército fue abolido y los cuarteles fueron convertidos en escuelas. En 1983, lo que era una forma de vida, cobro una nueva dimensión jurídica, pues por medio de un “acto unilateral”²⁷⁵ ante Naciones Unidas, depositamos la “Proclama de Neutralidad Perpetúa y no Armada”, en las que nos obligamos a “practicar una política exterior de neutralidad a fin de no involucrarse

²⁷⁵ En el derecho internacional público, los actos o promesas unilaterales, requieren determinados supuestos: a). Un manifestación de voluntad inequívoca del Estado de obligarse; b) No es necesario requerir la aceptación de otros Estados; c) La validez no está subordinada a otro acto jurídico.

real o aparentemente en ningún conflicto bélico. Más aún nos comprometemos a extender nuestros deberes de Estado perpetuamente neutral a los conflictos armados dentro de los Estados”. Además hemos suscrito, la Carta de la Organización de Naciones Unidas; la Carta de la Organización de Estados Americanos; la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos a la Paz (Resolución N. 39/11 Asamblea General de Naciones Unidas); la Declaración sobre la Inadmisibilidad de Intervenir en los Asuntos Internos de los Estados y la Protección de su Independencia y Soberanía (Asamblea General de Naciones Unidas N. 2131, de 21 de diciembre de 1975), entre otros. En estos instrumentos el valor paz se menciona como un principio transversal, esencial para alcanzar el orden internacional y la solución de los conflictos por medios pacíficos, pero que a la vez, se convierten en instrumentos operativos que nos permiten realizar un juicio de valor en cuanto a lo actuado por el Presidente.

En esta sentencia, por primera vez desarrollamos el concepto de “Constitución viva” y la paz como valor que sustenta las bases del sistema democrático, útil como parámetro constitucional para contrastar, si la actuación del Presidente es compatible con el sistema de Naciones Unidas para la resolución de conflictos entre las naciones, y desde luego la incitativa destinada a hacer justicia por propia mano y al margen de los criterios internacionales es ilícita. Debemos agregar, que derivamos de los artículos 12 y 50 de la Constitución la obligación de renunciar al uso de la fuerza para la solución de los conflictos, y nuestra norma suprema señala con claridad, que nuestra seguridad debe encontrarse en el derecho internacional, para la solución pacífica de los conflictos deben respetarse las directrices del Consejo de Seguridad, y el uso de la fuerza siempre será la *ultima ratio*, situación que no se presentaba en el caso bajo estudio. Por el contrario, de los argumentos del Poder Ejecutivo, se desprendía una voluntad unívoca de apoyar incondicionalmente los fines de la coalición y el empleo de la fuerza en la acción bélica que emprenden contra Irak. Éste último aspecto, es concluyente para darle la razón al estudiante de derecho que presenta la acción de inconstitucionalidad. En consecuencia, la Sala Constitucional declara con lugar la acción y le ordena al Presidente que anule el acto y concomitantemente que se

lleven a cabo las gestiones pertinentes, mediante el Ministro de Relaciones Exteriores, para que se nos excluya de la coalición. A favor del Ejecutivo, debemos resaltar que al día siguiente que se le notifica la sentencia, ordena proceder conforme se le ordena.

El derecho humano a la paz vs la industria de la guerra. Varios años, después el mismo estudiante de derecho vuelve a interponer una nueva acción de inconstitucionalidad en contra de la Ministra de Salud y del Presidente de la administración sucesiva. En esta ocasión solicita que se declare la inconstitucionalidad de varias frases contenidas en el Decreto Ejecutivo N.33240-S, que permiten al Ministerio de Salud otorgar el permiso sanitario respectivo para que puedan fabricarse, en el país, armas de guerra (en esta clase se incluyen desde la fabricación de armas livianas a pesadas), accesoriamente también se permite la actividad comercial pertinente para poder extraer uranio y torio, así como la fabricación de reactores nucleares y la elaboración de material nuclear. La Contraloría General de la República, se opone a la pretensión y ciertamente en nuestro medio, no tenemos una acción popular de inconstitucionalidad, pero si se les reconoce a nuestros ciudadanos una amplia legitimación para accionar cuando se invoque vulnerado el derecho a la paz.

En este sentido, y en relación con la defensa del derecho a la paz, la Sala en la sentencia No. 2004-9992 de fecha 8 de septiembre de 2004, manifestó que el derecho a la paz es un derecho de tercera generación y constituye un valor “fundante” de la Nación de Costa Rica, que “legitima a cualquier costarricense para defenderlo, sin necesidad de juicio previo” y que puede ser considerado como “un interés que atañe a la colectividad en su conjunto”. En consecuencia, la acción se admite para su estudio.

La Sala sopesa los argumentos a favor de la actividad comercial, que en criterio de la Procuraduría es lícita y por otro analiza los alcances del valor paz, como parámetro de constitucionalidad. Sostiene la sentencia que el “derecho a la paz tiene en el sistema costarricense un reconocimiento normativo que se deriva, no solo del texto de la Constitución Política, sino de los Tratados Internacionales

ratificados por nuestro país, un reconocimiento jurisprudencial derivado de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional; y sobre todo un reconocimiento social, conforme al sentir y el actuar de los propios costarricenses²⁷⁶. Este último aspecto, está íntimamente ligado al concepto de “Constitución viva”, comentado previamente, del cual se derivan obligaciones concretas para el Estado y en especial para el Poder Ejecutivo, pues sobre éste recae con mayor peso la obligación de fomentar la paz, más aún en nuestro caso que nos hemos comprometido con lo que la doctrina denomina un “pacifismo incondicional o activo”, por consiguiente, sostenemos que “... un Estado que acepte la paz como un valor constitucional fundamental no podrá conformarse con la noción limitada de que paz es ausencia de guerra, sino que deberá ir más allá, previniendo y rechazando continuamente toda decisión y actuación que pueda propiciar y desembocar tal circunstancia. Ciertamente entre las actividades que puede considerarse opuestas al espíritu pacifista de una nación o país, está la fabricación de armas y la producción de determinados minerales o sustancias químicas. Ellas están directamente ligadas a situaciones de violencia, aun en circunstancias de legítima defensa... Por consiguiente, un Estado que aspire a propiciar la paz, tanto a nivel interno como internacional deberá poner especial cuidado al autorizar la fabricación y/o importación de armas y sustancias químicas en su territorio, rechazando rotundamente aquellas que por su naturaleza han sido pensadas y creadas para favorecer el antivalor de la guerra”²⁷⁷. Como consecuencia, se declara con lugar la acción y se anula el Decreto Ejecutivo cuestionado.

CONCLUSIÓN

Los derechos humanos, son hoy por hoy, el último reducto de las clases más desprotegidas de América Latina, el acceso a la justicia, es un aspecto que los tribunales y Salas Constitucionales deberían de fomentar para garantizar un

²⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Res. N° 2008-14193. San José, a las diez horas con tres minutos del veinticuatro de setiembre del dos mil ocho.

²⁷⁷ Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia. Res. N° 2008-14193. San José, a las diez horas con tres minutos del veinticuatro de setiembre del dos mil ocho.

recurso efectivo, en los términos de los artículos 1, 2 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No basta, que exista el derecho y menos aún es suficiente con que exista “formalmente” un recurso que le garantice la tutela judicial efectiva, si estos por razones de pobreza, no son capaces de ejercer los derechos mínimos que la Convención les confiere²⁷⁸.

No debemos olvidar, que los Jueces Constitucionales tenemos la obligación de abrir nuevas fronteras en protección de los más necesitados, aunque en doctrina, se censure esta posición etiquetándola bajo un supuesto activismo judicial. Debemos recordar, que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad se encuentran regulados en los artículos 26 y 30 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como en el Protocolo Adicional a la Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 1 y 5 del Protocolo de San Salvador). Dichas normas nos obligan a potenciar el respeto de los derechos humanos, desde este punto de vista, nuestra labor es no solo admitir que estamos frente a normas jurídicas, sino que éstas, son, en efecto vinculantes para el Estado, y en aquellos casos donde el “poder” transgrede cualquiera de las normas de la Convención, estamos en la obligación de declararlo así y ordenar la restitución del derecho vulnerado.

Ciertamente, todo juez constitucional, ha visto la resistencia que existe, en nuestros respectivos ordenamientos para que las cláusulas convencionales se respeten de manera efectiva, las razones, como han quedado expuestas son múltiples, algunas tienen su fundamento en la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, que siempre suele verse como una forma de imposición extraña a nuestro buen derecho nacional. En otros, las razones son más sociológicas que jurídicas, pero siempre el resultado es el mismo, firmamos y ratificamos instrumentos sobre derechos humanos que nos negamos a aplicar en el derecho interno.

Debemos, recordar, que esas omisiones hacen referencia, en algunos

²⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cantos*, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

casos, a los derechos mínimos dentro del proceso penal, como el derecho de intimación, de defensa, de legitimidad de la prueba, por mencionar algunos básicos. Otros tutelan a actores muy diversos como el acceso a la información (artículo 13) que tanto les interesa a los periodistas, pero quién de nosotros no desea ser tratado con dignidad, que se le garantice el derecho a la igualdad o el derecho a la vida.

En nuestro caso, y solo como experiencia de derecho comparado, podemos decir, que todavía nos falta mucho por andar, aunque, admitimos y utilizamos en nuestras sentencias, cada vez más la Convención, como derecho exigible, para solucionar los conflictos que se nos presentan, todavía existen enormes espacios que no hemos abordado, esperamos que cada vez sean menos y más los derechos humanos que efectivamente disfruten en nuestra Latinoamérica nuestros ciudadanos.

EL OTRO Y EL DISCURSO DELINCUENCIAL EN LA SOCIEDAD DE
LA VIOLENCIA:
PLATAFORMA SUBJETIVA PARA EL NO-CIUDADANO EN COSTA
RICA*

NORBERTO E. GARAY BOZA**

Defensor Público

Recibido el 29 de diciembre de 2010.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

“Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad –pues toda ley penal es sensible de intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges.”²⁷⁹

*Este artículo complementa una investigación previa, sea esta la siguiente: Garay Boza, N. (2010) *El otro y el discurso delinCUENCIAL: bosquejo para un proyecto masivo de la otredad*. Revista IUSTITIA, Año 24, No 279-280, p. 34-47. También en: <http://doctrinacostarica.webs.com/>

** Licenciado en Derecho U.C.R., Máster en Criminología U.N.E.D., doctorando del

Von Bar

“Amarrémonos los pantalones y las enaguas para exigirle a los sinvergüenzas que nos dejen en paz, si las autoridades no pueden poner fin a la masacre que está ocurriendo en los barrios, pues hagámoslo nosotros... sinceramente a más de un raterillo le hace falta una buena garroteada para que se le quite la maña, talvez con eso los obliguemos a buscar trabajo para que dejen de quitar las cosas a la gente que se las gana con el sudor de su frente.”²⁸⁰

Mario Ugalde

RESUMEN. El discurso delincencial, descarga su violencia no sólo contra quienes son vulnerables de cometer un delito, sino también contra quienes sin serlo, por motivos de proximidad espacial, ideológica, étnica, etc., se encuentran

Doctorado en Estudios de la Sociedad y la Cultura U.C.R., ex letrado de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, Defensor Público del Poder Judicial, Profesor de Derecho Penal y Criminología, ULACIT. "Actualmente cursa la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

²⁷⁹ Von Bar, 1882 (1992). *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*. Berlin: Aalen. Citado así por Silva Sánchez, J. (2008). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, p. 1.

²⁸⁰ Ugalde, M. (2008). *Garrotiemos al delincuente*. San José, Costa Rica: Diario La Extra, 24 de junio de 2008.

próximos a los primeros, logrando que dicho discurso se expanda y que elabore sujetos cuyos derechos son constantemente vulnerados, atacando su ciudadanía en procura del vaciamiento de sus derechos. Contra ello se crean movimientos de resistencia, pero por la manera de desarrollarse paradójicamente pueden legitimar aquello contra lo que protestan, siendo necesaria una resignificación de los modos de subversión.

PALABRAS CLAVE: Discurso delincencial, no-ciudadano, derechos humanos, resistencia ideológica, populismo punitivo.

ABSTRACT. The criminal discourse, discharge its violence not only against the people that is vulnerable to the criminal behavior, but also against others that without having violated the rule, for reasons like economic condition, ideologies, ethnic and others types of proximity to the firms, make the discourse to expand and brew subjects whose rights are constantly violated, abusing its citizens in an attempt to eliminate their rights. Resistance movements were created against this, but because the way of its developed, paradoxically can legitimate the criminal discourse, being necessary give other sense to the subversions ways.

KEY WORDS. Criminal discourse, non-citizen, human rights, ideological resistance, punitive populism.

INTRODUCCIÓN

Hacia finales del siglo pasado, en Nueva York se impuso una política de mano dura contra la delincuencia, marcando “claramente” quiénes eran los enemigos, los delincuentes o al menos aquellos vulnerables al delito, todos estos debían ser perseguidos. Así, se acoplaron políticas basadas en teorías de la “*ventana rota*” o bien bajo dichos populares como “*qui vole un oeuf, vole un boeuf*” –quien robe un huevo, roba una vaca-, con lo que se pretendía explicar que si se

luchaba contra los pequeños disturbios cotidianos se lograría menoscabar a las patologías criminales.²⁸¹ Si bien esta teoría no se ha desarrollado explícitamente en Costa Rica, queda claro que las actuales tendencias legislativas –y todas aquellas que le legitimen en la opinión público/ideológica- tienden a ese tipo de funcionamiento. De esta forma, “...*hoy matar una vaca tiene la misma sanción que matar a un ser humano: 12 años de prisión. Y matar una vaca o un ser humano puede ser sancionado más drásticamente que matar a un conglomerado de personas, es decir, por crímenes de lesa humanidad.*”²⁸²

Tendencias como las anteriores, fueron reflejadas en las últimas campañas presidenciales, donde el tema de la seguridad se erigió como mástil de las principales propuestas de gobierno por quienes optaban para la presidencia del país, igualmente fueron tema recurrente en torno a la designación del nuevo Fiscal General de la República en el año 2010. Este clamor ha respondido precisamente a la percepción popular respecto a la seguridad ciudadana, percepción manifiesta en los diarios, en las páginas de sucesos y de opinión en la prensa nacional. Este malestar generalizado ha tenido múltiples consecuencias, cada una de ellas asociada a la violencia, sea simbólica o material, sea de ataque o de resistencia, en el plano individual o colectivo. Violencia institucional, política, cultural, patrimonial, presupuestaria, ideológica, física, etc. No existen diarios donde no se comuniquen constantemente noticias relacionadas con la delincuencia y política criminal, sea de manera discreta o sensacionalista.

Los extremos recién apuntados, forman parte del discurso delincencial propio de la sociedad de la violencia, el cual posee una población meta, constituida idealmente por el *otro*, sujeto que mutará en función legitimadora de poderes que le cruzarán y disciplinarán, pero este *otro del discurso delincencial*,

²⁸¹ Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Argentina: Manantial, p. 28.

²⁸² Semanario Universidad, *Expertos advierten: Gana terreno visión simplista y fácil sobre seguridad ciudadana.* San José, Costa Rica: del 07 al 13 de julio de 2010.

elegido y usado por un poder superior a él, coincide en sus características esenciales con otra serie de sujetos, con los desposeídos, los inmigrantes a la intemperie de la tutela jurídica, los inimputables, los movimientos de lucha por la diversidad sexual, las minorías étnicas, los locos, ciertos grupos de resistencia, etc., todos progresivamente vaciados de derechos, haciéndoles creer con discursos como el de la igualdad, razón Estatal, gobernabilidad, justicia, entre otros, que se propician las condiciones para su reivindicación, cuando en realidad acontece lo contrario, coincidencia subjetiva que evoca una pregunta, sea esta la siguiente: ¿el *otro*, en tanto sujeto del discurso delincencial, podría ser la plataforma subjetiva para un sujeto vaciado de derechos, para el no-ciudadano? De ser así, ¿cuáles serían las implicaciones para el discurso de los derechos humanos? Estas preguntas servirán de bisagra a las reflexiones esbozadas en este artículo, cuya estructura se define de seguido.

En un primer apartado, se abordará preliminarmente la noción del *otro* dentro de la dinámica del discurso delincencial como adscrito a la sociedad de la violencia. En el segundo apartado, se analizarán las condiciones de posibilidad de que este *otro* sirva de plataforma subjetiva al no-ciudadano. Luego, se desarrollará una de las implicaciones ideológicas del no-ciudadano, sea la de la lucha por los derechos humanos como un posible proceso de resistencia ideológica o falsa resistencia. Por último, se realizará una propuesta contrahistórica como preludio subversivo contra la resistencia ideológica. Cada uno de estos apartados, estará cruzado por una lógica foucaultiana/conspiratoria, según la cual somos sujetos de la historicidad, somos sujetos del poder, no habiendo clases naturalmente favorecidas que puedan dominar de forma exclusiva el poder como si se tratase de un privilegio, avocadas a una lucha dialéctica, por el contrario, se estima que los conflictos sociales se rigen por la lógica de la guerra y de la política, que lo que existen son redes de poder, entretejidos de intereses y pugnas, que hay fuerzas superiores a los sujetos, mismas que les construyen y manipulan como lo haría un niño jugando al ajedrez.

EL OTRO EN LA SOCIEDAD DE LA VIOLENCIA: SUJETO DEL DISCURSO DELINCUENCIAL

“No se puede jugar con la ley de la conservación de la violencia: toda la violencia se paga y, por ejemplo, la violencia estructural ejercida por los mercados financieros, en la forma de despidos, pérdida de seguridad, etc., se ve equiparada, más tarde o más temprano, en forma de suicidios, crimen y delincuencia, adicción a las drogas, alcoholismo, un sinnúmero de pequeños y grandes actos de violencia cotidiana.”²⁸³

Bourdieu

El discurso de la violencia, manifestado en la construcción del *otro* atendiendo con frecuencia a prejuicios como la pobreza, la diferencia étnica, la anormalidad, etc., tiene la capacidad de ser versátil, puede cambiar de sector, pero siempre acudiendo a una serie de pre-juicios, esta versatilidad se debe a que este discurso es superior a los sujetos, estaba antes de que ellos existieran y continuará cuando ya no existan, es por ello que es suprasubjetivo. Esta *otredad*, se caracteriza porque tiende a nutrir *“...la existencia inhumana de la pirámide social: los seres marginales y los pobres, los sin empleo y los inempleables, las razas de color perseguidas, los internados en prisiones e instituciones para enfermos mentales.”*²⁸⁴

²⁸³ Así en Wacquant, L. (2007). *Parias urbanos: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Buenos Aires, Argentina: Manantial, p. 11.

²⁸⁴ Marcuse, H. (1972). *El hombre unidimensional*. Barcelona, España: Seix Barral S.A., p. 84.

Lo que aquí se expresa como notorio, posee una implicación que, aunque sea más obvia, no suele ser tratada, en el tanto la construcción del *otro* no solo procura oprimir a sujetos que pertenezcan a determinada clase social e incrementar el poder de otros estratos de la sociedad, sino que también posee como consecuencia la construcción en el imaginario social del *otro* no como sujeto, sino como función, lo que conlleva que aun cuando se prescindiera del sujeto propiamente dicho, su sola idea/función logrará crear los resultados esperados – represión, legitimación, etc.- con su mención discursiva, tal es la lógica de la sociedad de la violencia²⁸⁵. En este sentido, la afirmación de Butler, según la cual *“El problema del “sujeto” es básico para la política... porque los sujetos jurídicos se producen invariablemente mediante ciertas prácticas excluyentes que, una vez establecida la estructura jurídica de la política, no “se notan”...”*²⁸⁶, adquiere un nuevo matiz, en el tanto, el sujeto de la sociedad de la violencia, cobra relevancia en tanto función en procura de la supresión de individuos determinados por criterios de etnia, domicilio, orientación o identidad sexual, percepción de la realidad, etc.

La sociedad de la violencia funciona discursivamente, convierte en instrumento todo aquello que simple y sencillamente le pueda ser útil, sean

²⁸⁵ Ha habido otras explicaciones respecto al trato dado al otro, algunas de ellas se han planteado desde el psicoanálisis, donde se ha indicado lo siguiente: *“El esfuerzo por destruir o reducir al otro es una parte inevitable de la lucha infantil por el reconocimiento, así como un modo de proteger la independencia. Pero las cosas son distintas cuanto (como en la dominación de las mujeres por los hombres) la subjetividad independiente del otro es destruida realmente, y con ella la posibilidad de reconocimiento mutuo. Quizá resulta imposible decir dónde empieza este ciclo de dominación real y fantasía de omnipotencia materna, pero esto no significa que nunca podamos interrumpirlo y restaurar el equilibrio entre la destrucción y el reconocimiento. La respuesta aguarda a la abolición social de la dominación genérica. Y esto no sólo quiere decir igualdad para las mujeres, sino también disolución de polaridad entre los géneros, reconstrucción de la tensión vital entre el reconocimiento y afirmación, la dependencia y la libertad”*. Así en Benjamin, J. 1988 (1996). El enigma edípico. En *Los lazos de amor: psicoanálisis, feminismo y el problema de la dominación*. Buenos Aires, Argentina. Paidós, p. 218.

²⁸⁶ Butler, J. 1990 (1999). Sujetos de sexo/género/deseo. En *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. México D.F.: UNAM, p. 34.

personas, políticas de gobierno, imágenes, etc., todo aquello que sirva como herramienta para la dominación y mantenimiento del poder es una pieza en el engranaje que constituye la plataforma epistémica de la otredad. De esta forma, la violencia, no se muestra solo como discurso de dominación, sino como biopoder, en el tanto esta “... *nueva técnica del poder disciplinario se aplica a la vida de los hombres, o mejor, no inviste al hombre-cuerpo, sino al hombre viviente... También la nueva tecnología se dirige a la multiplicidad de hombres, pero no en tanto ésta se resuelve en cuerpo, sino en tanto constituye una masa global, recubierta por procesos de conjunto que son específicos de la vida, como el nacimiento, la muerte, la producción, la enfermedad...*”²⁸⁷

En el año 2008, cuan sujeto de la sociedad de la violencia, Mario Ugalde, publicó en el periódico La Extra un artículo titulado *Garrotiemos al delincuente*, célebre micro-manifiesto de la otredad e ingreso “inconsciente” en el juego de lo siniestro. En este texto refería el autor que “...*Ya no estamos en un país pacífico, aquí todos los días se asalta y mata a los ciudadanos, en todas las familias hay una víctima, esto es tierra de nadie... perdón, de los delincuentes... Amarrémonos los pantalones y las enaguas para exigirle a los sinvergüenzas que nos dejen en paz, si las autoridades no pueden poner fin a la masacre que está ocurriendo en los barrios, pues hagámoslo nosotros...*”²⁸⁸, en suma, incitación pública a la violencia con ocasión de la violencia, dejando de lado que tal tipo de acciones también serían alcanzadas por los extensivos tentáculos de la sociedad de la violencia, misma que haciendo uso del derecho penal, puniría a aquel que instigue a la comisión de un delito que afecte la tranquilidad pública (artículo 273 del Código Penal).

Las manifestaciones de la violencia, aquellas que construyen enemigos e intervienen hasta la corporalidad y vida misma de los sujetos, están inmersas en el discurso delincencial, el cual opera desde la lógica de la dominación y

²⁸⁷ Foucault, M. (1976). *Genealogía del racismo*. La Plata, Argentina: Editorial Caronte, p. 195-196.

²⁸⁸ Ugalde, M. (2008). *Garrotiemos al delincuente...*, 24 de junio de 2008.

manipulación subjetiva, procurando cada vez abarcar más sectores donde ejercer el poder, utilizando para su expansión criterios peligrosistas, como la etnia, la vestimenta, el domicilio, etc., “... así, con base en este tipo de razones, el 30 de enero de 2004, en el precario La Carpio, se efectuó una redada masiva donde se detuvo –“indagó”- a 600 personas, de las cuales fueron detenidas por su condición migratoria irregular unas 73 y 13 costarricenses por problemas pendientes tramitados en los Tribunales de Justicia, es decir, se detuvo ilegalmente a más de 500 personas con ocasión del lugar de residencia –tugurio-.”²⁸⁹ Cada persona que es alcanzada por las consecuencias de este tipo de discurso, es uno de los otros, no por su vulnerabilidad al delito, sino por su proximidad a los criterios peligrosistas y expansivos que promueve la sociedad de la violencia por medio del discurso delincencial.

Este tipo de pensamientos, tan extremos y peligrosamente vacilantes con la ilicitud misma, moviliza todo un engranaje ultra-represivo, donde la prevención solo es asimilada en tanto control y vigilancia, lo que se evidencia en la observación panóptica que se ha realizado progresivamente en nuestro país²⁹⁰, sin que se consideren a profundidad las implicaciones de este tipo de prácticas, no solo desde la perspectiva del derecho a la imagen –ya de por sí importante-, sino

²⁸⁹ Garay Boza, N. (2010) *El otro y el discurso delincencial...* p. 41.

²⁹⁰ En una noticia titulada Gobierno protegerá a población con 342 cámaras de video, se indicaba que “...A partir de agosto el Ministerio de Seguridad Pública y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) instalarán 342 cámaras de video en cuatro de las siete provincias del país. La primera etapa del proyecto tiene un costo estimado de \$9,5 millones y cubrirá zonas conflictivas de San José, Alajuela, Heredia y Limón, donde serán instalados los dispositivos de video. Según afirmó la ministra de Seguridad, Jeanina del Vecchio, el objetivo del proyecto es aumentar las medidas de protección y “elevar la garantía a la integridad física de los ciudadanos”. En San José se colocarán 227 cámaras, por ser la provincia con mayor número de zonas conflictivas; le seguirá Limón, donde se pretenden instalar 58. Alajuela tiene asignadas 36 cámaras, mientras Heredia 21, lo que la convierte en la provincia con menor cantidad de dispositivos. Del Vecchio informó, además, de que estos equipos facilitarán la grabación de actividades, así como la vigilancia y control de operaciones críticas que pongan en riesgo la seguridad de la ciudadanía.” La Nación, *Gobierno protegerá a población con 342 cámaras de video*. Jueves 25 de febrero de 2010.

también en el plano simbólico, toda vez que una cámara no logrará impedir un asalto –así como el incremento de las penas no conlleva la reducción de los delitos–, a lo sumo podrá servir de prueba para condenar a una persona, circunstancia que nuevamente evidencia el funcionamiento de la sociedad de la violencia: no importa la prevención del delito, sino su castigo efectivo.

El afán por el castigo, tiene como aliado al afán por la represión como prevención, manifestada especialmente en la preocupación “popular” por maximizar la presencia policial.²⁹¹ Si bien este tipo de prevención puede ser requerida, deben de considerarse sus efectos expansivos, en particular hacia aquellos contextos donde la presencia policial podría menoscabar otros contextos cuyos objetivos no son menos importantes, como la educación, caso latente en nuestro país, toda vez que el pasado 26 de mayo de 2010 se comunicaba acerca de la intervención policial sobre 20 colegios de nuestro país, centros educativos públicos y próximos a barrios urbano marginales, colegios considerados conflictivos.²⁹² Poco más de un mes después, en un colegio privado un estudiante de 16 años disparó contra la directora de su centro educativo²⁹³, la cual días después murió. Luego de esto, no se comentó nuevamente la intervención que realizaría el Ministerio de Seguridad sobre los 20 colegios públicos.

²⁹¹ En este sentido, el Ministro de Seguridad José María Tijerino se expresó ante diputados: *“Tenemos capacidad apenas de poner en la calle simultáneamente menos de 4.000 policías”, lamentó Tijerino en una alocución en la cual dibujó un paisaje gris sobre la capacidad para responder a la delincuencia. El país tiene más de 13.000 policías, pero menos de 12.000 se dedican de verdad a funciones policiales, de los cuales unos 1.000 están incapacitados y nunca, por tanto, hay más de 3.900 funcionarios protegiendo a la gente en cada uno de los turnos de ocho horas. Al ser más de cuatro millones los pobladores del país, la proporción queda en más de mil personas por cada agente policial. Para peores, es muy probable que ese funcionario esté mal capacitado, que su delegación esté en ruinas y que carezca de un buen carro para perseguir a los delincuentes.”* La Nación, *Ministro alerta a diputados por grave faltante de policías*. Jueves 08 de julio de 2010.

²⁹² La Nación. *Ministerio de Seguridad intervendrá en 20 colegios*. 26 de mayo de 2010.

²⁹³ La Nación. *Estudiante hiere de bala a Directora en colegio de Heredia*. Jueves 01 de julio de 2010.

El discurso expansivo de la violencia que nutre al discurso delincucional, no solo normaliza, sino que también en su esparcimiento controla a la vida misma, indica quiénes serán administrados de una forma más violenta y quiénes no, al menos durante un momento determinado, de esta forma este discurso es un biopoder, pues atraviesa la vida de los sujetos que administra, delimita sus posibilidades y expectativas de vida, controla su posición y función en contextos determinados. La lógica expansiva del poder dentro de la sociedad de la violencia, implica que cada vez se intenten abarcar más ámbitos de intervención, su desarrollo es sutil y subrepticio, encuentra eco en las voces de aquellos que sin darse cuenta podrán ser sujetos de la violencia que ellos mismos ayudaron a institucionalizar. Este tipo de clamores por más castigo, aunque sea desmesurado en su violencia, han conllevado a propuestas tales como la realizada por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, Francisco Jiménez, en la que pretende que virajes en U, adelantamiento en puentes o irrespetar la doble línea amarilla sena delitos cuya pena oscile de uno a tres años de prisión.²⁹⁴

La expansión del discurso de la sociedad de la violencia, cada vez está más cerca –si es que no les ha alcanzado- de aquellos que irónicamente le promovían, de tal forma, en los últimos 25 años, se han implementado 55 reformas parciales al Código Penal²⁹⁵, siendo que no solo no se ha disminuido la tasa de delincuencia, sino que cada vez más personas caen presas por conductas que antes tan siquiera era imaginable que fuesen un delito, lo que además ha conllevado a la saturación del sistema penitenciario, situación denunciada por la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP), no obstante, este problema no se ha solucionado y la comunidad penitenciaria –dentro de la lógica de la sociedad de la violencia- sigue en aumento.²⁹⁶

La sensatez de la violencia, en tanto discurso normalizador, opera así

²⁹⁴ La República. *“Lavarse las manos” con la cárcel*. Viernes 09 de julio de 2010.

²⁹⁵ Semanario Universidad, *Expertos advierten...* del 07 al 13 de julio de 2010.

²⁹⁶ La Extra. *Sistema penitenciario enfrenta grave crisis*. 19 de junio de 2010.

contra aquellos a quienes ha utilizado para justificarse, su funcionamiento expansivo no le permite reconocer individuos, solo percibe ámbitos de aplicación, lo que explica por qué la ley penal, creada y promovida por unos, también puede ser utilizada contra ellos, baste con recordar el caso del ex presidente Calderón, quien fue condenado meses atrás a cinco años de prisión, pena que si bien no estaba en firme, hizo de Calderón en el plano simbólico un sujeto de represión de un sistema que en su momento él mismo promovió.²⁹⁷

El *otro* del discurso delincencial aquí expuesto, coincide con el sujeto de represión de la sociedad de la violencia, no porque este sea el único sujeto de este tipo de discurso²⁹⁸, sino porque será él la plataforma epistémico/subjetiva sobre la que podrán edificarse otros sujetos, cuyo destino será aún más dramático que el *otro* del discurso delincencial, construyéndose así la ruta al no-ciudadano, perverso camino distópico del poder.

EL OTRO COMO PLATAFORMA SUBJETIVA DEL NO-CIUDADANO

“El sistema político que surgía no podía desarrollar las fuerzas productivas sin una presión constante sobre la satisfacción de las necesidades humanas. Esto requería un control totalitario sobre las relaciones

²⁹⁷ La Nación. *Tribunal condena a Calderón a cinco años de prisión*. 10 de mayo de 2009.

²⁹⁸ En este sentido, el discurso delincencial tiene *otro* que le legitima, sujeto que sirve como instrumento activo de expansión discursiva, así se ha indicado lo siguiente: “...un *otro* creado por el discurso delincencial distinto a aquel que es sujeto de represión, sea éste el sujeto con poder de legitimar la represión y expandirla. Este *otro* es elaborado por el discurso delincencial porque le necesita, de él dependerá precisamente que la lógica reproductiva de esta producción discursiva, asimismo, forma parte de la dinámica latente entre los que son sujetos de control y los que controlan.” Así en Garay Boza, N. (2010). *El otro y el discurso delincencial...* p. 44.

*individuales y sociales, la abolición de las libertades individuales y sociales y la incorporación de las masas por medio del terror. La sociedad se convierte en un cuerpo armado al servicio de los grandes intereses que han logrado sobrevivir a la lucha económica de la competencia.*²⁹⁹

Herbert Marcuse

La distopía, latente en el *otro* como un sujeto posibilitador de otras subjetividades, consiste precisamente en la existencia de las condiciones ideales para propiciar una situación más bien trágica, deplorable, en tanto antónimo de la utopía, lo distópico pretende lo indeseable como lo hace uno de los seres mitológicos de la película *El Laberinto del Fauno*, que con sus ojos incrustados en las palmas de sus manos, caminando de forma torpe asedia a la Princesa Ofelia para matarla, persigue la muerte, así, el *otro* como este monstruo asedia a aquellos que define de forma terrible, trágica e insistente con el objetivo de eliminarlos no desde su corporalidad, sino desde su ciudadanía, en esa tendencia trágica yace el germen del no-ciudadano

La ciudadanía, conlleva a las personas una serie de deberes y derechos en tanto sujetos político-sociales, su noción más básica posee implícita la existencia de un “...sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno del país...”³⁰⁰, es del discurso de la ciudadanía que se nutren otros discursos, como el de la libertad, capacidad de agencia, administración de justicia, entre otros. Hay situaciones de “excepción” en las que una persona puede ver

²⁹⁹ Marcuse, H. (1971). *Razón y revolución*. Madrid, España: Alianza Editorial, p. 399.

³⁰⁰ Real Academia Española (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe, S.A. p. 563.

menoscabados ciertos derechos que podrían derivar de su ciudadanía, algunas de ellas propiciadas por el discurso delincencial, el cual dentro de su lógica expansiva, utiliza insumos culturales, económicos, políticos, etc., con el propósito de acaparar cada vez más ámbitos y nutrir poderes superiores, dinámica donde el concepto de cuerpo político adquiere una importancia trascendental.

Los cuerpos humanos, en su sentido más estricto, han sido históricamente utilizados y vaciados de alguna forma de su humanidad, incrustándoles otro tipo de usos, uno de estos es el político, tratándose así *“...en él del “cuerpo político” como conjunto de los elementos materiales y de las técnicas que sirven de armas, de relevos, de vías de comunicación y de puntos de apoyo a las relaciones de poder y de saber que cercan los cuerpos humanos y los dominan haciendo de ellos unos objetos de saber...”*³⁰¹, de esta forma, cuando los cuerpos mutan en artefactos de saber, no solo son atravesados por el poder como una suerte de grotescos empalamientos simbólicos, sino que también se convierten fichas políticas cuan peones sobre un tablero de ajedrez, donde el jugador es alguna manifestación del poder, sea el discurso delincencial, o bien alguna forma más elaborada y perversa, como lo podría ser la no-ciudadanía.

Las experiencias de vida del no-ciudadano, asociadas a la negación de las implicaciones de la ciudadanía,

“...se corresponden con esta ausencia de ciudadanía y realmente caracterizan no sólo sus relaciones con el Estado sino también sus interacciones con otras personas, incluyendo en ocasiones a aquellos que participan en la sociedad civil incivil. Dichas experiencias de vida difieren según si el no-ciudadano ha sido expulsado de algún tipo de contrato social y, por lo tanto, de la inclusión social que lo había hecho posible (el poscontractualismo) o si el no-ciudadano jamás ha

³⁰¹ Foucault, M. (2005). *Vigilar y Castigar Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI, p. 35.

experimentado ningún tipo de inclusión social contractual (el precontractualismo). En el primer caso, la ciudadanía se vive como una ruina, o como una memoria, mientras que en el segundo es o bien una aspiración irrealista o bien una idea completamente incomprensible. La no-ciudadanía es el grado cero de un contrato social basado en la inclusión...³⁰²

El cuerpo político de no-ciudadano, corresponde a la misma corporalidad del *otro* del discurso delincencial, cuya suerte ha sido nefasta, en el tanto ha sido empleado como recipiente de vaciamiento político, constituido por aquellas personas que por diferentes factores han ido perdiendo sus derechos, cuya capacidad de agencia ciudadana ha sido progresivamente anulada y cuyo futuro pareciera exponerse al punto cero del contrato social.

Se presenta a la no-ciudadanía como una distopía difícil de ejemplarizar, toda vez que estaría representada por personas vaciadas de sus derechos, no obstante, esta dificultad evidencia una estrategia de poder, según la cual mientras no se alcance la no-ciudadanía, se permitirá construir cada vez más situaciones de excepción para la supresión de derechos fundamentales cuan síntoma de la sociedad de la violencia. La distopía del no-ciudadano es la paradoja estratégica para suprimir cada vez más derechos a los entonces ciudadanos, lo cual –para efectos de esta propuesta- implica que el *otro* del discurso delincencial puede constituir la base epistémico/subjetiva para el no-ciudadano. En lo inalcanzable del no-ciudadano, radica su mayor amenaza, pues en el tanto no se alcance se podrá expandir cada vez más el discurso opresor que le nutre y domina.

En Costa Rica, son sendos los ejemplos del paso del *otro* del discurso delincencial al no-ciudadano, así, recientemente adquirió relevancia pública el caso de una mujer indígena ngöbe, quien afirmó ser condenada por el delito de

³⁰² de Sousa Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. p. 601.

homicidio calificado a una pena de trece años de prisión, sin que para ello se le facilitara un traductor³⁰³, situación que vulnera lo estipulado en el artículo 14 del Código Procesal Penal³⁰⁴, así como normativa internacional en la materia, como es el caso de lo consagrado en el numeral 64 de las Reglas de Brasilia, en el cual se dispone que se brindarán traductores con ocasión de una vista judicial.³⁰⁵ En este caso se expone de forma clara cómo el *otro*, con ocasión del discurso de la Administración de Justicia, es despojado de derechos que tienen una estricta relación con su condición cultural/lingüística, toda vez que su diferencia se da precisamente por el idioma que hablan, por ende, la discriminación acontece por el no-reconocimiento de la diferencia. En este caso, se realizaron una serie de impugnaciones legales, hábeas corpus y un procedimiento de revisión, ambos interpuestos por la Defensa Pública, siendo que el primero fue declarado sin lugar por mayoría³⁰⁶, mientras que el segundo se encuentra en trámite, no obstante, estas medidas son manifestaciones de lo que aquí se denomina resistencia ideológica o falsa resistencia, concepto que se desarrollará más adelante.³⁰⁷

El caso de esta mujer ngöbe, destaca especialmente por su condición de indígena, pues tal y como lo señala de Soussa Santos, “...*Después de todo, los pueblos indígenas y los campesinos sin tierra son, al menos en América Latina, el*

³⁰³ La Nación, *Indígena que no entendía español fue condenada a 13 años*. 10 de julio de 2010.

³⁰⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1998). *Código Procesal Penal*. San José, Costa Rica: Editorial de Investigaciones Jurídicas, artículo 14.

³⁰⁵ *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. Ratificadas en Sesión Extraordinaria de Corte Plena 17-08 del 26 de mayo de 2008.

³⁰⁶ Voto 13418-2010 de las 14:59 hrs. de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

³⁰⁷ En este caso, luego de una lucha político/jurídica, se dispuso indultar a la mujer indígena, para lo cual deberá de considerarse no solo la naturaleza marcadamente jurídica del instituto aplicado, sino también que fue un caso precisamente expuesto ante los medios de comunicación, no interesando a la lógica opresora del discurso de la no-ciudadanía la puesta en evidencia de su funcionamiento, pues esto conllevaría una sistemática interrupción a su labor ideológica.

*ejemplo más cruel de la no-ciudadanía...*³⁰⁸, además, lo dispuesto por autoridades judiciales en relación con su caso, será regido por la lógica del poder y la producción de la verdad, de tal manera,

*“...el poder nos obliga a producir verdad, dado que la exige y la necesita para funcionar; tenemos que decir la verdad, estamos forzados, condenados a confesar la verdad o a encontrarla. El poder no cesa de cuestionar, de cuestionarnos; no cesa de investigar, de registrar; institucionaliza la búsqueda de la verdad, la profesionaliza, la recompensa. Tenemos que producir verdad del mismo modo que, al fin y al cabo, tenemos que producir riquezas, y tenemos que producir una para poder producir otras. Y por otro lado, estamos igualmente sometidos a la verdad, en el sentido de que ésta es la ley; el que decide, al menos en parte, es el discurso verdadero; el mismo vehiculiza, propulsa efectos de poder...”*³⁰⁹.

La verdad es un efecto de poder, no al revés. Es el poder lo que determina qué será lo verdadero, no será entonces la verdad la que produzca dominio, subyugación o liberación, sino el poder lo hará empleando entre otras tácticas la producción de la verdad cuan objeto fabricado y cuyas consecuencias nunca podrán ser planamente previstas. En este sentido, el resultado del fallo constitucional que conoció el caso de la mujer ngöbe se dio con ocasión del poder, se trató de una construcción procesal, igualmente -desde la perspectiva teórica aquí asumida- el carácter vinculante *erga omnes* a la que se refiere el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional³¹⁰ no es un efecto de verdad, sino un

³⁰⁸ de Sousa Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica...* p. 602.

³⁰⁹ Foucault, M. 1976 (2000). *Defender la sociedad*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, p. 34.

³¹⁰ Este artículo estipulo lo siguiente. “...La jurisprudencia y los precedentes de la

efecto de poder, parte integral de un engranaje superior al servicio del cambio paradigmático del *otro* al no-ciudadano.

La construcción del no-ciudadano, debe de realizarse al margen de una distinción conceptual. Pese a la existencia de un nexo de familiaridad ideológica entre lo que Zaffaroni denomina criminalización secundaria³¹¹ y lo que aquí se designa como discurso delincucional, persiste una diferencia conformada básicamente por las consecuencias y alcances de ambas categorías, mientras que la primera recaerá sobre sujetos, en la segunda luego de recaer sobre éstos los mutará en el discurso y les convertirá en función para justificar mayores alcances y poderes, en fin, una mayor expansión de sí misma hasta el punto de facilitar la construcción de un nuevo sujeto (no-ciudadano), que igualmente mutará en función al servicio de la dinámica hegemónica del poder. Esta diferencia no solo tiene importancia conceptual, sino que es indispensable para instrumentalizar la dinámica latente entre el discurso delincucional y el salto al no-ciudadano, para lo cual servirá analizar brevemente la figura de lo *transpenitenciario* como ejemplo de este salto paradigmático.

El *otro*, como antesala subjetiva del no-ciudadano, se muestra más claramente en lo que aquí se denomina lo *transpenitenciario*, aquello que está más allá de lo carcelario y que puede suceder con ocasión de él, vocablo con el que se quiere designar a la pena más allá de la cárcel. El artículo tercero de la Ley de Registro y Archivos Judiciales, estipula que “...*El Registro tendrá como*

jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”.

³¹¹ Zaffaroni se refiere a la criminalización secundaria de la siguiente forma: “...*la criminalización secundaria es la acción ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso... se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud...*” Así en Zaffaroni, R. (2000). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires, Argentina: Ediar, p. 7.

*función esencial la de comprobar los antecedentes penales de los habitantes de la República, y deberá prestar colaboración a los organismos y oficinas públicas que esta ley y otras normas legales determinen...*³¹², siendo que *"...El jefe del Registro cancelará los asientos de los convictos, cuando transcurrieren diez años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse nueva inscripción"*³¹³, plazo que no siempre fue así, pues previo al año 1992, existía el portillo para que si alguna autoridad judicial requiriese saber sobre los antecedentes penales de alguna persona, aun y cuando hubiera transcurrido más de 10 años, el Registro Judicial debería de otorgar tal información, lo cual cambió al declararse inconstitucional tal extremo normativo mediante el voto 1438-1992 de la Sala Constitucional³¹⁴. Esta delimitación temporal, redujo el impacto mismo que una sentencia penal condenatoria arrastra hacia demás ámbitos de una persona que ha sido sujeta primeramente por el discurso delincencial y convertida en no-ciudadano, toda vez que los antecedentes penales influyen en más que el proceso

³¹² Asamblea Legislativa (1982). *Ley de Registro y Archivos Judiciales*. En: <http://www.pgr.go.cr/scij>, artículo 3.

³¹³ Asamblea Legislativa (1982). *Ley de Registro y Archivos Judiciales...* artículo 11.

³¹⁴ En este fallo se consideró lo siguiente: *"... El principal medio para establecer la reincidencia en nuestro medio lo constituye las inscripciones en el Registro Judicial de Delincuentes, según ley número 6723 de diez de marzo de mil novecientos ochenta y dos, la que en su artículo 11, al disponer sobre la cancelación de los asientos de los convictos, señala que ello procede cuando transcurrieren diez años desde el cumplimiento de la condena sin efectuarse nueva inscripción, pero indica de seguido que "Sin embargo, estos asientos se certificarán en los casos en que la solicitud provenga de los tribunales o del Ministerio Público", sin señalar fecha alguna para que respecto a esas instancias judiciales, funcione efectivamente la cancelación acordada en el señalado artículo. La norma, en cuanto a la posibilidad de certificación, sin importar el tiempo transcurrido desde la condenatoria o desde el cumplimiento de la sanción, en los casos en que la solicitud provenga de las autoridades judiciales, es inconstitucional, pues la inscripción es una consecuencia propia del fallo condenatorio por delito (artículo 5 de la Ley número 6723), y al mantenerse vigente durante toda la vida del condenado, contraviene el artículo 40 de la Constitución en cuanto en el se proscriben las penas perpetuas. Si la inscripción no se cancela y surte su efecto durante toda la vida del convicto, una parte de la sanción que se le impuso por el hecho -la inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes-, resulta perpetua..."* Voto 1438-1992 de las 15:00 hrs. de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

penal mismo o bien en el descuento efectivo de una pena de prisión, va más allá mediante la “hoja de delincuencia” requerida para una persona al momento de requerir un trabajo, frecuentemente denegado ante la existencia de antecedentes penales, corolario del que se puede derivar que culturalmente persiste una estructura hermética que entorpece la función rehabilitadora de la pena.

Podría estimarse ingenuamente que lo *transpenitenciario* fue proporcionalmente reducido con lo dispuesto en el ya citado fallo 1438-1992 de la Sala Constitucional, no obstante, esta consideración sería precipitada y probablemente errada, pues en la norma misma –artículo 11 de la Ley de Registro y Archivos Judiciales- yace el germen de un estigma cultural en el que es manifiesto el no-ciudadano. El plazo de diez años para eliminar cualquier antecedente judicial de la “hoja de delincuencia”, posee utilidades judiciales, en particular para asuntos de índole penal, ya sea para considerar la posibilidad de acceder a alguna medida alternativa al conflicto, o bien para efectos de valorarlos ante una posible sentencia condenatoria –sea cual fuera la valoración dada-, no obstante, las implicaciones ajenas a lo judicial pueden ser para el sujeto y sus familias más nocivas, pues son en sendas oportunidades en que se solicita la certificación de antecedentes judiciales, desde lo laboral hasta para efectos de participación política, de tal forma, la existencia de este tipo de anotaciones hará del sujeto sobre cuya historia pesen un individuo progresivamente vaciado de sus derechos, una persona encaminada hacia la no-ciudadanía.

Ante la propuesta aquí desarrollada, vistos los anteriores ejemplos, cabe preguntarse si el no-ciudadano es en realidad posible, es decir, ¿existe la posibilidad de que haya un sujeto absolutamente vaciado de sus derechos, categóricamente excluido del contrato social? Lo lógica expansiva y de mantenimiento del poder nos hace plantear la hipótesis de que el no-ciudadano es categóricamente inviable, no obstante, en esa imposibilidad radica su mayor estrategia.

Efectivamente existen muchas maneras de vaciar los derechos de las personas, sea formal o materialmente, de maneras sutiles o marcadamente

agresivas, sin embargo, siempre quedará algún derecho, aunque sea en el plano simbólico, derecho hostigado por la no-ciudadanía como poder expansivo y perseguidor. Considérese el caso de los presos de guerra y ciertas prácticas tortuosas que se ejercen contra ellos, que van desde el maltrato psicológico hasta la vulneración de su integridad física o sexual, por ejemplo, *“...el que los carceleros estadounidenses sigan esta fantasía obligando a sus prisioneros a actos de sodomía sugiere que la homosexualidad está equiparada con la destrucción de su personeidad, toda vez que, en estos casos, resulta evidente que es la tortura la responsable de dicha destrucción...”*³¹⁵. Aun en estos casos, las personas siguen siendo sujetos de derechos, al menos hasta que no resulte su muerte, derechos constantemente violados, la no-ciudadanía requiere de la existencia de estos derechos para poder vulnerarlos, de esta forma, la lógica operativa de esta manifestación de poder requiere de la paradoja de su imposibilidad para que su funcionamiento sea en términos reales posible.

El camino a la no-ciudadanía, trazado por discursos como el delincencial, constituye la distopía evitada/buscada, la paradoja como táctica de dominación, en su contradicción interna logra su operatividad: el vaciamiento constante de los derechos de aquellos que han caído en las redes de su imperio. Contra este poder hegemónico se han levantado muchas voces, algunas han sido calladas, otras no, pero que la publicidad de estas últimas no evoquen la posibilidad de resistencia como una situación real y, aun más, efectiva, toda vez que la insurrección puede ser una táctica más de la no-ciudadanía, llenando de apariencias e ilusiones a la subversión, es decir, haciéndola ideológica.

PROCESOS ANTI-REIVINDICATORIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS: ACERCA DE LA RESISTENCIA IDEOLÓGICA O FALSA RESISTENCIA

³¹⁵ Butler, J. (2010). *Marcos de guerra: las vidas lloradas*. Buenos Aires, Argentina: Paidós, p. 130.

*“También el jugador es prisionero
(la sentencia es de Omar) de otro tablero
de negras noches y de blancos días.
Dios mueve al jugador, y éste, la pieza.
¿Qué dios detrás de Dios la trama empieza
de polvo y tiempo y sueños y agonías?”³¹⁶*

Borges

En abril de 2010, en Hamburgo, Alemania, unas 100.000 personas formaron una cadena humana alrededor de del río Elba, esto para manifestarse en contra del plan energético promovido por la Canciller Ángela Merkel ³¹⁷, pretendiendo que se cumpliera un acuerdo del anterior gobierno de Schröder, según el cual el último reactor atómico debía ser desconectado en el año 2022³¹⁸, haciendo así uso tanto de sus derechos humanos a la libertad de expresión y asociación, recogidos en los artículos 19 y 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Unos meses después, específicamente en septiembre de 2010, el Consejo de Ministros Alemán, bajo las órdenes de la Canciller Merkel, aprobó el nuevo plan energético, por lo que si el proyecto es aprobado en el trámite legislativo, alargaría la vida de las centrales nucleares hasta 2036³¹⁹,

³¹⁶ Borges, J. 1960 (2002). Ajedrez en *El hacedor*. Madrid, España: Alianza Editorial, p. 70.

³¹⁷ La Nación, *Alemanes forman cadena contra la energía nuclear*, 24 de abril de 2010.

³¹⁸ Diario El Sur, *Aprobación del plan energético alemán genera crítica y protestas*, 28 de septiembre de 2010.

³¹⁹ Diario El Sur, *Aprobación del plan energético alemán genera crítica y protestas*, 28 de septiembre de 2010.

proyecto promovido a pesar del dicho de las masas en tanto grupos críticos de resistencia.

La situación recién descrita, evidencia un fenómeno político, pero también cultural, donde un grupo de personas disconformes con la propuesta política de la canciller sale a proteger sus derechos, pero en la forma como los protegen hay otros derechos humanos en pleno ejercicio, se promueve toda una organización para expresar un fin común, no obstante, eso no detiene el plan energético, el cual se mueve fluidamente e inclusive es aprobado por el Consejo de Ministros, panorama ante el que hay que preguntarse sobre la función de esta concentración pública, es decir, ¿por qué toda una manifestación de miles de miles de personas no logra el cambio propuesto? Si la propuesta de los movimientos de resistencia no es tomada en cuenta, ¿cuál es la verdadera función de este tipo de resistencias? La respuesta puede ser desarrollada desde el concepto mismo de ideología, estimando que este tipo de resistencias, antes de lograr el efecto formalmente procurado, bien puede estar al servicio irónicamente de aquello contra lo que se erige, legitimándolo por medio del ejercicio de derechos humanos como el de la libertad de expresión o la libertad de asociación, constituyendo así una resistencia ideológica o falsa resistencia, marco que mediante la promoción de los derechos humanos, paradójicamente se vulnerarán los derechos humanos, punto sobre el que es necesario detenerse un poco.

La concepción clásica de ideología, le considera a ésta como una falsa conciencia de la realidad e implica que es utilizada por los grupos dominantes para mantener su hegemonía³²⁰, no obstante, este esquema no satisface la fluidez de análisis respecto a la actuación del poder aquí propuesta, según la cual éste no es un privilegio que se posee, sino que es el poder el que posee y construye a los sujetos, los cruza, tanto a los dominados como a los opresores, por ende, la acepción de ideología que aquí se utiliza es otra, tomada en este caso de Althusser, según el cual las

³²⁰ van Dijk, T. (2000). *El discurso como interacción social. Estudios sobre el discurso II*. Barcelona: Gedisa, p. 51.

*“...imágenes, los conceptos y las representaciones que se imponen a los hombres conforman un “sistema de creencias” que no pasa necesariamente por la conciencia. Los hombres no “conocen” su ideología sino que la “viven”. Ésta, por decirlo así, permanece siempre a sus espaldas (como la *Lebenswelt* de Husserl) y se constituye en la condición de posibilidad de toda acción práctica. Las ideologías son “objetos culturales” que actúan realmente sobre los hombres mediante un proceso que se les escapa (La revolución 193).”³²¹*

De esta manera, la mezcla entre resistencia e ideología puede ser vista como un efecto y táctica del poder para legitimarse a sí mismo, de tal forma, la falsa resistencia operaría como un movimiento formalmente subversivo, pero que se gesta dentro de la plataforma ideológica cuyo propósito real no es la subversión, sino la legitimación del poder hegemónico, lo cual no es conocido por los disidentes o víctimas ideológicas, pues desconocen la plataforma sobre la que se ha promovido su resistencia. Así, en palabras de Žižek, “...”ideológica” es una realidad social cuya existencia implica el no conocimiento de sus participantes en lo que se refiere a su esencia... “Ideológica” no es la “falsa conciencia” de un ser (social) sino este ser en la medida en que está soportado por la “falsa conciencia”...”³²²

La resistencia ideológica de los derechos humanos, precisamente es ignorada por los disidentes ideológicos, ellos en su afán formal realmente procuran luchar contra la violación de los derechos humanos, pero desconocen que su movimiento se ha gestado sobre la base de la ideología misma, que en sus inicios yace la falsa conciencia y que ésta les antecede como lo hace la cultura a

³²¹ Así en Castro Gómez, S. *Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología*. En <http://www.oei.es/salactsi/castro3.htm>

³²² Žižek, S. (2005). *El sublime objeto de la ideología*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 47.

nuestras estructuras de pensamiento, sigilosa pero extensivamente, edificándonos como sujetos de una idiosincrasia específica. Lo que caracteriza a la falsa resistencia, es precisamente que no solo no logra sus objetivos, sino que legitima los fines contra los que estaba luchando.

La mayoría de manifestaciones públicas, donde grupos de personas salen a protestar en contra de políticas o situaciones que consideran violatorias de derechos, pero que a la postre no surten los propósitos esperados, fácilmente pueden ser movimientos de resistencia ideológica, en el tanto permitirán al poder hegemónico utilizar el simple argumento de que se les permitió expresarse, inclusive asociarse, se les escuchó, se analizaron sus argumentos, pero después de todo, sus peticiones no podían ser acatadas. Ese “reconocimiento” de los argumentos del *otro*, legitima las disposiciones del poder hegemónico, pues después de todo fueron tomadas en cuenta para decidir, pero al mismo tiempo se trata de un reconocimiento desplazado por su ineffectividad, ya que no fue tomado en cuenta. En suma, vulneración de los derechos humanos con base en los derechos humanos.

Existen múltiples casos de legitimación de poderes hegemónicos por parte de movimientos de resistencia. Para dar un ejemplo, se empleará al feminismo hegemónico y su papel frente a las mujeres indígenas, apuntado por Aida Hernández Castillo, quien refirió lo siguiente:

“Aunque el feminismo académico mexicano, sobre todo a partir de los aportes de la antropología en la década de los ochenta, había incorporado a sus definiciones del género la diversidad de contextos en que este se construye, este reconocimiento no conllevó la formación de una agenda feminista incluyente que diera cuenta de las necesidades específicas que tienen las mujeres indígenas. La agenda del movimiento feminista nacional ha estado marcada por las demandas de maternidad voluntaria y reconocimiento a los derechos reproductivos, la

lucha contra la violencia sexual y doméstica y los derechos de homosexuales y lesbianas... En este sentido, podríamos aplicar al etnocentrismo del feminismo hegemónico en México la misma crítica que Judith Butler plantea para la homofobia del feminismo académico norteamericano, al señalar que “Cualquier teoría feminista que restrinja el significado de género en las presuposiciones de su propia práctica establece normas de género excluyentes en el seno del feminismo, a menudo con consecuencias homofóbicas (en nuestro caso etnocéntricas)...”³²³

El ejemplo recién expuesto, evidencia la posibilidad de cómo un movimiento caracterizado por su cualidad de resistencia -el feminismo-, puede asumir características hegemónicas y convertirse en un poder opresor sobre aquellos que en principio debía proteger -mujeres oprimidas, indígenas en este supuesto-, reproduciendo así la dinámica de la falsa resistencia, pues alimentó aquello que criticaba: el poder hegemónico. La lógica funcional de la resistencia ideológica, posee un inicio común con el *cosmopolitismo subalterno e insurgente*, el cual “...se refiere a la aspiración de grupos oprimidos de organizar su resistencia y consolidar coaliciones políticas en la misma escala que la utilizaron los opresores para victimizarlos, es decir, la escala global...”³²⁴, no obstante, durante su desarrollo, puede dejar de ser un contrapoder y tornarse opresor, validando así el sistema que pretendía atacar, no obstante, este concepto será retomado posteriormente, pues también en él persiste un germen contrahistórico de subversión.

La resistencia ideológica, puede hallar sus condiciones de posibilidad en el

³²³ Hernández Castillo, A. (2001). Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género. En *Debate Feminista: Racismo y Mestizaje*, Año 12, Vol. 24, octubre, p. 213.

³²⁴ de Sousa Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica...* p. 312.

discurso delincencial, toda vez que contra esa fuerza de sistematización del *otro* sujeto de este discurso, pueden plantearse movimientos que a la postre terminen legitimándolo, como es toda aquella protesta informal, o bien formal, que por la manera en que fueron tratados terminaron por legitimar al sistema que criticaron. En el caso de Costa Rica, ha habido sendas protestas informales, así, a inicios de diciembre de 2007, varios internos de la cárcel La Reforma, realizaron una huelga de hambre como reproche por las condiciones infrahumanas en que vivían, como la repartición inequitativa de alimentos o la distribución misma de los internos, situaciones conocidas por las autoridades penitenciarias y judiciales. Desde la perspectiva formal, en el voto 2008-9067³²⁵, la Sala Constitucional ordenó a las autoridades de La Reforma, procurar la distribución equitativa y oportuna de los alimentos, pues ésta no se estaba dando, asimismo; en el fallo 2009-1332³²⁶, la Sala ordenó al Ministerio de Justicia disponer lo necesario para que los presos tuvieran camas, ya que había parte de la población penitenciaria durmiendo en el suelo. Pese a manifestaciones como las anteriores, las condiciones del encierro penitenciario continúan en detrimento, hasta el punto crítico actual a raíz de la saturación penitenciaria.³²⁷

La posibilidad de las protestas formales o informales, acompañada por la renuencia del sistema a cambiar, a respetar los derechos humanos de aquellos que perjudica directamente, válidamente puede ser un síntoma ideológico de estos movimientos de resistencia, donde el aparato hegemónico en su “apertura” ante los argumentos de la otredad, logra un portillo de autolegitimación, manifestada no

³²⁵ Voto 9067-2008 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 19:06 del 29 de mayo de 2008.

³²⁶ Voto 1332-2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las 16:00 del 25 de agosto de 2009.

³²⁷ El 16 de diciembre de 2009, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Luis Paulino Mora indicaba que el país había abusado de la prisión. Para el junio de este año, precisamente la Defensoría de los Habitantes indicaba que la sobrepoblación en las cárceles era crítica, así, “Según datos del ente defensor para diciembre del año 2008 la capacidad instalada del sistema penitenciario era de 8140 espacios, y la población reclusa era de 8225 personas. Para el 2009 el número de privados de libertad creció a 9304, pero la cantidad de espacios apenas subió a 8470.” La Nación, *Defensoría: “Sobrepoblación en cárceles es crítica”*, 16 de junio de 2010.

solo por la negación al cambio y al respeto de los derechos, sino también al propiciar espacios de expresión de las minorías –o eventualmente mayorías oprimidas³²⁸–, o bien, al procurar el ingreso de estas minorías o de sus posturas a una esfera de poder específica, logrando que el movimiento a la postre se convierta en un poder hegemónico contrario al respeto de los derechos humanos.³²⁹

La falsa resistencia o resistencia ideológica, es así una más de las tuercas del engranaje del poder normalizador y opresivo, no altera directamente las conciencias de quienes con nobles intenciones buscan un cambio de aquello que daña a la sociedad, sino que manipula algo previo a sus conciencias, descompone la base sobre la que se ha construido gran parte de la crítica y hasta del altruismo, pero esto no tiene que ser así, puede resistirse la trampa y hacer del cosmopolitismo subalterno e insurgente una opción real, propuesta aquí a partir de las subversión contrahistórica.

RESISTIENDO LA TRAMPA: LA SUBVERSIÓN CONTRAHISTÓRICA CONTRA LA RESISTENCIA IDEOLÓGICA

³²⁸ Como los recursos de amparo declarados con lugar a propósito de la saturación penitenciaria, pese a los cuales la saturación misma persiste, valga citar los fallos 9067-2008, 1332-2009 o más recientemente el fallo 9396-2010, todos de la Sala Constitucional.

³²⁹ Boaventura de Sousa, brinda un ejemplo para este tipo de transformación: “...*Por ejemplo, la lucha por los estándares mínimos en las relaciones de trabajo (estándares laborales internacionales) –una lucha liderada por los sindicatos y las organizaciones de derechos humanos en los países más desarrollados para impedir que los productos del trabajo que no alcanzan estos estándares mínimos requeridos circulen libremente en el mercado mundial- es ciertamente percibida por las organizaciones que la promueven como contrahegemónica y emancipatoria, puesto que se propone mejorar las condiciones de vida de los trabajadores. Sin embargo, todavía se puede percibir por organizaciones similares en países de la periferia como otra estrategia hegemónica del Norte para crear una forma más de proteccionismo que favorece a los países ricos y perjudica a los pobres*”. de Sousa Santos, B. (2009) *Sociología jurídica crítica*... p. 313.

“...En esta humanidad central y centralizada, efecto e instrumento de relaciones de poder complejas, cuerpos y fuerzas sometidos por dispositivos de “encarcelamiento” múltiples, objetos para discursos que son ellos mismos elementos de esta estrategia, hay que oír el estruendo de la batalla.”³³⁰

Foucault

El carácter ideológico de ciertos movimientos de resistencia, deriva no de la intención de sus participantes, sino más bien de la plataforma político/cultural que propició sus condiciones de posibilidad, la cual a su vez es una construcción histórica, en ella radican diversas cargas históricas, algunas falaces, otras simple, pero no ingenuamente producto de interpretaciones, edificando así la ideología o ideologías previas a la falsa resistencia. De esta forma, la plataforma ideológica podría configurarse como la historia contada por los vencedores, cuyo interés radica en un ilusorio mantenimiento del poder³³¹, olvidando con ello que ese es el mismo poder que puede servir para la subversión, esto ante la factibilidad de falsear su plataforma narrando la historia no contada, la contrahistoria.

La incursión de la contrahistoria, implica -en palabras de Escobar- “...una transformación epistémica de la perspectiva...”³³², cambio que podría iniciarse preguntándose ¿cómo pensar de otro modo? ¿Pueden imaginarse alternativas a

³³⁰ Foucault, M. (2005). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI, p. 314.

³³¹ Al respecto Foucault, apuntó lo siguiente: “La historia es el discurso del poder, el discurso de las obligaciones mediante las cuales el poder fascina, aterroriza, inmoviliza.” Así en Foucault, M. 1976 (2000). *Defender la sociedad*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica, p. 70.

³³² Escobar, A. (2003). “Mundos y conocimientos de otro modo”. En *Tabula Rasa*. Bogotá, Número 1, enero-diciembre de 2003, p. 67.

las condiciones actuales para la resistencia? ¿Pueden crearse nuevos espacios para la subversión y plantearla en términos diferentes a los actuales? La respuesta a estas preguntas aquí se plantea esquemáticamente, esperando que sirva como marco de acción para la gama de posibilidades subversivo/contrahistóricas.

El funcionamiento del poder, responde a una dinámica histórica, así, en tanto aparato histórico nutre a un sistema que se auto-reproduce y en el cual resulta innegable considerar que las relaciones sociales son relaciones políticas, sobre ellas pesa y les atraviesa el mismo poder primigenio normalizador, que haciendo uso de las instituciones sociales existentes, crea sujetos a los cuales denomina ciudadanos, con un funcionamiento afín al panoptismo

“...Siempre que se trate de una multiplicidad de individuos a los que haya que imponer una tarea o una conducta, podrá ser utilizado el esquema panóptico. Es aplicable –bajo reserva de las modificaciones necesarias- “a todos los establecimientos donde, en los límites de un espacio que no es demasiado amplio, haya que mantener bajo vigilancia a cierto número de personas”... En cada una de sus aplicaciones, permite perfeccionar el ejercicio del poder...”³³³.

La cualidad política del poder hegemónico, es precisamente la que ha logrado la plataforma ideológica para la falsa resistencia como un efecto real, normalizando y construyendo ciudadanos dóciles y no-ciudadanos, ambos afectados de diferentes maneras. Es precisamente desde la política donde yace el germen de la contrahistoria, considerando que *“...la política es la guerra continuada por otros medios...”³³⁴*, deberá de partirse de la historia que ha sido

³³³ Foucault, M. (2005). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión...* p. 207.

³³⁴ Foucault, M. 1976 (2000). *Defender la sociedad...* p. 53.

sistemáticamente olvidada como primera labor del binomio política/guerra, esta es la historia de los parias, de los considerados lumpen, de los inmigrantes, de la diversidad sexual, de los indígenas, de los sin-techo... de todo aquel que ha sido estigmatizado como el *otro*.

Cualquier tipo de subversión, deberá de resignificar sus insumos de lucha y así no legitimar la dominación. La resignificación discursiva es una opción latente, el uso de las instituciones que ha oprimido contra la opresión normalizadora, es uno de los frentes performativos desde el cual podría librarse la lucha contra la sociedad de la violencia.

La palabra dicha, posee un poder performativo, resignificando instituciones al servicio de la opresión y empleándolas contra aquellos que en su ejercicio han reducido a la otredad o a la no-ciudadanía a quienes no han sido dóciles al sistema. En palabras de Foucault,

“La nueva historia que surge va a tener que exhumar, al contrario, algo que estaba oculto no sólo por ignorado sino también por haber sido cuidadosa, deliberada y aviesamente disfrazado y enmascarado. En el fondo la nueva historia quiere mostrar que el poder, los poderosos, los reyes, las leyes ocultaron que su nacimiento se debía al azar y la injusticia de las batallas.”³³⁵

La subversión contrahistórica, posee como objetivo hacer que el cosmopolitismo subalterno e insurgente no adquiera matices de legitimación hegemónica, es decir, que no mute en resistencia ideológica. Al resignificar las bases sobre las que se libran las luchas sociales, se reconstruye la historia y clarifican los medios y propósitos de las luchas mismas, falseando así los elementos ideológicos, cerrando los portillos por los que las tácticas hegemónicas

³³⁵ Foucault, M. 1976 (2000). *Defender la sociedad...* p. 73.

pueden inmiscuirse en la labor subversiva.

Los efectos de la resistencia ideológica, suelen presentarse cuando los enfrentamientos ya se han dado y acontecen los efectos de legitimación de aquello contra lo que se protestaba, por lo que anticipando esto, podría ser precisamente donde se libren los enfrentamientos desde donde podría darse la resignificación contrahistórica. Estos espacios, no son necesariamente materiales, puede ser de contenido político, y son denominados *zonas de contacto*, las cuales son “...*campos sociales en los que diferentes mundos de la vida normativos se encuentran y chocan entre sí...*”³³⁶, en estas zonas se dan una serie de conflictos de poder, de agencias normativas, de movimientos políticos, será también ahí donde se librarán las luchas cosmopolitas y donde se podrá realizar la subversión contrahistórica, negándose a aceptar las premisas del enfrentamiento, pues ellas mismas fueron dadas para normalizar a los sujetos y legitimar al poder hegemónico, la labor contrahistórica partirá así del pluralismo político/cultural y jurídico, procurando no el disimulo de las diferencias divergentes ni mucho menos el silenciamiento de la voz disidente, sino el reconocimiento de la diferencia a partir de la historia que no había sido contada, tomando la contrahistoria como base para la subversión, para que ésta posea tanto las condiciones de posibilidad histórica contra la no-ciudadanía y el carácter político/propositivo que debe de direccionarle.

En la subversión contrahistórica, radica la posibilidad contrahegemónica de los derechos humanos, disipando a la falsa resistencia en una nube crítica que al descender quizá no haya eliminado absolutamente el espectro de la no-ciudadanía, pero que definitivamente mostrará un nuevo modo de lucha: el cosmopolitismo subalterno e insurgente más allá de la resistencia ideológica.

CONCLUSIONES

³³⁶ de Sousa Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica...* p. 582.

La sociedad de la violencia, emplea una serie de herramientas normalizadoras tendientes a la construcción de sujetos que le sean útiles de alguna manera. Dentro de su dinámica, existen varios discursos, destacando el discurso delincucional, el cual se vale de instituciones sociales y medios de comunicación para crear un *otro* como su sujeto/función, distinguido éste no solo por no estar necesariamente en conflicto con alguna norma penal, sino que quizá nunca lo vaya a estar, pese a lo cual podrá ser vulnerado en su cualidad de ciudadano al irrespetarse sus derechos humanos.

El discurso delincucional, como parte de la sociedad de la violencia, colabora a la elaboración de un sujeto aun más lesionado, que es el no-ciudadano, caracterizado por ser constantemente vaciado de sus derechos y empleado como mito legitimador de otra serie de violencias. Contra este tipo de prácticas, suelen levantarse movimientos de resistencia ideológica o falsa resistencia, cuya principal particularidad es la paradoja de legitimar aquello contra lo que protestan por la manera de librar sus manifestaciones formales e informales.

Ante el panorama de la resistencia ideológica, se propone la subversión contrahistórica como posible marco de solución, librando las luchas performativamente en la zona de contacto de los movimientos sociales, podría variarse la plataforma que procuró la falsa resistencia, dando cabida efectiva al cosmopolitismo subalterno e insurgente más allá de este tipo de resistencia cruzada por la labor de la ideología.

BIBLIOGRAFÍA

Benjamin, J. 1988 (1996). El enigma edípico. En *Los lazos de amor: psicoanálisis, feminismo y el problema de la dominación*. Buenos Aires, Argentina. Paidós.

Borges, J. 1960 (2002). Ajedrez en *El hacedor*. Madrid, España: Alianza Editorial.

Butler, J.

1990 (1999). Sujetos de sexo/género/deseo. En *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. México D.F.: UNAM.

(2010). *Marcos de guerra: las vidas lloradas*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.

Castro Gómez, S. *Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología*. En <http://www.oei.es/salactsi/castro3.htm>

de Sousa Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.

Escobar, A. (2003). "Mundos y conocimientos de otro modo". En *Tabula Rasa*. Bogotá, Número 1, enero-diciembre de 2003.

Foucault, M.

(1976). *Genealogía del racismo*. La Plata, Argentina: Editorial Caronte.

1976 (2000). *Defender la sociedad*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

(2005). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Hernández Castillo, A. (2001). Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género. En *Debate Feminista: Racismo y Mestizaje*, Año 12, Vol. 24, octubre.

Marcuse, H.

(1971). *Razón y revolución*. Madrid, España: Alianza Editorial.

(1972). *El hombre unidimensional*. Barcelona, España: Seix Barral S.A.

Real Academia Española (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe, S.A.

Silva Sánchez, J. (2008). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

van Dijk, T. (2000). *El discurso como interacción social. Estudios sobre el discurso II*. Barcelona: Gedisa.

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.

Wacquant, L. (2007). *Parias urbanos: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.

Zaffaroni, R. (2000). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Žižek, S. (2005). *El sublime objeto de la ideología*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Periódicos

Diario El Sur, *Aprobación del plan energético alemán genera crítica y protestas*, 28 de septiembre de 2010.

La Nación, *Gobierno protegerá a población con 342 cámaras de video*. Jueves 25 de febrero de 2010.

La Nación. *Tribunal condena a Calderón a cinco años de prisión*. 10 de mayo de 2009.

La Nación, *Alemanes forman cadena contra la energía nuclear*, 24 de abril de 2010.

La Nación. *Ministerio de Seguridad intervendrá en 20 colegios*. 26 de mayo de 2010.

La Nación, *Defensoría: "Sobrepoblación en cárceles es crítica"*, 16 de junio de 2010.

La Nación. *Estudiante hiere de bala a Directora en colegio de Heredia*. Jueves 01 de julio de 2010.

La Nación, *Ministro alerta a diputados por grave faltante de policías*. Jueves 08 de julio de 2010.

La Nación, *Indígena que no entendía español fue condenada a 13 años*. 10 de julio de 2010.

La República. *"Lavarse las manos" con la cárcel*. Viernes 09 de julio de 2010.

Semanario Universidad, *Expertos advierten: Gana terreno visión simplista y fácil sobre seguridad ciudadana*. San José, Costa Rica: del 07 al 13 de julio de 2010.

La Extra (2008). *Garrotiemos al delincuente*, 24 de junio de 2008.

La Extra. *Sistema penitenciario enfrenta grave crisis*. 19 de junio de 2010.

Otros

Asamblea Legislativa (1982). Ley de Registro y Archivos Judiciales. En: <http://www.pgr.go.cr/scij>, artículo 3.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1998). Código Procesal Penal. San José, Costa Rica: Editorial de Investigaciones Jurídicas.

Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008. Ratificadas en Sesión Extraordinaria de Corte Plena 17-08 del 26 de mayo de 2008.

DELITOS PATRIMONIALES Y ESTRUCTURA SOCIAL EN COSTA RICA: UN ANÁLISIS DE SUS VÍNCULOS.

RODOLFO CALDERÓN UMAÑA³³⁷

Profesor investigador, Universidad de Costa Rica

Recibido el 27 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Este artículo estudia el incremento registrado por el delito en Costa Rica durante el último cuarto de siglo, a la luz de las transformaciones socioculturales experimentadas por el país, debido a la emergencia de un nuevo orden social, basado en las políticas neoliberales de inicios de la década de 1980. La primera parte aborda las dinámicas macroestructurales del problema: exclusión social, inclusión cultural y aumento de los delitos patrimoniales. La segunda analiza el problema desde el punto de vista de la acción social, lo que lleva a identificar varios tipos de transgresores por delitos hacia el patrimonio. En la tercera y última parte, se reflexiona sobre el desafío que conlleva esta problemática para el diseño de políticas públicas.

PALABRAS CLAVE: delito, consumo, cultura, exclusión, globalización.

ABSTRACT. This article analyzes the expansion of crime in Costa Rica over the last quarter of century, in the light of the socio-cultural transformations experienced by the country, as result of the emergency of a new social order stimulated by the implementation of the neo-liberal policies at the beginning of 80's. The first part of the document is devoted to the structural aspects of the phenomenon: social exclusion, cultural inclusion and the boom of property crimes. The second part

³³⁷ Correo electrónico: rcalderon@flacso.or.cr.

addresses the problem in the realm of social action, which leads to the identification of different kinds of transgressors. Finally, the third part pays attention to the challenges this problem bring to the formulation of public policies.

KEY WORDS: crime, consumption, culture, exclusion, globalization

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas sociales que más afecta la vida de las y los latinoamericanos hoy en día es el delito: se estima que anualmente son asesinadas 140.000 personas, 28 millones son víctimas de robo o hurto y se pierden al menos tres días de vida saludable por cada habitante, todo lo cual representa un costo cercano al 14% del Producto Interno Bruto Regional (Londoño et al., 2000). En este sentido, vale destacar que si bien Costa Rica presenta uno de los índices de violencia criminal más bajo de la región, lo cierto es que no ha escapado a dicha tendencia, tal y como lo revela el aumento experimentado por la tasa general de delitos en el último cuarto de siglo, la cual pasó de 56 casos por 10.000 habitantes en 1980 a 113,6 en 2005 (Calderón, 2008a, p.11).

Lamentablemente, y a pesar de la seriedad del tema, el clamor popular, la improvisación, y el oportunismo político se han conjugado para dar paso a la emergencia de un discurso punitivo, que sumado a las actitudes de intolerancia y la puesta en marcha de prácticas represivas, tanto en el ámbito estatal como de la sociedad civil, le han dado un giro antidemocrático al abordaje del problema. La respuesta institucional ha seguido la línea del rigor carcelario: elevación de las penas máximas establecidas por el Código Penal, las cuales subieron de veinticinco a cincuenta años de prisión; incremento en las sanciones específicas para homicidios y algunos delitos sexuales; mayor dificultad para alcanzar la libertad condicional, y tipificación de nuevos delitos como resultado de los cambios introducidos al capítulo de las contravenciones y la creación de nuevas leyes

relacionadas con violencia doméstica y medio ambiente, entre otros (Carranza, 1994; Artavia, 1996).

Como resultado de lo anterior, la población penitenciaria registró un fuerte incremento a partir de 1994. El total de personas “atendidas” por la Dirección General de Adaptación Social en los cuatro niveles que la conforman: institucional, semi-institucional, atención en comunidad y penal juvenil, pasó de 3.532 en 1993 a 12.980 en 2006; es decir, en menos de quince años aumentó casi cuatro veces. Este aumento responde básicamente a lo sucedido con la población carcelaria; es decir, aquella recluida en los “Centros de Atención Institucional” del país, la cual pasó, en el periodo de referencia, de 2.817 a 9.037; o sea, creció más de tres veces (DGAS, 2007). La subida fue tan sensible en los primeros años que siguieron a la reforma penal que entre 1994 y 1999, Costa Rica fue el país centroamericano donde la tasa de privados de libertad registró la mayor expansión (58%): pasó de 11,8 presos por cada diez mil habitantes a 18,6 (PNUD, 2000, p. 22). Y en 2004 llegó a 22: la tercera más alta de América Latina (PNUD, 1998).

Desde el punto de la sociedad civil, es importante destacar que las acciones descritas en el párrafo anterior no solo disfrutaban de gran aceptación entre las y los habitantes, sino que incluso estos las exigen. Según una encuesta realizada por la Organización Panamericana de la Salud en 1999 (OPS, 1999), los costarricenses son quienes, en el contexto iberoamericano, reportaron un mayor apoyo hacia medidas autoritarias para reprimir el delito. Por ejemplo, un 38% de los entrevistados afirmó que se debe tomar la ley en las propias manos cuando las autoridades fallan, un 21.5% justificó el derecho de la policía a invadir una casa sin orden de cateo, el 25% aceptaría que la policía detenga jóvenes que considere sospechosos por su aspecto físico, un 15% aprobaría la tortura para obtener información y un 52% está a favor de la pena de muerte.

En un sondeo nacional (Araya, M. et al., 2001, p. 38) se encontró que en 1991, un 51% de la población estaba de acuerdo en reestablecer la pena de muerte y diez años más tarde, ese porcentaje subió a 56.5%. Además, en 2001, un porcentaje importante (42.3%), consideró que las comunidades debían tomar la

justicia en sus propias manos; actitudes estas que se han visto acompañadas de acciones concretas tales como el aumento en el número de permisos para portar armas de fuego (Loría, 2000), la contratación de servicios privados de seguridad (Presidencia de la República, 2003), la instalación de rejas, alarmas y la compra de perros guardianes, entre otros (Carvajal y Alfaro, 2002; Chinchilla, 1999; PNUD, 2005).

Por fortuna, y como contrapeso a esta tendencia, el Poder Judicial ha funcionado como un verdadero catalizador del rigorismo carcelario que domina el discurso político, haciendo valer el debido proceso y el respeto a la institucionalidad democrática y los derechos humanos. Un buen ejemplo de ello, fue la regulación que estableció la Sala Constitucional a inicios de los noventa en torno a la prisión preventiva, pues al ejercer el control constitucional sobre el fundamento de las resoluciones que negaban la excarcelación, no solo contribuyó a que se redujera el número de presos y prisioneras sin condena, sino que también dejó en el pasado la concepción de este recurso como un adelanto de la pena (Calderón y González, 2009, p. 30).

Pese a lo anterior, y de cara al panorama descrito, vale preguntarse por los logros alcanzados con la aplicación del rigorismo carcelario que domina el discurso sociopolítico actual. La réplica se intuye fácilmente: han sido totalmente ineficaces, tal y como lo muestra el hecho de que la tasa delictiva no ha disminuido sino que sigue creciendo, pues tal y como ya se dijo, esta pasó de cincuenta y seis casos por cada diez mil habitantes en 1980 a ciento catorce en 2005. Igual situación se presenta en los otros países del área que también eligieron políticas represivas para frenar la criminalidad (Guatemala, Honduras y El Salvador), pues lo único que han conseguido es que el número de pandillas juveniles y de los delitos vinculados con ellas, sobre todo los homicidios, siga creciendo en el marco de los programas de mano dura y súper mano dura (USAID, 2006).

Tampoco hay evidencia empírica disponible para otras áreas geográficas sobre una correlación robusta entre aumento de los índices de encarcelamiento y

disminución de la criminalidad. En algunos casos lo que se observa más bien es la tendencia opuesta: en Idaho y Virginia del Este, los dos estados de la unión americana que registraron el mayor crecimiento en el número de presos entre 1992 y 2002: 174% y 171% respectivamente, también se experimentó un incremento de la delincuencia en el mismo periodo: 14% en el primero y 10% en el segundo (Kliksberg, 2007, p. 38).

Quizás la razón más importante para comprender la ineficacia de estas políticas sea la visión que les subyace: el delito es percibido, en esencia, como un fenómeno estrictamente individual –ajeno y libre de condicionantes sociales, económicos y culturales. Por ende, se está frente a personas que actúan racionalmente, movidas por su deseo de maximizar el placer y la ganancia; deseo que es visto como un impulso natural o biológico, nunca como una construcción cultural; de ahí que la solución sea el castigo a los infractores y no un cuestionamiento a la sociedad donde emerge el problema. Así, el sumo pontífice de las políticas de “tolerancia cero” en el combate a la delincuencia, William Bratton –exjefe de policía de Nueva York– ha afirmado que “la causa del delito es el comportamiento de los individuos y no la consecuencia de condiciones sociales” (Wacquant, 2000, p. 11).

Bajo estas circunstancias en las que el trasgresor aparece como único responsable de sus actos –los cuales se originan en una deficiencia moral–, no la prevención sino el castigo, sobre todo la encarcelación, se levanta triunfante como la única respuesta posible y deseable ante el aumento de la criminalidad, lo que se constata fácilmente al observar el crecimiento experimentado por la población penitenciaria en todas partes del mundo, incluso en países que como Noruega se han caracterizado históricamente por su renuencia a dicha forma de escarmiento: en esta sociedad, por ejemplo, el número de presos, que en 1960 no alcanzaba los cuatro por cada diez mil habitantes, en la actualidad es superior a los seis. Ni qué decir de los Estados Unidos, campeón mundial en esta materia, que en 1997, alcanzó una tasa de sesenta y cinco presos por cada diez mil habitantes, lo que significa en términos absolutos un total de 1.785.079 personas (Kliksberg, 2007, p.

37).

Es indiscutible, ante esta realidad, que el discurso punitivo que domina hoy en día el tema del “combate a la delincuencia” es incapaz de ofrecer medidas efectivas para controlar la criminalidad, ya que el mismo se orientan a atacar única y exclusivamente sus manifestaciones, lo que en conjunto con la forma de percibirla (fenómeno individual y no social), deja incólumes sus raíces sociales. Por tal motivo, el estudio de estas últimas ha de constituir la piedra angular de cualquier aproximación que busque desafiar estas interpretaciones, ya que la única vía posible para confrontar el delito de manera eficaz es a partir de su entendimiento, y ello pasa, indefectiblemente, por conectarlo con las dinámicas de la estructura social, cultural y económica de la cual emana.

Esta forma de entender el problema no significa, bajo ninguna circunstancia, ignorar el papel de las acciones punitivas en el abordaje de la criminalidad, pero sí implica que las mismas, además de ser sometidas a debate (especialmente el encarcelamiento que como forma de castigo es sumamente debatible en sus bases morales y su eficiencia práctica), tienen que ser devueltas al lugar que les corresponde: son el recurso de *ultima ratio* no de *prima ratio*; es decir, son un componente secundario en el tratamiento de la criminalidad, por lo tanto, no pueden asumir el protagonismo que le corresponde a la prevención y menos aún, erigirse en el mecanismo por antonomasia para resolver la nueva conflictividad social (Hassemer, 1995). Dicho de otra manera, es necesario promover un abordaje del fenómeno en el que las cárceles no pasen a cumplir las funciones que otrora desempeñaban las hoy maltrechas instituciones del Estado de Bienestar (Bauman, 2000, p. 117).

El análisis que se desarrolla a lo largo de las siguientes páginas se ubica en esta línea de razonamiento y quiere aportar a la construcción de esos “enfoques alternativos” sobre la criminalidad, los cuales se orientan hacia el estudio de las causas sociales del delito y anteponen la prevención a la represión. En este sentido, el trabajo analiza el incremento registrado por los delitos patrimoniales en Costa Rica durante último cuarto de siglo, a la luz de las transformaciones

acaecidas en la esfera económica, social y cultural.

La hipótesis del trabajo sostiene que este fenómeno se origina en la tensión estructural que caracteriza al orden social vigente, ya que esta exacerba (a través de la apertura del comercio y la globalización), determinadas pautas de bienestar material y social como metas válidas y alcanzables para todos, al tiempo que en la práctica, un sector importante de la sociedad encuentra serias restricciones para acceder a los medios institucionales (empleos y servicios públicos de calidad) que les permita su realización. En este contexto, ciertas formas del delito patrimonial emergen como la respuesta que desarrollan los actores que abrazan las metas promovidas por la esfera de la cultura, pero que carecen de los medios legales para su realización.

En relación con este planteamiento es importante destacar varios elementos. Primero, su orientación etiológica lo ubica en abierta oposición con las actuales políticas de ley y orden que se enfocan en atacar las manifestaciones y omiten el tratamiento de las causas del problema. Segundo, el mismo rechaza la tesis según la cual el predominio de los “delitos comunes” en las estadísticas oficiales se debe al carácter selectivo (clasista) del sistema policial y judicial, pues esta perspectiva oculta el hecho de que es el acceso diferencial a los recursos sociales el que explica que la tensión entre medios y expectativas sea mayor en los sectores más vulnerables de la sociedad, y que sean ciertos delitos, sobre todo aquellos contra la propiedad, los que registran una mayor frecuencia en este segmento de la población.

Tercero, al igual que cualquier otro esquema de interpretación, este es incapaz de dar cuenta de todas y cada una de las diversas manifestaciones del fenómeno que busca explicar, en este caso el delito, lo cual responde básicamente a dos elementos: (1) toda observación es selectiva, lo que significa que no hay un punto de reflexión privilegiado ni omnicomprensivo. Y (2) las conductas delictivas son definiciones sociales cuyo único factor común es la clasificación de ilegales, lo que implica que no todas responden a las mismas causas; de ahí que lo decisivo para el análisis no sea la definición legal –delito–

sino lo definido: conjunto de actos que se supone, por razones empíricas y teóricas, están relacionados (Chambliss, 1988, p. 300).

Lo anterior supone que el modelo, de forma similar a cualquier otro, no puede explicar esa idea abstracta de la “criminalidad”, elaborada a partir de definiciones jurídicas y que se presenta como un todo indiferenciado. Sin embargo, el esquema sí puede dar cuenta de aquellos delitos que guardan un mismo origen: el desfase que experimentan quienes carecen de los recursos institucionales para alcanzar los umbrales de bienestar material y social que promueve la cultura dominante; de ahí que las infracciones que abarca no se circunscriben única y necesariamente al ámbito patrimonial, también puede extenderse hacia otras esferas como el narcotráfico o bien, aquellas modalidades del crimen violento (homicidios, lesiones y agresiones) que emergen en el contexto de la realización de algún delito contra la propiedad o ligado a la venta, consumo y trasiego de sustancias ilícitas.

Otro aspecto importante sobre el esquema de análisis aquí presentado, es que el mismo contrasta de forma significativa con los así llamados modelos “multifactoriales”, pues a diferencia de estos, que se orientan a establecer una lista interminable de factores asociados al delito; el mismo busca explicar cómo y por qué dos hechos concretos: exclusión social e incremento en las expectativas de consumo, se relacionan con la subida de determinadas formas criminales, lo que supone un esfuerzo de interpretación en el que intervienen una gran cantidad de variables, pero que a diferencia de los modelos multifactoriales, estas son ordenadas y jerarquizadas a partir de criterios conceptuales, que llevan a entender la forma en que estas actúan y el papel que desempeñan en el surgimiento del problema.

El documento se estructura de la siguiente forma. Primero se analiza el vínculo entre exclusión social y delito, utilizando para ello información de tipo estadístico. Luego se estudia, por medio de entrevistas con privados de libertad, el ligamen entre expectativas de bienestar (material y cultural) y ciertos delitos patrimoniales. Este análisis, sin embargo, está precedido por una caracterización de las dinámicas del consumo en Costa Rica durante los últimos veinticinco años. Por último se incluyen algunas consideraciones finales, a las que se suman tres

anexos metodológicos.

I. DELITOS PATRIMONIALES Y DESIGUALDAD SOCIAL

1. LA HEGEMONÍA DE LAS INFRACCIONES PATRIMONIALES

Tal y como se mencionó en la introducción, durante el último cuarto de siglo, la tasa de delitos en Costa Rica ha experimentado una tendencia general al aumento; esta pasó de 56 casos por cada diez mil habitantes en 1980 a 113,6 en 2005. Y entre 1988-1994 registró un punto de inflexión en el que la misma se expandió a un ritmo anual del 9,5%, crecimiento que si bien tendió a disminuir a partir de esa última fecha, no ha vuelto a los niveles anteriores de 1988; por el contrario, desde 2003 volvió a incrementarse. En este sentido, vale destacar que el comportamiento de la tasa general de delitos se explica básicamente por lo que sucede con las infracciones al patrimonio, ya que estas representan, en promedio, el 81,5% del total de denuncias ingresadas al Organismo de Investigación Judicial (OIJ) durante el periodo de referencia (Calderón, 2008a, p. 12).³³⁸

Particular importancia cobran el robo con fuerza sobre las cosas (42%), el hurto (24,5%), el robo de medio de transporte (11%) y el robo con violencia sobre las personas (11%), ya que estas cuatro categorías absorben casi el 90% del total de delitos contra la propiedad; siendo estas dos modalidades (robo de medio de transporte y robo con violencia sobre las personas) las que más crecieron durante todo el periodo: su tasa –por cada diez mil habitantes– se incrementó alrededor de cuatro veces entre 1983 y 2005. En el primer caso pasó de 2,8 a 12 y en el segundo se incrementó de 3,8 a 15,7 (Calderón, 2008a, p. 12).

Esta tendencia coincide con los datos que sobre victimización hay en el país; según el INEC (2008, p. 25), el porcentaje de hogares donde algún miembro fue víctima de un delito prácticamente se duplicó entre 1997 y 2008: pasó de 15% a 27,9%, siendo delitos de tipo patrimonial los de mayor importancia: robos dentro

³³⁸ Ver anexo metodológico N°1.

de la vivienda (8%) en 1997 y robos o asaltos fuera de la vivienda (11%) en 2008. Asimismo, la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana del 2006 (PNUD, p. 51), reveló que la violencia patrimonial fue la situación más común vivida por los hogares en los doce meses previos a su aplicación: cerca del 21% sufrió al menos un episodio de este tipo, mientras que solo el 3,8% experimentó algún ataque contra la integridad emocional y un 3% contra la integridad física. El robo o asalto fuera de la casa fue la agresión más habitual, pues uno de cada diez hogares reportó que alguno de sus miembros había sido víctima de esta vejación.³³⁹

Lo descrito en párrafos anteriores es de gran relevancia, porque si bien las infracciones señaladas no son las únicas que aumentan –también lo hacen otros como las violaciones y los relativos a la ley de psicotrópicos–,³⁴⁰ lo cierto es que la expansión de determinadas formas del crimen patrimonial –aquellas que en último término dan cuenta del aumento en la tasa general de delitos– irrumpe en el marco de un modelo de acumulación que tiende a dejar a un sector considerable de la población al margen de las oportunidades vitales que el mismo genera, tal y como se verá a continuación.

2. AUMENTO DE LA DESIGUALDAD SOCIAL

El primer indicador sobre el aumento de la desigualdad en Costa Rica en el marco de la modernización económica globalizada,³⁴¹ lo constituye la tendencia hacia la concentración del ingreso. Esta registró entre 1998 y 2002 un quiebre en

³³⁹ No hay que olvidar, en este sentido, que la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana del 2004, encontró que los robos en la vía pública constituyeron no solo la categoría más frecuente (13.8%) sino también la de mayor crecimiento respecto a los datos ofrecidos por encuestas anteriores: se elevó de menos del 1% a casi 14% (PNUD, 2005, pp. 92-93).

³⁴⁰ De hecho, los robos, en conjunto con las infracciones a la Ley de Psicotrópicos y las violaciones, son los delitos de mayor crecimiento entre 1985 y 2007 (INEC, 2008, p. 13).

³⁴¹ Se denomina modernización económica globalizada al modelo acumulativo que se instauró en el país con la aplicación de las políticas monetaristas de los ochenta, ya que su objetivo es insertar al país en la economía global.

su tendencia histórica, ya que a partir de ese momento, y pese a la reducción experimentada por el coeficiente de Gini entre 2002 y 2004, el mismo no ha regresado a los niveles anteriores a 1998 (iguales o inferiores al 0,40).³⁴² Esta situación se refleja en el aumento de la brecha entre los ingresos medios de los grupos extremos.

En 1988 el ingreso familiar del último decil fue catorce veces superior al ingreso familiar del primer decil; sin embargo, en el 2004, la relación fue casi treinta y cuatro veces superior, y en términos de quintiles, la proporción aumentó de siete a casi catorce veces (Trejos, 2007, p. 130). Y si bien, el aumento registrado por el gasto social total desde 1984 hasta 2005 ha tenido un impacto positivo en la distribución del ingreso (luego de sumar el gasto social al ingreso familiar autónomo, el cuasi Gini se reduce en -6,2 puntos en 1988 y en -8,8 puntos en el 2004), el mismo ha sido insuficiente para revertir la concentración que este ha tenido en los últimos años (Trejos, 2007, p. 131).

En este contexto, destacan las restricciones en el acceso a los mecanismos estructurales de inclusión social, particularmente el empleo y la educación de calidad. La tasa de desempleo abierto pasó de 4,5% en el quinquenio 1990-94 a 6,6% en el quinquenio 2001-05 (CONARE, 2006), la tasa de subempleo visible creció de 3,4 en 1990 a 5,2 en 2006 y la tasa de subempleo invisible pasó durante esos mismos años de 2,7 a 3,8 (INEC, 2007). Se ha registrado también un incremento en la desprotección laboral vista a través de la cobertura por seguro de pensiones, salud y riesgos del trabajo.

En el primer caso (cobertura por pensiones), el porcentaje de la población económicamente activa se redujo de 46,2% a 45,1% entre 1990 y 2004, lo cual se explica básicamente por la disminución en el número de trabajadores asalariados, la cual fue de doce puntos porcentuales (disminuyó de 68% en 1990 a menos del 56% en 2005). La cobertura por seguro de salud se redujo en casi quince puntos

³⁴² Los problemas de comparabilidad que exhiben los datos a partir del año 2000, esto como efecto del ajuste en los factores de expansión que se realizó con el Censo de Población de este año, no minimizan el valor de esta afirmación.

porcentuales en ese mismo lapso: descendió de 67,1% en 1990 a 53,4 en 2004 (el porcentaje de asalariados pasó de 75,3% a 61% y el de los no asalariados de 70,6% a 45 %). La cobertura de seguro de riesgos del trabajo, por su parte, disminuyó de 86% en 1995 a 73% en 2005 (CONARE, 2006).

Respecto a la educación, los datos provenientes del censo de 2000 son claros en señalar que la escolaridad promedio de los nacidos en 1982 (8 años) es inferior a la de los nacidos en 1959: 8,5 años (CONARE, 2004, p. 86). En este sentido, destacan fundamentalmente los problemas de cobertura y deserción en el tercer ciclo y la educación diversificada. Las tasas específicas de escolaridad por edades simples evidencian el proceso de abandono del sistema educativo que comienza a mostrarse de forma gradual a partir de los doce años, edad en que la tasa desciende a un 92,5% en comparación con el 98,2% que se registra a los once años. La reducción se torna más severa conforme aumenta la edad, a los quince años desciende hasta el 74,6% para llegar al 47,6% a los 17 años (Castro, 2006, p. 11).

En este sentido, si bien la tasa bruta de escolaridad en secundaria aumentó del 53,6% en 1990 al 72,6% en 2004, lo cierto es que la cobertura en el ciclo diversificado cayó de 53,1% en 2003 a 38,4% en 2004 (CONARE, 2006, p. 87), y el porcentaje de deserción ha tendido a mantenerse en niveles cercanos a los de 1980 (12,5%); inclusive, la cifra para el 2006 fue mayor que la de aquel entonces: 13,2% (MIDEPLAN, 2007), siendo los jóvenes de instituciones públicas ubicadas en zonas rurales los más afectados (CONARE, 2006, p. 88). De hecho, se ha calculado que para 2004 solo el 8% de los jóvenes pertenecientes a los estratos más pobres logró completar la secundaria (Trejos, 2007, p. 107).

En cuanto al deterioro en la calidad de la educación, los datos sobre infraestructura ofrecen una aproximación adecuada a la misma.³⁴³ Así por ejemplo, en la educación pública (primaria y secundaria) el 64,5% de las aulas se

³⁴³ Por supuesto que esto no sustituye el tema de fondo relativo al contenido de los programas de enseñanza; sin embargo, dicho análisis está fuera de los alcances de este trabajo.

encuentran en buen estado frente al 99,2% de los centros privados, situación que se mantiene en lo que respecta a bibliotecas, comedores, laboratorios de informática, computadoras y pizarras; siendo el tema más agudo en la educación pública rural donde se encuentran en buen estado solo el 48,3% de las computadoras de los administrativos, el 65,9% de las computadoras de los estudiantes y el 52,3% de las pizarras (CONARE, 2005, p. 89). Asimismo, muchos de los libros de las bibliotecas públicas o del Ministerio de Educación están desfasados, por lo que los usuarios no hallan la información requerida y estos centros adolecen de soporte tecnológico que facilite la búsqueda de datos, como lo evidencia el hecho de que para 2005 solo el 20% de los colegios públicos contaban con servicio de Internet (Castro, 2006, p. 53).

Los grandes perdedores con este deterioro en la calidad de la enseñanza pública son los sectores de menores ingresos, pues aquellos con mayor capacidad adquisitiva simplemente han optado por la oferta privada. Esto se constata al observar que el ingreso promedio (675.581 colones) de las familias de los estudiantes que asisten a centros privados es casi tres veces superior al de los hogares de quienes reciben instrucción pública (CONARE, 2005, p. 90). Vale indicar, en este sentido, la expansión que registra la educación privada en el último cuarto de siglo: apenas el 12% de los colegios del país eran privados en 1980, pero ese porcentaje aumentó a 27% en 2006, lo que significa que para este año casi una tercera parte de los colegios eran privados. Y es esto lo que explica que la matrícula en colegios públicos disminuyera durante ese periodo en casi cinco puntos porcentuales, pasando de 94% en 1980 a 88% en 2004 (MIDEPLAN, 2007).

Ahora bien, cuando las variables señaladas: empleo, educación y protección social se analizan a través del hogar, ellas, en conjunto con otras como el acceso a servicios como la telefonía o el agua potable, permiten identificar un conjunto de unidades domésticas que se encuentra *excluido* de las oportunidades vitales que genera la sociedad, lo que les impide el disfrute de los estándares de bienestar material, social y cultural históricamente vigentes. Al respecto es importante anotar

que en este trabajo se recurre al enfoque de la exclusión social y no al de la pobreza por dos razones. Primero, porque el conocimiento acumulado muestra que es la desigualdad en tanto fenómeno relacional y no la pobreza como medición de privaciones absolutas, la que se vincula con los delitos patrimoniales (Blau y Blau, 1982; Cantor y Land, 1985; LaFree, 1999).

Segundo, porque la naturaleza relacional que subyace en la perspectiva de la exclusión implica, desde el punto de vista del paradigma del monopolio de grupo, que es el que aquí se acoge, analizar el origen de las carencias; es decir, las prácticas de poder que ejecutan ciertos grupos para acaparar las oportunidades y recursos vitales en detrimento del resto de la sociedad, lo cual es antitético a los enfoques sobre pobreza, ya que estos, al definir las carencias a partir de juicios normativos: necesidades básicas, nivel de bienestar o desarrollo, etc., quedan atrapados en el estudio de sus manifestaciones: necesidades insatisfechas, bajo nivel de desarrollo, etc., y por ende, renuncian al análisis de sus causas y los procesos que la generan (Pérez Sáinz y Mora Salas, 2007, p. 17).

3. EXCLUSIÓN SOCIAL Y BLOQUEO

Para los fines de este documento, la exclusión social se define como aquel estado en el que se encuentra un grupo importante de hogares y que se caracteriza por el hecho de no disponer, contra su voluntad, de los medios institucionales (específicamente empleos y servicios públicos de calidad) que les permita disfrutar de los estándares de bienestar material, social y cultural históricamente vigentes; situación que resulta del ejercicio de poder que llevan a cabo determinados grupos, cuya posición social, política y económica, les permite controlar en su beneficio los recursos que son escasos. Estas prácticas de poder se materializan en hechos precisos como la creciente desregulación y deterioro del empleo asalariado, así como la erosión en la calidad de los servicios públicos.

Ahora bien, contrario a la idea que establece una frontera rígida entre inclusión y exclusión –lo que da la impresión de que se trata de un fenómeno consumado,

de categorías fijas y homogéneas—, aquí se afirma que la realidad no se manifiesta en términos duales, en la que existe un mundo de inclusión, ajeno, independiente y opuesto al de la exclusión, sino más bien que ambos fenómenos constituyen los extremos de un continuo en el que la inclusión es precaria para algunos y la exclusión no es total para quienes la sufren, por lo que se está ante un fenómeno relativo y multidimensional (De Haan, 1999, p. 5). En virtud de ello y con el fin de captar empíricamente el problema, se construyó una escala que operativiza los componentes que determinan la exclusión social: (no) acceso a empleos de calidad y a servicios estatales.³⁴⁴

La medición se basa en los datos de la Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples del 2004, pues era la última información disponible al momento de realizar el ejercicio. En el caso del empleo se reconstruye la heterogeneidad del mercado de trabajo para establecer la *inserción laboral del hogar*.³⁴⁵ Respecto a los servicios de bienestar se analiza el acceso de los hogares a *seguridad social, agua potable y telefonía*.³⁴⁶ Asimismo, se utiliza el *promedio de años de escolaridad de la población económicamente activa del hogar* como aproximación al concepto de empleabilidad, el cual representa un vínculo entre la dimensión laboral (capacidad de autogenerar empleo a partir de ciertas características como la educación) y la estatal (instrucción como bien público).

³⁴⁴ La propuesta conceptual y metodológica aquí desplegada sobre la exclusión social y el bloqueo se basa en el trabajo de Pérez Sáinz y Mora Salas (2007).

³⁴⁵ Esta variable (inserción laboral del hogar) es un promedio de tres valores adjudicados a los miembros del hogar según su posición en el mercado laboral: 0 (excedente laboral) = trabajadores autoempleados en actividades de subsistencia urbana y rural, trabajadores no remunerados, asalariados altamente precarios y desempleados. 2 (inclusión laboral) = asalariados no precarios, autoempleados dinámicos y propietarios con más de diez empleados. Y 1 (categorías intermedias) = asalariado con precarización baja o media y autoempleados en situación intermedia. La precarización se determina según la legislación vigente y el dinamismo del autoempleo según la capacidad de acumulación de la unidad productiva.

³⁴⁶ Se incluyen estos servicios porque fueron los únicos que resultaron estadísticamente discriminatorios.

A partir de estas variables se realizó un análisis factorial para generar un índice de exclusión-inclusión social que fue agrupado en categorías analíticamente relevantes a través de un análisis de conglomerados, el cual resultó en una escala de cinco categorías que van desde la exclusión alta hasta la inclusión alta. Esta escala se usó en un modelo de regresión logística junto con otras variables sociodemográficas, territoriales y laborales, para calcular la probabilidad de los hogares de superar la pobreza. Con este dato se realizó una simulación tendiente a falsar el argumento de que la exclusión implica bloqueo; es decir, que cuando alcanza determinados grados de severidad, obstaculiza la movilidad ascendente de los hogares que la padecen.³⁴⁷

La simulación se realiza tomando como base el hogar con la probabilidad más baja de superar la pobreza (caso extremo). El primer paso consiste en alterar el valor de todas las variables que resultaron significativas para el modelo (excepto niveles de inclusión-exclusión) y que por tanto condicionan el estado de pobreza del hogar. Lo que se hace es sustituir el valor que asumen estas variables en el caso extremo por los valores de los hogares no pobres. Para ello se utiliza el promedio en las variables métricas y la moda en las no métricas, pero no de la totalidad de los hogares no pobres si no de la mitad de ellos; es decir, del conjunto de hogares no pobres cuyo ingreso per-cápita es igual o inferior a la mediana, ya que si se asignan las medias se tendrían problemas de dispersión y promedios altos, lo que llevaba a probabilidades altas. Y si se recurre a las medianas se tiene el efecto contrario: probabilidades bajas.

Esta parte de la simulación implica asumir un supuesto muy fuerte: que las políticas de reducción de la pobreza serán exitosas induciendo cambios de tipo estructural. En este sentido, y solo para brindar una idea de la magnitud de estas transformaciones, tómese como ejemplo lo que significa para el caso empírico extremo del “resto del país”, asumir la tasa de participación laboral de los hogares no pobres de esa región: debería pasar de 0,150 a 0,360, o sea, aumentar el

³⁴⁷ Sobre los modelos de regresión ver punto anexo 2.

número de personas insertas en el mercado laboral en más del doble (cuadro 3.1).

Ahora bien, con el perfil ya modificado se realiza la segunda simulación, esta consiste en alterar únicamente la variable clave del ejercicio: “niveles de inclusión-exclusión”, pues si al pasar de la exclusión alta (valor que asume el caso empírico extremo) a la exclusión media (valor que asume el caso construido) se obtiene una probabilidad superior al punto de corte del modelo, se tendría que rechazar la hipótesis del bloqueo, pues la exclusión sería un condicionante más de la pobreza y no el factor limitante de la movilidad social. Sin embargo, esto no sucedió tal y como se muestra en el cuadro 3.1.

De acuerdo con los datos del cuadro 3.1, en la región central, la simulación implicó en su primer momento retener la jefatura masculina y la asistencia de los hijos en edad escolar a establecimientos públicos, pero la carga demográfica se redujo a un menor de doce años y la escolaridad de los cónyuges aumentó hasta secundaria incompleta. La tasa de participación laboral se incrementa al punto de que más de un tercio de los miembros del hogar deberían incorporarse al mercado de trabajo. Esta inserción en sus manifestaciones más recurrentes: empleos en empresa grande y establecimiento unipersonal, tiene efectos positivos en la superación de la pobreza. Sin embargo, tal y como muestra el segundo momento de la simulación, si estos cambios radicales no se acompañan de una superación de la exclusión, tanto en su nivel alto como medio, el hogar se ve condenado a la pobreza; es decir, la exclusión en la que se encuentra bloquea la posibilidad de superar la pobreza.

En el resto del país, la primera simulación mantiene el carácter masculino de la jefatura y la asistencia de los hijos a instituciones de enseñanza pública. Los cambios sociodemográficos acaecen en un triple sentido: la carga demográfica se reduce a un menor, la educación de los padres se eleva casi a primaria completa y la ubicación del hogar está fuera de las dos regiones con mayor incidencia de la pobreza. La tasa de participación laboral se duplica y las principales inserciones laborales tienen signo opuesto en términos de contribuir a la superación de la pobreza: negativo para la agricultura y positivo cuando se trabaja en una empresa

grande. Sin embargo, al igual que el caso anterior, si el hogar no supera la exclusión alta y media, no logra movilizarse ascendentemente.

Con base en los resultados obtenidos del ejercicio anterior se puede concluir que los *hogares bloqueados* son aquellos que se encuentran en pobreza, experimentan exclusión alta o media y su probabilidad de superar la pauperización está por debajo del valor de corte del modelo correspondiente: 0,790 en la región central y 0,670 en el resto del país. En este sentido, sobresale el hecho de que sin importar la región en la que se ubiquen los hogares bloqueados, estos registran, en comparación con los hogares excluidos no bloqueados y los incluidos, un mayor porcentaje de jefaturas femeninas, así como un mayor índice de dependencia demográfica y de jóvenes que no estudian ni trabajan (cuadro 3.2).

Cuadro 3.1. Simulaciones de superación de la pobreza, según región, 2004.

<i>Región Central</i>							<i>Resto del país</i>						
Variables	Caso Exmo	Simulaciones					Variables	Caso exmo	Simulaciones				
		1	2	3	4	5			1	2	3	4	5
Tasa Part. Laboral	0,000	0,382	0,382	0,382	0,382	0,382	Tasa Part. Laboral	0,150	0,360	0,360	0,360	0,360	0,360
Número menores	4	0,957	0,957	0,957	0,957	0,957	Número menores	8	1,071	1,071	1,071	1,071	1,071
Jefatura femenina	0	0	0	0	0	0	Jefatura femenina	0	0	0	0	0	0
Educ. prom padres	0	7,00	7,00	7,00	7,00	7,00	Educ. prom padres	0	5,5	5,5	5,5	5,5	5,5
Tipo de educación							Tipo de educación						
-pública	1	1	1	1	1	1	-pública	0	1	1	1	1	1
-privada	0	0	0	0	0	0	-privada	0	0	0	0	0	0
-no aplica	0	0	0	0	0	0	-no aplica	0	0	0	0	0	0
No. de empleos:							Res. Choro/Brunca	1	0	0	0	0	0
públicos	0	0,135	0,135	0,135	0,135	0,135	No. de empleos:						
no remunerados	0	0,037	0,037	0,037	0,037	0,037	domésticos	0	0,063	0,063	0,063	0,063	0,063
industria	0	0,295	0,295	0,295	0,295	0,295	no remunerados	2	0,044	0,044	0,044	0,044	0,044
Otras	0	0,217	0,217	0,217	0,217	0,217	agricultura	3	0,529	0,529	0,529	0,529	0,529
actividades	0	0,369	0,369	0,369	0,369	0,369	Otras actividades	0	0,170	0,170	0,170	0,170	0,170
Esta.	0	0,328	0,328	0,328	0,328	0,328	Estab. Uniperso.	0	0,351	0,351	0,351	0,351	0,351
unipersonal	0	0,119	0,119	0,119	0,119	0,119	microempresa	0	0,386	0,386	0,386	0,386	0,386
microempresa	0	0,135	0,135	0,135	0,135	0,135	empresa peque.	3	0,098	0,098	0,098	0,098	0,098
emp. pequeña	0	0,553	0,553	0,553	0,553	0,553	empresa media.	0	0,103	0,103	0,103	0,103	0,103
emp. mediana	1	0,117	0,117	0,117	0,117	0,117	empresa grande	0	0,458	0,458	0,458	0,458	0,458
emp. grande	0	0	0	0	0	0	Tamaño ignora	0	0,012	0,012	0,012	0,012	0,012
No. desempleados							No. desempleads	0	0,080	0,080	0,080	0,080	0,080
Sin PEA	0	<u>0</u>	<u>1</u>	0	0	0	Sin PEA	0	0	0	0	0	0
Niveles de exclusión	0	0	0	<u>1</u>	0	0	Niveles exclusión						
-exc media	0	0	0	0	0	<u>1</u>	-exclusión media	0	<u>0</u>	<u>1</u>	0	0	0
-exc/inc baja	0	0	0	0	0	0	-exc/inc baja	0	0	0	<u>1</u>	0	0
-inclusión media	0	0	0	0	0	0	-inclusión media	0	0	0	0	<u>1</u>	0
-inclusión alta	0	0	0	0	0	0	-inclusión alta	0	0	0	0	0	<u>1</u>
-ignorado	0	0	0	0	0	0	-ignorado	0	0	0	0	0	0
Probabilidad	0,007	0,597	0,700	0,816	0,919	0,990	Probabilidad.	0,002	0,534	0,636	0,795	0,881	0,987
Punto de corte: p=0,790							Punto de corte: p=0,670						

Cuadro 3.2. Características de los hogares según condición de exclusión-inclusión y ubicación geográfica, 2004

Características del hogar	Excluido				Incluido		Total		P< (**)	
	bloqueado		no bloqueado		RC	RP	RC	RP	RC	RP
	RC*	RP	RC	RP						
Jefatura femenina (%)	43,1	30,4	29,0	20,6	27,4	23,1	28,5	23,7	0,000	0,000
Índice de jóvenes***	0,29	0,29	0,20	0,21	0,11	0,14	0,13	0,18	0,000	0,000
Promedio RDD****	1,40	1,22	0,70	0,69	0,63	0,64	0,68	0,74	0,000	0,000
Promedio ocupados	1,06	1,26	1,73	1,66	1,78	1,61	1,74	1,58	0,000	0,000
Educación media PEA	0,58	0,50	0,60	0,48	1,24	1,04	1,13	0,85	0,000	0,000
Sin teléfono (%)	70,2	82,6	63,6	77,3	8,8	23,7	18,3	42,9	0,000	0,000
Sin agua (%)	11,5	32,9	20,2	33,4	5,9	12,7	7,8	19,7	0,000	0,000
Promedio asegurados	0,58	0,67	0,43	0,51	0,89	0,91	0,82	0,80	0,000	0,000

Fuente: Elaboración propia con datos de la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples. Julio de 2004

*RC=Región Central, RP=Resto del país, **Análisis de varianza para variables métricas y Chi cuadrado para variables no métricas, ***Jóvenes de género masculino que no estudian ni trabajan, ****RDD: Relación de dependencia demográfica.

Al considerar las variables relacionadas con la inserción laboral de los miembros del hogar, se observa que en la región central la única variable estadísticamente diferente entre las unidades domésticas bloqueadas y no bloqueadas es el promedio de desempleados. En el resto del país, por el contrario, todas las variables consideradas son significativamente diferentes y por la forma en que se comportan, es posible afirmar que los hogares bloqueados son predominantemente aquellos dedicados a las actividades agrícolas de subsistencia (Cuadro 3.3.).

Cuadro 3.3. Comportamiento del excedente laboral en los hogares excluidos según región, 2004

Características del hogar	Hogares excluidos				P<(*)	
	Bloqueados		No bloqueados			
	RC**	RP	RC	RP	RC	RP
Promedio desempleados	0,30	0,17	0,20	0,13	0,001	0,031
Promedio autoempleados subsistencia	0,46	0,57	0,45	0,46	0,412	0,001
Promedio asalariados precariedad alta	0,19	0,20	0,24	0,26	0,055	0,020
Promedio trabajadores no remunerados	0,03	0,12	0,04	0,07	0,286	0,010

Fuente: Elaboración propia con datos de la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples. Julio de 2004

*Prueba T de una cola, **RC=Región Central y RP= Resto del país.

4. INDICIOS DE UNA RELACIÓN

A la luz de las tendencias descritas en las páginas anteriores, un primer acercamiento al vínculo entre desigualdad social y delitos patrimoniales es el que se obtiene al relacionar la tasa de delitos contra la propiedad con el coeficiente de Gini. En este sentido, la tasa de robo con violencia sobre las personas y la de robo de vehículos en su conjunto, presentan una correlación ($p=0,53$) significativa (0,0174) con el coeficiente de Gini para el periodo 1988-2005.³⁴⁸ Y si únicamente se considera el robo con violencia sobre las personas; es decir, el delito contra el patrimonio que más creció durante los años referidos, la correlación aumenta a 0,63 y también su nivel de significancia, el cual sube a 0,005 (Calderón, 2008a, p. 12).

Estos resultados concuerdan no solo con los hallazgos de otra investigación que sobre el tema se realizó en Costa Rica (CONARE, 2004), sino también con los

³⁴⁸ Solo se consideraron estos delitos por ser los de mayor denuncia –7 de cada 10 robos de vehículos y 3 de cada 10 asaltos (PNUD, 2005, p. 208).

que se han encontrado en otros países como Chile y Argentina (Hojman, 2004), Estados Unidos (LaFree, 1999) e Inglaterra (Carranza, 1994), lo cual refuerza la tesis ya bien asentada en la literatura criminológica, según la cual, los delitos contra la propiedad y la desigualdad social se ligan a través de variables relacionales como distribución del ingreso o inflación y no de variables que miden la privación absoluta, caso de la pobreza o el desempleo (Blau y Blau, 1982; Cantor y Land, 1985; LaFree, 1999).

El perfil socioeconómico de los trasgresores por delitos al patrimonio constituye otro indicador de la relación entre esta forma de criminalidad y la desigualdad social, específicamente la exclusión, pues aquellos –que representan el 31% del total de privados de libertad con sentencia en firme– son básicamente hombres (97%) que en su mayoría (51%) reporta edades entre los 18 y 32 años y descuentan, abrumadoramente, penas por robo en sus diferentes modalidades (92%). Casi dos tercios tiene un nivel educativo muy bajo: 5% son analfabetos, 24,5% no finalizó la primaria y apenas 36% logró concluir el sexto año de escuela. Y casi la totalidad de ellos se vinculan al mercado de trabajo realizando actividades fuera del sector dinámico de la economía: 27% reporta oficios tales como pintor, mecánico o soldador; 25% trabajos manuales no calificados; 13% son peones agrícolas y apenas el 1% son profesionales, la mayoría de estos últimos presos por delitos de estafa (Calderón, 2008a, p. 13).

Las características descritas ubican a estos actores en la franja de exclusión; es decir, que pertenecen a hogares en reproducción social deficitaria, debido a la carencia o acceso limitado que los mismos tienen respecto a los servicios estatales –lo que se observa fácilmente al considerar el abandono que reportan del sistema educativo en los primeros años de estudio– y la forma en que se vinculan al mercado de trabajo –desarrollando actividades asalariadas altamente precarias, no remuneradas o bien de subsistencia.³⁴⁹ Sin embargo, esto no significa que los excluidos sean los únicos que realizan actos criminales, sino más

³⁴⁹ Nótese que la unidad de análisis es el hogar y no los individuos pues se considera que aquel es el referente básico para la reproducción social.

bien que son dinámicas de orden estructural –no individuales– las que condicionan su mayor presencia en las infracciones estudiadas, pues quienes han decidido que no son capaces de alcanzar las metas por las vías institucionalizadas, no pueden simplemente escoger entre un arsenal de medios ilegales, todos igualmente disponibles, ya que estos, de la misma forma que los recursos legales, están desigualmente distribuidos. En otras palabras, el tipo de infracción que se comete, depende de los recursos institucionales y no institucionales con los que se cuenta, y estos a su vez varían con la posición social de los actores (Cloward y Ohlin, 1989, p. 143).

Ahora bien, aceptar que ciertas formas del delito patrimonial son realizadas en esencia por grupos sociológicos bien definidos, no envuelve ningún intento por reforzar el estigma que subyace en las visiones conservadoras sobre el problema, para las cuales el mismo se explica por razones individuales como la deficiencia moral de sus realizadores o bien sus deseos de maximizar el placer y la ganancia; ello tampoco implica suponer una relación mecánica entre ambos fenómenos. Todo lo contrario, señalar ese hecho obliga a revelar las dinámicas que le subyacen, pero también reconstruir el cómo y por qué de tal situación. De aquí la importancia de introducir la dimensión cultural en el análisis, pues la información contenida en el punto anterior permitió evidencia que hay una correlación positiva entre desigualdad social y delito patrimonial; sin embargo, hasta el momento nada se ha dicho del cómo y por qué de ese ligamen.

II. EXPECTATIVAS CULTURALES Y DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Tomando distancia de la mayoría de investigaciones empíricas que se han realizado en América Latina sobre el tema, las cuales tienden a explicar el aumento del delito únicamente a partir de su correlación con indicadores de desigualdad social,³⁵⁰ aquí se plantea que la dimensión cultural es el factor clave para entender por qué, en un contexto signado por fuertes desigualdades sociales, aumenta el delito patrimonial. El argumento lo que sostiene es que una alta frecuencia de estos delitos no se genera simplemente por una ausencia de

³⁵⁰ Véase por ejemplo: Fajnzylber et al. (1998) y Ayres, R. (1998).

oportunidades: ello sucede únicamente cuando el sistema cultural exagera, virtualmente por encima de todo lo demás, ciertas metas comunes para la población como un todo, y al mismo tiempo la estructura social le restringe, e inclusive cierra completamente el acceso a los modos institucionalmente definidos como apropiados para alcanzar esas metas, a una parte considerable de la población (Merton, 1957, p. 200).

Desde esta perspectiva, no existe un vínculo mecánico e inevitable entre desigualdad y delito patrimonial, sino que hay una serie de mediaciones que deben entenderse a la luz de la dimensión cultural; específicamente lo que se refiere a la promoción de determinados estándares de bienestar material y cultural, lo que se ha visto favorecido por la apertura del comercio y la globalización de ciertas pautas de consumo (Portes y Roberts, 2005, p. 67). Y es justamente este juego de mediaciones el que impide obviar la responsabilidad de los individuos en su actuar, ya que el delito no es la única alternativa al desfase entre expectativas y recursos disponibles. De hecho, y por desgracia, las respuestas más comunes y más frecuentes a la exclusión están signadas por la resignación.

Con relación a lo expuesto es necesario aclarar al menos dos elementos. Primero, lo determinante para el argumento que aquí se ha planteado son las expectativas de los actores en tanto grados esperados de consecución de la meta –no las aspiraciones como metas ideales–, pues la no consecución de las aspiraciones podría no tomarse en serio debido a su carácter ideal, pero si no se consiguen las expectativas –las cuales se forman a partir de experiencias vitales y en referencia a los grupos de pares– es de esperar una fuerte reacción emocional que puede conducir al enojo, el resentimiento, el odio y la infelicidad (Agnew, 1998, pp. 185-186).

Segundo, si bien las metas culturales se plantean como objetivos legítimos para todos, sin importar su ubicación en la estructura social, ello no implica que los mismos estándares de realización sean exigidos a todos por igual: la naturaleza y extensión del ascenso en la escalera social es distinta entre los diversos estratos, por ello, lo que hay que tener en cuenta es que las orientaciones culturales

prevalcientes asignan gran énfasis a determinada forma de éxito que se promueve como adecuada para todos, por lo que cada uno debería luchar por ella (Merton, 1957, p. 167).

Dicho lo anterior, y con el objetivo de mostrar la relevancia de la dimensión cultural en la formación y surgimiento del delito contra el patrimonio en tanto patrón de respuesta de ciertos grupos ante los recursos y las restricciones de la estructura social, es necesario llevar a cabo un doble ejercicio analítico: por un lado, rastrear indicadores que evidencien, en términos macro-sociales, la exacerbación del consumo en el escenario actual y por otro, determinar si quienes realizan estos delitos lo hacen porque no disponen de los recursos institucionales para alcanzar las expectativas de bienestar material y social que se han propuesto en virtud de las metas promovidas por la esfera cultural, y ven en el delito la vía para resolver esta tensión.

1. DINÁMICAS DE CONSUMO

1.1. AUMENTO Y DIVERSIFICACIÓN DEL CONSUMO.

La desregulación arancelaria, y en general la apertura que vivió el comercio a inicios de los años ochenta, facilitó la llegada al país de una avalancha de nuevos productos, en su mayoría de fuera del área centroamericana. Esto implicó un aumento en el valor de las importaciones de bienes de consumo duradero y no duradero, el cual pasó de 388 millones de dólares en 1980 a 1981 millones en 2006. Asimismo, el número de personas empleadas en el comercio aumentó de 145.303 en 1987 a 352.424 en 2006 (Mideplan, 2007).

En este contexto, las dinámicas de consumo iniciadas en el modelo por sustitución de importaciones se acentuaron, especialmente lo relacionado con la compra de electrodomésticos; así por ejemplo, el porcentaje de hogares con lavadora aumentó más de dos veces entre 1984 y 2006, y para ese mismo periodo la posesión de refrigeradoras pasó de 58% a 92%. Se amplió también la

adquisición de otros artefactos como el horno de microondas, el teléfono celular y la computadora, pero no solo en el Gran Área Metropolitana (GAM), tal y como había sucedido en años anteriores, sino más bien en todo el país (cuadro 1.1.1).

Cuadro 1.1.1. Posesión de electrodomésticos según año y lugar, 1997-2007

	Porcentaje de hogares del GAM 1997	Porcentaje de hogares todo el país 2007
Microondas	37	59
TV por cable	16	24
VHS*	56	26
Teléfono celular	8,0	56
Microcomputadora	22	28

Fuente: elaboración propia con datos del INEC (2007) y Vega (1998)

*Pierde importancia con el surgimiento del DVD que en 2006 es poseído por un 36% de los hogares

Aparecen también otros productos que además de diversificar la práctica adquisitiva, reflejan la globalización de ciertas pautas de consumo. De particular importancia, en este sentido, es la emergencia de las comidas rápidas y los mercados de segunda mano, sobre todo aquellos vinculados a bienes con un alto valor simbólico como la ropa de marca y los vehículos. Con respecto a las primeras, vale indicar que las mismas registran una expansión vertiginosa en el territorio nacional, lo que se expresa no solo en el número de establecimientos sino también de personas que las ingiere. Por ejemplo, en 1997, McDonald's poseía quince locales, Burger King once y Pizza Hut trece; sin embargo, para 2004, los dos primeros aumentan a veintisiete cada uno, mientras que el último llegó a cuarenta y uno; esto además de la introducción de nuevas cadenas como Church's, Papa John's y Subway (Díaz, 1 de mayo de 2005).

Una encuesta llevada a cabo en 1997 reveló que el 53% de la población del GAM, había utilizado durante el mes previo a la entrevista alguno de estos restaurantes. Diez años después, un sondeo realizado entre jóvenes de esta

misma zona, encontró que el 51% consumía productos en estos lugares con frecuencias que iban desde todos los días (9%), hasta una vez a la semana (28%) como mínimo (Cantero, 26 de marzo de 2007). Paralelo a esta situación, también emergió el servicio de *comida express*, liderado por empresas trasnacionales, pero que también incluye otras opciones como la comida china y las pequeñas pizzerías (Vega, 1998, pp. 23-25).

En cuanto a los mercados de segunda mano, interesa destacar la venta de autos y ropa usada, debido a su importancia simbólica. La compra de vehículos de uso personal era, hasta fines de los setenta, un fenómeno básicamente urbano, propio de sectores de altos ingresos. Sin embargo, ello cambió a partir de los años ochenta como resultado de la importación de vehículos usados, pues el número de hogares que cuenta con un automóvil de uso personal se expandió por todo el país. En 2007, la cantidad de familias que gozaba de este recurso en el territorio nacional (31%) era apenas once puntos porcentuales inferior al número de hogares que disponía del mismo en 1997 en el GAM (44%), lo que representa una transformación de grandes dimensiones si se tiene en cuenta que para 1984, el 60% de la flotilla vehicular estaba concentrada en San José (Aguilar, 1996, p. 8).

La compra de ropa usada desempeña un papel económico importante: vestirse a precios bajos en un contexto signado por carencias materiales, según lo muestra el aumento que vivió la importación de esta mercancía en 1996 (se duplicó respecto a 1995), momento en que el ingreso promedio real de la población registró un fuerte deterioro. Pero además, la ropa usada también reviste una dimensión simbólica importante: acceder a marcas y diseños altamente valorados en tiempos difíciles (Vega, 1998, p. 35), lo cual resulta particularmente cierto para los sectores medios que se encuentran en franco deterioro y siguen preocupados por comprar lo que dicta la moda, lo que da prestigio.

Por otra parte, uno de los mecanismos que más ha contribuido a desarrollar el sueño consumista son los préstamos personales. En solo diez años, el monto que

los bancos otorgaron para créditos de consumo se multiplicó por veinte: pasó de 19.034 millones de colones en 1992 –es decir, una décima parte del total de la cartera crediticia– a 390.972 millones en 2002, lo que representa una cuarta parte de la cartera total de créditos (Alvarado, 16 de julio del 2003). A junio del 2007, el monto ya ascendía a ¢925.253 millones, el segundo en importancia después de los créditos para vivienda (Leal, 18 de setiembre del 2008). En este contexto, las tarjetas de crédito son de particular importancia, pues al tiempo que amplían la capacidad de endeudamiento, borran la connotación negativa de la deuda al convertirla en crédito, y esto es lo que explica que mientras más alto el límite de endeudamiento más se lo ve como símbolo de éxito (Vega, 1998, p. 32).

A febrero de 2008, había en el país 28 emisores y 342 tipos de tarjetas con intereses que oscilaban entre el 19,75% y el 50,4%, y la cartera para este servicio aumentó de 179.000 millones de colones en diciembre de 2002 a 360.000 millones en diciembre de 2007, ello a pesar de que en este periodo la morosidad subió de 17.900 millones de colones a 45.700 millones (La Nación, 11 de abril de 2008). Y es que si bien, en los primeros años en que se introdujo este mecanismo, los requisitos a cumplir para obtenerlo eran estrictos, hoy día las mismas empresas localizan a los posibles tarjetabientes e intentan cautivarlos a través de diversas promociones: acumulación de puntos, millas, descuentos, etc. (Araya, 2006, pp. 149-150).

1.2. COMUNIDADES VIRTUALES Y CONSUMO SIMBÓLICO

Este aumento y diversificación del consumo no responden únicamente a la apertura del comercio y el flujo de mercancías; ello también se debe, y quizás de manera más decisiva, a la globalización de determinadas pautas de consumo, proceso en el que juega un papel decisivo la publicidad, ya que exacerba el carácter simbólico de aquel e invade los medios de comunicación, así como de una gran cantidad de espacios públicos, lo que estimula la formación de comunidades virtuales.

La apertura comercial de los ochenta trajo consigo una avalancha de nuevos productos, pero también una férrea competencia entre las empresas por colocar sus mercancías, de aquí el dinamismo que experimentó el campo de la publicidad en esos años. Solo entre 1987 y 1994, el número de agencias creció en un 62%: pasó de 37 a 60, y la inversión per-cápita subió de 470 colones en 1986 a 6.712 en 1994, lo que representa un aumento de 18.635,510 colones en la facturación total. El acceso a este recurso, sin embargo, es bastante selectivo y no está al alcance de todas las empresas: el mismo queda restringido a aquellas con grandes presupuestos. Por ejemplo, en 1995, quince de las cuarenta empresas que más recursos destinaron a publicidad (todas ellas de capital extranjero), lograron subir la inversión en este rubro, pese al incremento que registraron las tarifas en ese año. El dinero que estas gastaron fue 7,2% mayor que el utilizado en 1994 (Sandoval, 1996, pp. 18-21).

Importante de destacar también es el hecho de que en el nuevo contexto, los grupos publicitarios han tenido que adherirse a grandes holdings internacionales para mantenerse en el negocio: a mediados de los noventa, casi todas las empresas publicitarias del país, al menos las de mayor facturación, ya se habían fundido con alguna contraparte extranjera, lo cual no es de extrañar si se tiene en cuenta que este campo funciona en términos oligopólicos, pues tres de las cinco agencias de publicidad más importantes en Latinoamérica son estadounidenses y nueve de las diez más grandes en el mundo también reportan ese origen (Aguilar, 1996, p. 25); asimismo, en Costa Rica, diez empresas controlaban para 1992 el 62% de la factura publicitaria y todas ellas estaban vinculadas a alguna firma norteamericana o eran filial directa de ella (Sandoval, 1996, p. 33).

El hecho de que las campañas publicitarias estén en manos grandes consorcios transnacionales, facilita la promoción de los dogmas y valores de grupos y culturas específicos como estándares universales; particularmente aquellos vinculados al estilo de vida norteamericano, lo cual se ha visto favorecido por la masificación de los medios y tecnologías dedicados a la comunicación. En 1994, la televisión absorbió el 52% de la factura publicitaria del país, la radio

alcanzó el 14% y para 1987, los anuncios comerciales abarcaban más del 60% del espacio disponible en los rotativos (Aguilar, 1996, pp. 23-24). Esto último es muy importante, porque en los noventa, los periódicos se revitalizan con la emergencia de secciones dedicadas a las compras, las dietas, el culto al cuerpo, la cocina, etc., lo cual está directamente relacionado con los servicios que brindan los nuevos intermediarios culturales (entre los que se están los reporteros), quienes informan y promocionan las mercancías de la sociedad global, al tiempo que asesoran y aconsejan a través de artículos o suplementos especializados (Araya, 2006, pp. 154-155).

La publicidad, sin embargo, no se limita al campo de los medios, sino que también abarca otros ámbitos como supermercados, tiendas, bares y discotecas; esto además de playas, parques y centro educativos que día tras días son inundados con actividades promocionales, que le permite a las grandes firmas privatizar los espacios públicos (Sandoval, 1996, p. 37) y así promover los valores y estilos de vida de esa comunidad anónima conformada por los que consumen los productos y participan de las actividades que se organizan alrededor de ellos. En este proceso juegan un papel determinante los *malls*, pues dentro de toda la parafernalia del consumo, estos se erigen en verdaderos centros articuladores de la vida de las personas.

En Costa Rica, el surgimiento de estas edificaciones concuerda con la pérdida de relevancia de San José como lugar favorito para ir de compras. Pero también con su decadencia, y en general, la de los espacios públicos como ámbito para la socialización: el mercado, el parque y la avenida aparecen ahora como lugares violentos e inseguros, de ahí que hayan dejado de ser el punto de encuentro y reunión para los ciudadanos. Por ello, y ante la falta de espacios para interactuar, los *malls* emergen como lugares privilegiados para la socialización, ya que además de ofrecer productos, también incorporan a su dinámica actividades recreativas como el cine, los juegos de video, el baile y la comida. A esto se suman las actividades promocionales desarrolladas en su interior, pues ellas alimentan un sentido de pertenencia a una comunidad que está unida a través del consumo: es aquí donde

se participa del arte, la diversión, la cultura y hasta se practica la solidaridad, pues dichos ámbitos quedan, cada vez y en mayor medida, en manos de empresas comerciales.

En este contexto, la publicidad es importante para desarrollar los valores y la ética del consumo, pero ese papel queda supeditado a la creación de identidades y la cohesión social; es decir, a la formación de comunidades virtuales (Araya, 2006, p. 101). Desde esta perspectiva, la importancia de asistir al *mall* no reside en el hecho de comunicar que se es parte de una élite, sino más bien en ser miembro de la comunidad que ahí se estructura: lo decisivo es estar dentro y no fuera, ya que esto último implicaría el rechazo y la estigmatización. Pero ese “estar dentro”, sin embargo, no depende del acceso material que se tenga a los bienes y servicios que circulan en estos espacios, pues su relevancia está dada, justamente, por la centralidad que adquiere en ellos la dimensión simbólica del consumo:

Montones de gente coincide ahí, transita, ventanea, toma un refresco (no se le exige comprar nada) y participan así del consumo real o bien solamente del simbólico, tomando parte en el carnaval, en la experiencia lúdica y en el espíritu de la época, apropiándose por esa vía de los símbolos de la cultura global de consumo (Vega, 1998, p. 30).

Pero si bien el consumo simbólico habilita para formar parte de la “experiencia lúdica” de la época, este no sustituye la dimensión material del sueño consumista y más bien, el desfase que pueda surgir entre ambos, genera resentimiento y frustración, al haber mucha riqueza a la vista pero no al alcance (Blau y Blau, 1982), lo cual está a la base de una buena parte del delito patrimonial en la sociedad contemporánea (Young, 2000, p. 475). Y es que la no coincidencia entre expectativas y posibilidades reales de bienestar, queda de manifiesto al considerar que frente al aumento de la desigualdad social que ha experimentado el país en

los últimos años, los costarricenses albergan grandes esperanzas de movilidad social: según Latinobarómetro (2006, pp. 38-50), un 66% de los entrevistados estuvo de acuerdo en que es posible nacer pobre y hacerse rico, cifra que supera en diez puntos porcentuales la media latinoamericana.

Igualmente, la cantidad de personas que afirmó creer que todos tienen las mismas oportunidades para salir de la pobreza (43%), fue la segunda más alta en la región, y un 65% opinó que si la gente realmente quiere puede conseguir empleo, ello a pesar de que inmediatamente después señalaron la falta de este como el problema más apremiante del momento. En el marco de este deslinde entre expectativas de bienestar y posibilidades reales de alcanzarlas es donde cobra sentido el aumento que registra el delito en Costa Rica durante los últimos años. Sobre todo por las características que este asume: predominio de ciertos delitos de tipo económico que son cometidos fundamentalmente por actores que se ubican en la franja de exclusión.

2. LOS TRASGRESORES POR DELITOS AL PATRIMONIO

A la luz de lo expuesto, en esta sección interesa determinar si los responsables de los delitos patrimoniales, que más han aumentado en el tejido de la modernización globalizada, llevan a cabo tales actos porque orientan sus expectativas hacia las metas culturales pero no disponen de los medios legales para alcanzarlas, y ven en el crimen la forma para resolver este desfase. Entrevistas realizadas con privados de libertad dan sustento a este ejercicio analítico.³⁵¹ Para la selección de los entrevistados se consideró el lugar de procedencia (rural/urbano), la edad, el contacto con el sistema penitenciario (reincidente o no) y el tipo de delito realizado. Se entrevistaron dieciséis personas en total y los temas abordados fueron: socialización primaria y secundaria, historia laboral, trayectoria delictiva, carencias materiales y sociales, y (des)apego por el

³⁵¹ La información que aquí se presenta es el resultado de un trabajo de campo que durante tres meses se realizó en los Centros de Atención Institucional La Reforma y Adulto Joven (Calderón, 2008b).

orden social.³⁵²

Las entrevistas dieron lugar a la identificación de tres categorías de infractor por delitos patrimoniales: globalizado, por droga y conservador; estos tipos, vale señalar, son construcciones sociológicas basadas en elementos teóricos pero también, y sobre todo, en la evidencia empírica arrojada por el trabajo de campo. Por ello, si bien se requiere más investigación para llegar a afirmaciones concluyentes, lo cierto es que las entrevistas ofrecen evidencia empírica suficiente para respaldar e ilustrar la tesis según la cual, quienes efectúan ciertos delitos contra la propiedad, lo hacen porque carecen de los recursos para alcanzar las expectativas de bienestar social y material que albergan, y ven en el delito el mecanismo para su realización.

Al respecto, vale señalar que en todos los casos, el actuar responde al desfase que emerge de la carencia de recursos necesarios para alcanzar las expectativas de bienestar que estos actores persiguen; esto significa que de una u otra forma todos se orientan hacia las metas dominantes (bienestar material y reconocimiento social) pero se ubican en la franja de exclusión (desarrollan actividades propias del excedente laboral y tienen acceso limitado a los servicios sociales, lo que se refleja claramente en el abandono temprano del sistema educativo); de ahí que recurren al delito para solventar esta problemática. Sin embargo, las acentuaciones de escala en lo que se refiere a expectativas y (no) disposición de los recursos institucionales es lo que los diferencia.

En este sentido, la distinción entre trasgresor conservador y globalizado puede ser interpretada en términos de un cambio de época: representa el paso de una sociedad relativamente bien integrada e incluyente, articulada a partir del trabajo y con fuertes instituciones disciplinarias que se acompañan de una ética y una moral basada en imperativos categóricos del deber; hacia otra excluyente, articulada por el consumo y el disfrute, que superpone el bienestar y el placer individual a

³⁵² Ver anexo 3.

cualquier deber categórico y rigorista, y que se acompaña de un individualismo que oscila entre la gestión racional de uno mismo (individualismo responsable) y el todo vale (individualismo irresponsable).³⁵³ Este cambio de contextos socioculturales es lo que explica las distintas visiones del mundo y del actuar criminal que reportan el conservador y el globalizado; lo que en último término expresa lo social materializado en los cuerpos biológicos.

Para el conservador, por ejemplo, la educación y el empleo representan los mecanismos de inclusión por antonomasia: no se cuestiona su certeza. La familia, además, se antepone a los intereses individuales. Para el globalizado, por el contrario, hay un cuestionamiento del empleo y la educación como mecanismos para el logro de sus metas; asimismo, sus intereses y deseos no se supeditan a la familia o se difieren en el tiempo, se trata de vivir “la vida loca”. De igual manera, el delito es evaluado estéticamente: no es una alternativa al empleo, es su contraparte sensual.

2.1. TRASGRESOR CONSERVADOR.

Por sus características sociológicas: migrante rural, con una edad promedio de 42 años, poca escolaridad, ubicado en el excedente laboral y fuerte apego por el orden social, puede afirmarse que este transgresor responde al perfil de los perdedores del modelo por sustitución de importaciones.³⁵⁴ Sus expectativas de bienestar material se orientan a satisfacer necesidades familiares básicas como vivienda, alimento y cierto grado de confort (televisión, refrigeradora, etc.), pero sin llegar a lo suntuario: ropas de marca, carro, etc. En términos de reconocimiento, si bien hay una idea de “ser alguien ante la sociedad”, lo cual está ligado a conceptos como dinero y prestigio, lo decisivo es el esfuerzo que realiza por ser aceptado en los círculos inmediatos: amigos y conocidos.

Su apego por el orden social se manifiesta en la aceptación que expresa por los medios institucionales y la culpa que siente por sus acciones. De especial

³⁵³ El que la acción se decante por una u otra vía del individualismo, está condicionada por la inclusión o la exclusión que experimentan los actores.

³⁵⁴ Tres relatos dan contenido a este tipo: FL 50 años, JZ 40 años y WC 35 años.

importancia es la visión que tiene del trabajo y las instituciones de bienestar. El primero es evaluado como algo positivo en sí mismo, sin importar de qué se trate: soldador, mecánico o comerciante, pues se considera que el mismo enaltece: “es la cosa más bella que hay en la tierra”. Las instituciones sociales, por su lado, afloran una y otra vez como referente en el logro de sus metas, lo cual no es de extrañar si se toma en cuenta que aquellas eran parte fundamental de la sociedad incluyente en la que estos actores crecieron; es decir, de ese orden en el que el estado era un actor clave y que prestaba servicios como salud, vivienda y educación, porque eran elementos constitutivos del proyecto desarrollista de la época.

El hecho de haber crecido en un contexto donde la posibilidad de ascenso social era una meta creíble y realizable para un sector importante de la sociedad,³⁵⁵ ayuda a entender porqué este infractor atribuye su actuar no a elementos sociales sino individuales, específicamente a la falta del padre y la influencia de los amigos. De ahí que experimenta culpa por lo que hace e intenta neutralizarla de diferentes formas, sobre todo negando su responsabilidad por los delitos cometidos. El no sentirse excluido de los recursos institucionales explica en gran medida que este infractor combine delito y trabajo: prefiere esto último a lo primero. Sin embargo, al no contar con empleos estables y otros recursos que le permitan solventar sus necesidades y las de su familia, recurre al crimen de forma temporal, nunca como un sustituto permanente de las actividades remuneradas, por precarias que estas sean.

Debido a que la estrategia de neutralización predominante entre estos infractores radica en negar su participación en los hechos que se les atribuyen, la fuente principal para conocer el tipo de delitos por ellos cometidos fueron los expedientes judiciales. En este sentido, se puede afirmar que las infracciones predominantes son aquellas donde la víctima no está presente –tacha de

³⁵⁵ Recuérdese que en el contexto del modelo anterior hubo una expansión de empleos públicos bien remunerados, una política de salarios mínimos crecientes, una inflación relativamente baja y una política social que fomentó la movilidad ascendente, lo que llevó a una ampliación de los sectores medios que entre 1961 y 1971 se elevaron del 34% al 44% de la población total del país (Molina, 2005: 94).

vehículos y hurtos a vivienda, sobre todo—, ello para evitar la confrontación, porque se sienten mal, ya que “...uno se pone a pensar si la persona a la que le robó es pobre”.

Un último punto a destacar es la centralidad que reviste la familia para estos infractores, pues esta aparece como el eje articulador de su visión del mundo; está en la base de su actuar: se roba para la familia, “para quitar el hambre de la abuela, las hermanas y las primas”. Pero también brinda justificación para lo que se hace, pues si el padre no existe, “se podría decir que los hijos tienen un cincuenta por ciento de probabilidades de delinquir, porque a usted lo puede criar su abuela, su tía, pero no es lo mismo”.

2.2. TRASGRESOR GLOBALIZADO.

En este caso, las privaciones económicas no siempre se experimentan en términos familiares sino más bien individuales: hay un sentimiento de “tener lo básico” pero no “lo que uno quiere”; asimismo, se siente desprecio y humillación como efecto del estatus detentado. De aquí que el objetivo perseguido en el plano material sea el disfrute máximo y la satisfacción inmediata, y en términos de reconocimiento, se pretende no solo la aceptación sino también la admiración.³⁵⁶

Digno de comentar, al respecto, es el hedonismo que subyace en esta visión del mundo, donde lo primordial es la obtención inmediata del placer: vivir “la vida loca”, la “vida del millonario”, pues esta estetización de la vida cotidiana – abundante en placer e incompatible con restricciones y limitaciones de cualquier tipo— es consecuente con el *slogan* posmoderno de convertir la vida en una obra de arte, lo que implica superponer el disfrute individual a cualquier interés que esté por encima de ello (hasta las necesidades familiares) y valorar desde un punto de vista estético todo lo que se encuentra alrededor, incluidos los mecanismos para

³⁵⁶ Nueve relatos se agruparon en este tipo: AL 22 años, ED 25 años, FH 18 años, JA 21 años, JO 20 años, MC 18 años, MN 24 años, MU 19 años, RC 21 años.

alcanzar sus objetivos: educación, trabajo y delito.

Destaca, en este sentido, la insistencia de los entrevistados por conseguir “buenas mudadas”, “cosas de marca”, pues refleja el valor simbólico que para ellos tiene el consumo en un contexto donde la adquisición de mercancías con un alto valor simbólico (marca), debe entenderse como una forma de ganar prestigio, ya que en la sociedad de consumo, las marcas son un instrumento de diferenciación ante la sobre abundancia de productos y su influjo siempre cambiante, lo cual torna sumamente compleja la lectura del estatus o rango social de su portador (Featherstone; 1999, p. 45).

Por otra parte, si bien este transgresor considera que los medios a su alcance son insuficientes para el logro de sus expectativas, debe quedar claro que el delito aparece como opción para lograrlas, únicamente después de haber ensayado las vías legales a su disposición: trabajos mal remunerados, lo cual es muy importante porque significa que no hay una renuncia a la educación y el empleo como mecanismos de inclusión social. De hecho, acepta que si tuviera acceso a los mismos los preferiría, ya que es consciente de los riesgos asociados al delito: la cárcel e incluso la muerte. Por ello, el transgresor globalizado, al igual que el conservador, acepta los medios institucionales como vía para alcanzar sus expectativas, pero a diferencia de aquel, este no se conforma con “cualquier empleo”, sino con uno donde “se gane bien”, lo que significa rechazar las actividades propias del excedente laboral a las que está condenado por la exclusión en la que vive.

Se corrobora en los relatos, asimismo, que el transgresor globalizado experimenta un fuerte desapego hacia el orden social. Manifiesta que sus acciones responden a las carencias vividas, las cuales atribuye a factores sociales como el desempleo y la falta de oportunidades. Por tanto, la desigualdad social y no elementos individuales como la ausencia del padre o la influencia de los amigos es lo que utiliza para explicar su comportamiento. De ahí que no siente culpa ni intenta justificarse, pues dadas las condiciones a las que se enfrenta “no queda más que robar” y “los que no roban es porque no tienen necesidad”.

Desde este punto de vista, el infractor globalizado responde a esa parte de la criminalidad que emerge del resentimiento y la frustración que derivan no solo de una mayor riqueza a la vista pero no al alcance sino también por el desprecio de que se es objeto al quedar fuera de las oportunidades vitales, de la humillación que se experimenta al “vivir en la calle” o “ir a la escuela de un barrio menos pobre”. Esto permite entender las víctimas hacia las que se dirige (los “ricos”) y el tipo de delitos que ejecuta (altamente rentables como el robo de vehículos o asaltos a locales comerciales), lo cual es coherente con sus expectativas (consumo suntuario) y la causa que atribuye a su actuar (desigualdad social).

La concepción que elaboran estos actores de sus víctimas es muy importante, ya que pone en entredicho al menos dos tesis que se han formulado sobre el tema. Primero, aquella según la cual los excluidos recurren a una esencialización en la que el “enemigo” no son los que se encuentran en la cúspide de la escala social sino los iguales (Young, 2003, p. 406). En este caso, los excluidos tendrían que ser las víctimas de estos transgresores, pero sucede lo contrario: son los “ricos”, porque “jamás se le puede robar al que no tiene”, el objetivo está claro, son los que se encuentran en la parte alta del edificio social: “los que tienen plata”, “las empresas”, “los que andan en un buen carro”.

Esto es consistente con el hecho de que en Costa Rica los estratos de mayores ingresos son las víctimas más frecuentes de los delitos patrimoniales (PNUD, 2005, p. 110),³⁵⁷ lo cual encaja bastante bien con el planteamiento de Blau y Blau (1982) sobre la violencia difusa, pues según dichos autores, esta

³⁵⁷ En 2008 (INEC, p. 28), el porcentaje de hogares del quintil más rico que experimentó al menos un delito fue casi el doble (37%) del porcentaje de hogares del quintil de menos ingresos (20%), lo que resulta consistente no solo con lo sucedido en 1997 (19% de los hogares de más ingresos frente al 9,7% de los de menos ingresos), sino también con lo identificado por la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana del 2006 (PNUD, 2006, p. 51), la cual revela que mientras un 17% de los hogares de nivel socioeconómico bajo fue víctima de un delito patrimonial, casi un 24% lo fue en el nivel socioeconómico alto. Y si bien esto parecería obvio, no lo es; se acerca a lo que ocurre en países desarrollados y en algunas ciudades del Cono Sur (Portes y Roberts, 2005, p. 75). Pero se aleja de lo que acontece en la mayoría de países latinoamericanos, donde los grupos más pobres tienden a sufrir ataques patrimoniales con mayor frecuencia que los sectores de más ingreso (PNUD, 2005, p. 110).

emerge cuando los menos favorecidos son incapaces de organizarse colectivamente para repeler el aumento de la desigualdad, echar abajo el orden existente y redistribuir los recursos sociales o, al menos, luchar por una mayor parte de los mismos, de ahí que recurren al delito para tal objetivo.

Segundo, y en relación con lo anterior, se ha dicho que el aumento del delito en América Latina responde a una especie de “empresarialidad forzada” (Portes y Roberts, 2005, p. 66); sin embargo, y en contraste con esta tesis, la evidencia muestra que más allá del núcleo utilitario de los actos del infractor globalizado –los que explican buena parte de la “oleada criminal” que vive el país y la región–, hay una buena dosis de resentimiento, específicamente contra “los que tienen plata”, porque “son egoístas y no piensan en los pobres”, de ahí el deleite y regocijo que se experimenta al transgredir las normas de un orden que excluye y humilla.

Al analizar el eje sobre expectativas culturales se encontró que el uso de drogas forma parte del estilo de vida de estos transgresores; sin embargo, en ocasiones la misma llega a ser tan severa, sobre todo por la ingesta de crack, que deviene en objetivo único, hasta el punto de abandonar las expectativas de bienestar económico y prestigio que originaron el actuar criminal. Esta situación induce cambios importantes en el estilo de vida (deambulación), el tipo de delitos realizados (asaltos menores) y la forma de ejecutarlos (se tornan más violentos).³⁵⁸

Criterios y valoraciones individualistas gobiernan la perspectiva del mundo y el estilo de vida de los infractores globalizados, lo cual es de esperar si se tiene en cuenta que el hedonismo y la estetización de la vida cotidiana son la impronta de una época en la que las identidades se estructuran a partir del consumo y donde anclajes sociales como la familia, la educación y el empleo (es decir, las

³⁵⁸ Se habla de adicción y no simplemente de consumo de drogas cuando el uso de las mismas trae consecuencias físicas, sociales, psicológicas y legales al adicto (Seddon, 2006, p. 681). Tres relatos (AL 22 años, FH 18 años y MN 24 años) dan contenido a esta situación, la cual es diferente, como se verá más adelante, a la conformada por el “transgresor por droga”.

instituciones disciplinarias de la sociedad orientada a la producción y el trabajo) pierden centralidad.

El transgresor globalizado, por tanto, es el producto de una sociedad en la que se le pide a todos consumir –y de hecho se les hace partícipes del “carnaval”, al menos en términos simbólicos–, pero que le impide sistemáticamente a un grupo importante de sus miembros, el acceso a los medios para su realización. De ahí el resentimiento que impulsa a estos infractores, los que por supuesto, también mantienen y persiguen intereses económicos. Según esta perspectiva, el segmento de la criminalidad asociado a los transgresores globalizados, representa una forma de conflictividad social que implica disputa por los recursos sociales que tienden a ser acaparados cada vez en mayor medida por un pequeño grupo de la sociedad, pero también una forma de protesta contra un orden que humilla y excluye.

Por último, es importante destacar que a diferencia de lo sucedido con el transgresor conservador, el globalizado se encontró fundamentalmente entre los más jóvenes, lo cual es de esperar, debido a la exacerbación del consumo en el contexto de la globalización modernizada; sin embargo, esto no significa que dicho tipo se encuentra únicamente en este rango de edad, aunque si es factible suponer que es el predominante.

2.3. TRASGRESOR POR DROGA

Este infractor ejecuta delitos contra la propiedad, no porque se oriente hacia determinados estándares de bienestar material o reconocimiento social, sino para financiar su adicción a las drogas, específicamente el crack.³⁵⁹ Podría argumentarse, en este sentido, que el consumo de sustancias prohibidas no es una meta cultural, por lo que el actuar de estos trasgresores no responde al desfase medios-metas. Sin embargo, aquí se estima lo contrario, porque la

³⁵⁹ Cuatro relatos dan contenido a esta categoría: BF 45 años, EM 26 años, JC 21 años y MA 20 años.

adicción no responde, en este caso, a una especie de escapismo social o autoexclusión sino más bien a una búsqueda activa y continua por acceder a la diversión y el placer en un medio signado por la carencia de recursos. Por lo que se está frente a una acción socialmente estructurada y culturalmente orientada.

El carácter social del problema se evidencia al considerar que el aumento en el uso del crack –modificación más importante registrada en el consumo de drogas durante las dos últimas décadas en el país– se explica básicamente por dos razones.³⁶⁰ Primero, por una mayor oferta en el mercado interno, debido al lugar que ocupa el país en las nuevas rutas de tráfico internacional de estupefacientes y al hecho de que la misma se utiliza como forma de pago para los distribuidores locales. Segundo, y en relación con lo anterior, porque el grueso de los consumidores de esta droga son jóvenes de clases bajas (PNUD, 2005, p. 143), lo que se explica por la facilidad para conseguirla (amplia oferta y bajos precios) y sobre todo porque dichos actores son reclutados para distribuir la droga, lo que favorece el consumo entre estos.

La dimensión cultural del problema viene dada por el hecho de que en la sociedad hedonista, la droga, al igual que cualquier otra mercancía-símbolo, representa una forma de acceso al placer que deriva no solo del uso del bien sino además de su dimensión simbólica: “estar en todas”, “ennotado con los compas” (Seddon, 2006, pp. 694-695). Pero esto no ocurre en cualquier lugar sino en un espacio social concreto: el barrio y la escuela marginal, donde no hay oportunidades institucionales para canalizar el tiempo libre (falta de espacios y actividades recreativas como las que ofrece el deporte y el arte) y donde abunda la droga.

En este sentido, el hecho de recurrir al delito como vía para financiar un objetivo (placer y diversión) al que no se tiene acceso por medios legales, responde al esquema de la tensión medios-fines, el cual, si bien no supone que la

³⁶⁰ Las dosis de crack decomisadas en 1991, momento en que aparece la droga en el país, son ínfimas, pero ya para el 2000 estas alcanzan las 70.000 (CICAD, 2001). Y según el IAFA (2007), el porcentaje de entrevistados que habían consumido crack en 1995 era de 0,4 frente a un 0,7 en 2000.

adicción incontrolada resulte de la exclusión que sufren los actores, sí implica que ella está condicionada por el lugar que estos ocupan en la sociedad, de ahí la droga que se consume (crack) y la manera de financiarla (utilización de recursos proscritos de la zona institucional ante la falta de medios legales).

Vale insistir, en este sentido, que el transgresor por droga es diferente al subtipo globalizado, pues mientras la motivación de este último para involucrarse en acciones criminales es la búsqueda de ciertos estándares de consumo y reconocimiento –los que posteriormente se abandonan por la adicción–, para el primero, su estímulo nunca ha sido el bienestar material o social, sino el financiamiento de su adicción para acceder al placer y la diversión a través de una forma “perversa” de consumismo: la droga.

Respecto a los medios institucionales, este transgresor, al igual que los anteriores, se ubica en la franja de exclusión. Tiene trabajo, pero desarrollando actividades propias del excedente laboral: limpia zapatos, corta el césped o pinta portones. Asimismo, abandona el sistema educativo en los primeros años de su formación, pero no solo por carencias del grupo familiar sino también por indisciplina asociada al consumo de drogas, el cual inicia a edades muy tempranas: entre los siete y los nueve años. Se comienza con el tabaco y el alcohol, luego se avanza hacia la marihuana y finalmente el crack.

En la mayoría de los casos se pierde el trabajo por la adicción y ante la carencia de alternativas, ya sea para abandonar el consumo o mantenerlo por vías legales, recurre al delito como única opción disponible para solventar la adicción. Destaca en este sentido, que el infractor por droga no muestra ningún cuestionamiento hacia el orden social, y de la misma forma que el conservador, acepta los medios institucionales y explica sus actos por motivos de tipo voluntarista: familia, amigos e inclusive el barrio.

Los delitos cometidos son básicamente robos a transeúntes para despojarlos de objetos tales como billeteras, relojes o celulares. En la mayoría de los casos se utilizan armas (navaja o pistola) y se afirma que al momento de ejecutar la acción

se está dispuesto “a lo que sea”: “apuñalar” o “matar” a la víctima, pues lo que interesa es conseguir el dinero para la droga. Esto es muy importante, ya que permite entender la dinámica de algunos de los delitos contra la propiedad que más han aumentado en los últimos años: robos a transeúntes que implican el uso de la violencia en su ejecución, la cual aparece como desproporcionada ante el objetivo que se busca, por ejemplo, lesionar o dar muerte a una persona para sustraerle un celular o incluso un par de tenis.

No se trata entonces de actos “irracionales”, llevados a cabo por una especie de depredador cuya característica principal es su deficiencia moral, tal y como suelen afirmar algunos comentaristas del tema; su existencia obliga, por el contrario, a reflexionar sobre el origen estructural de esta forma de violencia, la cual está relacionada no solo con la falta de recursos y oportunidades institucionales que enfrenta la niñez y juventud pertenecientes a los sectores menos favorecidos, sino también con políticas negligentes para atacar el tráfico local de drogas y abordar la problemática del consumo. Destaca además, el hecho de que si bien la motivación para iniciar el consumo de drogas está relacionada con la búsqueda del placer, lo cierto es que el abuso de la misma degenera en una pérdida total de sentido que lleva a abandonar las responsabilidades y expectativas sociales, adquirir rutinas ambulatorias y tendencias suicidas.

3. REFLEXIONES FINALES

El texto ofrece elementos importantes para avanzar en la comprensión (cómo y por qué) de los vínculos entre el delito patrimonial y las transformaciones vividas por la sociedad costarricense en el último cuarto de siglo; específicamente el aumento de la desigualdad y la exacerbación del consumo. En este sentido destacan al menos dos aspectos. Primero, si bien el esquema no procura explicar todas y cada una de las manifestaciones de la criminalidad –lo cual sería imposible–, lo cierto es que el mismo da cuenta de una porción importante de la problemática, la cual, como se vio durante el análisis de las entrevistas con

privados de libertad, trasciende el ámbito de los delitos patrimoniales, para avanzar hacia otros campos como la venta de droga o bien algunas de las formas del delito violento, asociadas a la trasgresión patrimonial y la venta, consumo y trasiego de estupefacientes. Desde este punto de vista, el esquema lleva a priorizar áreas de acción que no son las únicas –pues es claro que hay cierto delitos de gran relevancia que han quedado fuera del análisis, por ejemplo, la violencia doméstica, la malversación de fondos públicos o aquellos que atentan contra bienes difusos como el ambiente– pero que sí son muy importantes, ya que están ligadas a procesos que limitan el desarrollo humano de un conjunto significativo de hogares, debido a la negación de derechos sociales que experimentan (déficit de ciudadanía).

Segundo, y en relación con lo anterior, es claro que se está frente a patrones de respuesta que desarrollan grupos específicos ante los recursos y las restricciones de la estructura social, y no ante simples decisiones individuales que buscan maximizar el placer y la ganancia, lo que no implica negar el papel de los actores en la emergencia de este fenómeno –pues otras respuestas son posible ante el desfase que genera la carencia de recursos para el logro de las expectativas de bienestar material y social que promueve la cultura–; sin embargo, si no se tiene en cuenta la naturaleza sociocultural del problema, es imposible trascender las visiones represivas que hoy en día dominan su abordaje, lo que implica seguir concentrándose únicamente en sus manifestaciones y por ende, generar acciones altamente ineficaces que no cuestionan sus fuentes sociales y que además son una amenaza para el ejercicio de los derechos y las libertades individuales.

En este sentido, uno de los retos fundamentales para la gobernabilidad democrática, yace en el hecho de detener y revertir las tendencias excluyentes que individualizan al actual modelo de acumulación, lo que no se resuelve con intervenir únicamente en la esfera de la distribución de la riqueza sino también en el ámbito de la producción, sobre todo en el mercado laboral, ya que las nuevas dinámicas de acumulación se asientan sobre lógicas que les permite prescindir de

un grupo importante de trabajadores. De ahí que un primer paso importante sería, por ejemplo, hacer valer la legislación laboral vigente ante los así llamados procesos de desregulación del trabajo, así como garantizar el acceso a créditos, seguros y capacitación a aquellos sectores ligados al autoempleo de subsistencia –que en el sector rural son los que engrosan las filas de hogares bloqueados–, para que estén en capacidad de encadenarse a los nuevos polos de crecimiento, como el turismo.

Sería razonable, en este sentido, esperar que el desarrollo de programas de empleo y la dotación de servicios sociales de calidad, impacten de manera positiva sobre el infractor conservador, de forma tal que desincentiven su participación en actos criminales. Igualmente viable, sería suponer que programas de reducción de la oferta de drogas y rehabilitación de los adictos, contribuyan a disminuir las conductas del trasgresor por droga. Todo ello sin obviar el efecto de políticas hacia la juventud, orientadas a generar espacios y recursos para la recreación y el deporte; eso además de políticas locales tendientes a empoderar a las comunidades, para que participen en la prevención del delito, no desde un punto de vista policial sino social: recuperando espacios públicos y brindando, por ejemplo, redes de apoyo vecinal para el cuidado y protección de la niñez y adolescencia.

Particular referencia merece el infractor globalizado, pues si bien este valora los recursos sociales desde un punto de vista estético; eso no quiere decir que no se puedan desarrollar medidas tendentes de desestimular sus acciones, pues no hay que olvidar que ellos también ensayaron, como primera opción en la búsqueda de sus expectativas, las vías institucionales; de ahí la necesidad de dotar a la juventud de empleos y servicios públicos de calidad, que les ayude a garantizar su vinculación al sector dinámico de la economía, y crear anclajes sociales que lleven al desarrollo de una ética y una gestión responsable de sí mismos.

Ahora bien, lo descrito en párrafos anteriores no implica suponer que una reversión en las tendencias excluyentes, y de la desigualdad en general, lleven a

un decrecimiento inmediato del delito; es decir, que este disminuya en la misma proporción en la que aumentó (La Free, 1999), pues la erosión en las condiciones de vida genera dinámicas que tienen su propia inercia (Castillo, 2003), por lo que revertirlas podría no ser condición suficiente para reducir las formas del crimen a ellas asociadas, tal y como piensan ciertos autores (Garrido et al., 1999). Lo que sí es claro es que se está frente a un problema que trasciende el ámbito de la seguridad ciudadana³⁶¹ para instalarse en el campo de la seguridad humana – condiciones básicas y garantías mínimas para el desarrollo humano –, ya que es necesario asegurar que las personas vivan libres de violencia y despojo, pero también de las privaciones que conlleva el quedar excluido de las oportunidades vitales que genera la sociedad. Desde esta perspectiva, el desarrollo humano debe garantizar las condiciones necesarias para que florezcan la libertad individual, la que por supuesto tiene ciertos requisitos de existencia y ejercicio, entre ellos una igualdad social básica (ciudadanía) que garantice a todos los miembros de la sociedad, el disfrute de una vida digna según los estándares históricos vigentes.

No hay que olvidar, por último, la necesidad de fortalecer el sistema de justicia penal costarricense, ya que este constituye uno de los puntos medulares de cualquier política de persecución criminal democrática, pues es el mecanismo llamado a garantizar un efectivo derecho de acceso a la justicia, tanto para las víctimas como para los imputados, lo que implica, entre otros, acceso a una investigación policial profesional y a tribunales independientes, libres de los juicios mediáticos y la influencia política (política criminal populista), pero también transparente y sujeto a la auditoría ciudadana.

³⁶¹ Para los fines de este trabajo, la *seguridad ciudadana* se define como el componente de la seguridad humana que atiende las formas de vulnerabilidad ocasionadas por el despojo y la violencia y que se orienta a la protección de un núcleo específico de derechos fundamentales como la vida, la integridad. Por violencia se entiende el uso o amenaza de uso de la fuerza física o psicológica con el fin de causar daño o doblegar la voluntad; el despojo, por su parte, se refiere al acto de privar ilegítimamente de su patrimonio a una persona física o jurídica (PNUD, 2005, p. 35).

REFERENCIAS

Agnew, R. (1998). Foundations for a General Strain Theory of Crime and Delinquency. En Henry, S. y Einstadter, W. (Eds.), *The Criminology Theory Reader*. EUA: New York University Press.

Aguilar, I. (1996). Publicidad, empresas transnacionales y comercialización de sueños. *Serie Contribuciones*, No. 26. San José: Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica.

Alvarado, E. (2003, julio 16). Créditos personales y de consumo. *La Nación*.
Extraído desde: http://www.nacion.com/ln_ee/2003/julio/16/economia1.html

Araya, M. (2006). *Imaginarios urbanos, medios de comunicación y experiencias de ciudad*. Tesis de grado. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Araya, M. et al. (2001). *Estado de la opinión pública costarricense*. Costa Rica: CIMPA.

Artavia, P. (1996). *Reforma penal y problema carcelario: las tendencias actuales de la reacción social*. Costa Rica: Mimeo.

Ayres, R. (1998). *Crime and violence as development issues in Latin America and the Caribbean*. Washington D.C., EUA: Banco Mundial.

Barlow, H. (1990). *Introduction to Criminology*. EUA: Scott, Foresman-Little, Brown Higher Education.

Bauman, Z. (2000). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa.

Bertaux, D. (1993). Los relatos de vida en el análisis social. En Aceves, J. (Ed.), *Historia oral*. México: UAM-Instituto Mora.

Blau, J y Blau, P. (1982). The Cost of Inequality: Metropolitan Structure and Violent Crime. *American Sociological Review*, 47 (1).

Calderón, R. (2006). El delito en Costa Rica: una propuesta analítica. *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*, III (1).

Calderón, R. (2008a). Delito y cambio social en Costa Rica. *Working Paper Series* N°12. EUA: Center for Latin American Studies, University of Miami.

Calderón, R. (2008b). *Transgresores y globalización en Costa Rica: Un análisis de las causas sociales del delito*. Tesis. Costa Rica: FLACSO-Costa Rica.

Calderón, R y González, E. (2009). Crime and Punishment in Costa Rica. En En-Hung, S. (Ed.), *Crime and Punishment in the Americas*. EUA: Greenwood Publishing Group.

Cantero, M. (2007, marzo 26). Estudio en Gran Área Metropolitana. *La Nación*.
Extraído desde:
http://www.nacion.com/ln_ee/2007/marzo/26/aldea1043048.html

Cantor, D y Land, K.C. (1985). Unemployment and Crime Rates in Post-World War II United States: A Theoretical and Empirical Analysis. *American Sociological Review*, 50 (3).

Carranza, E. (1994). *Criminalidad: ¿Prevención o promoción?* Costa Rica: EUNED.

Carvajal, G. y Alfaro, N. (2002). *La delictividad urbana en la ciudad de San José: 1990-2000*. Costa Rica: VLAMARAN.

Castillo, E. (2003). Criminalidad y justicia en América Latina. *Anales Internacionales de Criminología*, 41-1/2.

Castro, C. (2006). *Informe sobre educación, Decimosegundo Informe sobre el Estado de la Nación*. Costa Rica: PNUD.

Centro de Inteligencia Conjunto Antidrogas (2001). *Tendencias del decomiso de drogas: 1990-2000*. Costa Rica: Inédito.

Chambliss, W. (1988). *Exploring Criminology*. EUA: Macmillan Publishing Company.

Chinchilla, L. (1999). *Seguridad ciudadana y justicia penal: Perspectiva de la sociedad civil*. Costa Rica: PNUD.

Cloward, R y Ohlin, L. (1989). Differential Opportunity and Delinquent Subcultures. En Kelly, D. (Ed.). *Deviant Behavior*. New York: St. Martin's Press.

Consejo Nacional de Rectores (2004). *X Informe: Estado de la Nación*. Costa Rica: CONARE.

----- (2005). *XI Informe: Estado de la Nación*. Costa Rica: CONARE.

----- (2006). *XII Informe: Estado de la Nación*. Costa Rica: CONARE.

De Haan, A. (1999). *Social exclusion: towards a holistic understanding of deprivation*. Fotocopias.

Díaz, R. (2005, mayo 1). Comida global. *La Nación*. Extraído desde:
<http://www.nacion.com/proa/2005/mayo/01/home.html>

Dirección General de Adaptación Social (2007, diciembre 10). *Estadísticas*.
Extraído desde: <http://www.mj.go.cr/Estadisticas.htm>

Fajnzylber, P., Lederman, D. y Loaiza, N. (1998). *Determinants of crime rates in Latin America and the World: An empirical assessment*. Washington D.C.: World Bank.

Featherstone, M. (1999). *Cultura de consumo y posmodernismo*. Buenos Aires: Amorrortu.

Garrido, V., Stangeland, P. y Redondo, S. (1999). *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hassemer, W (1995). *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hojman, D. (2004). Inequality, unemployment and crime in Latin American cities. *Crime, Law and Social Change*, No. 41.

Instituto Nacional de Alcoholismo y Fármacodependencia (2007, Febrero 20). *Drogas*. Extraído desde: <http://www.iafa.go.cr/datosdrogas/index.html>

Instituto Nacional de Estadística y Censos (2007, Noviembre 10). *Estadísticas sociales*. Extraído desde: <http://www.inec.go.cr>.

Instituto Nacional de Estadística y Censos (2008). Resultados módulo sobre

victimización Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples. *Serie de Estudios Especiales N°4*. Costa Rica.

Kliksberg, B. (2007). *Mitos y realidades sobre la criminalidad en América Latina*. Guatemala: F&G Editores.

LaFree, G. (1999). Declining violent crime rates in the 1990s: predicting crime booms and busts. *Annual Review of Sociology*, No. 25.

----- (2008, abril 11). Tarjetas de crédito mantienen altos intereses. Extraído desde: http://www.nacion.com/ln_ee/2008/abril/11/economia.html

Latinobarómetro (2006, diciembre 9). *Informe Latinobarómetro*. Extraído desde: <http://www.latinobarometro.org>

Leal, D. (2007, setiembre 18). Bancos ofrecen préstamos en condiciones blandas. *La Nación*. Extraído desde: http://www.nacion.com/ln_ee/2007/septiembre/18/economia1243813.html.

Londoño, J, Gaviria, A y Guerrero, R (2000). *Asalto al desarrollo: Violencia en América Latina*. Washington, D.C.: BID.

Loría, M. (2000). *Costa Rica: Diagnóstico de armas de fuego*. Costa Rica: Fundación Arias para la Paz y el Desarrollo Humano.

Merton, R. (1957). *Social Theory and Social Structure*. EUA: Free Press.

Mideplan (2007, mayo 10). *Sistema de indicadores sobre desarrollo sostenible*. Extraído desde: <http://www.mideplan.go.cr/sides/social/09-08.htm/05/10/2007>

Minichiello, V. (1990). *In-depth Interviewing*. Sydney: Longman.

Molina, I. (2005). *Costarricense por dicha: identidad nacional y cambio cultural en Costa Rica durante los siglos XIX y XX*. Costa Rica: EUCR.

Organización Panamericana de la Salud (1999). Estudio Multicéntrico sobre actitudes y normas culturales frente a la violencia (Proyecto ACTIVA): metodología. *Revista Panamericana de Salud Pública*, No. 5.

Pérez Sáinz, JP y Mora Salas, M. (2007). *La persistencia de la miseria en Centroamérica: Una mirada desde la exclusión social*. Costa Rica: FLACSO-Fundación Carolina.

Poder Judicial (1980-2005). *Anuario de Estadísticas del Organismo de Investigación Judicial*. Costa Rica: Imprenta Judicial.

Portes, A. y Roberts, B. (2005). The Free-Market City: Latin American Urbanization in the Years of the Neoliberal Experiment. *Studies in Comparative International Development*, Vol.40(1).

Presidencia de la República (2003). *Plan Nacional de Seguridad Integral y Participación Ciudadana*. Costa Rica: Casa Presidencial.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2000). *Acceso a la justicia en Centroamérica y Panamá: población privada de libertad*. Costa Rica: PNUD.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2005). *Informe sobre Desarrollo Humano Nacional. El temor: (in)seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica*. Costa Rica: PNUD.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (1998). *IV Informe: Estado de la Nación*. Costa Rica: PNUD.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2006). *Resultados de la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana*. Costa Rica: PNUD.

Rand, M. y Rennison, C. (2002). True Crime Stories? Accounting for differences in our national crime indicators. En D. Cork, D y M. Cohen (Eds.), *Window on Washington*. Vol.15(1).

Sandoval, C. (1996). Mercado publicitario y ajuste estructural en Costa Rica. *Cuaderno de Ciencias Sociales*, No. 93. Costa Rica: FLACSO.

Seddon, T. (2006). Drugs, Crime and Social Exclusion. *British Journal of Criminology*, Vol. 46(4).

Trejos, J (2007). ¿A quién beneficia el gasto público social en Costa Rica? En V. Céspedes y R. Jiménez (Eds.): *Distribución del ingreso en Costa Rica, IV jornada anual*. Costa Rica: Academia de Centroamérica.

USAID (2006). *Central America and Mexico Gang Assessment*. (Documento electrónico).

Vega, M. (1998). Cambios generales en los patrones de consumo de los costarricenses, 1980-1997. *Serie Contribuciones*, No. 32. Costa Rica: IIS-UCR.

Versele, S. (1968). Las cifras doradas de la delincuencia. *Revista ILANUD*, No. 1, 19-26. San José, Costa Rica.

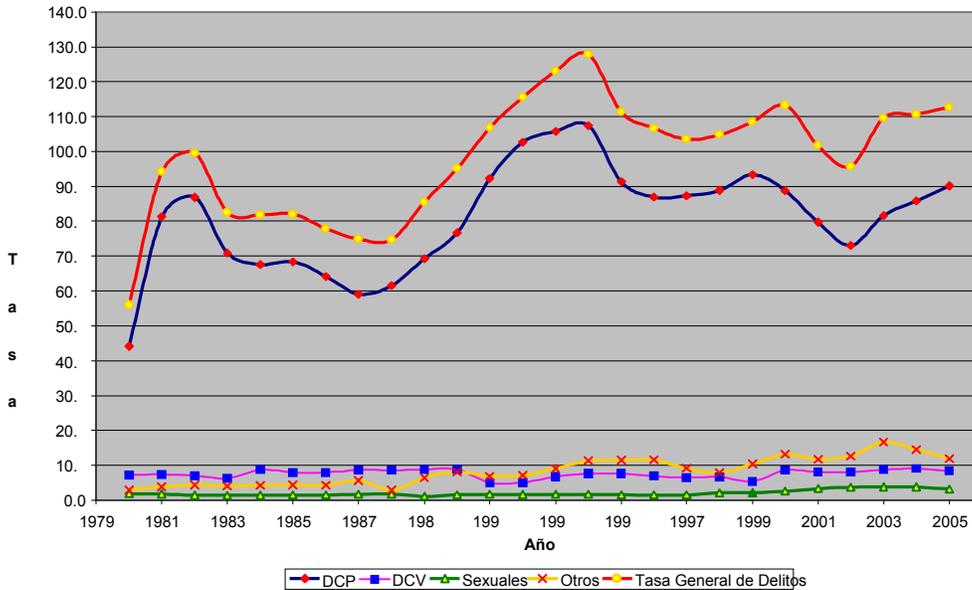
Wacquant, L. (2000). *Las cárceles de la miseria*. Argentina: Ediciones Manantial SRL.

Young, Y. (2000). Crime and Social Exclusion. En M. Maguire, R. Morgan, R y R. Reiner (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*. Reino Unido: Oxford University Press.

Young, Y. (2003). Merton with energy, Katz with structure: The sociology of vindictiveness and the criminology of transgression. *Theoretical Criminology*, Vol.7(3).

Anexo 1: Datos sobre el delito en Costa Rica.

1. Figura A1.1. Tasa de delitos por cada diez mil habitantes según categoría y año, 1980-2005.



Fuente: Elaboración propia con datos de los anuarios estadísticos del Organismo de Investigación Judicial.

Nota: “DCP”: Delitos contra la propiedad, “DCV”: Delitos contra la vida y “Sexuales”: Delitos sexuales.

2. Aclaraciones sobre los datos utilizados.

- Los datos se basan en la información contenida en los Anuarios de Estadísticas Policiales del Organismos de Investigación Judicial, producidos por el Departamento de Planificación del Poder Judicial de Costa Rica. En este sentido, el periodo analizado se delimitó a partir de la información disponible y las cifras incluyen las tentativas para cada uno de los delitos.

– Con frecuencia se afirma en la literatura criminológica que las estadísticas oficiales solo reflejan una parte de la criminalidad, debido a que existe un gran número de delitos que no se denuncian ante la policía (cifra oculta) y porque las infracciones que se ejecutan desde posiciones de poder se encuentran subrepresentadas mientras que aquellas que predominan entre los sectores menos favorecidos están sobrerrepresentadas, esto como efecto de la naturaleza clasista del sistema policial y judicial (Versele, 1968; Barlow, 1990). En ese sentido, si bien ambos elementos inciden sobre el registro de los delitos contra la propiedad, lo cierto es que la manera en que lo hacen no impide captar su dinámica, debido a las siguientes razones.

En primer lugar, porque en el caso de los delitos de orden patrimonial, la cifra oculta afecta sobre todo a las infracciones de menor cuantía como el hurto (Barlow, 1990; Rand y Rennison, 2002);³⁶² sin embargo, este representa, durante el periodo de estudio, el segundo delito contra la propiedad más denunciado ante el Organismo de Investigación Judicial (24,5%), lo que significa que pese a estar subrepresentado, se denuncia en un número importante de casos.

En contraste, el porcentaje de denuncia por delitos tales como el robo de vehículos tiende a ser bastante alto, ya que al incrementarse el valor de lo sustraído y la posibilidad de cobrar un seguro, aumenta la disposición a denunciar. Por ejemplo, el porcentaje de casos de robo de vehículo denunciado entre julio de 2007 y junio de 2008 fue de 72%. Algo similar ocurre con los robos a vivienda y los asaltos: los primeros fueron denunciados en un 23% de los casos y los segundos en un 22% de los casos ocurridos entre julio de 2007 y junio de 2008 (INEC, 2008, p. 18).

³⁶² En el conjunto de los delitos existentes, los que presentan una menor disposición a la denuncia, y por tanto donde la cifra oculta tiene un mayor efecto, son aquellos contra la integridad sexual (Barlow, 1990; Rand y Rennison, 2002).

Por todo lo anterior es posible afirmar que la cifra oculta es un factor que obstaculiza pero no impide el estudio y comprensión de la dinámica y tendencias de los delitos contra la propiedad.

En segundo lugar, los datos utilizados son denuncias interpuestas por las víctimas, lo que contribuye a minimizar el sesgo institucional que se presenta al trabajar con casos investigados de oficio por las autoridades. Esto no quiere decir, sin embargo, que las denuncias no estén mediadas por la construcción social del delito, pero más que una desventaja ello constituye una ventaja para el estudio que aquí se realiza, debido a que el mismo se enfoca justamente en los delitos que tienden a denunciarse y a perseguirse con más frecuencia.

3. Tasas por cada diez mil habitantes según tipo de delito.

Cuadro A1.1. Distribución absoluta y relativa de las denuncias ingresadas al OIJ según categoría, 1980-2005.

Año	Tipo de delito														
	Contra la propiedad			Contra la vida			Sexuales			Otros delitos			Total delitos		
	Abts	%	Tasa*	Abts	%	Tasa	Abts	%	Tasa	Abts	%	Tasa	Abts	Tasa	
1980	10.161	78,8	44,1	1.654	12,8	7,2	416	3,2	1,8	656	5,1	2,8	12.887	56,0	
1981	19.275	86,3	81,3	1.749	7,8	7,4	423	1,9	1,8	898	4,0	3,8	22.345	94,2	
1982	21.227	87,3	86,9	1.706	7,0	7,0	341	1,4	1,4	1.053	4,3	4,3	24.327	99,6	
1983	17.820	85,9	70,9	1.573	7,6	6,3	332	1,6	1,3	1.009	4,9	4,0	20.734	82,5	
1984	17.483	82,6	67,6	2.255	10,7	8,7	353	1,7	1,4	1.079	5,1	4,2	21.170	81,8	
1985	18.238	83,4	68,4	2.111	9,7	7,9	376	1,7	1,4	1.147	5,2	4,3	21.872	82,0	
1986	17.630	82,5	64,2	2.166	10,1	7,9	396	1,9	1,4	1.180	5,5	4,3	21.372	77,8	
1987	16.682	78,9	59,1	2.434	11,5	8,6	455	2,2	1,6	1.585	7,5	5,6	21.156	74,9	
1988	17.852	82,4	61,5	2.484	11,5	8,6	504	2,3	1,7	821	3,8	2,8	21.661	74,7	
1989	20.606	81,0	69,2	2.610	10,3	8,8	328	1,3	1,1	1.899	7,5	6,4	25.443	85,5	
1990	23.395	80,7	76,7	2.690	9,3	8,8	470	1,6	1,5	2.447	8,4	8,0	29.002	95,1	
1991	28.791	86,3	92,2	1.551	4,6	5,0	521	1,6	1,7	2.129	6,4	6,8	33.366	106,9	
1992	32.756	88,8	10,6	1.605	4,4	5,0	502	1,4	1,6	2.280	6,2	7,1	36.885	115,6	
1993	34.625	85,9	105,7	2.195	5,4	6,7	529	1,3	1,6	2.963	7,4	9,0	40.309	123,1	
1994	36.224	84,0	107,4	2.552	5,9	7,6	543	1,3	1,6	3.808	8,8	11,3	43.122	127,9	
1995	31.697	82,0	91,4	2.621	6,8	7,6	535	1,4	1,5	3.979	10,3	11,5	38.639	111,4	
1996	30.979	81,5	86,9	2.461	6,5	6,9	504	1,3	1,4	4.112	10,8	11,5	38.020	106,7	

1997	31.926	84,4	87,3	2.361	6,2	6,5	524	1,4	1,4	3.324	8,8	9,1	37.833	103,5
1998	33.293	84,8	88,9	2.478	6,3	6,6	768	2,0	2,0	2.927	7,5	7,8	39.276	104,8
1999	35.832	86,1	93,4	2.045	4,9	5,3	808	1,9	2,1	3.956	9,5	10,3	41.622	108,5
2000	34.830	78,3	88,7	3.384	7,6	8,6	1.029	2,3	2,6	5.148	11,6	13,1	44.478	113,3
2001	31.954	78,4	79,7	3.186	7,8	7,9	1.326	3,3	3,3	4.688	11,5	11,7	40.760	101,7
2002	29.873	76,3	73,0	3.283	8,4	8,0	1.503	3,8	3,7	5.151	13,2	12,6	39.168	95,8
2003	34.043	74,5	81,6	3.620	7,9	8,7	1.557	3,4	3,7	6.927	15,2	16,6	45.695	109,6
2004	36.441	77,5	85,8	3.836	8,2	9,0	1.580	3,4	3,7	6.168	13,1	14,5	47.036	110,7
2005	38.990	80,0	90,1	3.641	7,5	8,4	1.357	2,8	3,1	5.150	10,6	11,9	48.720	112,6
Promedio	27.024	81,5	80,9	2.471	7,5	7,5	692	2,1	2,0	2.942	8,9	8,3	32.958	98,3

Nota: *Tasa por cada diez mil habitantes.

Fuente: Elaboración propia con base en Anuarios Estadísticos del Organismo de Investigación Judicial, 1980-2005.

Cuadro A1.2. Distribución relativa y absoluta de las denuncias ingresadas al OIJ por delitos contra la propiedad según tipo, 1980-2005.

Año	Tipo de delito														
	RCFSC*			Hurto			RMT			RCVSP			Otros DCP		
	Abts	%	Tasa	Abts	%	Tasa	Abts	%	Tasa	Abts	%	Tasa	Abts	%	Tasa
1980	6.358	62,6	27,6	2.120	20,9	9,2	0	0,0	0,0	484	4,8	2,1	1.199	11,8	5,2
1981	11.396	59,1	48,0	3.798	19,7	16,0	1.520	7,9	6,4	611	3,2	2,6	1.950	10,1	8,2
1982	11.172	52,6	45,7	4.390	20,7	18,0	964	4,5	3,9	815	3,8	3,3	3.886	18,3	15,9
1983	10.719	60,2	42,6	3.696	20,7	14,7	695	3,9	2,8	954	5,4	3,8	1.756	9,9	7,0

1984	10.686	61,1	41,3	3.717	21,3	14,4	777	4,4	3,0	922	5,3	3,6	1.381	7,9	5,3
1985	10.373	56,9	38,9	3.458	19,0	13,0	1.193	6,5	4,5	1.168	6,4	4,4	2.046	11,2	7,7
1986	9.854	55,9	35,9	3.366	19,1	12,3	1.397	7,9	5,1	1.135	6,4	4,1	1.878	10,7	6,8
1987	9.080	54,4	32,2	3.116	18,7	11,0	1.340	8,0	4,7	906	5,4	3,2	2.240	13,4	7,9
1988	9.723	54,5	33,5	3.311	18,5	11,4	1.323	7,4	4,6	1.139	6,4	3,9	2.356	13,2	8,1
1989	11.255	54,6	37,8	3.929	19,1	13,2	1.947	9,4	6,5	1.391	6,8	4,7	2.084	10,1	7,0
1990	12.032	51,4	39,4	4.257	18,2	14,0	2.616	11,2	8,6	1.829	7,8	6,0	2.661	11,4	8,7
1991	11.083	38,5	35,5	9.413	32,7	30,2	3.033	10,5	9,7	2.346	8,1	7,5	2.916	10,1	9,3
1992	11.668	35,6	36,6	10.934	33,4	34,3	3.627	11,1	11,4	2.811	8,6	8,8	3.716	11,3	11,6
1993	11.821	34,1	36,1	11.595	33,5	35,4	4.098	11,8	12,5	3.042	8,8	9,3	4.069	11,8	12,4
1994	12.704	35,1	37,7	11.147	30,8	33,1	4.847	13,4	14,4	3.363	9,3	10,0	4.163	11,5	12,3
1995	11.097	35,0	32,0	8.928	28,2	25,7	4.236	13,4	12,2	3.117	9,8	9,0	4.319	13,6	12,4
1996	11.029	35,6	30,9	8.199	26,5	23,0	4.142	13,4	11,6	3.647	11,8	10,2	3.962	12,8	11,1
1997	11.920	37,3	32,6	8.463	26,5	23,1	3.753	11,8	10,3	4.528	14,2	12,4	3.262	10,2	8,9
1998	12.492	37,5	33,3	9.883	29,7	26,4	3.783	11,4	10,1	4.055	12,2	10,8	3.080	9,3	8,2
1999	14.291	39,9	37,2	9.392	26,2	24,5	3.679	10,3	9,6	4.950	13,8	12,9	3.520	9,8	9,2
2000	13.416	38,5	34,2	8.355	24,0	21,3	4.161	11,9	10,6	5.007	14,4	12,8	3.891	11,2	9,9
2001	11.668	36,5	29,1	7.080	22,2	17,7	4.414	13,8	11,0	4.958	15,5	12,4	3.834	12,0	9,6
2002	11.060	37,0	27,0	6.548	21,9	16,0	4.403	14,7	10,8	4.024	13,5	9,8	3.838	12,8	9,4
2003	11.673	34,3	28,0	6.894	20,3	16,5	5.325	15,6	12,8	5.954	17,5	14,3	4.197	12,3	10,1
2004	13.173	36,1	31,0	7.850	21,5	18,5	4.774	13,1	11,2	6.675	18,3	15,7	3.969	10,9	9,3

2005	14.658	37,6	33,9	8.372	21,5	19,4	5.146	13,2	11,9	6.789	17,4	15,7	4.025	10,3	9,3
Promedio	11.400	42,2	35,3	6.624	24,5	19,7	2.969	11,0	8,5	2.947	10,9	8,2	3.085	11,4	9,3

*RCFSC= Robo con fuerza sobre las cosas, RMT= Robo de medio de transporte, RCVSP= Robo con violencia sobre las personas;

Otros DCP= Otros delitos contra la propiedad, Total DCP= Total delitos contra la propiedad.

Fuente: Elaboración propia con base en Anuarios Estadísticos del Organismo de Investigación Judicial, 1980-2005.

Anexo 2: Exclusión y bloqueo.

1. Exclusión y pobreza.

Antes de aclarar ciertos aspectos “técnicos” sobre los modelos de regresión logística, es importante recordar que su finalidad consiste en probar la hipótesis del bloqueo; es decir, que la exclusión, cuando asume su forma extrema, impide la movilidad social ascendente de los hogares que la padecen, por lo que se encuentran al margen de las oportunidades vitales que genera la sociedad. Esta perspectiva contrasta radicalmente con aquella que subyace a los enfoques sobre pobreza, los cuales asumen una visión estratificada de la sociedad (pobres-no pobres) en la que si bien hay grupos “mal integrados” (pobres extremos y relativos), estos pueden ascender socialmente, y lo que se requiere para alcanzar dicho objetivo es un diseño adecuado de política social que los ayude a desarrollar sus potencialidades: capital social, humano, capacidades, funcionamientos, etc.

Los enfoques de pobreza llegan a esta conclusión porque se abandonan el estudio de las causas estructurales del fenómeno: se la emancipa de la desigualdad social y se ubica su origen en variables activas como género, etnia, edad o educación, lo que significa, de acuerdo con esta perspectiva, que la superación de la pobreza descansa en decisiones tecnocráticas: identificación adecuada de los factores a potenciar y no en una modificación de las estructuras y relaciones de poder que garanticen un mínimo de bienestar material, social y cultural a todos los miembros de la comunidad; es decir, el disfrute de la ciudadanía social (Pérez Sáinz y Mora Salas, 2007, pp. 19-24).

2. Aclaraciones sobre los modelos de regresión

(i) Los modelos están territorialmente diferenciados: región central y resto del país, pues luego de varias pruebas se llegó a la conclusión de que no era pertinente construir un único modelo para todo el país, ya que los condicionantes

de la pobreza no son exactamente los mismos en la región central que en el resto del país. Tampoco se consideró oportuno, sin embargo, construir modelos para cada una de las regiones definidas por el Ministerio de Planificación y Política Económica, pues con excepción de la región central que corresponde al Valle Central (territorialidad de la modernización por excelencia), no se considera que las otras regiones sean territorialidades históricamente constituidas, sino que más bien responden a divisiones tecnocráticas para el diseño de políticas de planificación.

(ii) Las variables seleccionadas para realizar el ejercicio son las que comúnmente se utilizan en los modelos multivariados sobre el estudio de la pobreza. Las *socio-demográficas* incluyen: tasa de participación laboral, número de menores de 12 años, número de mayores de 65 años, jefatura femenina, promedio de escolaridad de los padres, tipo de educación (variable categórica que expresa si en el hogar hay al menos un/a joven, de siete a diecisiete años, en alguna de las siguientes situaciones en términos de asistencia escolar: no asiste a ninguna institución escolar –categoría de referencia–, asiste a institución pública, asiste a institución privada, y no aplica porque en el hogar no hay jóvenes de esas edades.

Variables territoriales. Si bien los modelos están diferenciados en dos regiones, “central” y “resto del país”, lo cierto es que en este último caso se consideró el hecho de que el hogar se localizara en la región Chorotega o Brunca, debido a que estas dos regiones son las de mayor incidencia de la pobreza.

Variables laborales. La dimensión laboral se considera de tres formas distintas: su importancia para la reproducción del hogar, analizada a través de la *tasa de participación laboral*; la calidad del empleo que se recupera con la variable

inserción laboral del hogar y aspectos descriptivos del empleo, entre los que se tomó en cuenta la categoría ocupacional, la rama de actividad y el tamaño del establecimiento. En concreto, los modelos contienen el número de persona ocupados por hogar en cada una de estas categorías. La variable *categoría ocupacional* tomó en cuenta las categorías: empleos públicos, privados, domésticos, por cuenta propia y no remunerados.

La variable *rama de actividad*, a un dígito de desagregación, incluyó agricultura, industria, comercio, servicios y “otras actividades” (esta última incluye el conjunto de ramas que tienen poca capacidad para generar empleo como canteras y minas). La variable *tamaño de establecimiento* incluyó las categorías: unipersonal, microempresa (2 a 4 empleados), empresa pequeña (5 a 9), empresa mediana (10 a 19 empleados), empresa grande (20 y más empleados) y tamaño ignorado; también se incluyeron los desempleados y los hogares sin población económicamente activa.

(iii) El cálculo de la probabilidad de superación de la pobreza se obtiene al despejar p del logaritmo natural del momio Z . El primer paso consiste en eliminar el logaritmo natural, para ello se eleva la base del logaritmo ($e=2,71828$) a la z y luego se despeja p :

(i) Se eleva e a la z :

$$e^z = \frac{p}{1-p}$$

(ii) Y se despeja p :

$$\begin{aligned} e^z(1-p) &= p \\ e^z - e^z p &= p \end{aligned}$$

$$\begin{aligned}e^z &= p + e^z p \\e^z &= p(1 + e^z) \\P &= \frac{e^z}{1 + e^z}\end{aligned}$$

(iii) z se obtiene al multiplicar el valor de cada variable explicativa por su correspondiente valor beta (β) y sumar esos productos a la constante del modelo.

3. Aclaraciones sobre el ejercicio de simulación

Para asignar el peso de las variables de los hogares no pobres se construyó un caso estadístico que recuperara la moda de las variables no métricas, el promedio de las variables métricas, y la moda de la categoría numérica más importante de las variables categóricas. Sin embargo, para el cálculo no se consideran todos los hogares no pobres sino solo la mitad de estos: el conjunto de hogares no pobres cuyo ingreso per-cápita es igual o inferior a la mediana, pues de asignar las medias se tendrían problemas de dispersión y promedios altos que llevarían a probabilidades altas. Asimismo, de utilizar las medianas se tendría el efecto contrario: probabilidades bajas.

Anexo 3: Las entrevistas

Los presidios seleccionados para realizar las entrevistas fueron el Centro de Atención Institucional La Reforma y Adulto Joven. El primer caso se escogió no solo porque alberga casi el 40% del total de los privados de libertad por delitos hacia el patrimonio, sino también porque ahí se encuentran infractores de todo el país. El segundo caso se tomó porque al analizar la edad de las personas con sentencia en firme por delitos contra la propiedad, se observó que en términos porcentuales es en el segmento de dieciocho a veinticinco años donde tales delitos se presentan con mayor frecuencia: 57% del total de las condenas para este grupo de edad (Calderón, 2008b, p. 220).

En segundo lugar, se decidió no entrevistar mujeres debido a que la población femenina privada de libertad constituía en 2004, momento en que se define el procedimiento de investigación, únicamente el 7% de toda la población privada de libertad en el nivel institucional y la mayoría de este porcentaje (60%), corresponde a casos por infracción a la ley de sicotrópicos, sobre todo por aquellos que se dan cuando estas mujeres intentan introducir droga a algún centro penal para proveer a sus compañeros sentimentales o familiares cercanos con tales sustancias. Además, solo un 15,5% de ellas (68 de un total de 454) se encuentran sentenciadas por delitos contra la propiedad y la mayoría de los casos no corresponde a las categorías de interés: hurto, robo con fuerza sobre las cosas y robo con violencia sobre las personas (Calderón, 2008b, p. 220).³⁶³

Una vez delimitado el universo de estudio (hombres reclusos en los Centro de Atención Institucional La Reforma y Adulto Joven por los delitos de robo con fuerza sobre las cosas, hurto, robo con violencia sobre las personas y robo de

³⁶³ El hecho de que el delito siga siendo un fenómeno predominantemente masculino, obliga a reflexionar sobre las estrategias diferenciadas por género para escapar a la exclusión, entre ellas podría ser interesante el estudio de las nuevas formas de explotación sexual del que son víctimas las mujeres.

medio de transporte), la selección de los casos se realizó tratando de captar, hasta donde fue posible, toda la diversidad que registra esta población: origen (rural-urbano), tipo y modalidad del delito, experiencia con el sistema penitenciario (primario-reincidente) y edad. El interés por entrevistar personas con diferentes características responde a la necesidad de identificar casos negativos que contradigan la hipótesis de trabajo, pues esta es la única manera de alcanzar el punto de saturación; es decir, el momento a partir del cual la información comienza a repetirse y se puede estar seguro de haber identificado fenómenos que no salen ni de la imaginación del investigador ni de la del interlocutor mitómano: ahí está lo social expresado en los actores que lo encarnan (Minichiello; 1990, p.162; Berteaux, 1993. p.143).

En este sentido es importante aclarar algunos aspectos. Primero, si bien se incluyeron entrevistados de diferentes grupos de edad, la mayoría responde al segmento ubicado entre dieciocho y veinticinco, pues es en este grupo donde los delitos contra la propiedad son más frecuentes, tal y como ya se dijo. Segundo, debido a que la “ley del silencio” en el caso de robo de vehículos es infranqueable, no fue posible entrevistar privados de libertad por estos delitos. Sin embargo, luego de realizar varias entrevistas a reclusos e informantes claves y revisar múltiples expedientes, se llegó a la conclusión de sustituir este grupo por el de venta de droga, ya que éstos tienen características similares no solo en cuanto al perfil sociodemográfico sino también en términos de expectativas y valoración del delito, lo que refuerza la idea de que el esquema es útil para entender formas de trasgresión que desbordan el ámbito patrimonial.

Tercero, previo a la realización de las entrevistas se determinó, para el caso del Centro de Atención Institucional La Reforma, los ámbitos más propicios para llevar a cabo el trabajo, y aquí uno de los criterios fundamentales radicó en la protección a la integridad física del investigador y la posible disposición de los

reclusos a participar en las entrevistas. Luego de varias reuniones y entrevistas con las autoridades del centro y el personal técnico (sicología, trabajo social y orientación), se escogió el ámbito de mínima seguridad. Y una vez realizada la selección, se estudiaron los expedientes de todos los posibles entrevistados (90); es decir, de personas que estuvieran descontando penas por delitos contra la propiedad o bien tráfico de drogas, universo que se redujo a 40 después de descartar a aquellos cuya sentencia finalizaría durante la realización del trabajo de campo, a los que reportaban conductas agresivas y a los que expresaron su desinterés en participar de la entrevista. A esos expedientes se suman los 25 revisados en Adulto Joven.

Cuarto, se realizó un total de veinte entrevistas; sin embargo, cuatro de ellas quedaron inconclusas, debido a indisposición de los privados de libertad para continuarlas, pues si bien era una estrategia arriesgada, se decidió llevarlas a cabo en varias sesiones, debido a su extensión. En promedio cada una dura dos horas y treinta minutos –tiempo efectivo de grabación–. Y, el trabajo se detuvo en el momento que se consideró que se había llegado al punto donde la información comenzaba a repetirse (punto de saturación). Esta es la razón que explica el número de entrevistas, las cuales no responden a criterios de representatividad estadística.

Cuadro A3.1. Características sociológicas de los transgresores globalizados.

Nombre	Edad	Educa*	Empleos	Edad 1er trabajo	Ocupación del padre	Ocupación de madre	Delitos+	Adicción	Trayectoria carcelaria	Reside	Familia de origen
AL	22	PI	Repartidor Soldador	9 años	Repartidor	Ama de casa	Asaltos AF a persona y comercio Venta de droga Robos a vivienda	Crack Cocaína	Reincidente	Desampa	Nuclear y 2 hermanos
ED	25	PC	Dependiente Repartidor Empacador	15 años	Taxista	Ama de Casa	Asaltos AF a persona Venta droga Homicidio por robo	Marihuana	1a sentencia y 1er ingreso	Limón	Padre y 1 hermano
FH	18	PC	Dependiente Mensajero	14 años	NA**	Periodista	Asaltos AF a persona y comercio	Crack Cocaína	Reincidente	Guadalupe	Madre y 1 Hermano
JA	21	PI	Carpintero Peón de construcción	13 años	Peón de construcción	Empleada doméstica	Asaltos CR Homicidio por robo	Marihuana	1a sentencia y 1er ingreso	Limón	Madre y 1 hermano
JO	20	PI	Pescador Peón agrícola	11 años	Albañil	Ama de casa	Asaltos AB personas y comercio y asalto CR Robos de droga Homicidio por robo	Cocaína Alcohol	Reincidente	Limón	Nuclear y 2 hermanos
MC	18	PI	Empacador Vendedor ambulante	9 años	Chancero	Ama de casa	Asaltos AB a persona y comercio	Crack Marihuana	1a sentencia 3 ingresos	Alajuela	Padre y 4 hermanos

MN	24	PC	Pintor	12 años	Soldador	Ama de casa	Asaltos AF a comercio	Cocaína	1a sentencia	Desampa	Madre y 4
			Dependiente						1er ingreso		hermanos
MU	19	SE	Cuidacarros	5 años	Vigilante	Prostituta	Asaltos AB a persona	Crack	Reincidente	Pavas	Madre y 5
							Asalto CR	Cocaína			hermanos
							Venta droga	Marihuana			
							Homicidio por robo	Alcohol			
RC	21	SI	Polaco	13 años	Ebanista	Operaria	Asaltos a CR y a	Sin	Reincidente	Cartago	Madre y 1
			Empacador			industrial	Comercio con AF	adicción			hermano
			Panadero				Venta de droga				
			Misceláneo				Lesiones por asalto				

*PI= Primaria incompleta, PC=Primaria completa, SI=Secundaria incompleta, SC=Secundaria completa, SE=Sin educación formal.

**NA=No tiene padre ni padrastro. +AF=Arma de Fuego, AB=Arma Blanca, CR=Camión Remecero.

Cuadro A3.2. Características sociológicas de los transgresores conservadores.

Nombre	Edad	Educa*	Empleos	Edad 1er trabajo	Ocupación Del padre	Ocupación De madre	Delitos+	Adicción	Trayectoria carcelaria	Reside	Familia de origen
JZ	40	SI	Vendedor	5 años	NA**	Costurera	Tachas de vehículo	Alcohol	Reincidente	Golfito	Madre y 2 hermanos
			Ambulante				Asaltos AB a personas	Cocaína			
			Ebanista				Hurtos				
			Tapicero								
LF	50	PI	Cargador	5 años	Agricultor	Ama de casa	Asaltos sin arma a personas	Marihuana	Reincidente	Germania	Nuclear 11 hermanos
			Cocinero								
			Lavacarros								
WC	35	PI	Taxista	5 años	Chapulinero	Ama de casa	Asaltos AF a personas	Sin adicción	Reincidente	Guápiles	Nuclear 12 hermanos
			Vendedor								
			Ambulante								
			Cargador								
			Operario								
			Salonero								

*PI= Primaria incompleta, PC=Primaria completa, SI=Secundaria incompleta, SC=Secundaria completa, SE=Sin educación formal.

**NA=No tiene padre ni padrastro. +AF=Arma de Fuego, AB=Arma Blanca, CR=Camión Remecero.

Cuadro A3.3. Características sociológicas de los transgresores por droga.

Nombre	Edad	Educa*	Empleos	Edad 1er trabajo	Ocupación del padre	Ocupación de madre	Delitos+	Adicción	Trayectoria carcelaria	Reside	Familia de origen
BF	45	PI	Limpiador zapatos	9 años	Peón agrícola	Ama de casa	Hurtos y asaltos sin arma a personas	Marihuana	Reincidente	Pérez Zeledón	Padre y 6 hermanos
EM	26	PI	Empacador Soldador	12 años	Peón agrícola	Ama de casa	Hurtos Robos a vivienda y locales comerciales	Crack Marihuana	Reincidente	Alajuela	Nuclear y 5 hermanos
JC	21	PI	Panadero	16 años	Taxista	Cocinera	Hurtos Asaltos AF comercio, personas y autobuses	Crack Marihuana Cocaína	Reincidente	Guadalupe	Nuclear y 4 hermanos
MA	20	SE	Peón agrícola	8 años	Peón agrícola	Ama de casa	Asaltos AB Personas	Crack	1a sentencia 1er ingreso	Guápiles	Nuclear y 2 hermanos

*PI= Primaria incompleta, PC=Primaria completa, SI=Secundaria incompleta, SC=Secundaria completa, SE=Sin educación formal.

+AF=Arma de Fuego, AB=Arma Blanca, CR=Camión Remecero

LAS MARAS E INSTITUCIONALIDAD POSTERIOR A LA GUERRA SALVADOREÑA

RICARDO SALAS

Profesor en la Facultad de Derecho

y en la Maestría Centroamericana de Ciencias Políticas,

Universidad de Costa Rica

Recibido el 7 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN: La Guerra Civil en El Salvador y los Acuerdos de Paz marcaron un punto decisivo, a partir del cual la forma de quehacer político de ese país cambió sustancialmente. Eso, sin embargo, no generó un cambio similar en las relaciones sociales que habían empujado a muchos sectores débiles a la violencia, ni tampoco mejoró la calidad o los niveles de adhesión de estos hacia la institucionalidad, la cual para aquellos sigue siendo ajena e incapaz de dar atención a sus necesidades vitales. Ese es uno de los marcos de referencia en los que debe ser analizada la violencia de pandillas juveniles, así como la proliferación de organizaciones que dan protección a sus miembros u ofrecen espacios de reconocimiento.

PALABRAS CLAVE: maras, pandillas, guerra civil, acuerdos de paz, delictividad violenta.

ABSTRACT: The Civilian War in El Salvador and the Peace Agreements marked an

important turning point. Henceforth, the way of making politics in that country changed substantially. That, nevertheless, did not generate a similar change in the social relations that pushed many weak sectors to violence, nor improved the quality either or the levels of adhesion of these towards the basic national institutions, which keep to be seen as incapable to meet their more pressing needs. That is one of the reference marks by means of the violence of youthful gangs must be analyzed, as well as the proliferation of many organizations involved in criminal activities, that give protection to their members or offer recognition spaces.

KEY WORDS. Maras, youthful gangs, Civilian War, Peace Agreements, violent criminality.

El propósito de las siguientes páginas es explorar la hipótesis de que las causas que llevaron a la guerra civil salvadoreña, persistieron después de la misma, agravándose con la pérdida de un horizonte político de posible mejora y la implementación de políticas económicas que desestructuraron muchas actividades laborales y relaciones familiares, las cuales ya de por sí habían sido seriamente dañadas durante el conflicto armado. En ese contexto, el fenómeno de las pandillas juveniles o *maras*, no están ajenas a ese devenir ni son un fenómeno meramente policial, como insiste en presentarlas, sino una continuación de la misma violencia de fondo, agravada por los factores ya mencionados.

Para empezar, es menester hacer una precisión conceptual. Las pandillas juveniles no son un fenómeno uniforme en Centroamérica, sino heterogéneo y cambiante, por lo que hablar de ellas sin hacer diferencia alguna, es simplista y riesgoso. Es preferible hacer referencia a una categorización de las mismas y a un espacio socio cultural determinado. A esos efectos, es preciso distinguir las pandillas “episódicas” (creadas para pasar el tiempo y sólo ocasionalmente delictivas), de las “celulares” (de pocos miembros o para cometer un acto criminal específico) y de las “corporativas” (constantes, estructuradas, con fines de lucro e integradas por adultos

jóvenes con historial delictivo y cuyas actividades rebasan un espacio físico restringido).³⁶⁴ Es en esta categoría en que encontramos “la mara”.³⁶⁵ Luego, el espacio socio-cultural es el de El Salvador posterior a la guerra civil, con un ámbito cronológico que va del inicio de las negociaciones de paz (1990) al ascenso de un gobierno del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (2009-2010).

En el caso específico que nos ocupa, es indispensable tener en cuenta que los procesos de enfrentamiento armado y la represión desarrollados antes de entablar las negociaciones de paz del año 90, respondieron a causas sociales de diversa índole, entre las que se destacan la exclusión de un reparto mínimo de bienes (culturales y materiales) para una gruesa parte de la población, denominada “violencia estructural”³⁶⁶; así como una institucionalidad débil (ejército, Iglesia, sistema educativo), claramente identificada con los intereses de los grupos dominantes, la cual una vez manifestado el conflicto, se mostró incapaz de dar protección a los más vulnerables o bien actuó abiertamente contra ellos.³⁶⁷

En el contexto de las negociaciones de paz, las partes contendientes, esto es los grupos aglutinados respectivamente alrededor del gobierno y del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional, fueron representados por sendas dirigencias, las cuales se otorgaron mutuo reconocimiento o legitimidad, acordando un cese de hostilidades y un reordenamiento institucional. Este, a pesar de recaer en aspectos primordiales de la

³⁶⁴ En cuanto al tema, se puede ahondar en *Informe sobre el Desarrollo Humano para América Central 2009-2010*. PNUD, San José, 2010, pág. 107.

³⁶⁵ Vale subrayar que esa clasificación de los grupos o pandillas juveniles delictivas, no es única ni pretende serlo. Así, por ejemplo, para el caso de Guatemala, se ha hecho la distinción entre “pandillas juveniles”, “proto-maras”, “maras”, “maras-clones” y “maras colegiales”. Al respecto, ver MERINO, Juan. “Las maras en Guatemala”, en CRUZ, José Miguel (ed.). *Maras y pandillas en Centroamérica*. UCA Editores, San Salvador, 2006, págs. 171-178.

³⁶⁶ A efectos de las páginas sucesivas, se aprovecha la categoría de “violencia estructural” retomada por Philippe Bourgois a partir de Galtung. En ese sentido, ha de entenderse como tal la “opresión político-económica crónica y desigualdad social enraizadas históricamente, que incluye desde acuerdos comerciales de explotación económica internacional, hasta condiciones de trabajo abusivas y altas tasas de mortalidad infantil”. BOURGOIS, Philippe. “Más allá de una pornografía de la violencia. Lecciones desde El Salvador”, en FEIXA (ed.). *Jóvenes sin tregua. Culturas y políticas de la violencia*. Anthropos, Barcelona, 2005, pág. 14.

³⁶⁷ FIGUEROA, Carlos. “Centroamérica: entre la crisis y la esperanza (1978-1990)”, en TORRES, Edelberto (ed.). *Historia General de Centroamérica*. Vol. 6. FLACSO, San José, 1993, pág. 5.

vida de aquellos grupos, no tocó sin embargo los factores medulares que habían llevado a los sectores desaventajados a su enfrentamiento al orden vigente. En otras palabras, no resolvió la exclusión social o violencia estructural, ni procuró generar una institucionalidad que para ser merecedora de credibilidad, contribuyera a resolver aquellos problemas o lograra la articulación política de quienes los sufrían. En vez de ello, se pasó a la creación de un discurso fundacionista, que invisibilizada aquellas causas de malestar y hablaba de una unidad nacional forjada por esos actores de la negociación.³⁶⁸

En consecuencia, la visión del nuevo país que se imponía y trataba de lograr la adhesión o el consentimiento de la población, el cual permitiera superar el recurso a la fuerza o dominio físico, pasaba por una triple supresión/creación. Primeramente, dejando de lado las causas sociales motrices del conflicto y declarando un nuevo escenario, en el que las limitadas nuevas instituciones podían dar respuesta a los reclamos de toda la población, en especial de los sectores rurales más vulnerables.³⁶⁹ En segundo lugar, estableciendo que, al ser así, las vías institucionales eran las únicas válidas para canalizar dichos reclamos. Finalmente, que cualquier reclamo no canalizable por esas vías de institucionalidad, estaba fuera del orden de discusión y atentaba contra la paz y la unidad alcanzadas.³⁷⁰

En los años posteriores, como lo han constatado numerosos estudios, la vivencia política en El Salvador no se ve fundamentalmente modificada. Fuera que el FMLN se convirtiera en la principal fuerza de oposición a nivel nacional, o que conquistara cuotas dominantes en una serie de municipios, lo que destaca es que, ni en las negociaciones de paz, ni en el desempeño posterior de ese partido en los espacios institucionales creados a partir de aquellas, hubo un cambio esencial de las condiciones sociales que empujaron a la guerra.

³⁶⁸ SALAZAR, Sergio. *Unidad y consenso nacional como políticas de la memoria: la unción del concubinato entre el Estado de Derecho y el Estado de Sitio en El Salvador*. Artículo inédito incluido en la antología del curso *Violencia e Institución en Centroamérica*, de la Maestría en Antropología de la Universidad de Costa Rica, 2011, pág. 5.

³⁶⁹ SÁENZ, Ricardo. *Revolucionarios en tiempos de paz: rompimientos y recomposición en las izquierdas de Guatemala y El Salvador*. FLACSO, Guatemala, 2007, pág. 152.

³⁷⁰ Para SÁENZ, esas limitaciones han cedido lentamente, gracias a los sistemas democráticos de gobierno, *op. cit.*, pág. 198 .

Ese accionar, si bien le ha garantizado un capital electoral numérico constante y que ronda el 30 % de los votantes, explica que sus seguidores y simpatizantes se hayan modificado en su calidad, pues han tendido progresivamente a concentrarse en el medio urbano con un porcentaje dominante de obreros y clase media baja como simpatizantes. Es decir, tomando distancia de la población rural, que había sido su ámbito original, y que fueron los sectores más afectados tanto por la guerra como por las medidas económicas implementadas con posterioridad a los acuerdos de paz.³⁷¹

A lo anterior se suma, para mayor desazón de aquellos sectores las frecuentes divisiones internas y prácticas clientelares en el FMLN, que angostaron aun más las perspectivas de que esa formación fuera un vehículo efectivo de cambio³⁷². Antes bien, se convirtió en garante del “nuevo orden”, capitalizando para sí las reivindicaciones sociales validables y dejando fuera de cuestión las demás, entre las cuales obviamente se encontraban las coordenadas del reparto de la riqueza nacional.

El problema, como se ve, es que la nueva institucionalidad estaba ya de por sí limitada a resolver los problemas no estructurales, ya que estos, al haber sido suprimidos como causa del conflicto, quedaban fuera del ámbito de competencia o debate público. Antes bien, en la década de los 90 se presencié la liquidación del modelo agroexportador y la progresiva transnacionalización de la economía, con el desplazamiento consecuente de los sectores más débiles, muchos de los cuales debieron abandonar sus ocupaciones y zonas tradicionales, al punto de hablarse de una fragmentación social, tendencia a la individualización y de exportación de gentes.³⁷³

De manera que el cuadro que surge de esa combinación de factores, es el de que no sólo no se han resuelto las causas de insatisfacción de esas poblaciones marginadas (numéricamente considerables), sino que lo que se dijo ser una nueva institucionalidad, nació minusválida para dar respuesta a aquellas.³⁷⁴ Esto resultó ser

³⁷¹ Al respecto, ver ARTIGA-GONZÁLEZ, Álvaro. “El FMLN entre la oposición y el gobierno tras doce años de elecciones”, en *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*. Número 2, vol. III. FLACSO, San José, 2006, págs. 62 y 75.

³⁷² Ver ARTIGA-GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 78 y 80.

³⁷³ SÁENZ, *op. cit.*, págs. 163-164 y 169.

³⁷⁴ Ver al respecto, CRUZ, José Miguel. “Las maras en El Salvador”, en CRUZ, José Miguel (ed.). *op. cit.*, págs. 24-25.

especialmente sensible tratándose de grupos que habían sido victimizados por la institucionalidad anterior (que se pretendía superar) y a los cuales la nueva no daba respuestas. De ahí que la adhesión o credibilidad fundamentalmente quedara reservada para aquellos mecanismos institucionales que evitan la violencia política, mas no la de otros tipos. Aunque la violencia dejó de ser un elemento central en la práctica política, *“la matriz social de la violencia sigue estando presente”*.³⁷⁵

Eso precisamente explica la migración de la violencia del plano político al cotidiano. Es decir, la violencia estructural y la escasa legitimidad de las nuevas instituciones que ayuden a reducirla, se tradujo en una violencia mayor a nivel de los habitantes y su mundo vital primario o “violencia cotidiana”³⁷⁶. La violencia estructural que no es políticamente conducida, se vierte contra las personas en tanto individuos. En tales circunstancias, lo que no alcanza dimensión política, revierte hacia las personas o colectivos limitados, en tanto individuos aislados, o sea extraídos de un entramado de relaciones de poder de amplio espectro.³⁷⁷

Es en ese contexto que se inscribe el surgimiento de las pandillas denominadas “maras”, las que vienen a constituir un modo de vida alternativo para una serie de individuos que no encuentran espacio de desenvolvimiento o perspectivas de mejorar su situación personal, la cual se privilegia sobre el bienestar general,³⁷⁸ en vista del decaimiento de la opción política de cambio.

Según la literatura calificada, ese tipo de agrupaciones organizadas otorgan a esos sujetos los incentivos y seguridades que las instituciones ya no les proporcionan (si es que alguna vez lo hicieron). De manera que en ellas se encuentra la protección que los cuerpos de seguridad o los tribunales inveteradamente no proporcionaron; el afecto y la solidaridad que los núcleos familiares descompuestos por el desplazamiento

³⁷⁵ SÁENZ, *op.cit.*, pág. 124.

³⁷⁶ Nuevamente, es preciso remitirse al trabajo de Bourgois, quien a partir de la formulación de Scheper-Hughes, establece que la “*violencia cotidiana*” consiste en las “*prácticas y expresiones diarias de violencia a nivel micro-interaccional: ya sea interpersonal, doméstica o delincuencia*”, o sea centrada en la experiencia individual que normaliza las “*pequeñas brutalidades*”, el terror en la comunidad que aquellas generan, y el sentido común o *ethos* de la violencia nacidos a partir de los mismos. BOURGOIS, *op.cit.*, pág. 14.

³⁷⁷ BOURGOIS, *op.cit.*, pág. 17.

³⁷⁸ CRUZ, *op. cit.*, pág. 44.

de la guerra o por las medidas con alto impacto en la estructura socio-productiva; al igual que un mínimo de bienestar material que el mercado legal y el mundo laboral no les ofrece. Esas son las razones así llamadas “de seguridad”, “afectivas” y “utilitarias”, que no se excluyen entre sí y con frecuencia concurren, con el predominio de unas u otras, dependiendo de la situación.³⁷⁹

De ahí que, más que una forma “de pasar el tiempo o de defender el barrio”³⁸⁰, la pandilla se convierte en una forma de vida, absorbente y hasta con su propia infraestructura física.

Lo anterior explica que los factores de riesgo identificados por los criminólogos como susceptibles de llevar a alguien a integrarse a una pandilla, sean los que recogen aquellas tres carencias institucionales y ofrecen la “hospitalidad” de una organización de acogida. A saber, ser varón (aunque también hay mujeres en las pandillas), haber huido del hogar, haber abandonado la escuela y vivir en una zona donde operan esos grupos.³⁸¹

La situación se hace aun más grave a partir de las políticas de deportación de los Estados Unidos, que se incrementa sustancialmente en el 2002 y que tiene por población a quienes se hallen ilícitamente en aquel país y hayan sido detectados por los cuerpos de seguridad. De hecho, se estima que una cuarta parte de los deportados tienen antecedentes penales.³⁸² El número de esos inmigrantes hacia los Estados Unidos es de variable estimación, en virtud de su carácter clandestino, pero ya para la década del 90 se estimaba que iba de medio a un millón de salvadoreños³⁸³, mientras que para el año 2000, la Oficina del Censo de los Estados Unidos estimaba que el diez por ciento de los salvadoreños vivían en ese país,³⁸⁴ suma que alguna contabilidades

³⁷⁹ PNUD, *op. cit.*, pág. 107.

³⁸⁰ En ese sentido, ver CRUZ, *op. cit.*, pág. 38.

³⁸¹ PNUD, *op. cit.*, pág. 108.

³⁸² PNUD, *op. cit.*, pág. 109.

³⁸³ FIGUEROA, *op. cit.*, pág. 33.

³⁸⁴ SCHNELL, Charles. “Dinámica de las migraciones internacionales salvadoreñas”, en PNUD. *Una mirada al nuevo nosotros. El impacto de las Migraciones*. Informe de Desarrollo Humano. PNUD. San Salvador, 2005, pág. 37. Debo agradecer a Mario Zúñiga los datos provistos respecto a este tópico.

elevan a diecinueve por ciento. Sea como sea, pues es obvio que se trata de una cifra hartamente difícil de aproximar, como ya muchos estudiosos lo han destacado, se trata de una expulsión masiva de salvadoreños hacia aquel país del norte.³⁸⁵ En síntesis, personas en conflicto con el sistema penal y que justamente habían salido de su país en búsqueda de un futuro, pero que regresan al mismo con las cosas en estado semejante y una situación personal peor, la del fracaso, el estigma, el enfrentamiento con la ley y saberse con todavía menos opciones que antes.

Si bien es posible que la “transnacionalización” de esas organizaciones se haya exagerado por cuestiones retóricas, es incuestionable que se trata de grupos que mantienen vínculos que superan las fronteras, lo cual habla de una situación social “que sigue a las personas”, como son sus condiciones.

Con mayor número de incidentes y víctimas (incluso mortales) que durante el enfrentamiento armado³⁸⁶, veinte años después del inicio de las negociaciones de paz, hoy se hace tangible que la frustración ante un sistema que no ofrece alternativas de progreso, lleva a la disolución de sus reglas (anomia); fomenta el uso de formas alternativas de procurarse un reconocimiento y un bienestar; y, como adición natural, facilita el surgimiento de grupos que amparen las dos situaciones anteriores y, al mismo tiempo, inspiren un sentimiento de mutua comprensión y tutela entre sus integrantes.

No obstante, el problema fundamental que surge con este nuevo tipo de interdicción o recusación del sistema que se estima como “recién creado” a partir de las negociaciones de paz, es que revela los cimientos sociales inestables del mismo, evidenciando como falaz la presunción de que la nueva etapa era diferente a la anterior, sin sus carencias y con medios políticos idóneos para prevenir la repetición de los problemas que la caracterizaron. En otras palabras, la existencia de pandillas o grupos criminógenos, revela como una mera operación ideológica por parte de los actores principales de la negociación las tres supresiones/creaciones antes dichas. Esto, amén de poner en cuestión la legitimidad de dichos actores en la magnitud que estos se

³⁸⁵ Ver, ZÚÑIGA, Mario. *Pensar a las personas jóvenes: más allá de modelos o monstruos*. DEI, San José, 2010, pág. 104.

³⁸⁶ BOURGOIS, *op. cit.*, pág. 24.

autoconfieren, muestra que las contradicciones sociales que llevaron a la guerra civil no se han resuelto ni mucho menos, que la institucionalidad sigue siendo excluyente y, rompiendo la ilusión colectiva, que la unidad y concordia tan publicitadas como características de la nueva etapa, no son tales, sino que el espacio social sigue preñado de tensiones y contrastes a todo nivel.³⁸⁷

La reacción ante esos cuestionamientos del “nosotros”, no podría ser otra que la descalificación de los disidentes o elementos “patológicos” del nuevo orden, los cuales amén de ser excluidos como componentes del nuevo conjunto y despechados en sus motivos de malestar con el “espacio social aceptable”, son considerados enemigos de la unidad y la patria (ahora compartida).³⁸⁸ De modo que la estrategia de respuesta es la que cabe contra los entes patógenos: combatirlos, sin reparar en su génesis, porque cualquiera que esta sea, es ajena al nuevo cuerpo social.

Obviamente, tal estrategia facilita fortalecer la hegemonía ideológica para los grupos dominantes. Para empezar, exonera al “nuevo” orden social (ya se vio que el “anterior” fue exculpado mediante una actitud de olvido) del fenómeno de las pandillas. En segundo término, reúne adhesión alrededor de esos sectores dominantes y sus políticas, poniendo énfasis en el tópico de la delincuencia pandillera y apartándolo de los otros aspectos socialmente deficitarios del nuevo orden. Por último, posibilita la adopción de sistemas de control y represión más estrictos, con los que, de no sentirse amenazada, la población quizá no convendría.

Empero, esa postura política y las medidas represivas de “mano dura” y “súper mano dura” adoptadas, tuvieron por efecto no deseado que los grupos se volvieran más clandestinos, más violentos y más solidarios entre sí, lo que fortaleció su internacionalización. Además de ello, empujó a que se tomara contacto y entendimiento con otros grupos del crimen organizado (como podría ser el tráfico de drogas, armas o personas), generando entrecruzamientos que a la postre devienen en redes delictivas más amplias, virulentas y sofisticadas.³⁸⁹ Es más, como ya se ha destacado, la

³⁸⁷ Ver, SALAZAR, *op. cit.*, pág. 19.

³⁸⁸ Ver, SALAZAR, *op. cit.*, pág. 12.

³⁸⁹ CRUZ, *op. cit.*, pág. 19.

carcelización, lejos de reducir la exposición de esos sujetos a los factores de riesgo, ha servido para estrechar los contactos y vínculos entre los diferentes grupos pandilleros, o entre estos y otras manifestaciones del crimen organizado.³⁹⁰

En tanto es así, esos grupos se vuelven cada día más organizados, al punto de crear toda una red que ya no sólo abarca a otros pandilleros, sino a personas cercanas a ellos, como son sus familiares o comunidades, que por temor, afecto, protección o solidaridad, forman entramados de apoyo incluso logístico para los primeros, pero particularmente de comprenderlos (tal vez sin expresarlo en esos términos y con una buena cuota de ambivalencia) como los contestatarios a un orden de cosas que persiste en negar un mínimo vital digno a los sectores sociales de los que provienen.

Señalar esas vicisitudes no es ninguna novedad, pues son conocidas. Pero allí es donde está el éxito de su manejo ideológico, en que pese a ser visibles, hay que actuar como si no lo fueran, como si sus falsas premisas y erróneas conjeturas fueran ciertas, porque el precio de proceder en disonancia con ellas, se teme que pueda ser peor.

En fin, más allá del dolor y la animosidad que pueda generar cualquier delictividad violenta, incluso organizada, el problema particular que ponen las pandillas en El Salvador (y se podría agregar que en Guatemala), es que rompen una ilusión colectivizada en un futuro mejor, la cual se asienta sobre una base esencialmente voluntarista. Al igual que en el cuento medieval, cometen el pecado imperdonable de evidenciar que el rey está desnudo, que las cosas no han cambiado sustancialmente, por mucho que se insista en que sí y se persista en negar lo que está a ojos vista.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

³⁹⁰ PNUD, *op. cit.*, pág. 112.

ARTIGA-GONZÁLEZ, Álvaro. “El FMLN entre la oposición y el gobierno tras doce años de elecciones”, en *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*. Número 2, vol. III. FLACSO, San José, 2006.

BOURGOIS, Philippe. “Más allá de una pornografía de la violencia. Lecciones desde El Salvador”, en FEIXA (ed.). *Jóvenes sin tregua. Culturas y políticas de la violencia*. Anthropos, Barcelona, 2005.

CRUZ, José Miguel (ed.). *Maras y pandillas en Centroamérica*. UCA Editores, San Salvador, 2006.

FIGUEROA, Carlos. Centroamérica: entre la crisis y la esperanza (1978-1990), en TORRES, Edelberto (ed.). *Historia General de Centroamérica*. Vol. 6. FLACSO, San José, 1993.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). *Informe sobre el Desarrollo Humano para América Central 2009-2010*. PNUD, San José, 2010.

SÁENZ, Ricardo. *Revolucionarios en Tiempos de Paz: rompimiento y recomposición de las izquierdas de Guatemala y El Salvador*. FLACSO, Guatemala, 2007.

SALAZAR, Sergio. *Unidad y consenso nacional como políticas de la memoria: la unción del concubinato entre el Estado de Derecho y el Estado de Sitio en El Salvador*. Artículo inédito incluido en la antología del curso Violencia e Institución en Centroamérica, de la Maestría en Antropología de la Universidad de Costa Rica, 2011.

SCHNELL, Charles. “Dinámica de las migraciones internacionales salvadoreñas”, en PNUD. *Una mirada al nuevo nosotros. El impacto de las Migraciones*. Informe de Desarrollo Humano. PNUD, San Salvador, 2005.

ZÚÑIGA, Mario. *Pensar a las personas jóvenes: más allá de modelos o monstruos*. DEI, San José, 2010.

FUNDAMENTOS PSICOLÓGICO-EVOLUTIVOS Y NEUROCIENTÍFICOS
PARA EL TRATAMIENTO DIFERENCIADO DE LA RESPONSABILIDAD
[¡Y DE LA CULPABILIDAD!] PENAL DE LOS JÓVENES.

DR. GUSTAVO CHAN MORA

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales

Universidad de Costa Rica

“Y a decir verdad la igualdad es la misma para lo que y en lo que ella existe. Como se comportan las cosas, así se comportarán también los seres humanos. Si estos no son iguales, no se tendrán tampoco como iguales”

Aristóteles.

Recibido el 5 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. En el artículo se ofrecen algunos fundamentos empírico-científicos para sustentar el tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. Numerosas investigaciones de la psicología evolutiva, y los estudios más recientes de la neurociencia, muestran diferencias en las capacidades cognitivas, de juicio moral, en la cognición social y en el grado de desarrollo estructural y funcional del cerebro de adultos y jóvenes. Esos atributos son relevantes para la toma de decisiones y,

consecuentemente, para la realización de acciones delictivas. Verificada la existencia de esas diferencias relevantes, el principio jurídico constitucional de igualdad impone el tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. Para ello es necesario un concepto de culpabilidad penal que permita dicho trato diferenciado. La aplicación de un concepto adultocéntrico de culpabilidad a los jóvenes implica una violación del principio referido.

PALABRAS CLAVE. Capacidad cognitiva. Capacidad de juicio moral. Capacidad de cognición social. Desarrollo estructural y funcional del cerebro humano. Toma de decisiones. Comportamiento delictivo. Culpabilidad penal juvenil. Igualdad formal. Igualdad material. Principio de igualdad. Tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes.

ABSTRACT: The article provides some empirical scientific basis to support the different treatment of criminal responsibility for young people. Numerous studies of evolutionary psychology and recent studies in neuroscience show differences in cognitive, moral judgments in social cognition and the degree of structural and functional development of the brain of adults and youth. These attributes are relevant to decision-making and, consequently, to carry out criminal actions. Verified the existence of these significant differences, the legal and constitutional principle of equality imposes a differential treatment of criminal responsibility for young people. This requires a concept of criminal culpability which permits such differential treatment. The application of an adult-youth concept of culpability constitutes a violation of the principle referred to.

KEY WORDS: Cognitive ability, moral judgment, capacity of social cognition, structural and functional development of the human brain, decision-making, criminal behavior, juvenile criminal culpability, formal equality, material equality, principle of equality, differential treatment of criminal responsibility for young people.

INTRODUCCIÓN

En Costa Rica el actual momento jurídico-político se caracteriza por ser un período de sobresaltos, sobre todo en el ámbito jurídico-penal. Sí, de sobresaltos provocados por las numerosas y al parecer incontenibles **ocurrencias** del que puede denominarse como **neo-punitivismo-criollo-populista-costarricense**. Tal enfoque, de derecho penal máximo, no se cansa de recurrir a los fundamentos más primitivos para alimentar sus “criaturas” [“creaciones”] legislativas. Este tipo de fundamentación primitiva³⁹¹ se encuentra, por ejemplo, en el proyecto número 17615 de 16 de febrero de 2010, publicado en la Gaceta #149 del martes 3 de agosto de 2010, para la reforma del Código Penal. En dicho proyecto se lee: “*Artículo 17. Este Código se aplicará a las personas mayores de quince años cumplidos*”. Dicho de otra manera, **la reforma en mención pretende que los jóvenes, a partir de los 15 años de edad, sean juzgados y responsabilizados penalmente como adultos.**

Frente a este tipo de ocurrencias, conviene plantear algunas preguntas esenciales:

La responsabilidad penal de los adultos y de los jóvenes, ¿debe ser tratada de igual o de diferente manera? ¿Cuáles criterios habrá que considerar para decidir al respecto

Si para juzgar acerca de la responsabilidad penal de toda persona se debe utilizar, finalmente, el concepto de culpabilidad, por lo tanto ¿Debe emplearse el mismo concepto de culpabilidad para adultos y jóvenes o debe emplearse uno diferente? ¿Qué criterios tomar en cuenta para decidir al respecto?

Si entre jóvenes y adultos existiesen (¡como efectivamente existen!) diferencias relevantes para el análisis de la culpabilidad, entonces ¿sería discriminatorio, o sea, contrario al principio de igualdad, el uso del mismo concepto de culpabilidad para adultos y jóvenes?

³⁹¹ Véase nota número 72.

Las respuestas a estas preguntas pueden construirse desde tres grandes perspectivas:

(1.) UNA FUNDAMENTACIÓN EXCLUSIVA Y ARBITRARIAMENTE NORMATIVA

Una explicación de este tipo dirá, más o menos, lo siguiente: “Los límites y el trato diferenciado en cuanto a la responsabilidad penal existen, porque así lo establece la ley”. Se trata, en este caso, de un argumento exclusivamente legalista, tautológico (*Circulus in demonstrando*), es decir, basado en una petición de principio (*petitio principii*)³⁹². Esta respuesta, en realidad, nada dice sobre el fundamento de las distintas formas de responsabilidad penal referidas. Su vigencia y racionalidad están supeditadas a la vigencia formal de la ley que diferencia la responsabilidad penal juvenil de la responsabilidad penal de adultos. Basta que se derogue la ley que le da sustento, para que la base del argumento desaparezca.

La única manera de superar el atascadero lógico de una fundamentación exclusivamente legal, circular, es ofrecer alguna base teórica que informe o fundamente la decisión legislativa, o la formulación dogmática penal, mediante la cual se diferencia entre la responsabilidad penal juvenil y la responsabilidad penal de adultos. Algunos han creído encontrar este fundamento en la formulación de construcciones ontológico-jurídicas, normativas, abstractas³⁹³, a partir de las cuales,

³⁹² Una falacia que existe cuando la proposición que debe ser demostrada se incluye implícita o explícitamente entre las premisas que la componen, con lo cual se evade aquella demostración. Esto sucede si la decisión de tratar de manera diferenciada la responsabilidad penal de los jóvenes no se apoya en algún fundamento empírico.

³⁹³ Se trata, en palabras de Albert, de un “platonismo de las normas o las reglas” (*Regel oder Normen Platonismus*) que trabaja con abstracciones, dejando de lado cualquier confirmación o fundación empírica de las tesis propuestas. Al respecto: Albert H. *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993, p. 13 f.: „Según considero, este enfoque no ha resistido la crítica (...) Me limitaré aquí a esta advertencia, y parto de que todo „platonismo axiológico o normativo“ es inaceptable. Se podría advertir, que los enunciados normativos de tal Derecho solo serían consecuencias lógicas de las normas preexistentes y, por consiguiente, solamente serían derivables de esos enunciados normativos, cuya vigencia debería requerirse. Por ello se parte solamente del carácter correcto de las derivaciones lógicas, no de una interpretación cognitiva de las afirmaciones normativas. Así la tarea del Derecho consistiría

supuestamente, se pueden deducir todas las explicaciones de la realidad. Otros creen que para eso bastan las teorías de la vida cotidiana (“*Alltagstheorien*”).

(2.) UNA FUNDAMENTACIÓN BASADA EN “TEORÍAS DE LA VIDA COTIDIANA” (ALLTAGSTHEORIEN).

En este caso el argumento diría, por ejemplo, que se distinguen distintas formas de responsabilidad penal, de acuerdo a la edad, porque existe la percepción, esto es, porque se intuye, que los jóvenes y los adultos son diferentes. Así se dice, por ejemplo, que “*La experiencia muestra que jóvenes y adultos son diferentes*”. Se trata de explicaciones que no son el resultado de ninguna investigación o disciplina científica, y que consecuentemente, no son sometidas a ningún control científico. La explicación se construye en este caso de manera intuitiva. Se le afirma como “verdadera”, pero nunca se indica con base en cuales fundamentos (verificables) se debe aceptar dicho enunciado, y no su negación³⁹⁴.

Las anteriores, en realidad, son dos grandes maneras en que se realiza todo el trabajo jurídico. Están presentes también en los ámbitos de la producción de las leyes, de la aplicación del derecho, y de la formulación de conceptos que hace la dogmática jurídico-penal. Las maneras de fundamentación que se han mencionado, tienen como característica común que no tienen ninguna capacidad de verdad (*Wahrheitsfähigkeit*. H. Albert). Esto significa, que las premisas en que los anteriores enfoques basan la distinción de la responsabilidad penal y penal juvenil, o bien no han sido sometidas nunca a un proceso de verificación o falsación científica, o, finalmente, no son ni verificables, ni falseables.

(3.) UN FUNDAMENTO APOYADO EN ALGUNA BASE TEÓRICA EMPÍRICAMENTE VERIFICABLE.

únicamente en elaborar derivaciones lógicas, lo que sería apenas aceptable. No se puede seguir hablando solamente de hermenéutica.”

³⁹⁴ Al respecto: Opp, K.D., *Soziologie im Recht*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1973, p. 23 sgtes., p. 85 sgtes.

Quien no se conforme con las anteriores formas de fundamentación debería requerir, además, que **se exponga explícitamente la base teórica en la cual se apoya el trato diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. Esto permitirá, además, que dicha base teórica sea sometida a cierto control empírico-científico.** Para este enfoque la respuesta dirá, por ejemplo, que legalmente se fija un tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal, porque se ha demostrado empíricamente, que entre adultos y jóvenes existen diferencias en ciertas capacidades o en ciertos atributos considerados relevantes para la responsabilidad o para la culpabilidad penal. Esta última explicación se preocupa por brindar algún sustento empírico-científico, para fundamentar la existencia de formas de responsabilidad penal distintas para los jóvenes y para los adultos.

En sistemas jurídico-penales como el costarricense y el alemán, la atribución de responsabilidad penal de los adultos o de los jóvenes autores de un injusto penal, requiere necesariamente de un análisis de culpabilidad en sentido estricto³⁹⁵. De modo que una reflexión sobre el fundamento de una responsabilidad penal juvenil diferenciada de la responsabilidad penal de los adultos, necesariamente debería

³⁹⁵ Acá se hace referencia a la necesidad de fundamentar un concepto penal juvenil de culpabilidad para la fundamentación de la pena (jugendstrafrechtlicher Strafbegründungsschuldbegriff), es decir, de la culpabilidad como tercer componente del concepto de delito. Se remite a los conceptos de culpabilidad como idea o como principio, y a los conceptos de culpabilidad como fundamento y como medición de la pena. Sobre el principio de culpabilidad y los conceptos de culpabilidad para la fundamentación de la pena y para la medición de la pena (Strafzumessungsschuldbegriff), puede verse: Achenbach, H. Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin, Schweitzer Verlag, 1974, S. 2 ff.; Roxin, C. Strafrecht AT. Band I, München, C.H. Beck Verlag, §19, Rn.1, Rn. 54; Schönke-Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar, München, C.H. Beck Verlag, 27. Auflage, Vorbem. §§13, Rn 103/104/111; Läckner-Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar, München, C.H. Beck Verlag, 26. Auflage, Vor §13, Rn 22; Jescheck-Weigend. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Duncker & Humblot, 5. Auflage, p. 23 sgtes.; Jescheck, H.H. Wandlungen des Strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, In: Juristische Blätter, 1998, pp. 609 sgtes.; Wessels-Beulke. Strafrecht Allgemeiner Teil. C.F. Müller Verlag, 38 Aufl, p.138, Rn.396.; Schünemman, B. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld, In: Dölling, D. (Hrsg.) Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 537-559.

ocuparse del fundamento para un concepto específico, diferenciado, de culpabilidad penal juvenil. Quiere decir entonces, que, para fundamentar un concepto penal juvenil de culpabilidad, también se pueden utilizar (1.) criterios exclusivamente normativos abstractos, (2.) teorías de la vida cotidiana, o (3.) se puede recurrir a cierta base científica empírica.

En el enfoque que acá se sostiene, se parte de que para la fundamentación del tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes y de un concepto penal juvenil de culpabilidad es más seguro^{396/397} utilizar una base teórico-empírica. Es claro, sin embargo, que en la práctica, los juristas rara vez emplean este tipo de fundamento³⁹⁸.

Parto por lo tanto de la siguiente afirmación tajante: **la responsabilidad penal de los jóvenes debe tener un tratamiento legal distinto al de la responsabilidad penal de los adultos.** Para sustentar esta posición, en contra de lo que usualmente se hace en el derecho penal juvenil, no voy a recurrir a criterios exclusivamente normativos, esto

³⁹⁶ Como indica Blankenburg, E. Die Gewinnung von Theorien und ihre Überprüfung –zwei Methodologien? In: Blankenburg, E. (Hrsg.) Empirische Rechtsziologie. München, Piper Verlag, 1975, p. 15: Desde el punto de vista lógico las fuentes de error (Fehlerquellen) en la recolección de datos que realiza el conocimiento de la experiencia (Erfahrungswissen), son idénticas a las del conocimiento científico. Sin embargo, el conocimiento científico, es más “seguro” que el conocimiento de la vida cotidiana y de la experiencia por estar estructurado metodológicamente, por cumplir un “protocolo”.

³⁹⁷ No obstante, para la fundamentación de los límites de la responsabilidad penal juvenil y para la fundamentación de la culpabilidad penal juvenil, usualmente se utilizan en la práctica razones políticas, económicas, sociales, fundamentos exclusivamente dogmático-normativos, intuitivos o incluso ocurrencias sin fundamento alguno. Así sucedió, por ejemplo, en el caso de Costa Rica donde para la fijación de 12 años de edad como límite mínimo de la responsabilidad penal juvenil no se utilizó ningún criterio científico, y al parecer únicamente privó la ocurrencia de que a esa edad normalmente finaliza la educación primaria costarricense.

³⁹⁸ Como indica claramente Opp: “Hasta ahora los científicos sociales apenas se han ocupado de analizar las teorías aplicadas por los jueces, la mayoría de las veces de manera implícita, y de somerlas a crítica. Tampoco los juristas se han interesado al respecto. *El motivo se debe probablemente a que los juristas no han cobrado conciencia, en que gran medida aplican teorías absolutamente no demostradas.*” Opp, K. D., Ebd., 1973, p. 122 (La cursiva es del original). Traducción libre del alemán realizada por el autor.

significa que, al menos de entrada, no voy a apoyar mi posición en el manido argumento de que la convención de derechos del niño obliga a un tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los menores de 18 años. **No**, más bien voy a proceder de manera inversa: basándome en los resultados obtenidos en las investigaciones de la psicología evolutiva y de la neurociencia, voy a destacar algunas diferencias fundamentales que existen entre jóvenes y adultos y que, según considero, son relevantes para fundamentar el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal juvenil.

Una vez expuestos esos datos, voy a hacer una valoración jurídico-constitucional, desde el principio de igualdad, de esos resultados. Dicho de otra manera, la valoración jurídico-constitucional de datos reales, aportados por diversas disciplinas científicas, me permitirá sustentar mi posición, favorable a un tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes, y radicalmente contrapuesta a la otra que se ha descrito. De modo que, 5 son los puntos que voy a desarrollar con este artículo:

1. Desde el enfoque clásico de la psicología del desarrollo, voy a hacer referencia a las diferencias cognitivas que existen entre adultos y jóvenes.
2. Desde la teoría del desarrollo moral de Lawrence Kohlberg voy a referirme a las diferencias que existen en la capacidad de juicio moral de adultos y jóvenes.
3. Desde un enfoque psico-social reciente (Steinberg y Caufmann) voy a hacer mención a las diferencias en la cognición social que existen entre adultos y jóvenes.
4. Desde la más novedosa investigación neurocientífica voy a destacar ciertas diferencias que existen en la estructura y el funcionamiento del cerebro de los adultos y

de los jóvenes.

5. Finalmente, voy a valorar todos esos datos desde el principio constitucional de igualdad, para sustentar mi posición de que la responsabilidad y la culpabilidad penal de los jóvenes debe ser tratada de distinta manera a la de los adultos.

1. DIFERENCIAS COGNITIVAS ENTRE ADULTOS Y JÓVENES

Dos de las tesis más importantes dentro del enfoque psicológico-evolutivo clásico son las siguientes:

(1.) **El proceso de desarrollo psicológico transcurre por etapas.** Los cambios psicológicos más importantes normalmente acontecen a determinadas edades. Mediante esos cambios se avanza permanentemente hacia etapas más complejas³⁹⁹.

(2.) **El proceso de desarrollo psicológico por etapas es de carácter universal.** En contextos de desarrollo normales los cambios psicológicos transcurren más o menos de la misma manera para todos los seres humanos⁴⁰⁰.

Desde un punto de vista cognitivo para poder tomar una decisión de acción, por ejemplo para tomar la decisión de cometer un delito, es esencial que el sujeto haya alcanzado una etapa de razonamiento lógico formal o abstracto. La capacidad de relacionar distintas variables abstractas en el pensamiento, le sirve al sujeto para la explicación de relaciones naturales de causa efecto, le resulta útil para realizar definiciones conceptuales y además le sirve para la reflexión sobre derechos y

³⁹⁹ Para todo: Montada, L. *Entwicklungspsychologie* in: Oerter R. y Montada L. (Hrsg.), *Entwicklungspsychologie*, 3. Auflage, München/Trier, 1995, p.1.

⁴⁰⁰ Montada, Ebd., p.1.

obligaciones⁴⁰¹. Un desarrollo insuficiente de la capacidad de abstracción conlleva una menor capacidad cognitiva para la toma de decisiones⁴⁰². Esta capacidad es un requisito necesario para la comprensión de cualquier tipo de prohibición jurídico-penal.

La consecución de una etapa de razonamiento lógico-formal o abstracto es un requisito mínimo-necesario para comprender y actuar **respecto de cualquier injusto penal, de cualquier delito**. Esto es relevante para sustentar una diferenciación entre la responsabilidad penal de los adultos y los jóvenes ya que, usualmente y hasta ciertas edades, la capacidad cognitiva de los jóvenes es distinta a la de los adultos. En la psicología evolutiva clásica se realiza una vinculación entre la edad y grado de desarrollo de las capacidades psíquicas. Dicho de otra manera, lo que ha hecho la psicología del desarrollo es verificar, mediante observación empírica, que, usualmente, o sea con un margen **de probabilidad estadístico**, a determinadas edades se adquieren y se desarrollan ciertas capacidades psíquicas.

En el fondo lo que hace, por ejemplo, el enfoque del desarrollo cognitivo de Piaget y el enfoque del desarrollo moral de Kohlberg es proponer ciertos criterios mediante los cuales, por un lado, se pueden diferenciar distintas etapas en el desarrollo de las capacidades psíquicas de los jóvenes y, por otro lado, se pueden distinguir esas capacidades de las que usualmente posee un adulto. Pero (y este “pero” es de esencial importancia) entre la edad cronológica y el grado de desarrollo psíquico (cognitivo o moral, por ejemplo) de un joven, no existe un vínculo de implicación. Como indica Masche, es posible afirmar que en el período de la juventud a mayor edad son particularmente más frecuentes determinados estadios o niveles de desarrollo

⁴⁰¹ Así, Montada L., *Die geistige Entwicklung aus der Sicht Jean Piagets*, in: Oerter R./ Montada L. (Hrsg.), Ebd. 1995, p.541.

⁴⁰² Así, Cauffman, E./ Steinberg, L. *(Im)maturity of judgement in adolescence: Why adolescents may be less culpable than adults*. Behavioral Science and the Law, 18, 2000, p. 744.

psicológico, sin embargo, esto está muy lejos de una exclusividad de estados en determinadas fases de la vida ⁴⁰³.

La capacidad de abstracción muestra mejoras graduales a partir de los 12 años de edad, hasta llegar a una edad, ubicada por la investigación psicológica empírica, aproximadamente hacia el final de los 16 años, momento a partir del cual, normalmente, la curva de desarrollo cognitivo se vuelve asintomática^{404/405}, es decir, que no muestra mayores modificaciones o evolución ulterior. A partir de ese momento, no se encuentra ninguna diferencia entre el grado de **desarrollo cognitivo** de un joven y el de un adulto. Por lo tanto, desde el punto de vista cognitivo:

1.- Antes de los 12 años de edad es mucho menos probable que alguien alcance una capacidad de juicio abstracto.

2.- Normalmente a partir de los 12 años de vida, y conforme avanza la edad, es más probable que alguien alcance la capacidad de razonamiento abstracto.

3.- La capacidad cognitiva de los jóvenes, usualmente, se diferencia de la los adultos, por lo menos hasta que finalizan los 16 años de edad⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Masche, J. Entwicklungspsychologische Überlegungen zu wesentlichen Stationen und Kompetenzen während des Jugendalters. DVJJ-Journal: Zeitschrift für Sozialisationsforschung und Erziehungssoziologie, 1, Nr. 163, 1999, pp. 30-36.

⁴⁰⁴ Steinberg, L./ Cauffman, E. *Maturity of Judgement in Adolescence: Psychosocial Factors in Adolescence Decision Making*, en: *Law and Human Behavior*, Vol.20., Nm. 3, 1996, p. 263.

⁴⁰⁵ Steinberg/Cauffman, Ebd. 1996, S. 250; Masche, Ebd. 1999, S.31; Montada. *Die geistige Entwicklung (...)* Ebd. 1995, p. 540.

⁴⁰⁶ Como ya se indicó, se trata de tendencias de desarrollo basadas en criterios de probabilidad y normalidad estadísticos. No existe una relación de implicación entre edad y grado de desarrollo, que permita afirmar que “**siempre**” que se tenga una edad determinada, se tendrá un desarrollo cognitivo específico correspondiente. Los criterios de normalidad y probabilidad subyacentes, no excluyen entonces, la posibilidad de que, por ejemplo, una persona de 20 años no haya alcanzado aún una capacidad de razonamiento abstracto, ni tampoco, que un niño de 11 años ya haya alcanzado tal nivel de desarrollo cognitivo. Sin embargo, la posibilidad de que esas capacidades relevantes no se hayan adquirido aumenta conforme disminuye la edad. De ahí la necesidad de constatarlas en el caso de los jóvenes acusados penalmente.

En el tanto que entre jóvenes y adultos existen diferencias en la capacidad de abstracción, también existirá una capacidad diversa para comprender las normas penales. Este es un importante motivo para sostener que debe diferenciarse el tratamiento de la responsabilidad penal de los jóvenes.

2. DIFERENCIAS EN EL JUICIO MORAL DE ADULTOS Y JÓVENES.

La consideración del grado de desarrollo cognitivo es necesaria, más no suficiente, para cimentar el trato diferenciado de la responsabilidad de los jóvenes. Es **necesario considerar el grado de desarrollo cognitivo** porque, por un lado, sin la capacidad de razonamiento formal o abstracto no es posible comprender las normas penales, ni tampoco es posible tomar en cuenta esas normas al decidir sobre comportamiento determinado. Pero ese requisito empírico **no es suficiente** porque si solo se toma en cuenta el grado de desarrollo cognitivo se dejan de lado otros factores psíquicos, no cognitivos, que también pueden incidir en la capacidad de comprender las normas penales y de considerarlas al tomar una decisión⁴⁰⁷.

Uno de estos otros factores psíquicos es el grado de desarrollo de la capacidad de juicio moral. Desde la perspectiva de la teoría del desarrollo moral de

⁴⁰⁷ Steinberg y Cauffman, por ejemplo, indican que una toma de decisiones madura requiere, pero no depende exclusivamente, de factores cognitivos. Para una toma (madura) de decisiones es necesario, más no suficiente, haber alcanzado la etapa de las operaciones lógico-formales. Si se utiliza un enfoque exclusivamente cognitivo, para valorar la capacidad de comprensión y decisión respecto de las normas penales existen dos sesgos esenciales: 1. El énfasis, o la consideración exclusiva del funcionamiento cognitivo se hace a costa de minimizar o invisibilizar la importancia de factores no cognitivos, psicosociales por ejemplo, que también inciden en la capacidad de tomar de decisiones. A nivel psicológico forense, este sesgo en el enfoque ha permitido a algunos investigadores y peritos forenses afirmar que a partir de la adolescencia media la capacidad de comprensión y la capacidad de decisión es idéntica en jóvenes y adultos. 2. Por otra parte, en cierto enfoque psicológico evolutivo, se ha presumido que el egocentrismo es una característica exclusiva del pensamiento en la adolescencia temprana y no de la adolescencia en general. Al existir tal presunción no se ha profundizado la investigación empírica sobre la incidencia del egocentrismo en la toma de decisiones de jóvenes de más edad (más de 16 años), o en adultos, ni se han precisado las diferencias existentes entre jóvenes y adultos en cuanto a este tema. Estos investigadores sugieren que la ausencia de investigación empírica puede ser la causa de que no se hayan encontrado diferencias entre la capacidad cognitiva de jóvenes y adultos más allá de la adolescencia media. Así, Steinberg/Cauffman, Ebd. 1996, p. 264.

Kohlberg, el ser humano, cuando decide actuar, solamente puede considerar las normas del derecho penal (reglas codificadas en leyes, implementadas en prácticas institucionalizadas, y tenidas como válidas de manera general), si ha alcanzado la denominada etapa de la “orientación moral convencional por el sistema social” o una orientación moral mediante la “ley y el ordenamiento” (etapa IV.2 del desarrollo moral)^{408/409}.

El grado de desarrollo moral alcanzado por una persona también incide en la comprensión y la posibilidad de decisión para cometer un delito⁴¹⁰. A mayor

⁴⁰⁸ Kohlberg propuso las etapas del desarrollo moral a partir de los resultados obtenidos mediante una gran cantidad de investigaciones empíricas. En ellas formulaba una serie de dilemas morales y los aplicó a una numerosa cantidad de personas. Todos los dilemas de Kohlberg se refieren a dos normas morales absolutamente contradictorias, puestas en una situación en la cual no pueden adoptarse (utilizarse) simultáneamente. Así por ejemplo, con el dilema de Heinz se contraponía la vida y la propiedad, o la vida y el afán de lucro. Las respuestas utilizadas frente a los dilemas, permitieron diferenciar los diversos criterios dados para resolverlos. Estos criterios se clasificaron bajo los diversos niveles o estadios de desarrollo. Así, Kohlberg, L. *Moralische Entwicklung*, in: Althof, W. (Hrsg.): *Die Psychologie der Moral Entwicklung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995, p.26, 65-66; Colby, A./Kohlberg, L. *A Longitudinal Study of Moral Judgment*. In: Monographs of the Society for Research in Child Development, Vol 48, 1-2 (serial 200), 1983; Krebs, R. /Kohlberg, L. *Moral Judgment and ego controls as determinant of resistance to cheating*. (Copia de un manuscrito sin publicar) Cambridge, Mass. Harvard University, (1973), zitiert nach Hommers, W. Die Entwicklungspsychologie del Delikts- und Geschäftsfähigkeit. Göttingen, 1983, pp. 107-109; Hommers, W/ Lewand, M. Zur Entwicklung eine Voraussetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 6, 84, dez.2001, p.427.

⁴⁰⁹ Los resultados de investigaciones empíricas, realizadas entre mediados y fines del siglo XX, coinciden en cuanto a lo informado por Kohlberg, en cuanto a las tendencias generales del desarrollo moral. Así, por ejemplo: Blasi, A. *Bridging moral cognition and moral action: A critical review of the literature*, In: Psychological Bulletin, 88, 1980, p. 1-45; Krebs R./Rosenwald A. *Moral reasoning and moral behavior in conventional adults*. Merrill-Palmer Quarterly, 23, 1977. p. 77-87; Schwartz, S./ Feldman, K., et. Al. *Some personality correlates of conduct in two situations of moral conflict*, In: Journal of personality, 37, 1969, p.41-57.

⁴¹⁰ En la actualidad, la investigación psicológica evolutiva empírica, acerca del desarrollo moral, se ha orientado, esencialmente, en dos grandes direcciones: (1.) Por un lado, la verificación de si los resultados obtenidos por Kohlberg, y, consecuentemente, si sus criterios (niveles y estadios) de desarrollo moral, son aplicables realmente, en distintos contextos sociales. Refieren resultados similares acerca de los estadios del desarrollo moral, **para jóvenes alemanes**: Hommers, W. Die Entwicklungspsychologie (...) Ebd, 1983; **para jóvenes franceses**: Hommers, W. Begründen Kultur und Natur die Altersgrenze der Strafmündigkeit? Eine vorläufige Antwort mit dem Gedanken-Szenario. In: M. Usteri (Hrsg.), Gene, Kultur und Recht. Schriften zur Rechtspsychologie, Bern, Stämpfli Verlag. Bd.5. 2000, p.91-112; **en el ámbito anglosajón**: Snarey, J.R. *Cross-cultural universality of social-moral development: A critical review of Kohlbergian research*. In: Psychological Bulletin, 97, 1985, pp. 202-232; y **con jóvenes coreanos**: Lee, I. Entwicklungstrends des moralischen Urteilens im interkulturellen

desarrollo moral los individuos serán más capaces de ubicar un problema, de tomar una decisión, en un contexto más amplio que el meramente pre-convencional. Con la consecución de una etapa de **“orientación moral por el sistema social o mediante la “ley y el ordenamiento”** el joven puede comprender y orientar las propias acciones tomando en cuenta las normas penales codificadas legalmente⁴¹¹. Un desarrollo insuficiente de la capacidad o el desarrollo moral, conlleva una menor capacidad para considerar estas normas de validez general cuando se toman decisiones para actuar.

La consideración del grado de desarrollo de la capacidad de juicio moral también es relevante para fundamentar un tratamiento de la responsabilidad penal de los jóvenes diferente del de los adultos porque, usualmente y hasta ciertas edades, la capacidad de juicio moral de los primeros es distinta a la de estos últimos.

La capacidad de juicio moral muestra mejoras graduales con la edad. En la infancia y adolescencia temprana predomina el denominado nivel preconvencional. A partir de los 14 años, y hasta llegar al final de los 16 años, usualmente, se dan cambios en el desarrollo moral, y comienza a predominar, de manera ascendente, el criterio de “ley y ordenamiento”, a la vez que disminuye el uso de otros criterios morales, como el peligro de ser descubierto (propio del nivel preconvencional), la opinión de otros, la conducta de los amigos⁴¹². Ya al final de los 16 años de edad, aproximadamente, la

Vergleich, Dissertation, Universität Würzburg, 1999. (2.) Por otro lado, la investigación empírica se ha dedicado a documentar los efectos que pueden tener variables socio-demográficas, como la edad, la educación, el género, la situación económica, las ideas religiosas o el contexto sociopolítico, sobre el desarrollo y los criterios de juicio moral de los sujetos. En esta última dirección Hommers ha realizado, desde hace décadas, en Alemania, una gran cantidad de estudios empíricos, con el fin de establecer claramente la relación existente entre edad, desarrollo moral y capacidad de dirección o conducción de las acciones (*Steuerungsfähigkeit*). Así: Hommers, W. Die Entwicklungspsychologie (...) Ebd., 1983; Hommers, W. *Integration of Kohlbergian information in punishment*. In: European Journal of Applied Psychology, #47, 1997. pp. 31-37.

⁴¹¹ Así Steinberg, / Cauffman, Ebd., 1996, p. 265.

⁴¹² La investigación empírica realizada por la psicología evolutiva apoya la tesis de de que al alcanzar el estadio IV.2 del “nivel convencional” del desarrollo moral, hay una capacidad de comprensión más amplia, en que se considera la posibilidad de lesionar la normas legales y el orden público. Consecuentemente, hay una mayor probabilidad de que esa posibilidad de lesionar las normas legales y el orden público se considere en el momento de actuar. Los resultados de distintos tipos de investigaciones, confirman estas ideas sobre el desarrollo moral.

curva de desarrollo moral se vuelve asintomática, o sea que no se muestran más modificaciones de consideración⁴¹³. A partir de esa edad normalmente no se encuentran diferencias entre el grado de desarrollo de la capacidad de juicio moral de un joven y de un adulto.

Respecto de la capacidad de juicio moral, por lo tanto, se debe indicar, de manera resumida, lo siguiente:

(1.) No es posible alcanzar el estadio IV.2 del desarrollo moral si no se ha alcanzado la capacidad cognitiva de razonamiento lógico abstracto. Esto usualmente no sucede antes de los 12 años de edad.

Así por ejemplo, se ha mostrado como a los 12 años de edad la frecuencia con que se recurría a la “obligación de reparar el daño” (nivel preconventional) como criterio para orientar la decisión, siempre sobrepasó los contenidos o criterios existentes en los otros niveles propuestos por Kohlberg. Solamente para el grupo etario de 14 años dominó la consideración del peligro de vulneración de las leyes y el ordenamiento. Así, Hommers, W. / Lewand, M. Zur Entwicklung (...), Ebd. 2001, S. 433; Con iguales resultados en cuanto a este punto: Hommers, W. *Integration of Kohlbergian (...)* Ebd. 1997, pp. 31-37. Hommers, W. Strafe und Schadenswiedergutmachung: Moralpsychologie in Spiegel quantitativer Urteilsstrukturen. In: D. Dölling (Hrsg.), *Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag.* Berlin; Duncker und Humblot Verlag, 2003, pp. 157-181: mediante el uso del **método de entrevista del juicio moral (Moral-Judgement-Interview)**, demostró que los jóvenes que rondaban los 16 años de edad fundamentaron sus respuestas a los dilemas planteados, preponderantemente, mediante los criterios del nivel IV.2 de Kohlberg. Similares resultados en Hommers, W. Zur empirischen Begründbarkeit der strafrechtlichen Regelungen für Minderjährige: Ansätze und Ergebnisse. In: M. Walter, H. Kania & H.-J. Albrecht (Hrsg.), *Alltagsvorstellungen von Kriminalität. Die individuelle und gesellschaftliche Bedeutung von Kriminalitätsbilder für die Lebensgestaltung.* Münster, Lit. Verlag, 2004, pp. 353-375 **Investigaciones empíricas, en las que se ha utilizado el denominado “test de la perspectiva del juez” (Richter-Perspektive Test)**, documentan los mismos resultados. Así: Hommers, W. Zur Entwicklung von Verantwortlichkeit, in: Dahle K.P./Volbert R (Hrsg.) *Entwicklungspsychologische Aspekte der Rechtspsychologie.* Göttingen, Hogrefe Verlag, 2005, pp.20; Lewand, M/ Hommers, W. Erfassung des moralischen Verständnisses von Kindern und Jugendlichen mit Hilfe von systematischen Stimulusplänen und Strafurteilen. Manuscrito sin publicar, Universität Würzburg, zitiert nach Hommenr in: Zur Entwicklung (...), Ebd. 2005, pp.22-23; Hommers, W. /Lewand, M. Zur Entwicklung (...), Ebd. 2001, S. 425-438. El aumento gradual de la consideración de las “leyes y el ordenamiento” para tomar una decisión también ha sido documentado, desde hace mucho, en el ámbito anglosajón. Así, Selman, R. *The growth of interpersonal understanding: Developmental and clinical analices.* New York Academic Press, 1980; Damon, W. *Early Conceptions of positive justice as related to the development of logical operations.* In: *Child Development*, #46, 1975, pp. 301-312.

⁴¹³ Para todo, Steinberg/ Cauffman, Ebd. 1996, pp. 265-266.

(2.) Sin embargo, la consecución de una capacidad de razonamiento lógico formal no conlleva automáticamente la consecución de la etapa IV.2 de desarrollo moral.

(3.) Antes de los 14 años de edad es menos probable que alguien alcance el estadio de orientación moral por “las leyes y el ordenamiento”.

(4.) A partir de los 14 años, es más probable que un joven logre alcanzar dicho estadio de desarrollo moral, pero aún existe la posibilidad, mayor que en el caso de los adultos, de que no lo haya alcanzado⁴¹⁴.

(5.) La capacidad de juicio moral de los jóvenes, usualmente se diferencia del de los adultos, por lo menos hasta que finalizan los 16 años de edad⁴¹⁵.

En el tanto que entre los jóvenes y los adultos existen diferencias en cuanto al grado de desarrollo de la capacidad de juicio moral, también existe una capacidad diversa para entender normas penales con una vigencia general y para integrarlas en las decisiones de acción. Este también es un importante motivo para fundamentar el tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes.

⁴¹⁴ Este es un importante dato empírico para considerar la edad de 14 años como el límite mínimo de la responsabilidad penal juvenil, ya que antes de esa edad, usualmente, no existe la “madurez de juicio moral” requerida, como base, para la comprensión y voluntad de injusto.

⁴¹⁵ Los estadios del desarrollo moral propuestos por Kohlberg se basan en parámetros estadísticos de normalidad y en criterios de probabilidad. No existe una relación de implicación entre edad y desarrollo moral. Esto significa que existe mayor probabilidad de que las personas con una edad inferior a los 17 años no hayan alcanzado el nivel IV de Kohlberg, si se les compara con las que ya han rebasado esa edad. Pero también existe la posibilidad, por ejemplo, de que un niño de 12 años, que ya tenga una capacidad de razonamiento cognitivo abstracto, haya alcanzado un nivel de desarrollo moral convencional con base en criterios de ley orden. No se excluye la posibilidad de que una persona de 20 años de edad no haya alcanzado tal estadio de desarrollo moral. A partir de estos criterios es que se puede extraer la edad en la cual se alcanza con mayor frecuencia el estadio de desarrollo moral en mención (14 años), así como la edad promedio en que dicho estadio parece consolidarse (final de los 16 e inicio de los 17 años).

Recapitulando:

(1.) Si se sigue la propuesta de Jean Piaget⁴¹⁶ un joven tiene madurez mental (cognitiva) suficiente solamente si ha alcanzado un nivel de razonamiento lógico abstracto, y la consecución plena de este nivel de razonamiento usualmente finaliza entre los 15 y los 16 años de edad.

(2.) Si se sigue la teoría del desarrollo moral de Lawrence Kohlberg⁴¹⁷ un joven tiene madurez moral (ética) suficiente únicamente si ha logrado el nivel de razonamiento moral convencional, en que existe ya la consideración de un ordenamiento legal. La consecución plena de este nivel de juicio moral usualmente finaliza a los 16 años de edad.

Solamente si los jóvenes han alcanzado estos estadios de desarrollo pueden incorporar en sus decisiones algunas reglas vigentes de manera general como, por ejemplo, las normas del derecho penal.

3. AVANCES Y DESCUBRIMIENTOS RECIENTES DE LA PSICOLOGÍA DEL DESARROLLO: DIFERENCIAS EN LA COGNICIÓN SOCIAL DE ADULTOS Y JÓVENES.

En Alemania algún sector de la psicología forense⁴¹⁸ ha esbozado las siguientes

⁴¹⁶ Así, Eisenberg, Ebd. 2007, §3, Rn. 12a.

⁴¹⁷ Así, Schütze, G/ Schmitz, G., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit, Strafreife und schädliche Neigungen*, Ebd. 2003, p. 149 y sgtes.; Lemm, Ebd., 2000, p.151; Ostendorf, *Jugendstrafrecht (...)* Ebd. 2007, p.59, Rn. 34.

⁴¹⁸ Así: Silbereisen, R. *Neue entwicklungspsychologische Beiträge zur Beurteilung der strafrechtlichen Zuweisung Heranwachsender*, in: Dahle, K./Volbert, R (Hrsg.) *Entwicklungspsychologische Aspekte der Rechtspsychologie*. Göttingen, Hogrefe Verlag, 2005, pp.30-42; Silbereisen, Rainer. *Entwicklung als Handlung in Kontext: Entwicklungsprobleme und*

críticas respecto del enfoque psicológico evolutivo clásico

(1.) Es anticuado, porque proviene de teorías tempranas, surgidas a principios del siglo pasado.

Desde mi perspectiva, este argumento crítico no es lo suficientemente sólido. Sobre todo porque si lo que se quiere es realizar una crítica a un planteamiento teórico determinado, dicho cuestionamiento no debe basarse en los dictados de la “moda intelectual”. La afirmación despectiva acerca de la antigüedad de una teoría, no es más que un recurso emotivo sin mayores fundamentos. Con tal “argumento” no se dice nada acerca de si el enfoque teórico criticado posee o carece de precisión, coherencia o verificabilidad empírica. Este argumento, por lo tanto, no merece mayor atención.

No obstante, la crítica mencionada puede acompañarse por dos importantes argumentos de fondo, que merecen ser considerados.

(2.-) La psicología evolutiva clásica (cognitiva y moral) tiene un sesgo “homogenizador”, porque tiende a suponer que el desarrollo psicológico es idéntico para todos los sujetos, considerados como entes aislados.

Traducido en la psicología forense, esto significa que para fijar la capacidad psíquica de los jóvenes no se toman en cuenta, suficientemente, las circunstancias contextuales específicas bajo las cuales un joven decide y ejecuta un comportamiento, por ejemplo, un comportamiento ilícito. Factores interindividuales, sociales o contextuales, en el desarrollo psíquico de las personas, dejados de lado por el enfoque tradicional, también pueden generar diferencias en la capacidad de comprensión y de acción de los sujetos.

La concepción psicológica-evolutiva tradicional es temáticamente muy limitada,

Problemverhalten im Jugendalter. In: Zeitschrift für Sozialisationsforschung und Erziehungssoziologie, 6, pp.29-46; Silbereisen, R. Soziale Kognition. Entwicklung von sozialen Wissen und Verstehen, in: Oerter R./Montada L (Hrsg). Entwicklungspsychologie, Ebd., 1995. pp. 823-861; Hommers, Zur Entwicklung vor Verantwortlichkeit, in Entwicklungspsychologische Aspekte..., pp.13-28.

pues se restringe a factores cognitivos y morales.

(3.) En consecuencia, un enfoque psicológico evolutivo más reciente acepta que el desarrollo psíquico se encuentra condicionado por factores individuales, pero también afirma que este se ve influido por factores contextuales.

La investigación psicológica evolutiva tradicional solo indaga el grado de desarrollo de capacidades cognitivas o, a lo sumo, de capacidades de juicio moral de los jóvenes. Es este sesgo “individualizador” el que ha impedido la identificación de diferencias psíquicas entre adultos y jóvenes más allá de la adolescencia media⁴¹⁹. Es por eso, por ejemplo, que un enfoque psicológico cognitivo afirma que, después de los 15 años de edad las capacidades de razonamiento de los jóvenes, relevantes para la toma de decisiones son, más o menos, iguales a las de los adultos⁴²⁰.

Un moderno enfoque sostiene que existen otros factores psíquicos (diferentes de la capacidad cognitiva y moral) que también inciden, de manera específica, en la capacidad de comprensión y de dirección de la conducta de un joven. No debe olvidarse una consideración de la manera en que ciertas capacidades psíquicas, relevantes para la toma de decisiones (por ejemplo, la decisión de delinquir)⁴²¹, **se desarrollan y se ejercen** en el contexto social en que interactúa un joven^{422/423}.

⁴¹⁹ En este mismo sentido Steinberg y Cauffman señalan que en los Estados Unidos la perspectiva evolutiva tradicional ha enfatizado exclusivamente el estudio de factores cognitivos para diferenciar la madurez de juicio (*Maturity of Judgement*) en la toma de decisiones (*decision Making*). Este criterio no permite hallar, después de ciertas edades, (14-16 años) mayores diferencias entre jóvenes y adultos. Así, Steinberg, L./ Cauffman, E. *Maturity (...)*, Ebd., 1996, pp. 249-272.

⁴²⁰ Según Steinberg y Cauffman, Ebd. 1996, siguen este enfoque exclusivamente cognitivo, por ejemplo, Fischhoff y Furby & Beyth-Marom.

⁴²¹ Así, Cauffman, E. and Steinberg, L. Ebd., 2000, p.743; Loevinger, J. *Stages of personality development*. In: R. Hogan/ Johnson J./Briggs S.(editores), *Handbook of personality psychology*, San Diego Academic Press, 1997, pp. 199-208.

⁴²² “La investigación psicológica sobre la juventud, hoy en día, se caracteriza por un modelo de desarrollo, el cual se levanta especialmente sobre el análisis conjunto de la persona y el contexto, a saber sobre diversos niveles (por ello se denomina biopsicosocial), y con ello le otorga a la persona un rol activo para la regulación del propio desarrollo” Silbereisen, R., Ebd. 2005, pp.31-32. Igual, Silbereisen, R. *Entwicklung als Handlung in Kontext (...)* Ebd., pp.29-46. Traducción libre del idioma alemán realizada por el autor.

Este enfoque define el desarrollo psicológico, y la toma de decisiones, como una “actividad en contexto” (Handlung im Kontext). La categoría central de este enfoque es la denominada capacidad de **cognición social**⁴²⁴ (soziale Kognition), cuya evolución depende tanto del desarrollo cognitivo individual del sujeto, como del contacto con otras personas. El concepto de cognición social está compuesto tanto por el **conocimiento** sobre los hechos sociales, como por el proceso de **comprensión** que viven las personas acerca de sus relaciones, situaciones, hechos o comportamientos sociales, así como también acerca de los grupos e instituciones sociales en los cuales participan⁴²⁵. Como consecuencia de este planteamiento, en el ámbito de la psicología forense, la acción y la decisión de cometer un ilícito penal también son estudiadas y definidas como una “**actividad en contexto**”⁴²⁶.

En los Estados Unidos, la investigación empírica, de campo, vinculada a este enfoque ha indagado:

(1.) Si en el contexto del mundo real, en que se decide y ejecuta un comportamiento

⁴²³ En sentido similar, Hommers, W. Zur Entwicklung von Verantwortlichkeit (...), Ebd. 2005, p. 25, indica que se trata de un enfoque ecléctico, el cual parte de que: „[...] el proceso de aprendizaje social genera diferencias individuales, las cuales se basan, en parte, en distintos trasfondos biológicos, pero también resultan de distintas biografías de aprendizaje, condicionadas por la diversidad de contextos de aprendizaje realizados de manera individual“. Traducción libre del alemán realizada por el autor.

⁴²³ Silbereisen, R. Soziale Kognition (...), Ebd., 1995, pp. 823-861.

⁴²⁴ Silbereisen, R. Soziale Kognition (...), Ebd., 1995, pp. 823-861.

⁴²⁵ Mediante los conceptos de conocimiento y comprensión se designan distintas facetas de la cognición social. Con el término “conocimiento” se designa el contenido, aquello que se adquiere mediante un proceso cognitivo-social. Mientras que el vocablo “comprensión” se refiere, en este caso, al proceso (cognitivo-social) de adquisición y actualización (ejercicio) de dicho conocimiento. A través de distintas etapas de comprensión, de distintos estadios del proceso de cognición social, se adquiere el conocimiento sobre situaciones o hechos sociales, bzw. sobre conductas delictivas, o bien, se actualiza o vuelve útil, para el planeamiento y ejecución de las decisiones y las interacciones sociales, un conocimiento ya existente. Silbereisen, R. Soziale Kognition (...), Ebd., 1995, p. 823; Masche, Ebd., p.31.

⁴²⁶ Silbereisen R., Neue entwicklungspsychologische (...), Ebd, 2005, pp.31-32; del mismo autor, Soziale Kognition (...), Ebd. 1995, pp. 823-861; del mismo autor, Entwicklung als Handlung in Kontext (...), Ebd., pp.29-46; Hommers, W. Zur Entwicklung von Verantwortlichkeit (...), Ebd., 2005, pp.13-29; Jones J.M. *Our Similarities Are Different: Toward a Psychology of Affirmative Diversity*. In: Trickett E.J. / Watts R.J/ Birman D. *Perspectives on People in Context*, Josey Bass Publishers, San Francisco, 1994, p. 27 y sgtes.

delictivo, las capacidades de los jóvenes para conocer y, sobre todo, para decidir, coinciden o difieren de las de los adultos. Para ello se ha investigado, por ejemplo, la importancia que tiene la influencia de otras personas sobre el comportamiento individual de los jóvenes.

(2.) Si, aún después de la adolescencia media (después de los 15-16 años de edad), existen en los jóvenes particularidades en ciertas capacidades psíquicas (distintas de sus capacidades cognitivas y de juicio moral) relevantes para la toma de decisiones, que los diferencien de los adultos.

Para responder estas interrogantes se han ejecutado una serie de estudios de campo de naturaleza comparativa⁴²⁷. Algunos resultados relevantes de esas investigaciones se pueden sintetizar de la siguiente manera:

(1.) En una considerable cantidad de investigaciones se ha probado que aún alcanzada la adolescencia media (16 años de edad), los jóvenes son más susceptibles que los adultos a la influencia de pares o coetáneos^{428/429}.

⁴²⁷ Se comparan de este modo jóvenes y adultos, pero además privados de libertad y personas que llevan una vida aparentemente “normal” en su comunidad. Con estos estudios comparativos, como indica Silbereisen, al abarcar márgenes extremos de la población se logra mayor exactitud estadística, y sobre todo se supera el sesgo o la distorsión en la que se cae al afirmar valores “medios”, o características “promedio” de la población sin haber prestado atención a sus “márgenes”. Silbereisen, Ebd., 2005, pp.33-34.

⁴²⁸ En pruebas realizadas a jóvenes se les planteaba el dilema de elegir entre realizar una conducta antisocial, sugerida por sus pares, y una conducta adecuada, de su propia elección. Los resultados mostraron que la susceptibilidad a los pares aumentaban al final de la infancia y la adolescencia temprana, mostrando un pico máximo alrededor de los 14 años, el cual disminuía lentamente en los años posteriores. Así, Berndt, Steinberg & Silverberg, zitiert nach Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p. 1012. La influencia de los pares afectaba la voluntad de los jóvenes tanto directa como indirectamente. En el primer caso, en algunos contextos los jóvenes tomaban sus decisiones como respuesta directa a la presión de los pares para actuar de cierta manera. En el segundo caso, era el deseo de reconocimiento por sus pares y el miedo al rechazo que tenían los jóvenes, lo que afectaba sus decisiones, incluso sin que existiera una coerción directa. Al respecto: Moffit, citado por Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p. 1012.

⁴²⁹ Se ha realizado investigación empírica, mediante la cual se ha logrado demostrar que existen cambios desde el denominado “nivel del conformismo” (búsqueda de identificación y

(2.) Se ha logrado demostrar que durante un extenso período, que va desde la infancia hasta la adultez joven, los individuos van adquiriendo, gradualmente, una mayor capacidad de dirigir sus actos conforme a la consideración de consecuencias futuras. En general, los resultados han mostrado que los adultos son capaces de visualizarse a sí mismos y sus circunstancias en marcos temporales significativamente más amplios que los jóvenes⁴³⁰. De igual manera, los jóvenes tienden a minimizar las consideraciones de consecuencias futuras, en mayor medida que los adultos y valoran más las consecuencias a corto plazo^{431/432}.

(3.) Los jóvenes difieren de los adultos en la manera en que valoran y en la actitud que muestran hacia los riesgos. En los cálculos de riesgo y beneficio los jóvenes conceden mucho menos importancia a aquel primer factor, que la que conceden los adultos. Dicho de otra forma, las decisiones de los jóvenes están dirigidas en mayor medida por la consideración de las ganancias, que por los riesgos. En investigaciones experimentales se ha documentado que cuando se trata de advertir a los pares acerca de una decisión riesgosa, los adultos mencionan, espontáneamente, más riesgos

reconocimiento mediante el grupo, orientación del pensamiento y las acciones propias con base en concepciones compartidas por el grupo de pares), que predomina en la adolescencia; hasta el “nivel de la propia atención” (donde se visualizan las alternativas y normas del grupo, pero se busca la independencia en el punto de vista propio), mayoritario en adultos jóvenes. Con base en el modelo de Loevinger, para citar un ejemplo, se realizó un gran estudio aleatorio sobre niños, jóvenes y adultos, que confirmó algunas de las propuestas de Loevinger. Así, Westenberg, P., et al. *Ego development in children and adolescents: Another side of the impulsive, self protective, and conformist ego levels*. In: Westenberg, P/Blasi, A./Cohn, L.D. (editors), *Personality development: Theoretical, empirical and clinical investigations of Loevinger's conception of ego development*. Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum, 1998, p.89-112.

⁴³⁰ Así, Greene, Nurmi, zitiert nach Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p. 1012.

⁴³¹ Véase Gardner/Herman, Halpern Felsher/ Cauffman, citados por Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p. 1012.

⁴³² Gardner citado por Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p. 1012: Sugiere que hay dos explicaciones plausibles para esta diferencia en cuanto a la orientación a futuro: 1. Una limitación cognitiva para pensar en términos hipotéticos. 2. Debido a su experiencia de vida más limitada, ya que una consecuencia, por ejemplo a 5 años en el futuro, puede parecer muy remota en atención a lo que se ha vivido. Los jóvenes le asignan mas importancia a los términos cortos o inmediatos, simplemente porque les parecen más relevantes.

potenciales, que los que hacen los jóvenes^{433/434}.

(4.) A pesar de que hace falta más sustento empírico-científico, existen evidencias acerca de los cambios evolutivos en la impulsividad y la auto-confianza (*self reliance*) a través de la adolescencia, que vienen a sustentar la hipótesis de que los jóvenes son más impulsivos⁴³⁵.

(5.) Esta línea de investigación psicológica-empírica reciente ha documentado que el proceso de desarrollo de algunas de las dimensiones psíquicas mencionadas continúa incluso al final de la adolescencia media y durante la adultez temprana (18-21 años de edad), es decir, en momentos en los que ya no se aprecian diferencias en las capacidades cognitivas⁴³⁶.

En resumen, se ha documentado que la capacidad de decisión de los jóvenes ante dilemas reales, presentados “en la marcha”, realmente puede diferir de la de los adultos, como resultado de un desarrollo insuficiente de las dimensiones que integran la

⁴³³ Halpern Felscher/Cauffman, Furby/ Beyth Marom citados por Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p. 1012.

⁴³⁴ Se han esbozado algunas hipótesis para explicar esta tendencia: 1. La aversión más débil hacia los riesgos, presentada por los jóvenes, está relacionada con su perspectiva temporal más limitada. 2. Porque los jóvenes pueden tener distintos valores y objetivos a los que tienen los adultos, llevándolos a calcular los costos y beneficios de manera diversa. 3. La gente, en general, toma decisiones más riesgosas en grupos, que cuando está sola, los jóvenes dedican más tiempo a actividades en grupo, y son más susceptibles a la influencia de otros que los adultos. Así, Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p. 1012.

⁴³⁵ Se ha documentado que la impulsividad aumenta entre la adolescencia media y la adultez temprana, y declina posteriormente. A través de toda la adolescencia se da un incremento en las capacidades de auto-conducción (*selfmanagment*). Los adolescentes tienen cambios de estados de ánimo más extremos que los adultos, lo cual también puede llevarlos a actuar más impulsivamente. Greenberger, E. *Education and the acquisition of psychosocial maturity*. In D. McClelland (Ed.), New York: Irvington. (1982). *The development of social maturity*, pp. 155–189; Larson, R./Csikszentmihalyi, M./Graef, R. *Mood variability and the psychosocial adjustment of adolescents*. *Journal of Youth and Adolescence*, 9, 1980, p. 469–490.

⁴³⁶ Scott, E./Steinberg, L. *Blaming Youth*. *Texas Law Review*, #81, 2003, pp. 799-822.

denominada madurez psicosocial⁴³⁷. Esta línea de investigación ha encontrado importantes diferencias entre jóvenes y adultos⁴³⁸ más allá de los 16 años de edad donde el enfoque psicológico evolutivo tradicional ya no encontraba ninguna diferencia. Los resultados de esa línea de investigación han llevado, por ejemplo, a Steinberg & Scott, a afirmar que existen buenas razones para cuestionar aquella idea según la cual las diferencias entre adultos y jóvenes, en lo que respecta a las capacidades psíquicas requeridas para la toma de decisiones, desaparecen en la adolescencia media.⁴³⁹

Desde un enfoque psicosocial forense, Steinberg y Cauffman han propuesto una serie de requisitos para la fijación de la madurez psicosocial requerida para cometer un acto delictivo. Estos requisitos son:

- (1.) La adecuada susceptibilidad (propensión) a la influencia de grupos de pares (*susceptibility to peer influence*);
- (2.) La suficiente actitud y percepción de los riesgos (*attitudes toward and perception of risk*);
- (3.) La perspectiva temporal respecto las acciones y sus consecuencias (*future orientation*);

⁴³⁷ Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p.1012.

⁴³⁸ Loevinger, por ejemplo, ha formulado un modelo de desarrollo gradual de la personalidad, que integra capacidades cognitivas, morales y sociales Loevinger, J. *Stages of personality development*. In: R. Hogan, J. Johnson and S. Briggs (Eds.), *Handbook of personality psychology*, San Diego Academic Press, 1997 pp. 199-208.

⁴³⁹ Así, Steinberg/Scott, Ebd, 2003, p.1011. La negrilla no es del texto original. En igual sentido: Scott, E./ Repucci, N/ Woolard, J. *Evaluating adolescent decision making in legal context*. In: *Law and Human Behavior*, 19, 1995, pp.221-244; Steinberg, L./ Cauffman E. *Maturity of Judgment in adolescence: Psychosocial factors in adolescent decision making*. In: *Law and Human Behavior*, 20, pp.249- 272.

(4.) La capacidad autónoma de dirección de la propia conducta (*Selbstverwaltungsfähigkeit/ capacity for Selfmanagment*)⁴⁴⁰.

En caso de que exista un desarrollo deficiente de tales factores existirá, por lo tanto, inmadurez psico-social para cometer un delito⁴⁴¹.

Por lo tanto, desde el punto de vista de este enfoque psico-social:

(1.) Los jóvenes y adultos se diferencian, usualmente y hasta ciertas edades, en cuanto al grado de desarrollo de los factores psicosociales mencionados.

(2.) La consecución de la madurez cognitiva y moral necesaria para comprender y para decidir cometer un delito, no conlleva automáticamente la consecución de una madurez psicosocial suficiente de conformidad con los criterios antes mencionados⁴⁴². Un joven cognitiva y moralmente maduro puede ser psico-socialmente inmaduro, debido a un déficit en los componentes de la madurez psicosocial arriba referidos⁴⁴³. Esto puede incidir, sobre todo, en su capacidad decisión o dirección de un joven respecto de un delito⁴⁴⁴.

Las dimensiones de la madurez psico-social antes referidas pueden incidir,

⁴⁴⁰ Steinberg/Cauffman, Ebd., 1996, p.251; Cauffman/Steinberg, Ebd., 2000, S.745. Steinberg, L./ Scott, E., Ebd., 2003, pp. 1009-1018.

⁴⁴¹ Loevinger, J. Ebd., 1997, pp. 199-208.

⁴⁴² Cauffman y Steinberg han investigado la toma de decisiones, entre un delito y una conducta socialmente aceptada, mediante la utilización de cinco escenarios distintos. Utilizaron como variables de análisis, además de la edad, los componentes de madurez psicosocial. Informaron como resultado, que la disminución de las decisiones por un delito, se explicaba por el aumento de los componentes de la madurez psicosocial, y, por lo tanto, no dependía exclusivamente de la edad. Así, Cauffman, E/ Steinberg, L. Ebd., 2000. pp. 741-760.

⁴⁴³ Silbereisen, Ebd., 2005, p.33; Scott, E.S./ Steinberg, L. Ebd., 2003, pp. 799-822; Cauffman, E./ Steinberg, L. Ebd., 2000. pp. 741-760; Steinberg/Scott, Ebd. 2003, S. 1012, Westenberg, P., et al. Ebd., 1998, pp.89-112.

⁴⁴⁴ “ En otras palabras, en la medida en que los adolescentes son menos maduros psico-socialmente que los adultos, muy probablemente serán deficientes en su capacidad de tomar decisiones, aún si sus procesos cognitivos están maduros.” Steinberg/Scott. Ebd., 2003, p. 1012. Traducción libre del inglés realizada por el autor.

preponderantemente, en la capacidad de decisión (capacidad de dirección e inhibición) de los jóvenes respecto de un comportamiento delictivo, ya que influyen en las valoraciones, preferencias y en la manera en que los jóvenes realizan el cálculo costo-beneficio, que conlleva toda toma de decisiones.

(3.) Los componentes o requisitos de la madurez psico-social muestran una evolución aún después de los 16 años, en incluso, para algunas dimensiones, hasta los 18 y 21 años de edad. Eso significa que el grado de desarrollo de aquellas psicosociales permite diferenciar a los jóvenes de los adultos por lo menos hasta el final de esas edades.

En el tanto que entre jóvenes y adultos existen diferencias en el grado de desarrollo de su **cognición social**, también existe una capacidad diversa para comprender las normas penales, y sobre todo para considerarlas al actuar o inhibirse respecto de un comportamiento delictivo. Este es criterio fundamental para sustentar la tesis de que la responsabilidad penal de los jóvenes debe ser tratada de manera diferente a la de los adultos.

4. Diferencias en el grado de desarrollo estructural y funcional del cerebro de adultos y jóvenes.

Las neurociencias se ocupan, entre otros temas, del estudio de la actividad cerebral, de los cambios estructurales, de las modificaciones funcionales y de los cambios en la manera en que este órgano procesa la información. La estructura y las funciones del cerebro se desarrollan de manera gradual. Esto evidencia una adquisición, también gradual, de ciertas capacidades requeridas para la toma de decisiones, por ejemplo, para la decisión de cometer un delito. La investigación neurológica ha distinguido importantes características de la estructura y las funciones del cerebro de los jóvenes, que permiten fijar diferencias de este grupo de la población con los adultos.

Un importante hallazgo de la investigación neuro-psicológica muestra que en el

transcurso de toda la adolescencia⁴⁴⁵ todavía existen procesos de maduración biológica del cerebro. Según la neurociencia, esto permite afirmar que, en el caso de los jóvenes, el cerebro aún no ha alcanzado su potencial completo⁴⁴⁶. El último “impulso” de desarrollo estructural del cerebro, comienza solamente a partir de los 16- 17 años de edad. Algunos neurocientíficos informan que este proceso no ha finalizado aún a los 21 años de vida. Otros consideran, incluso, que el clímax de maduración del cerebro se encuentra a la edad de 25 años⁴⁴⁷.

Algunas formas de comportamiento de los jóvenes (por ejemplo la menor reflexión en la toma de decisiones, la menor capacidad de inhibición, ciertas diferencias en el procesamiento de estímulos que generan miedo o temor, la mayor susceptibilidad a la influencia de coetáneos) pueden explicarse debido a ciertos cambios **estructurales** y **funcionales** que experimenta el cerebro de los humanos. Estas modificaciones han sido conocidas solo muy recientemente.

Una línea de investigación neurocientífica específica indaga, por un lado, los cambios que sufre la estructura del cerebro durante la adolescencia y, por otro lado, investiga las diferencias que existen en los patrones de activación cerebral, es decir, las modificaciones que existen en las funciones del cerebro, de los jóvenes y los adultos. La investigación realizada ha mostrado que los cambios **estructurales y funcionales** más importantes del cerebro de los jóvenes acontecen en regiones que están implicadas en **procesos de planeamiento a largo plazo, en la regulación de las emociones, en el control de los impulsos y en la evaluación de los riesgos y recompensas**⁴⁴⁸.

Sobre los cambios estructurales del cerebro, pueden destacarse las siguientes investigaciones y sus resultados:

⁴⁴⁵ Beckman, M. *Crime, Culpability, and the Adolescent Brain*, Science, 305, 2004, pp. 596-599.

⁴⁴⁶ Chambers, R.A./Taylor, J.R./Potenza, M.N. *Developmental neurocircuitry of motivation in adolescence: A critical period of addiction vulnerability*. In: American Journal of Psychiatry, 160, 2003, pp. 1041-1052.

⁴⁴⁷ So Gur, R., nach Beckman zitiert, Ebd., 2004, p.596.

⁴⁴⁸ Steinberg/Scott. Ebd., 2003.

(1.) Aquellas que estudian las modificaciones en la sustancia gris del cerebro. La sustancia gris está compuesta de neuronas que no tienen mielina. Este atributo posibilita la capacidad de procesamiento de la información del cerebro, o sea, que la sustancia gris sirve para razonar. Sobre este tema, diversas investigaciones han logrado documentar que justo antes de la pubertad existe un rápido crecimiento de la sustancia gris, pero después hay un marcado descenso de dicha materia. En el transcurso de la adolescencia hay una disminución anual de un 1% de la materia gris, mientras que la sustancia blanca aumenta⁴⁴⁹.

(2.) Las investigaciones referidas a la maduración de los lóbulos frontales. Estas investigaciones han mostrado que en la época de la adolescencia todavía continúa la maduración de los lóbulos frontales del cerebro los cuales inhiben el comportamiento impulsivo. Estas partes del cerebro son las últimas en mostrar modificaciones de materia blanca en materia gris. Estos cambios usualmente son asociados como un requisito para un pensamiento ordenado y un mayor control de los impulsos. El proceso mencionado parece no haber concluido aún a los 21 años de edad^{450/451}. Algunas

⁴⁴⁹ Giedd, J./ Blumenthal, J./ Jeffries, N./ Castellanos, F./ Liu, H./ Zijdenbos, A., et al. *Brain development during childhood and adolescence: A longitudinal MRI study*. In: *Nature Neuroscience*, 2, 1999, pp. 861–863.

⁴⁵⁰ Gogtay, N., et al. *Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood*. In: *Proceedings of the National Academy of Science*, 101, 2004, pp. 8174-8179: informan que los lóbulos frontales son los últimos en mostrar cambios en el porcentaje de sustancia gris a sustancia blanca, lo cual comúnmente está asociado como un requisito para un pensamiento ordenado y para un mayor control de los impulsos. Según parece, este proceso aún no está concluido a los 21 años de edad.

⁴⁵¹ En un estudio desarrollado a lo largo de 10 años, cada dos años se observó, mediante tomografía de resonancia magnética, a 13 personas, ubicadas entre los 4 y los 21 años. Mediante esa investigación se logró demostrar que diversas sub-regiones del cerebro, bien identificadas, siguen trayectorias de maduración distintas. Las secuencias en las cuales madura la corteza cerebral coinciden con ciertos puntos o centros relevantes del desarrollo cognitivo y funcional, ubicados en diferentes regiones del cerebro. Las partes del cerebro asociadas con las funciones más básicas maduran más temprano. Por ejemplo, las partes del cerebro vinculadas con la actividad motora y sensorial maduran primero. Luego maduran las áreas involucradas en la orientación espacial, en el desarrollo del habla y el lenguaje y en la atención (lóbulos parietales superiores). En la investigación se demostró que las últimas partes del

formas de comportamiento de los jóvenes, por ejemplo la falta de reflexión respecto de ciertas decisiones, muestra una correlación con esos *cambios estructurales del cerebro*, que han sido conocidos por la ciencia neurológica hasta muy recientemente.

(3.) Varias investigaciones muestran que los jóvenes se diferencian de los adultos en el control de los impulsos y en el procesamiento de los estímulos que generan miedo o temor, en la ejecución de tareas complicadas relacionadas con el planeamiento a largo plazo, en la capacidad de juicio y en la toma de decisiones. Para explicar tales resultados la investigación neurológica afirma que para los jóvenes falta, considerablemente, una capacidad de “moderación”, mediante la actividad cerebral que se realiza en el llamado *córtex prefrontal (prefrontal Kortex)*^{452/453}, ya que esta parte del cerebro todavía continúa modificándose en esa época de la vida.

Cauffman & Steinberg y Crone & Van der Molen, por ejemplo, han investigado ciertas estructuras cerebrales vinculadas con el control de los impulsos y la valoración

cerebro que maduraron fueron los lóbulos frontales, involucrados en funciones ejecutivas y de atención. Así, Gogtay. Ebd., 2004, p.8177.

⁴⁵² Luna. B., et. al. *Maturation of cognitive processes from late childhood to adulthood*. In: *Child Development*, 75, 2004, pp. 1357-1372; Baird, A., et. al. *Functional magnetic resonance imaging of facial affect recognition in children and adolescents*. In: *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 39, 1999, pp. 195-199; Sowell, E./ Thompson, P./ Holmes, C./ Jernigan, T./ Toga, A. *In vivo evidence for post-adolescent brain maturation in frontal and striatal regions*. In: *Nature Neuroscience*, 2, 1999, pp. 859–861.

⁴⁵³ El córtex prefrontal es la parte anterior de los lóbulos frontales del cerebro. Esta región cerebral ha sido asociada al planeamiento de comportamientos cognitivamente complejos, a la expresión de la personalidad, a la toma de decisiones y a la moderación de conductas socialmente correctas. La actividad básica de esta área del cerebro es la organización y dirección entre los pensamientos y acciones, de conformidad con las intenciones. El término más comúnmente utilizado para las funciones llevadas a cabo por esta área, es el de **funciones ejecutivas**. Dichas funciones están relacionadas con las habilidades para diferenciar entre conceptos contrapuestos, para determinar lo bueno y lo malo, mejor y óptimo, lo igual y lo diferente, para distinguir las consecuencias futuras de actividades actuales, para realizar ponderaciones o balances, así como con la habilidad para suprimir los impulsos que podrían llevar a resultados inaceptables. El córtex prefrontal es considerado como el “centro de control superior” para la dirección o conducción del comportamiento adecuado a las situaciones. Participa, a su vez, intensamente en la regulación de los procesos emocionales. Así, Fuster, J. *The Prefrontal Cortex: Anatomy, physiology, and neuropsychology of the frontal lobe*, 2 Edition: Lippincott, Williams & Wilkins, 1997; Nelson, Ch./Luciana, M. *Handbook of Developmental Cognitive Neuroscience*, 1st Edition, The MIT Press, 2001.

de riesgos⁴⁵⁴. Ciertas regiones del *córtex prefrontal* todavía experimentan modificaciones a través de la época de la juventud. Los estudios sobre los cambios en esta parte del cerebro permitieron demostrar, por un lado, que los jóvenes muestran un menor planeamiento previo y reaccionan mucho más espontáneamente en sus comportamientos y, por otro lado, mostraron que los jóvenes tuvieron una menor capacidad para orientar sus acciones con base en una consideración de coste-beneficio. Investigaciones vinculadas han verificado, además, que los jóvenes procesan de distinta manera que los adultos los estímulos generados por miedo o ansiedad, precisamente porque para aquellos aún falta, considerablemente, la moderación que permiten ciertas actividades en el *córtex prefrontal*⁴⁵⁵.

(4.) Las investigaciones sobre el sistema límbico (*lymbic system*), han mostrado que los cambios en tal sistema, acontecidos durante la adolescencia, pueden estimular una mayor búsqueda de situaciones novedosas y la toma de mayores riesgos. Esos cambios también pueden contribuir a incrementar la emocionalidad y la vulnerabilidad al *stress*⁴⁵⁶.

Además de los resultados sobre los cambios estructurales del cerebro, también existen investigaciones referidas a las diferencias funcionales del cerebro de los jóvenes. Sobre estas diferencias funcionales del cerebro de los jóvenes, pueden destacarse, por ejemplo, las siguientes investigaciones y sus resultados:

⁴⁵⁴ Así Cauffman, E./ Steinberg, L. Ebd., S. 741-760; Crone, E.A./ van der Molen, M.W. *Development changes in real life decision making: Performance on a gambling task previously shown to depend on the ventromedial prefrontal cortex*. In: *Developmental Neuropsychology*, 25, 2004, pp. 251-279.

⁴⁵⁵ Baird, A.A., et. al. Ebd., 1999, pp. 195-199.

⁴⁵⁶ Dahl, R. *Affect regulation, brain development, and behavioral/ emotional health in adolescence*. In: *CNS Spectrums*, 6, 2001, pp. 1-12.

(1.) Beatriz Luna y otros⁴⁵⁷ han utilizado, muy recientemente, la técnica de “tomografía funcional de resonancia magnética” (fMRI-Studie (funktionelle Kernspintomographie oder Magnetresonanztomographie) con el fin de observar el cerebro mientras este trabaja. El grupo de investigadores dirigidos por la doctora Luna logró demostrar que conforme aumenta la edad algunas partes del cerebro, distantes entre sí, se integran funcionalmente. Esa integración funcional es la base para un mayor control, para una dirección más “madura”, del comportamiento. En la infancia, por ejemplo, el cerebro depende de interacciones muy localizadas en puntos específicos. En la época adulta, por el contrario, el cerebro muestra interacciones simultáneas, conjuntas, entre distintas de sus partes, muy distribuidas o alejadas entre sí. Esos procesos cerebrales, están asociados al control voluntario/cognitivo del comportamiento, al control de los impulsos. En las investigaciones realizadas se demostró que los procesos de integración funcional de distintas partes del cerebro aún continuaban evolucionando durante la adolescencia, algunos de ellos incluso hasta los 19 años de edad. Esos datos pueden interpretarse en el sentido de que, hasta esas edades, los jóvenes se diferencian de los adultos en cuanto a su capacidad para el control de los impulsos y, con ello, en su capacidad para dirigir el comportamiento.

(2.) Bjork y otros⁴⁵⁸, informan de un estudio de tomografía de resonancia magnética en el que se pudo identificar que los jóvenes y los adultos procesan de distinta manera la información, ante una situación de ganancia o pérdida. Para jóvenes con edades entre 12 y 17 años, algunas partes del cerebro (por ejemplo el cuerpo estriado o estriato ventral (*ventralen Striatums*) y la amígdala cerebral) mostraron menor actividad, en comparación con la actividad mostrada por las mismas partes del cerebro de adultos de entre 22 y 28 años, pero solo ante un estímulo que representaba una ganancia. La interpretación de los investigadores fue la de que, por consiguiente, la fuerte búsqueda de sensaciones (*sensation seeking*) en la época de la juventud tiene un fundamento neuronal. Las partes del cerebro mencionadas están asociadas al control de los

⁴⁵⁷ Luna, B., Et.al., *Maturation of widely distributed brain function subserves cognitive development*. In: *Neuroimage*, #13, 2001, pp. 786-793; de la misma autora, Ebd., 2004, pp. 1357-1372.

⁴⁵⁸ Bjork, J.M./ Knutson, B./ Fong, G.W./ Caggiano, D.M./ Bennett, S.M./ and Hommer, D.W. *Incentive-elicited brain activation in adolescents: Similarities and differences from young adults*. In: *Journal of Neuroscience*, 24, 2004, pp. 1793-1802

impulsos. Con base en esos resultados, se ha demostrado la hipótesis de que los jóvenes tienen una menor capacidad que los adultos para inhibir sus comportamientos y controlar sus impulsos⁴⁵⁹.

De lo expuesto en este apartado se debe destacar lo siguiente:

(1.) Las investigaciones mencionadas se han planteado problemas inusuales y novedosos en el campo de la neurociencia, relacionados con la toma de decisiones.

(2.) Tales investigaciones de la neurociencia han demostrado que entre jóvenes y adultos existen importantes diferencias en el grado de desarrollo de las estructuras y de las funciones del cerebro relacionadas con la capacidad de juicio, el control de los impulsos y la toma de decisiones, por ejemplo, la decisión de ejecutar una conducta delictiva.

(3.) Los sistemas cerebrales implicados en el control de los impulsos, en el planeamiento y juicio de los comportamientos, y en la toma de decisiones continúan madurando a través de toda la adolescencia e incluso durante la adultez temprana. Dicho de otra manera, las diferencias en las estructuras y el funcionamiento del cerebro, vinculadas con la toma de decisiones, existen por lo menos hasta la etapa adulta temprana, es decir, hasta los 21 años de edad.

En la medida que entre jóvenes y adultos existen diferencias en el grado de desarrollo de estructuras y funciones cerebrales vinculadas con la toma de decisiones,

⁴⁵⁹ Es claro que a partir de estos resultados emergen muchas preguntas acerca de la receptividad de los jóvenes a la función preventivo-general positiva de la pena y también acerca del significado de la escasa activación de las respectivas regiones del cerebro que emergene para los jóvenes frente a los estímulo de gratificación de una conducta delictiva.

también existirá una capacidad distinta para comprender las normas penales, y para considerarlas al tomar la decisión de cometer un delito. Desde la neurociencia emergen importantes criterios para apoyar un tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes.

5. VALORACIÓN DE LOS DATOS REALES MENCIONADOS A LA LUZ DEL PRINCIPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

Como he expuesto en otro lugar⁴⁶⁰, para la fijación y valoración de las conductas ilícitas de los jóvenes, usualmente se adopta un concepto penal de culpabilidad originalmente formulado para los adultos. Frente a este dato de realidad uno debería plantearse no solo si existen prácticas discriminatorias del Poder, sino también si existen discursos discriminatorios vinculados a las prácticas de Poder. Esto significa que la respuesta a la pregunta de cómo tratar la responsabilidad penal de los jóvenes, y acerca de si tratar dicha responsabilidad mediante un concepto de culpabilidad idéntico o diferente al del derecho penal de adultos, necesariamente pasa por el tema de la igualdad. Se vulnera el principio de igualdad al aplicar a los jóvenes un concepto de culpabilidad formulado para adultos? Para responder esta pregunta es necesario tener claro qué significa igualdad.

Para valorar los datos a que se ha hecho referencia conviene distinguir entre igualdad formal o abstracta e igualdad concreta o material. Para hacer esa distinción me valdré de una brevísima reconstrucción socio-histórica. Frente a la pregunta de si la responsabilidad penal de los jóvenes ha de tratarse de igual o de diferente manera a la de los adultos se han esbozado distintas respuestas a través de la historia⁴⁶¹:

⁴⁶⁰ Puede verse mi trabajo, "El Vínculo Poder-Saber en el Pensamiento de Michel Foucault. Fundamento para un Concepto (no adultocéntrico) de la Culpabilidad Penal Juvenil", en: Política Criminal en el Estado de Derecho. Libro Homenaje a Enrique Castillo Barrantes, San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 505 a 525.

⁴⁶¹ No afirmo que las respuestas que acá se exponen no puedan coexistir en un mismo momento histórico. Tampoco sostengo que estos sean los únicos criterios existentes para decidir acerca del tratamiento, igualitario o diferenciado, de la responsabilidad penal de los

(1.) Algunos dirán que la responsabilidad penal de los adultos y de los jóvenes debe ser tratada por igual⁴⁶², sin tomar en cuenta las especificidades que los distinguen. No importa si uno es joven o adulto, ya que -según supone este enfoque- la igualdad implica que todos sean tratados de la misma manera, sin ninguna diferenciación, en cuanto a su responsabilidad penal. En esta respuesta subyace el siguiente criterio acerca de la igualdad: **A cada quien la misma cosa.**

(2.) Habrá otra respuesta que se base, preponderantemente, en un criterio asistencial, o de beneficencia pública. Este criterio puede servir para sostener que los jóvenes, a diferencia de los adultos, no deben ser responsabilizados penalmente por sus actos ilícitos. Los actos ilícitos de los jóvenes son producto de la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales y morales, son el resultado de su *situación irregular*. Por ese motivo, no deben ser responsabilizados penalmente, sino que deben ser “protegidos y salvados” de los peligros que emanan de la falta de satisfacción de tales necesidades esenciales⁴⁶³. Esta fórmula trata de disminuir o excluir del todo la

jóvenes. Pero sí son los criterios concretos más frecuentemente utilizados en el derecho para decidir en cuanto a este tema. Esto es fácil de constatar, tanto si uno toma en cuenta el desarrollo histórico del derecho penal juvenil alemán o costarricense, como si atienden las diversas regulaciones legislativas, las diversas propuestas doctrinales o político-criminales, en incluso si se analizan ciertos discursos de la vida cotidiana, que existen al respecto en la actualidad.

⁴⁶² Este argumento es primitivo. Los historiadores de la infancia y la juventud afirman que solamente a partir del Renacimiento (S. XV y XVI) se tuvo cierta conciencia general de las particularidades inherentes a las distintas etapas de la vida. Antes de aquel momento histórico, es decir, en la antigüedad y en la edad media, se consideraba, por ejemplo, que las personas con menos de 6 años de edad estaban en una especie de “pre-existencia”, después de la cual eran vistas y tratadas como “adultos pequeños”. Las reglas que autorizaban el trabajo infantil a partir de la edad mencionada, parecen confirmar esta tesis. En cuanto al tema específico de la responsabilidad penal, en el derecho Romano, ya se consideraba capaces de responsabilidad penal a los niños mayores de 7 años. Para estas personas se podía aplicar una atenuación de la sanción únicamente si “su maldad no había ocupado su edad”, y no en consideración de otros atributos o características. Así, Rössner en Meier/Rössner/Schöch, *Jugendstrafrecht*, München, 2.Aufl., 2007, pp. 31-32, 34.

⁴⁶³ En Latinoamérica esta idea usualmente ha ido acompañada de una presunción legal según la cual los jóvenes carecen de toda capacidad mental para comprender las normas penales, es decir, de que no tienen capacidad de imputación penal. En efecto, en el modelo

responsabilidad penal de los jóvenes. Igualdad significa acá: **A cada quien según sus necesidades**⁴⁶⁴.

(3.) Alguna otra posición sostendrá, mediante un criterio “aristocrático”, que la diferenciación de la responsabilidad penal de los jóvenes respecto de la de los adultos depende del rango o categoría que se les asigne como seres, ya sea como sujetos “plenos” o como sujetos de “menor rango”. Así, por ejemplo, se decidirá si los jóvenes son responsabilizados penalmente de igual o de diferente manera a los adultos, según ciertos criterios raciales (ario-judío, blanco-negro, europeo-mestizo) o jurídico-políticos (enemigo-ciudadano). **A cada quien según su rango**⁴⁶⁵, indica acá el criterio de

tutelar latinoamericano se coloca lado a lado a los jóvenes y a los enfermos mentales. Aquellos al igual que estos, son “inimputales”, y por ello no son capaces de responsabilidad penal.

⁴⁶⁴ Esta idea fue, justamente, la que inspiró el nacimiento del primer tribunal juvenil en el año 1899 en Chicago, Estados Unidos, y también es la base de la “teoría tutelar” o de la situación irregular, de amplia vigencia histórica y de permanente arraigo socio-cultural en Latinoamérica. Anthony Platt advierte, frente a este enfoque, que el supuesto objetivo de protección de los jóvenes en realidad ocultaba el fin real latente de promover y extender un sistema punitivo de control de los jóvenes de las clases trabajadoras urbanas. Este sistema punitivo terminó siendo mucho más arbitrario que el propio sistema penal de adultos al quedar “desatado” de importantes límites legales y constitucionales. Esta advertencia debería recordarse siempre, para desconfiar de todas aquellas propuestas para el derecho penal juvenil que reclaman, en aras de un supuesto “fin educativo” o protector, una relativización de los derechos y garantías penales, materiales y procesales, propias del Estado Liberal de Derecho. Al respecto: Platt, A. *The Child Savers. The Invention of Delinquency*. New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers University Press, 2009. En este mismo sentido Gaylin, W. et al. *Doing Good. The Limits of Benevolence*. New York. 1978. Estos últimos autores destacan como la práctica de beneficencia institucionalizada es una mezcla de ayuda y control social, en que los límites entre una y otra actividad se difuminan.

⁴⁶⁵ El derecho penal juvenil del período nacional-socialista alemán es un claro ejemplo histórico de la utilización de este criterio. Formalmente existía una ley penal juvenil, donde se planteaba una forma de responsabilidad penal diferente para todos los jóvenes ubicados entre los 12 y los 18 años de edad. En la práctica, sin embargo, dicha ley se aplicaba solamente a los “miembros del pueblo alemán”, cuya pertenencia se fijaba según criterios de “pureza racial”. Los jóvenes judíos, polacos y gitanos ubicados en el mismo rango etario antes mencionado, debido a su raza, debían ser juzgados como adultos o, incluso, debían ser juzgados bajo los criterios más gravosos establecidos en las ordenanzas policiales. Así, Meier/ Rössner/Schöch, *Op.Cit.*, pp. 38-40; Ostendorf, H. *Jugendstrafrecht*, Baden-Baden, 2007 S. 49, Rn. 16; Streng, F., *Jugendstrafrecht*, Heidelberg, UTB, 2007, p. 21; Eisenberg, U. *Jugendgerichtsgesetz: Kommentar*, München, 2007, §3, Rn. 3. El mismo criterio se utiliza en las leyes antimaras de países centroamericanos como Honduras y El Salvador. En esos países se considera como personas de menor rango a aquellos jóvenes con ciertos atributos físicos como tatuajes, o que

diferenciación subyacente.

(4.) Otra respuesta indicará que todo depende de la gravedad de las acciones. Los jóvenes deben ser responsabilizados penalmente de igual o diferente manera a los adultos dependiendo de que hayan cometido una acción delictiva calificada como grave⁴⁶⁶. Si la acción es grave deben ser tratados como adultos. **A cada quien según [la gravedad de] sus obras**⁴⁶⁷.

(5). Existe también una posición que indica que para responder si procede o no una diferenciación entre la responsabilidad penal de un joven y la de un adulto han de tomarse en cuenta, como base fundamental, ciertos atributos inherentes al sujeto como, por ejemplo la edad o ciertas de sus capacidades psíquicas. En este caso el criterio material de igualdad indica: **A cada quien según sus méritos o atributos inherentes**.

(6.) Finalmente, otros sostendrán, dentro de una lógica exclusivamente legalista, que la decisión de distinguir entre la responsabilidad penal de los jóvenes y la responsabilidad

forman parte de una banda juvenil. Con base en ese criterio se les juzga, mediante una ley especial, de manera más gravosa que a otros jóvenes, e incluso que a los adultos.

⁴⁶⁶ Mediante un concepto de culpabilidad para la medición de la pena (Strafzumessungsschuldbegriff) se pueden formular ciertos criterios o parámetros para medir la gravedad de un ilícito penal (del comportamiento típico y antijurídico). Estos criterios para la medición de la gravedad de un ilícito penal deben aplicarse en sistemas claramente diferenciados de responsabilidad penal y penal juvenil, y no utilizarse para distinguir estas formas de responsabilidad penal. La gravedad de un ilícito no es adecuada para decidir tal diferenciación. Si se afirma que un joven debe ser tratado como un adulto debido a la gravedad del ilícito que cometió se deja de lado todo límite de edad para hacer esa distinción, pero además, se obvian otros atributos inherentes y otras circunstancias materiales que permiten justificar la separación de ambas formas de responsabilidad en el contexto de un derecho penal juvenil basado en la culpabilidad.

⁴⁶⁷ Un ejemplo del uso de este criterio de diferenciación existe en el sistema de justicia de algunos estados de la unión americana. Esta respuesta nace, usualmente, de los arrebatos del discurso de mano dura frente a hechos delictivos de cierta resonancia o difusión social. Tal criterio parece subyacer, en Alemania por ejemplo, en los primitivos alegatos de Kusch para abolir las sanciones penales juveniles porque la “reacción estatal a un delito debería ser percibida como una pena”. Así, Kusch, R. Plädoyer für die Abschaffung der Jugendstrafe, NStZ, Heft 2, 2006, 65 ff.

penal de los adultos se ha confiado a la ley. La ley decide a quienes se trata de la misma manera y a quienes se debe tratar de manera diferenciada en cuanto a su responsabilidad penal. Se supone entonces, que uno debe conformarse con aplicar las distinciones que realiza el derecho positivo acerca de la responsabilidad penal, sin cuestionar su justificación o fundamento. En el fondo de este pensamiento subyace el siguiente criterio: **A cada quien según lo que la ley le atribuye.**

Nos encontramos entonces, con una amplísima diversidad de respuestas frente a la pregunta acerca de cómo tratar la responsabilidad penal de los jóvenes. Todas ellas comparten la misma **estructura lógica** y se diferencian en cuanto al **criterio material de diferenciación** que utilizan para decidir si la responsabilidad penal de los jóvenes debe ser tratada de igual o diferente manera a la de los adultos. Dicho en palabras de Chaim Perelman, se puede decir que todas las respuestas que se han expuesto, tienen en común **una idea formal o abstracta de igualdad y se diferencian porque sostienen distintas ideas de igualdad material**⁴⁶⁸.

La idea formal de igualdad propone, por lo tanto, un trato igual para los iguales y un trato desigual para los desiguales. El concepto formal de igualdad indica **“Lo igual ha de tratarse como igual, lo desigual como desigual”**. Se trata, ni más, ni menos, que de la misma fórmula de la igualdad, expuesta ya desde la Antigüedad clásica por Aristóteles⁴⁶⁹. El postulado formal de igualdad contiene una **norma para el trato igualitario de las personas** y, a la vez, contiene **una norma para el trato diferenciado de las personas. El principio de igualdad también impone el tratamiento desigual de lo diferente.**

Pero para poder decidir un trato igualitario o diferenciado se debe considerar alguna característica material específica de diferenciación, ya que los sujetos siempre comparten algunas características y se diferencian en otras. **Si los sujetos comparten**

⁴⁶⁸ Así, Perelman, Ch. Eine Studie über die Gerechtigkeit, Manchen, C.H. Beck Verlag, 1967, pp.27-29.

⁴⁶⁹ Así, Aristoteles, Die Nikomachische Ethik, Fünftes Buch, V6 (1131a), München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2006: “ Y a decir verdad la igualdad es la misma para lo que y en lo que ella existe. Como se comportan las cosas, así se comportarán también los seres humanos. Si estos no son iguales, no se tendrán tampoco como iguales”. Traducción libre del alemán hecha por el autor.

una característica material esencial X se les debe agrupar en la misma categoría y, por ello, su responsabilidad penal debe ser tratada de la misma manera. Si los sujetos no comparten una característica material esencial X se les debe agrupar en categorías diferentes y, por ello, su responsabilidad penal debe ser tratada de diferente manera.

De un concepto meramente formal de igualdad no se puede obtener una respuesta para la pregunta de si tratar la responsabilidad penal de los jóvenes de igual o de diferente manera a la de los adultos. Para decidir se debe elegir un criterio material de diferenciación. El desacuerdo al respecto surge, justamente, en este punto porque, por un lado, los criterios y características materiales de diferenciación son diversos y antinómicos y, por otro lado, porque para elegir cual característica material considerar se debe utilizar algún **criterio valorativo fundamental** y estos también son variados y pueden diferir y oponerse entre sí.

Según considero, en el contexto de un sistema jurídico penal juvenil, que tiene como criterio valorativo fundamental el principio de culpabilidad, entendido en un sentido personal o real, la característica material de diferenciación adecuada y relevante para decidir entre un trato igual o desigual de la responsabilidad penal de los jóvenes es el grado de desarrollo de ciertas cualidades o atributos psíquicos y de ciertos atributos socioculturales requeridos para poder comprender las normas jurídico-penales y para poder incorporarlas o considerarlas en las propias actuaciones. Así, se puede indicar lo siguiente:

Para comprender las normas penales y actuar conforme a ellas se requieren una serie de atributos psíquicos (cognitivos, de juicio moral, psico-sociales y neurológicos). Dado que los adultos y los jóvenes usualmente difieren en el grado de desarrollo de esos atributos, por lo tanto, ambos grupos de la población deben ser tratados de manera diferenciada en cuanto a su responsabilidad penal. Para ese tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes es necesario un

concepto de culpabilidad cuyo contenido de significado permita fijar y valorar el grado de desarrollo de aquellos atributos.

Existen suficientes datos empírico-científicos, en la psicología evolutiva, en la neurociencia y en algunos enfoques micro-sociológicos que permiten afirmar que entre jóvenes y adultos hay diferencias en el grado de desarrollo de ciertos atributos (cognitivos, del juicio moral, psico-sociales, en el funcionamiento y estructura del cerebro, y socio-culturales) relevantes para comprender las normas penales y para poder integrarlas o considerarlas al actuar. Este criterio fundamental debe complementarse, naturalmente, con el criterio de la edad.

CONCLUSIÓN: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS JÓVENES DEBE SER TRATADA DE DISTINTA MANERA A LA DE LOS ADULTOS.

En una decisión histórica, muy reciente, una de las cortes constitucionales más conservadoras del mundo abolió, finalmente, la pena de muerte para los jóvenes. Me refiero a la Suprema Corte de los Estados Unidos la cual, en marzo de 2005, en el caso *Roper Vrs. Simons*, abolió la pena de muerte para crímenes cometidos por jóvenes con una edad inferior a los 18 años. Para fundamentar su decisión, el voto de mayoría, redactado por el magistrado Kennedy, hizo referencia a algunos de los datos que he citado, obtenidos mediante la investigación neurocientífica más reciente. Dicho de otra manera, lo que hizo la Suprema Corte, mediante la utilización de criterios neurocientíficos, fue indicar que jóvenes y adultos no son iguales y que, por lo tanto, no pueden ser sancionados de la misma manera.

En nuestro país, este mismo argumento puede ser utilizado frente a los embates de una asamblea legislativa que, muchas veces, legisla mediante ocurrencias. **Los jóvenes no son adultos y no deben ser tratados como tales. La investigación psicológica-evolutiva clásica, la investigación psico-evolutiva más reciente, y los más modernos hallazgos de la neurociencia, ofrecen una importante base**

científica para fundamentar la tesis de que para los jóvenes, por lo menos hasta los 18 años de edad, se debe aplicar un estándar de responsabilidad penal diferente al de los adultos.

Como bien se sabe, en el actual estadio del desarrollo jurídico-penal, para poder afirmar la responsabilidad penal de una persona por la comisión de un ilícito, se debe, por un lado, cumplir con **el principio de culpabilidad**, según el cual **nadie puede ser declarado penalmente responsable, ni se le puede imponer una sanción, por la comisión de un ilícito, si no ha actuado culpablemente**⁴⁷⁰ y, por otro lado, se debe determinar si una persona **ha actuado culpablemente al cometer un ilícito**, para lo cual se deben utilizar las categorías de análisis, o sea, los requisitos, que integran **el concepto de culpabilidad penal** .

De modo que, desde mi perspectiva, la posibilidad de realizar un tratamiento diferenciado de la responsabilidad de los jóvenes dependerá tanto de que en el concepto penal juvenil de culpabilidad existan los componentes analíticos necesarios para ello, como también de que el contenido de significado que se les asigne a esos componentes permita fijar y valorar tales diferencias o particularidades materiales, relevantes para la imputación subjetiva de un injusto penal. **Todo dependerá, finalmente, del contenido de significado que se asigne a los componentes de ese concepto**⁴⁷¹ .

⁴⁷⁰ Así, Roxin, C. Strafrecht AT. Band I, München, C.H. Beck Verlag, §19, Rn.1; Schönke-Schröder. Strafgesetzbuch Kommentar, München, C.H. Beck Verlag, 27. Auflage, Vorbem. §§13, Rn 103/104; Läckner-Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar, München, C.H. Beck Verlag, 26. Auflage, Vor §13, Rn 22; Jescheck-Weigend. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Dunckler & Humblot, 5. Auflage, S. 23 ff; Jescheck, H.H. Wandlungen des Strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich, In: Juristische Blätter, 1998, 609 ff.; Wessels-Beulke. Strafrecht Allgemeiner Teil. C.F. Müller Verlag, 38 Aufl, S.138, Rn.396. El **principio de culpabilidad**, entendido de esa manera, es considerado un pilar esencial del Estado de Derecho. Así ha sido reconocido, ampliamente, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, como por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Véase, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional en Alemania: BVerfGE 6, 389; BVerfGE 20, 323; BVerfGE 25,269; BVerfGE 38; BVerfGE 45, 187-272; BVerfGE 90, 145; BVerfGE 95, 96-143. En Costa Rica: Sala Constitucional, voto 7034-96.

⁴⁷¹ Así por ejemplo, el uso del concepto general de capacidad de culpabilidad, con un contenido de significado exclusivamente psiquiátrico-patológico, solo permite considerar enfermedades mentales o graves trastornos de la conciencia, para decidir acerca de la

El principal reparo que se puede formular frente a los conceptos de culpabilidad prescritos para el derecho penal juvenil en Costa Rica, y en menor grado en Alemania, es, precisamente, que con ellos, **ya no se enjuicia la conexión en que se encuentra la acción ilícita con el sujeto joven concreto que la realiza, sino con un parámetro o modelo ideal o abstracto, adultocéntrico, de sujeto.** Según sostengo, esto conlleva una vulneración del principio de igualdad, de conformidad con el cual el concepto de culpabilidad debe permitir que lo desigual sea tratado como desigual, si se consideran los atributos reales requeridos para comprender las normas penales y para actuar conforme a ellas.

No obstante, para entender esto, se requiere que nuestros legisladores y legisladoras, que nuestros jueces y juezas, también hagan uso de todas sus capacidades psíquicas y neurológicas. Confiemos entonces que en su caso, como adultos, todas esas capacidades estén suficientemente desarrolladas y maduras.

[in]capacidad de culpabilidad de los jóvenes acusados de la comisión de un ilícito penal, pero no permite distinguir otros factores que podrían ser relevantes al efecto. Esto sucede en el caso de Costa Rica.

REFLEXIONES NECESARIAS PARA LA SUPERVIVENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

CECILIA SÁNCHEZ ROMERO

Consultora Internacional

Exdirectora del Digesto de Jurisprudencia

ROY MURILLO RODRÍGUEZ

Doctor en Derechos Humanos

Juez de Ejecución de la Pena.

Recibido el 21 de octubre de 2011

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN: En Costa Rica se presenta actualmente toda una serie de propuestas de reforma legal que apuestan a la mayor represión y la restricción de beneficios penitenciarios como fórmula para el control del fenómeno de la inseguridad ciudadana. Este ensayo contiene el análisis de las propuestas de reforma a los beneficios de la Condena Condicional y la Libertad Condicional y realiza un análisis sobre el aval del Poder Judicial a esas iniciativas de ley, la argumentación errónea que se produce en la discusión de Corte Plena, la falta de base empírica y científica en esa discusión y la necesidad de un replanteamiento del tema, reconociendo la base ideológica del asunto, lo mismo que considerando la importancia de los beneficios penitenciarios y el éxito de los programas de reinserción social. Contiene además un llamado de atención sobre el papel del Poder Judicial frente al fenómeno de la inseguridad ciudadana y la adopción de un discurso autoritario que apoya soluciones meramente simbólicas que finalmente no solucionan para nada el crecimiento de los índices de criminalidad y reducen los espacios de libertad. Se señala además la obligación del Estado de Derecho de desarrollar una política criminal respetuosa de los derechos fundamentales y que como propósito fundamental no busque exclusión sino la inclusión del individuo en la comunidad.

PALABRAS CLAVES: Política criminal / Populismo punitivo / Cárcel / Beneficios penitenciarios / Resocialización.

ABSTRACT: Currently, in Costa Rica, there are a series of proposals of legal reforms that are seeking for more repression and restriction of penitentiary benefits, as a method to control the phenomenon of social insecurity. This article contains an analysis of the many different proposals that are looking to modify the benefits of the Conditional Conviction and Conditional Release, as well as an analysis of the endorsement of the Judiciary System over these legal initiatives, the erroneous argumentation that has been generated at the Supreme Court from this debate, the lack of empirical and scientific bases and the need to rethink this issue, acknowledging the ideological basis of this matter; considering the importance the penitentiary benefits have and the success of the social reinsertion programs. It also contains a wake-up call of the role the Judiciary System plays over the phenomenon of social insecurity and the adoption of an authoritarian discourse, that support solutions that are merely symbolic and do not resolve on any level the growth of criminality indexes and that also reduces the areas of liberty. Furthermore, the obligation of the State of Law to develop a criminal policy that is respectful of fundamental rights and, foremost, that pursues inclusion, rather than exclusion of the individual in the community.

KEY WORDS: Criminal politics / Punitive populism / Imprisonment / Penitentiary benefits / Resocialization

Se han presentado recientemente varios sucesos que involucran la intervención de la Corte Suprema de Justicia, sobre los que es urgente una reflexión y un diálogo abierto que convoque a un amplio sector, tanto de la comunidad jurídica como ciudadana.

Se trata de asuntos que involucran una visión de la política criminal que se estima conviene al país, dados los hechos de criminalidad que alarman a los

ciudadanos, quienes razonablemente demandan una intervención eficiente de los actores involucrados.

Frente a estos temas que impactan fuertemente la vigencia del Estado de Derecho, se debe procurar ese diálogo y reflexión, en procura de una actuación cautelosa, sensata y realmente efectiva de las autoridades públicas.

El Estado de Derecho representa para todos los ciudadanos, entre otras cosas, una garantía fundamental de vigencia del respeto a los derechos humanos de todos los intervinientes en un proceso penal, acceso a la justicia como instrumento para resolver conflictos, actuaciones policiales apegadas a los elementales principios de consideración a la dignidad humana, proporcionadas, efectivas, inteligentes, así como una intervención imparcial y objetiva del órgano encargado del ejercicio de la persecución penal, que no debe distinguir donde la ley no distingue cuando investiga la posible comisión de un hecho delictivo, con la independencia suficiente para actuar cuando corresponda frente a cualquier ciudadano, sin temor a represalias, llamadas en privado o investigaciones disciplinarias.

Representa también una apuesta por la aprobación de una política criminal que no maximice el uso de la represión y el encierro carcelario como respuestas a la conflictividad⁴⁷² toda vez que la libertad es un bien prioritario en este sistema y solo excepcionalmente se justifica su restricción⁴⁷³.

Se reafirma un Estado de Derecho cuando hace de la persona humana el centro de su quehacer, cuando equilibra el uso de las sanciones, aplica el principio de humanidad que impone el respeto de la dignificación de las personas, cuando potencia la confianza en ellas y crea los espacios necesarios para cumplir con los fines de la pena, derivados del marco constitucional y legal.

472 Normas de derecho internacional establecen la obligación del Estado de procurar medidas alternativas a la prisión a través de mecanismos que permitan atender el conflicto social y al mismo tiempo fomenten en el ciudadano su sentido de responsabilidad para con la sociedad. Ese es el objetivo fundamental de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), adoptadas en Asamblea General de Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1990.

473 Sobre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales como vínculos sustanciales de legitimación de toda acción estatal, FERRAJOLI, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 94 y sgts, o *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006. p. 17 y sgts.

En esa dirección, debemos referirnos, en primer término a las reformas propuestas a los artículos del Código Penal, vinculados con el beneficio de condena de ejecución condicional⁴⁷⁴ y la libertad condicional⁴⁷⁵, sobre todo a partir de las decisiones que por mayoría adoptó la Corte Plena, respaldando las iniciativas de ley presentadas en la Asamblea Legislativa.

Quedan pendientes una reflexión sobre la necesidad de repensar la posición institucional del Ministerio Público y otra relacionada con los límites indispensables de la actuación policial en sus operativos.

El eje central del planteamiento apunta a un tema de clara naturaleza ideológica, vinculado al evidente abandono del modelo democrático. No se trata de simples reformas o adiciones al sistema normativo. Nos enfrentamos a una propuesta que se viene imponiendo con fuerza en el discurso y la práctica jurídica, que se inclina por la mera represión y el encierro como arma principal, en el contexto de un modelo económico neoliberal, que sacrifica la inversión social, provoca un acelerado proceso de exclusión y acude al endurecimiento de las sanciones y las limitaciones a los beneficios penitenciarios como respuesta a la conflictividad que el propio sistema genera.

1.- LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS: UNA APUESTA NECESARIA POR LA CONFIANZA EN EL SER HUMANO

474 Nos referimos al Proyecto presentado ante la Asamblea Legislativa, tramitado en expediente N° 17489, una iniciativa del Movimiento Libertario: Modificación del artículo 59 del Código Penal para variar las reglas para otorgar la ejecución condicional de la pena. La Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico en sesión ordinaria N° 11 del 29 de septiembre del 2011 dispuso el archivo del proyecto sin embargo del referido acuerdo se desprende el interés de las fuerzas políticas por procurar posteriormente una nueva propuesta y restringir para ciertos delitos el beneficio.

475 Expediente N° 17490, Modificación de los artículos 64, 65 y 67 del Código Penal para modificar los requisitos por los cuales se puede otorgar la Libertad Condicional. Por acuerdo de la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, esta iniciativa legal sigue en trámite, convocándose conforme el acuerdo del 29 de septiembre del 2011 a audiencia a representantes del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia y Paz.

Si la resocialización es el principio rector de la ejecución penal, como lo indican las normas supraleales de Derecho Internacional⁴⁷⁶ y lo señala la Sala Constitucional (con algunos matices retribucionistas desafortunados) entonces la humanización de la acción punitiva y su carácter esperanzador con la aplicación de ciertos beneficios penitenciarios resultan trascendentales.

Estos instrumentos se convierten en mecanismos de motivación que procuran activar los resortes de la voluntad del condenado, al brindarle la esperanza de una salida anticipada, en el caso de la libertad condicional, cuyo logro exige de su parte una actitud proactiva y participación responsable en los procesos de atención que se le brinden⁴⁷⁷.

Si la finalidad de la pena es la reinserción, en un Estado que apuesta por la libertad, resulta irracional la restricción de los beneficios cuando se trata de sujetos sin antecedentes penales que demuestran voluntad, compromiso y la aceptación de pautas de conducta adecuadas a las normas que rigen la convivencia social.

Resulta entonces preocupante que la propuesta de reforma al artículo 65 del Código Penal, que pretende mayores restricciones en los requisitos para conceder la libertad condicional, recibiera el aval de la mayoría de los señores magistrados de la Corte Plena.

El proyecto de Ley propone la reforma del instituto de la libertad condicional, estableciendo que solo puede solicitarla quien haya cumplido las tres cuartas partes de la pena, en lugar de la mitad como lo dispone actualmente el artículo 64 del Código Penal. También se propone la improcedencia de la libertad condicional independientemente del cumplimiento de los requisitos de ley, si la persona ha sido condenada por determinados delitos (reforma al artículo 65); y que el beneficio pueda revocarse si el condenado comete un nuevo hecho punible aunque la condena

476 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 5 inciso 6. Sala Constitucional, entre otros, votos N° 6829-93 del 24 de diciembre de 1993 y N° 672-97 del 31 de enero de 1997.

477 Sobre los beneficios penitenciarios, su naturaleza y fundamento: BUENO ARÚS, F., "Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes", en CEREZO MIR, J y otros (editores), El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López, Granada, Comares, 1999, pp. 567 y sgts. SANZ DELGADO, E., Regresar antes: Los Beneficios Penitenciarios, Madrid, Ministerio del Interior, 2007.

por éste último sea inferior a seis meses como actualmente se contempla en el artículo 67 del Código Penal.

Los argumentos esbozados por la mayoría de los magistrados para apoyar el proyecto se pueden sintetizar así⁴⁷⁸:

- El Poder Judicial debe apostar y promover una política criminal de mayor represión para brindar seguridad ciudadana y no se trata de una discusión de temas relacionados con la criminología o la finalidad resocializadora de la pena.
- Se apuesta por la exclusión de la condena condicional y la libertad condicional por tipo de delito.
- Existe la idea de que se reconoce un derecho a delinquir por primera vez y ese mensaje debe ser desvirtuado, además de que los beneficios en esta materia son generadores de reincidencia.
- Las penas se cumplen reduciendo el tercio de la condena y sobre ese monto reducido la autoridad administrativa establece la media pena. El descuento por trabajo (artículo 55 del Código Penal) es nefasto.
- El régimen de confianza se puede dar comenzando a descontar la pena y esto es inconveniente.

Preocupante resulta que los argumentos utilizados para fundar estas conclusiones no correspondan a la realidad, se confunda los institutos y se niegue el carácter ideológico de la discusión.

Sin lugar a dudas, lo que está en el centro de la polémica es definir si el país va a seguir apostando a la prisión como respuesta a la conflictividad social y entonces, para evadir el tema de sus verdaderas causas, le hacemos creer a la ciudadanía que, efectivamente el Poder Judicial está aportando su contribución al tema de la seguridad ciudadana, dando luz verde a la limitación de beneficios penitenciarios, cuando lo cierto es que estos más bien contribuyen en buena medida a descomprimir el saturado

478 El informe desfavorable a las referidas propuestas legales realizado por el Magistrado Arroyo Gutiérrez, la discusión al respecto y los argumentos y acuerdo favorable de las propuestas legales están accesibles en el acuerdo de la Corte Plena del Poder Judicial, sesión Nº 24 del 18 de julio del 2011, artículos XVIII y XIX. www.poder-judicial.go.cr/secretaria

sistema penitenciario, permitiendo el no ingreso o egreso de personas que han demostrado con su conducta posterior al delito que se puede confiar en ellas, que se les puede brindar una oportunidad de no ir a prisión en algunos casos (beneficio de ejecución condicional) o regresar antes para cumplir la pena en la comunidad (libertad condicional), porque se han comportado como merecedoras de confianza y se visualiza en ellos un buen futuro.

Como señala el profesor García Valdez “un encierro sin esperanza de más pronto retorno a la vida libre es estéril”.⁴⁷⁹

¿Por qué engañar a los ciudadanos haciéndoles creer que el sistema penal es el único que va a poder dar respuesta a la conflictividad social?. ¿Podríamos afirmar que es “nefasta” la autorización legal para incentivar al privado de libertad a estudiar o formar hábitos de trabajo y procurarse un futuro mejor?

“Hay un reclamo de la opinión pública por la seguridad ciudadana y ese reclamo debe atenderse”, se argumentó en Corte Plena, como una de las razones para aprobar lo propuesto en el proyecto de reforma.

¿Qué estudios de realidad, qué datos estadísticos acompañaron la decisión de validar una propuesta cuyo fundamento no pasa de ser un recurso retórico a un tema de campaña electoral que pretendió atraer al votante ofreciendo mano dura y represión para garantizar seguridad?

¿Cuál es la cuota de responsabilidad del Poder Judicial en el tema de la seguridad ciudadana? Porque si asumimos que es darle respuesta al clamor ciudadano, por más legítimo que este sea, definitivamente el rumbo se habrá perdido y entonces sí que entonaremos el réquiem por el Estado de Derecho.

Veamos por qué los argumentos esbozados no corresponden a la realidad: La fijación del plazo para el disfrute del beneficio a $\frac{3}{4}$ es una medida sin sustento científico, no aporta ninguna solución, por el contrario, solo produce el incremento sin sentido del encierro. Si una persona al cumplir la mitad de la pena acredita tener condiciones personales y sociales adecuadas para cumplir la sanción bajo una modalidad abierta, qué sentido tiene retenerlo más?

479 “Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del Siglo XIX y principios del XX”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LIV, 2001, pp. 27-42.

De conformidad con las normas internacionales, la prisión no se justifica por sí misma sino en la medida que permita atender al individuo y darle insumos para aprender a vivir en sociedad.⁴⁸⁰

No tiene sentido la restricción propuesta, pues es claro que el beneficio únicamente rige para privados de libertad primarios y se exige toda una serie de requisitos (capacidad de auto crítica y comprensión de la responsabilidad penal y social, empatía con las víctimas, uso provechoso del periodo de reclusión, buena conducta, respuesta positiva a la intervención técnica, proyecto de egreso viable, apoyo familiar, oferta laboral, etc.).

Los beneficios no rigen en forma automática. No es cierto que la media pena se establezca descontando el tercio del abono ni que el año carcelario sea de ocho meses como se expresó en la discusión producida en Corte Plena. Desde 1994 se reformó el artículo 55 del Código Penal y a partir de esa fecha durante la primera mitad de la pena no hay descuento por trabajo, de tal forma que el denominado descuento del 2x1 ahora ha pasado a un 5x1 toda vez que durante la primera mitad no hay descuento y la segunda mitad se cumple con solo un tercio de descuento si se labora todo el periodo correspondiente, da tal forma que con los abonos legales en promedio una pena de un año de prisión se cumpliría mínimo con diez meses de reclusión. Por su parte la determinación de la media pena no es competencia de la autoridad penitenciaria sino un presupuesto legal que determina el juzgador y al efecto salvo que exista preventiva y se haya laborado durante la misma, nunca se considera el abono legal del artículo 55 del Código Penal toda vez que dicho beneficio tal y como se señaló, a partir de la reforma de 1994, no rige durante la primera mitad de la sanción.

La libertad condicional no opera en forma indiscriminada. Solo rige para sujetos primarios -sin antecedentes penales superiores a seis meses- y su uso por parte de la autoridad jurisdiccional es restrictivo. Así se demuestra estadísticamente. En el año 2010 de un promedio de 10137 personas privadas de libertad bajo la modalidad institucional solo a 186 se les otorgó este beneficio, lo que representa un 1.8% del total

480 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, regla 58.

institucionalizado⁴⁸¹. En ese mismo año, según lo informa el Poder Judicial en estadísticas publicadas en el periódico La Nación, el pasado 24 de agosto del 2011, por ejemplo en el Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela -Circuito Judicial con mayor circulante en la materia en virtud de la cantidad de recintos carcelarios bajo su jurisdicción- de 413 solicitudes de libertad condicional solo se otorgaron 109, lo que evidencia que en ese circuito más de un 70% de las solicitudes son rechazadas.

No es cierto que la población penal pueda disfrutar rápidamente de un régimen de confianza, ya que conforme al Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, ningún privado de libertad antes de haber cumplido el tercio de la pena -período de seguridad- puede pasar a un régimen diferente al Institucional⁴⁸².

De conformidad con las reglas y normas de Derecho internacional y los principios rectores de un Estado de Derecho, por lo efectos nocivos del encierro y la prisión ya reconocidos, ésta debe ser considerada la última opción.

Tratándose de la Condena de Ejecución Condicional, ésta se autoriza, en algunos casos, solo cuando la persona delinque por primera vez, no se refiere a un hecho grave -tanto que no ameritó una pena mayor de 3 años- y se trata de un sujeto que acredita condiciones personales adecuadas para realizar un proyecto de vida al margen del delito y muestra arrepentimiento.

481 Sistema de Información de Administración Penitenciaria. Ministerio de Justicia y Paz, Departamento de Investigación y Estadística, 2011.

482 Así se establece en el artículo 25 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario: "Valoración y plazos para la revisión del plan de atención técnica y cambio de programa: El equipo técnico interviniente presentará al Consejo Técnico Interdisciplinario el informe que dé cuenta del abordaje brindado a la persona privada de libertad así como de su respuesta al Plan de Atención Técnica, a efecto de realizar las modificaciones que sean necesarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 16. Estas valoraciones se regirán por los siguientes plazos: 1. Para sentencias condenatorias hasta de un año de prisión, el Plan de Atención Técnica se valorará una vez que se haya cumplido el primer tercio de la pena. 2. Para sentencias condenatorias de más de un año y hasta tres años de prisión, la valoración del Plan de Atención Técnica se realizará cada seis meses. 3. Para sentencias condenatorias de más de tres años y hasta doce años de prisión, la valoración del Plan de Atención Técnica se realizará cada año. 4. Para sentencias condenatorias mayores de 12 años de prisión, la valoración del Plan de Atención Técnica se realizará cada dos años. Para este tipo de sentencias, a partir de que reste por descontar tres años de la sentencia, las valoraciones se realizarán anualmente. La valoración técnica podrá incluir recomendaciones ante el Instituto Nacional de Criminología para el cambio de modalidad de custodia y pernoctación, una vez que la persona privada de libertad haya cumplido al menos el primer tercio de la pena total. Si la persona privada de libertad tiene varias sentencias por descontar, el cambio de programa se podrá recomendar hasta que haya cumplido el tercio de la pena total de la última sentencia"

No opera como un beneficio automático y el juzgador puede imponer las condiciones que considere pertinentes. Modificar la ley en sentido contrario, resulta contraproducente pues significa que, aun valorando que la persona en el caso específico puede ser sometida a control, a través de mecanismos menos restrictivos y lesivos, se prefiere el encierro, solo para “responder” a un clamor de mayor seguridad ciudadana, de efecto meramente simbólico.

La exclusión de los beneficios por tipo de delito, es un tema vinculado en forma directa con asuntos criminológicos y específicamente con el tema de la resocialización y la rehabilitación. Esta exclusión es una cuestión arbitraria, es una respuesta demagógica que rompe con la estructura lógica del Código y siembra desconfianza en las decisiones de los jueces -decisiones que en todo caso siempre son controladas por las partes procesales y en caso de disconformidad revisadas por el superior en grado-.

Debe considerarse además que la reforma de ley significaría como consecuencia una restricción en la aplicación de medidas o soluciones alternativas al proceso penal y la restricción también de las posibilidades de egreso para la población penal juvenil.

Frente a este panorama, definitivamente la reflexión se impone, hoy más que nunca se requiere de cautela para evitar que las respuestas simbólicas puedan franquear las barreras de la democracia y el discurso autoritario se termine por oficializar, sobre todo utilizando argumentos que no corresponden a la realidad.

La libertad, la esperanza y confianza en el ser humano deben ser el rumbo a seguir en las políticas estatales, particularmente en materia penitenciaria.

BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARÚS, F., “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes”, en CEREZO MIR, J y otros (editores), El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López, Granada, Comares, 1999.

FERRAJOLI, L., *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

GARCÍA VALDÉS, C; “Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del Siglo XIX y principios del XX”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LIV, Madrid, 2001.

SANZ DELGADO, E., *Regresar antes: Los Beneficios Penitenciarios*, Madrid, 2007, Ministerio del Interior, Madrid.

EL HACINAMIENTO CARCELARIO Y SUS CONSECUENCIAS

ODILIE ROBLES ESCOBAR

Defensora Pública de Ejecución de la Pena,

actual Jueza de Ejecución de la Pena

I Circuito Judicial San José Costa Rica

Recibido el 21 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. El hacinamiento carcelario es una realidad que azota hoy, más que nunca, a los sistemas carcelarios latinoamericanos, de los cuales Costa Rica no es la excepción. Una y otra vez se reportan eventos violentos en los establecimientos penitenciarios, en los cuales no sólo privados de libertad han sufrido las consecuencias y hasta perdido la vida en estos disturbios, además pueden contarse entre las víctimas funcionarios penitenciarios, y de seguridad.

Pero el efecto del hacinamiento trasciende los eventos violentos, también se plasma en cualquier acto cotidiano, aquello que para cualquier ciudadano podría ser algo tan sencillo como acudir a una cita médica, tener un espacio para dormir, un lugar adecuado para satisfacer necesidades fisiológicas, degustar un segundo plato de comida e inclusive estudiar, para quienes habitan los centros carcelarios, se torna harto dificultoso e inclusive hasta arriesgado; así sin temor a equivocación la vida corre más peligro al interior de prisión que fuera de ella.

La violación a los derechos humanos de las personas privadas de libertad se ha tornado frecuente, pero se considera más grave la apatía de quienes, por mandato constitucional, les corresponde ofrecer soluciones acertadas en procura del resguardo a los derechos de toda la ciudadanía, inclusive las personas privadas de libertad.

Especial vigencia ha cobrado por lo tanto la búsqueda de soluciones para afrontar la demanda, cada vez más creciente de la población penitenciaria y la oferta constituida no sólo por instalaciones carcelarias deficientes y precarias sino también por un cuerpo técnico y de seguridad el cual no da abasto ante la multiplicidad de

funciones y de administrados. Si bien la construcción de más cárceles no debería constituirse en la principal respuesta ante la problemática del hacinamiento carcelario tampoco correspondería desecharla por completo o bien suponerla como la única, sino más bien juntamente procurar respuestas integrales emanadas de todos los sectores que conforman el Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: privados de libertad, derechos fundamentales, hacinamiento carcelario, violencia

ABSTRACT: Prison overcrowding is a reality, striking today, more than ever, the American prison systems, of which Costa Rica is no exception. Again and again violent events are reported in prisons, where not only inmates have suffered and even died at these disturbances, but correctional and security officers can be counted as victims as well.

But the effects of overcrowding transcend these violent events, it is also reflected in day to day activities, that can be considered easy to any other citizen, as going to a medical appointment, having a place to sleep, a place suitable for physiological needs, tasting a second plate of food and even studying; to those who live in the penitentiary system, these activities can become extremely difficult, moreover risky, and without fear of mistake, life in prison is more at danger inside of it than outside.

The violation of human rights of detainees has become frequent, but the apathy of those who, by constitutional mandate, are responsible to offer successful solutions in pursuit of safeguarding the rights of all citizens, including persons that have been deprived of liberty, is much worse.

The search for solutions to meet the ever-increasing prison population's demand and the offer, constituted not only by poor and precarious prison facilities, but also by a technical and security staff, which cannot cope with the multiplicity of functions of the administered, has become important. If well building more prisons should not become the principle response to the problem of prison overcrowding, it can neither be discarded, nor assumed that it is the only one; we must seek together integrated responses from all the sectors that conform a State of Law.

KEYWORDS: inmates, fundamental rights, prison overcrowding, violence.

DEFINICIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS UTILIZADOS EN EL TEXTO

Dirección General de Adaptación Social (para efectos del presente artículo “**Adaptación Social**”): Según Ley N. 4762 del 08 de mayo de 1971, artículo 03 es un órgano dependiente del Ministerio de Justicia encargado de administrar todo el sistema penitenciario costarricense.

Derechos Humanos: Pedro Nikken los define como: “...derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos...” (citado por AGUILAR H,2009)

Hacinamiento Carcelario: acumulación o amontonamiento de personas en el sistema carcelario considerado excesivo en relación con la capacidad máxima de los establecimientos penitenciarios.

Ministerio de Justicia: órgano que forma parte del Poder Ejecutivo, además ostenta la jerarquía máxima en la Administración del Sistema Penitenciario costarricense.

Modelo eficientista: modelo de justicia penal endurecida, que procura la aplicación a ultranza de la normativa represiva, ya sea por medio de sentencias condenatorias o bien la afectación directa a la libertad de las personas.

Modelo panóptico: surge a principios del siglo XIX como una propuesta a la arquitectura del control social cuyo fundamento consistía en la ubicación de las personas en celdas individuales y aisladas, ubicadas en forma circular sobre las cuales se podía ejercer la vigilancia por parte de un solo guardián el cual, a su vez no podía ser visto por las personas vigiladas, “el ojo que todo lo ve”.

Plan de Desarrollo Institucional (PDI): documento surgido en el seno del Ministerio de Justicia costarricense aproximadamente en 1993 bajo la administración de la entonces ministra de justicia Elizabeth Odio, el cual marca el fin de la aplicación el sistema progresivo y la puesta en marcha de un modelo dirigido hacia la atención integral de la población privada de libertad marcada por la protección a los derechos humanos y la

responsabilidad individual de los infractores penales

Política Criminal: conjunto de acciones organizadas por parte del Estado, encausadas a afrontar el fenómeno del delito, las cuales se concretan desde la observación y estudio del fenómeno hasta la construcción de estrategias a partir de esta observación. La política criminal se constituye en una parte de la gran gama de las políticas sociales del Estado.

Sistema Progresivo: modelo de administración de la población sentenciada aplicado en la década de los ochenta en Costa Rica, el cual proponía una incorporación paulatina de la persona encarcelada a la sociedad, debiendo aprobar diferentes niveles de contención, desde Máxima Seguridad hasta los Centros de Confianza o Semi libertad.

Violencia: según la organización Mundial de la Salud violencia es "...un fenómeno que se expresa a través de múltiples manifestaciones, cuyos significados varían históricamente dependiendo del momento y del contexto en que se produce, implica acciones u omisiones donde personas, grupos, instituciones o Estados, utilizan un nivel excesivo de fuerza y poder..."

INTRODUCCIÓN

Las cien Reglas de Brasilia, en su capítulo preliminar, establecen que la población privada de libertad se encuentra en estado de vulnerabilidad, y esto fundamentalmente por la misma situación de dependencia surgida entre esta población en particular y la Administración Penitenciaria, así, la persona privada de libertad se torna en un mero objeto de las políticas penitenciarias las cuales se encuentran estrechamente vinculadas con las políticas criminales del momento.

La cultura de encierro promocionada por políticas criminales represivas, fundamentadas en el modelo eficientista, tiene una repercusión directa en el sistema carcelario y ello por cuanto este último se constituye en el depósito contenedor del producto de la ejecución de estas políticas el cual consiste en más personas privadas de libertad, siendo por lo tanto que esta efervescencia, hoy día experimentada, ha colmado y sobrepasado la capacidad de este depósito (los Centros penitenciarios). El

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales ha llegado a denunciar que:

“...El sistema de justicia penal, la policía y las cárceles se han visto sobrepasados en lo que se presumía debía ser su respuesta, y la sensación de impunidad ha incrementado el apoyo a las respuestas violentas por parte de la población y de la policía y ha generado una demanda de mayor severidad en las penas...” (CLACSO, 2001).

El hacinamiento constituye un tema prioritario para el Derecho Internacional y específicamente en materia de Derechos Humanos, los cuales proscriben de manera tajante al hacinamiento, y esto no se constituye en una posición antojadiza por cuanto las consecuencias del mismo son múltiples y altamente negativas, para efectos del desarrollo de este tema se consideran las más importantes: el crecimiento de la violencia, violación a derechos fundamentales y el tratamiento de índole paliativo ofrecido por parte de la administración de justicia, todos ellos desarrollados a continuación.

A.-¿EXISTE RELACIÓN ENTRE EL CRECIMIENTO DE LA VIOLENCIA EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS Y EL HACINAMIENTO?

Múltiples estudios sociológicos demuestran como la violencia es un fenómeno propio de la interacción humana, sobre este punto se ha concluido que “...la violencia, en sus diferentes manifestaciones y con su intensidad variable, ha sido una constante en la historia de la humanidad, incluyendo la tendencia a utilizarla como contraviolencia...” (HERNANDEZ, 2001), y si a esta convivencia social se le agrega el hecho de ser forzada y patológica como lo es el medio sobrepoblado carcelario, es de esperarse la superlativización de este fenómeno.

Rosa del Olmo en su artículo: ¿Por qué el actual silencio carcelario?, concluye que: “Esta condición de hacinamiento es responsable del incremento tan frecuente de informes sobre motines, rebeliones, muertes, métodos infrahumanos de alimentación y contaminación del virus del SIDA, todo lo cual constituye graves violaciones tanto a las

Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso de las Naciones Unidas como a los Derechos Humanos...” (Del Olmo, Rosa, 2002). La violencia generada en las prisiones se ve empeorada cuando las mismas rebasan su capacidad, no es extraño escuchar cómo el luchar por un espacio vital le ha costado la vida a no pocas personas privadas de libertad. Debe tenerse presente que la infraestructura no marcha al ritmo del crecimiento de la población carcelaria de nuestro país, frecuente es observar como espacios dedicados, en un principio para otras actividades como comedores, gimnasios o bien talleres, han sido “remodelados” para albergar no sólo a cada vez más administrados sino también al personal tanto de la policía penitenciaria como a los funcionarios de la administración carcelaria.

El problema del crecimiento de la violencia en el Sistema Penitenciario como consecuencia del hacinamiento no es un fenómeno exclusivo de nuestro país, ni reciente, sino de toda la región latinoamericana y de más antigüedad; en este sentido una investigación realizada por Ricardo Cana deja en evidencia una realidad impactante de la cual resulta pertinente conocer un extracto:

“...Lima (Perú), 1986, disturbios en tres prisiones de la capital peruana dejan más de 250 muertos. Sao Paulo (Brasil), 1992, un motín carcelario en la Casa de Detención se cobra la vida de 111 personas. Maracaibo (Venezuela), 1994, una revuelta y un posterior incendio en la prisión de Sabaneta se salda con 120 reclusos muertos. San Pedro Sula (Honduras), 2004, otro incendio acaba con la vida de 104 presidiarios. Santo Domingo (República Dominicana), 2005, en un enfrentamiento entre bandas rivales de presos mueren 135 personas. Sao Paulo, mayo de 2006, el crimen organizado y la violencia carcelaria se trasladan a las calles y matan a más de 150 personas, entre ellos más de 60 policías. A principios de este año una pelea entre bandas rivales acaba con la vida de 16 reos en la cárcel de Subirana (Venezuela). Similar secuencia se repite a finales de enero en un motín carcelario iniciado tras una pelea entre un convicto y un policía, que deja 21 muertos en el penal de Apanteos (El Salvador)...Estas son sólo algunas cifras ...que sirven para reflejar la grave crisis carcelaria que se vive en toda

Latinoamérica. Una constante que se repite anualmente desde hace tres décadas, con un número de víctimas variable...” (CANA, 2009).

Las malas condiciones en las plantas físicas carcelarias, y la falta de interés por parte del gobierno por mejorarla, no han sido beneficiosas para la población privada de libertad, la cifras de cada módulo carcelario se han disparado en cuestión de meses, superándose, en algunos establecimientos, hasta por cientos cada mes; agrega Cana que “...el hacinamiento, las malas condiciones de vida, las luchas internas entre bandas...son varios de los causantes de la grave crisis carcelaria que azota América Latina...” (CANA, 2009). Es innegable por lo tanto la relación existente entre hacinamiento y violencia, constituyéndose esta última en el evidente reflejo o consecuencia de la situación real de las condiciones de vida en los centros penitenciarios, sin embargo se considera que la “falta de voluntad política” ha tornado a la violencia carcelaria en una constante.

Se ha llegado a denominar la situación carcelaria como una “...historia masiva de violación a los derechos de las personas privadas de libertad...” (Equipo Nizkor y Derechos Human Rights, 2005), a lo anterior se agrega que “El considerar a la población delincuente como enferma y peligrosa, permite que se convierta en una población aún más vulnerable y susceptible de violaciones sistemáticas de sus derechos humanos...”(Equipo Nizkor y Derechos Human Rights, 2005). Sin embargo, no sólo la violencia entre los privados de libertad es consecuencia del hacinamiento, con relación a este tema un par de juezas salvadoreñas, estudiantes de la maestría de Administración de Justicia en Centroamérica, Panamá y El Caribe, impartido en la Universidad Nacional Campus Universitario Omar Dengo, concluyeron: “No escapa a los operadores del sistema que la sobrepoblación carcelaria existe a nivel de Latinoamérica y que en la gran mayoría de los Centros Penitenciarios existe hacinamiento...hay que tomar en cuenta...la violencia física no sólo entre los mismos Privados de Libertad, sino de los custodios hacia ellos, quienes los maltratan no sólo físicamente sino también de forma psicológica, puede llegarse al extremo de no solo causar lesiones sino hasta pérdida de la vida...” (CHOCHO RAMÍREZ, 2007).

¿Podría asegurarse si existe más riesgo de morir dentro o fuera de prisión?,

investigaciones a nivel internacional han llegado al siguiente hallazgo: "...los homicidios y suicidios al interior de las prisiones latinoamericanas ocurren en una proporción mayor que en la vida en libertad, se calcula que hasta en una proporción de 25 a 8 veces mayor...", en otras palabras existe más probabilidad de morir en forma violenta al interior de prisión que fuera de ella. (Equipo Nizkor y Derechos Human Rights, 2005).

En el caso de Costa Rica, el sistema penitenciario ha sufrido cambios importantes en sus políticas criminales y su ideología organizacional; el paso del Sistema circunférico, replicando el modelo panóptico propuesto por Jeremiah Bentham materializado en la otrora Penitenciaría Central, pasando a la creación de la Cárcel "La Reforma", cuyo iniciativa se fundamentó en el modelo del Sistema Progresivo (caracterizado por la motivación dirigida al privado de libertad con el fin de favorecer su regreso paulatino a la vida en libertad,), para luego evolucionar hacia la ideología que estimuló la redacción del Plan de Desarrollo Institucional dirigido básicamente a un sistema convivencial en el cual se intentó superar la noción denominada como "modelo ortopedista o correctivo" (AGUILAR HERRERA, 2009)⁴⁸³ "brindar a la persona privada de libertad herramientas para la convivencia y retorno a la vida en libertad"⁴⁸⁴.

Hoy día es evidente que las condiciones de la población privada de libertad no se ha constituido en un tema rentable políticamente hablando, por cuanto la respuesta y el esfuerzo, cuando los hay, se orientan a la construcción de más cárceles y fortalecimiento de persecución penal; ejemplo evidente de lo anterior lo constituye la construcción en el año 2005 del ámbito E del Centro de Atención Institucional La Reforma (denominado en el argot carcelario como Máxima Nueva), sin considerar siquiera en una mejora parcial de los Centros Penitenciarios que ya existían, hoy día tanto este ámbito como los restantes se encuentran en estado deplorable⁴⁸⁵. Las

⁴⁸³ Sobre el modelo progresivo, la autora Gabriela Aguilar expone que el mismo "...concebía la resocialización del sujeto como la consecución de una serie de pasos, producto de los cuales, resultaba su óptima reincorporación al medio social..." (AGUILAR HERRERA, 2009).

⁴⁸⁴ Este modelo intenta cambios radicales incluyendo la nomenclatura, abandonando conceptos evocadores del delito como enfermedad –semejante al trato brindado en "...instituciones psiquiátricas u hospitalarias...", por ejemplo "...privados de libertad en vez de internos...". (AGUILAR HERRERA, 2009).

⁴⁸⁵ Personeros del Sistema penitenciario aseguran que el ámbito B de Reforma es totalmente inseguro al carecer de varilla de construcción, el ámbito F de Reforma ha sido declarado

condiciones de vida de las personas privadas de libertad generaron el crecimiento implacable de la violencia intracarcelaria, manifestándose en peleas de bandos, intentos de fuga con saldos mortales tanto de privados de libertad como funcionarios penitenciarios, suicidios, homicidios etc.

El día 12 de noviembre del 2009, se publicaba en “Seguridad Ciudadana en las Américas” que nuestro país para el año 2008 se encontraba registrando la tasa más alta de homicidios de la historia, por cuanto la violencia se ha incrementado, pese a que en el 2007, por cada 100.00 habitantes se reportaban 08 homicidios, ya para el año 2008 por cada 100.000 habitantes se registraban 11⁴⁸⁶ (Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2009). Siendo el homicidio el delito más grave, cuyo índice deja ver el grado de violencia acaecido en un lugar y un momento en particular, es menester analizar este fenómeno al considerar la violencia intracarcelaria.

Entre los meses de agosto, setiembre y octubre del año 2009, semanalmente se reportaron muertes violentas en los Centros Penitenciarios, entrevista realizada al Dr. Amado Nocedo, médico cirujano destacado en la Clínica del Centro de Atención Institucional Reforma, con experiencia de más de dieciocho años de servicio en Adaptación Social, da testimonio del aumento de la violencia en dicho centro penitenciario tanto en muertos como lesionados producto de riñas por el tema de la droga o bien cobro de dinero: “...El número de muertes violentas ha aumentado, agresiones con arma blanca por problemas relacionados con drogas y deudas, los suicidios han disminuido. Varios funcionarios han sido agredidos...de los Centros penitenciarios del sistema Carcelario el Centro de Atención Institucional Reforma es el más violento...”⁴⁸⁷ (NOCEDO, 2009). Debe agregarse que el entrevistado actualmente se encuentra ubicado en emergencias de la Clínica Reforma, por ello la información rendida deja ver un panorama bastante realista sobre la situación de la violencia entre

inhabitable por parte de la Sala Constitucional, entre algunos ejemplos. (conferencia sobre el SIDA en el Sistema Penitenciario brindada el día 06 de noviembre del 2009).

⁴⁸⁶ Información también encontrada en el XV informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, el cual además muestra que para este mismo momento, existe un evidente deterioro de la calidad de vida costarricense en aspectos sociales de suma importancia como educación, salud y trabajo, además crecimiento de las brechas sociales.

⁴⁸⁷ Leer en anexos entrevista completa al Dr. Amado Nocedo.

la población privada de libertad, la cual ha trascendido a los mismos funcionarios.

B.-EFECTO DEL HACINAMIENTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD

Las cárceles costarricenses no poseen la infraestructura necesaria para albergar a una población cuyo crecimiento es acelerado, como ya se ha adelantado en líneas precedentes, las malas condiciones de las cárceles promueve la violencia, sin embargo esta no es la única consecuencia, los derechos fundamentales también se ven menoscabados.

Las reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, misma debidamente ratificada por parte de nuestro país, contiene una serie de requisitos mínimos que deben ser exigidos en los Centros de detención, sin embargo este instrumento internacional es violentado una y otra vez, con la completa indiferencia e inoperancia del Estado.

La convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 5.2 establece que: "...Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008), sin embargo se dilucida por parte del Dr. Florentín Meléndez, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos , sobre el antagonismo latente con la realidad de las cárceles latinoamericanas, (específicamente sobre el numeral 5.2 citado) manifiesta: "... Esta es, por supuesto una afirmación que encuentra un profundo contraste con las realidades que estamos verificando en las prisiones de América Latina, que demuestran que no es precisamente el control de las autoridades penitenciarias el que se ejerce en los centros de detención, sino que el control de parte de los mismos internos...establecimientos carcelarios de alta peligrosidad..." (MELÉNDEZ, 2006).

En el informe 2002-2003 de la Defensoría de los Habitantes, con relación a la sobrepoblación se expuso que "...Espacios para comedor y patios internos se han utilizado como dormitorios, con el agravante de que algunos de estos espacios no poseen servicios sanitarios, por lo que durante la noche los privados de libertad utilizan

recipientes plásticos para realizar sus necesidades fisiológicas, con lo cual se violentan sus derechos...” (Defensoría de los habitantes, 2003). Esta situación al día de hoy persiste, el informe de esta misma entidad de los años 2007-2008 establece que: “...Para la Defensoría de los Habitantes las condiciones de sobrepoblación y hacinamiento en los Centros de Atención Institucional del Sistema Penitenciario Costarricense constituye un trato cruel, inhumano y degradante en la medida que dichas condiciones producen afectaciones en los derechos de las personas privadas de libertad y atentan contra su dignidad humana...En el caso del centro de Atención Institucional Pérez Zeledón se constató que los privados de libertad allí ubicados fueron lesionados en su derecho a la salud, a la recreación y al acercamiento familiar, entre otros aspectos...”. (Defensoría de los habitantes, 2008).

Con relación a inspecciones realizadas por parte de la Defensoría a ámbitos de alta contención del CAI Reforma, se constató que: “...las celdas y la infraestructura en general se encuentran sumamente deterioradas, la instalación eléctrica es deficiente, a tal grado que los privados de libertad han tenido que amarrar cables eléctricos en forma empírica para obtener luz artificial, con el peligro que ello conlleva. Las personas privadas de libertad se quejaron de los servicios sanitarios estilo turco, los cuales permanecen con malos olores y genera incomodidad y problemas para las personas enfermas...” (Defensoría de los habitantes, 2008), realidad persistente al día de hoy.

El hacinamiento ha atentado contra la calidad de vida de los privados de libertad, derechos básicos vinculados con el derecho a la vida como el derecho a la salud, y todos los servicios relacionados con este derecho como atención médica, nutrición, recreación, higiene; además el derecho a la intimidad y a la dignidad humana entre otros han sido lesionados de forma flagrante.

Se han tornado normales las estrategias para ajustar el presupuesto asignado para alimentación relacionado con el número de personas privadas de libertad, simplemente con la reducción del tamaño de las raciones y del tipo de alimentos ofrecidos. En este sentido el Dr. Nocedo esclarece lo siguiente: “...La alimentación esta mala, por supuesto este es un problema que únicamente puede ser resuelto a nivel Central, (refiriéndose a las jerarquías), los hospitalizados, los que han recibido cirugías en la boca, no tienen nada nutritivo para comer más que chayote y agua; los diabéticos,

hipertensos, enfermos por el VIH, tuberculosos, enfermos terminales y pacientes con cáncer, no reciben una dieta acorde con cada uno de sus padecimientos, sino más bien una dieta genérica poco nutritiva...”⁴⁸⁸ (NOCEDO, 2009).

En cuanto a los servicios médicos, también se ha priorizado de tal forma que personas con dolencias no constitutivas de “emergencia”, son relegadas a la espera, dando como resultado la agravación de estas dolencias y por consiguiente el colapso en la atención de emergencias.

Es muy normal la utilización de espacios destinados a otros fines para albergar a los privados de libertad, o bien para ser utilizados como celdas de prevención, a manera de ilustración en visita carcelaria realizada por parte de la Unidad de Ejecución de la Pena de la Defensa Pública de Alajuela el día 17 de noviembre 2009, una vez más se pudo constatar la utilización de los denominados “locutorios”⁴⁸⁹ como “Celdas de Prevención”⁴⁹⁰, albergando a dos varones de edad mediana, quienes informaron entre otras vejaciones el tener que orinar en botellas por cuanto este espacio carece de servicio sanitario, además de prácticamente permanecer acostados o de pie, por cuanto se trata de un espacio muy reducido; en dicha ubicación ambos privados de libertad llevaban varios días.

En un artículo dedicado a la condición de las personas privadas de libertad en Latinoamérica, se recalca como las condiciones de hacinamiento contienen un efecto impactante en el encierro de las mujeres: “...La pena privativa de libertad es en sí misma violenta, pero para las mujeres se convierte en un ámbito especialmente discriminador y opresivo...El estudio puso en evidencia la insuficiencia de políticas sociales y penitenciarias y el generalizado incumplimiento de estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad...ausencia de perspectiva de género...” (CEJIL, 2008). El acceso a la justicia no

⁴⁸⁸ Ver entrevista con el Dr. Nocedo en anexos.

⁴⁸⁹ Los conocidos “locutorios”, se constituyen en espacios destinados a la visita especializada a la población privada de libertad -como por ejemplo asesoría legal o diplomática- y cuyas dimensiones son muy reducidas, no aptas para albergar a un ser humano adulto de contextura promedio

⁴⁹⁰ Este tipo de Celdas son utilizadas en casos de emergencia cuando se justifique el aislamiento de una persona en aras de salvaguardar su integridad física, dichas celdas deben reunir características especiales y llenar requisitos, dependiendo de su duración, la ubicación deberá ser aprobada por el Juez de Ejecución de la Pena.

es fácil para la persona privada de libertad anotándose que: "...Es también importante destacar la absoluta indefensión jurídica de los/as presos/as frente a los abusos y violaciones de derechos humanos provocados por funcionarios penitenciarios..." (CEJIL, 2008).

El periódico la Nación, del día 18 de febrero del 2008, publicó un artículo denominado: "Cárceles se deterioran por abandono estatal", en el cual se deja ver, en forma somera el estado deplorable de la generalidad de las cárceles nacionales evidenciando las condiciones insalubres de las mismas: "...Paredes con huecos, instalaciones eléctricas abandonadas, tanques sépticos en mal estado, colmados de ratas y cucarachas...El escenario es el mismo en varias cárceles del país...Desde el 2005, el Ministerio de Salud ha girado órdenes sanitarias para reparar estructuras en las cárceles de la Reforma, en San Rafael de Alajuela, Sandoval, en Limón, y el Buen Pastor en Desamparados, incluso los reos han interpuesto recursos de amparo por problemas de hacinamiento, escasez de agua potable y plagas..." (La Nación, 2008).

¿Acaso la condición de las cárceles ha variado?, la respuesta es desalentadora, en resolución de recurso de amparo interpuesto por un privado de libertad del ámbito D del CAI Reforma, la Sala Constitucional resuelve en el voto 2009-002785, de las dieciséis horas y treinta y cinco minutos del veinte de febrero del dos mil nueve, de la siguiente forma:

"...los internos en un centro de reclusión, a pesar de ver restringidos algunos de sus derechos, principalmente el atinente a su libertad de tránsito, siempre gozan de la tutela que merecen sus derechos fundamentales por su condición de seres humanos. De esta manera, se ha postulado que si el Estado, cumpliendo con una función pública como lo es el velar por la seguridad ciudadana, aísla y priva de su libertad a personas que han infringido la ley, o bien, se encuentran privadas de su libertad por existir una probabilidad razonable de haber cometido un ilícito, debe hacerlo dentro del marco del respeto a los derechos humanos, como se ha comprometido...el tribunal constata que efectivamente existe una deficiencia en cuanto a los servicios sanitarios del ámbito, lo que les impide disfrutar de lo que la Sala

considera como servicios básicos que deben estar a disposición de todo privado de libertad. La persistencia de suciedad, malos olores, plagas, etc., condiciona negativamente la conducta humana; en el caso de los privados de libertad y del personal penitenciario, conduce a la degradación...”. (la cursiva es propia).

El Tribunal Constitucional reconoce en forma clara el efecto del hacinamiento no sólo en perjuicio de las personas privadas de libertad, sino también en perjuicio de los funcionarios penitenciarios, quienes a su vez se ven afectados el servicio brindado hacia las personas encarceladas, y estas últimas nuevamente sufren la inoperancia del sistema materializándose las palabras enunciadas hace más de una década: “...donde hay hacinamiento, donde tenemos sobrepoblación, donde tenemos condiciones casi inhumanas, humedad, poca iluminación etc., entonces lógicamente esto va a aumentar y va afectar directamente al funcionario como también a sus usuarios, en este caso son los presos...” (PORRAS MORA, 1997).

Hoy día, existen lugares de detención en los cuales no se cuenta siquiera con un lugar donde ingerir los alimentos, ni mobiliario idóneo para eso, la Sala Constitucional, en cuanto a este punto concluyó que no es excusa suficiente de la Administración Penitenciaria justificar sus carencias por una falta de previsión institucional, o bien por la ausencia de modificaciones realizadas a la infraestructura, en este sentido se estableció: “...de ninguna manera se le podría permitir al recurrido evadirse de su obligación de implementar un área de comedor donde los privados de libertad puedan consumir sus alimentos en condiciones de higiene y salubridad...”.

Es irrefutable como el hacinamiento provoca una violación flagrante de los derechos fundamentales de los privados de libertad, los cuales si bien han sido reconocidos por la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense, no ha logrado contener esta problemática, y prueba de ello se evidencia en las líneas publicadas el día 09 de octubre del 2009 en el periódico regional La Nación: “...Estamos frente a una verdadera emergencia y debemos tomar medidas inmediatas”, advirtió ayer el ministro de Justicia, Hernando París. El funcionario precisó que hasta ayer había 660 presidiarios de más, situación que, de continuar, podría hacer colapsar

el sistema penitenciario nacional...Es algo muy peligroso porque se llegaría a situaciones muy difíciles, incluso violatorias a los derechos humanos...” (La Nación, 2009).

¿De dónde proviene la sobrepoblación?, es necesario recordar que el Poder Judicial tiene una injerencia importante en este tema, entonces ¿cuál ha sido la respuesta de la administración de justicia?, a continuación se desarrollará.

C.- RESPUESTA BRINDADA POR PARTE DEL PODER JUDICIAL PARA TRATAR LA PROBLEMÁTICA DEL HACINAMIENTO, CUÁL HA SIDO SU EFECTO, NECESIDAD DE SOLUCIONES INTEGRALES

En cuanto a la relación del Poder Judicial y el hacinamiento carcelario, no existen opiniones unívocas, por un lado se considera que el hacinamiento es un fenómeno fuera de la competencia del Poder Judicial, así lo expone un periódico uruguayo: “...El tema carcelario es espeluznante, pero el Poder Judicial no tiene demasiadas posibilidades porque se trata de un problema locativo de las cárceles donde no tiene injerencia. Hay una tendencia mundial de aumento de población carcelaria...la solución que todos los países han adoptado...es la construcción de más establecimientos carcelarios...” (CHEDIAK, 2009). Sin embargo, respetuosamente se considera esta posición como poco acertada, lo anterior por cuanto sí existe una relación directa del Poder Judicial con las políticas criminales, cuyo resultado, como ya se expuso, se refleja en las cárceles. En cuanto a este punto la ministra Uruguaya del Interior, Daisy Tourné ya se ha pronunciado enfáticamente sobre el tema del hacinamiento carcelario con estas palabras: “...Tenemos que terminar con el tiempo de no hacernos cargo de los problemas que nos competen a todos y a la Justicia también...”. (La República, 2007).

El Poder Judicial se encuentra en una posición determinante, lo anterior teniendo en cuenta al Estado costarricense y su división tripartita del Poder siendo el Poder Judicial uno de ellos juntamente con el Legislativo y el Ejecutivo. Hoy día el discurso político en procura de la “seguridad ciudadana”, ha provocado un énfasis represivo en estas políticas, “...se han recrudecido las normas en materia penal mediante la

superposición de figuras que atienden a la misma conducta delictiva...”. (CEJIL, 2008)

Según opinión del Ministro de Justicia del gobierno del Dr. Pacheco, José Miguel Villalobos, el problema del hacinamiento carcelario se encontraba vinculado con las políticas adoptadas por parte del Poder Judicial, por ello no era de extrañar cómo propugnaba sobre la “despolitización” de las elecciones de los magistrados y además criticó vehementemente la ingerencia del INCAE⁴⁹¹ en el nombramiento de magistrados. Manifiesta el señor Miguel Villalobos que “...la cárcel es un mal necesario que no cura ni rehabilita, pero no puede desaparecer porque algunas personas requieren ser separadas de la sociedad...” (Semana Universidad, 2002).

Las frases anteriores nos dejan ver primeramente la influencia política palpable en el Poder Judicial, la cual obviamente atenta contra el principio de independencia de los poderes de la República, y la visión (un tanto inclinada a la defensa social), para justificar la permanencia de la institución carcelaria dentro del sistema penal.

No puede obviarse como, sobre el tema “hacinamiento carcelario”, este poder de la República ha formulado estrategias para afrontarlo; por ejemplo se han ordenado medidas correctivas sobre hacinamiento, sin embargo estas soluciones pecan de ser un tanto paliativas y pasajeras por cuanto la población carcelaria sigue aumentando, una muestra de ello data del año 2006 en el cual el Poder judicial, en el acta 01-07, rinde un informe sobre las medidas correctivas sobre hacinamiento estableciendo que “...Se informa también que las medidas correctivas sobre hacinamiento carcelario han dado resultados positivos en CAI de Cartago, no obstante se inició nuevo incidente de medida correctiva al constatar esta autoridad que se ha incrementado la población penal en dicho Centro...” (Poder Judicial, 2007).

Leyes de reciente creación como la ley de protección a testigos o bien las reformas del Código Procesal Penal con relación a los delitos en flagrancia, Ley de Penalización de la Violencia contra la mujer, Ley de tránsito, han disparado los índices de la población detenida en calidad de indiciada gracias al uso más frecuente de la prisión preventiva; por otro lado la penalización de cada vez más conductas provocan

⁴⁹¹ Este tipo de Celdas son utilizadas en casos de emergencia cuando se justifique el aislamiento de una persona en aras de salvaguardar su integridad física, dichas celdas deben reunir características especiales y llenar requisitos, dependiendo de su duración, la ubicación deberá ser aprobada por el Juez de Ejecución de la Pena.

más gente sentenciada, y la disminución en la concesión de beneficios penitenciarios provocan un índice acumulativo muy importante, cuya solución se ha centrado en la construcción de más cárceles. El director del ILANUD, Elías Carranza expone: "...es muy común leer o escuchar la afirmación errónea de que se utiliza poco la prisión y que debería utilizársela más. La realidad indica que hay un uso notoriamente creciente de la prisión, tanto preventiva como con carácter de pena. ..." (CARRANZA, 2003)

Es evidente la intervención judicial en todos los aspectos antes descritos, y siendo que corresponde al Poder Judicial la Administración de Justicia, y con ello ser el garante de los derechos de las personas privadas de libertad, definitivamente su participación para abordar el problema del hacinamiento debe ser más activa.

En entrevista realizada al actual Ministro de Justicia, Hernando París, este manifestó: "...La parte buena de esto pareciera que el combate contra el crimen y la actuación de los Tribunales de Justicia está siendo efectiva, pero por otro lado la cara de la moneda es que el sistema penitenciario en consecuencia recibe una gran cantidad de privados de libertad que en el pasado no recibía, y para lo cual no estaba previsto, es decir, no se habían previsto los espacios...invertimos en jueces, invertimos en policías, invertimos en sistema de seguridad, en patrullas, etc., pero nos damos cuenta que la otra parte de todo este esfuerzo a favor de la seguridad es que día a día crece la población penitenciaria..." (PARÍS, 2009).

Se le preguntó al Ministro de Justicia sobre la construcción de más cárceles tomando en consideración que, sobre las actuales instalaciones, existen quejas constantes y reclamos ante la Sala Constitucional, en forma evasiva don Hernando se refirió únicamente a lo siguiente: "...en agosto de este año tuve una reunión con el Presidente de la Corte, Luis Paulino Mora y él me planteó que tenían varios meses que no les estaban recibiendo indiciados, al hablar yo con el Director de adaptación social día a día me explica que es que las cárceles están colapsadas y comenzamos con todo este esfuerzo..." (PARÍS, 2009).

Los juzgados de Ejecución de la pena han intentado abordar el problema ordenando medidas correctivas para aquellos centros hacinados, ejemplos de ello lo constituyen las medidas tomadas por el Juzgado de ejecución de la Pena de Cartago, y de Limón, 2009. Pero ¿Qué sucede con los privados de libertad?; en el caso de

Cartago, varias personas sentenciadas fueron reubicadas en otros Centros Penales, en su mayoría Centro de Atención Institucional Reforma, un Centro Penitenciario ya de por sí también hacinado; situación similar se operó en el caso del Centro de Atención Institucional Sandoval de Limón; por ello únicamente ordenar el cierre de un centro penitenciario en poco resuelve el hacinamiento si tan sólo se limita a un traslado de la problemática a otro centro penitenciario, en otras palabras según reza en la sabiduría popular: “se tapa un santo para destapar el otro”.

A lo anterior se agrega otra situación con relación a las órdenes jurisdiccionales, cualquier medida correctiva ordenada por el órgano jurisdiccional y desobedecida por la administración se constituye en una conducta típica antijurídica y culpable por Desobediencia a la Autoridad, sin embargo la realidad es otra, cuando existe incumplimiento de la Administración Penitenciaria y se denuncia ante el Ministerio Público, este último casi de inmediato desestima la causa penal, lo mismo ocurre con las resoluciones emanadas de la Sala Constitucional, la cual carece de un órgano que obligue a ejecutar las órdenes emanadas de sus resoluciones, por lo tanto las soluciones se plasman únicamente en el papel, denotándose la impunidad y creando un ambiente de frustración en los directamente perjudicados, los privados de libertad.

¿Cuáles son las propuestas más recientes por el Consejo de Gobierno para tratar el tema del hacinamiento carcelario? La respuesta del Ministro de Justicia es el reflejo de una realidad existente no sólo en nuestro territorio sino en el resto de Latinoamérica: “la construcción de más cárceles”, y la reubicación de las personas “privadas de libertad”, de ninguna forma se consideran respuestas integrales, máxime teniendo presente que el aumento de personas privadas de libertad hace “...imposible para los países cumplir con el desafío, a pesar de los grandes esfuerzos que en algunos casos se realizan...”. (CARRANZA, 2003). Con base en lo anterior el Dr. Nocedo atinadamente agregaba que se han realizado esfuerzos en las diferentes administraciones para suplir las necesidades de la población privada de libertad, pero no van de la mano con la falta de mantenimiento y el crecimiento de la población encarcelada. (NOCEDO, 2009).

Don Elías Carranza expone que “Un indicador muy importante sobre las políticas y funcionamiento de la justicia penal en cualquier país del mundo es el sistema

penitenciario, cuyas estadísticas –a pesar de sus imperfecciones- son el dato más sólido y verificable que puede obtenerse de los sistemas de justicia penal... Nuestras políticas criminológicas y nuestros sistemas de justicia penal están centrados en la pena de prisión” (CARRANZA, 2003).

D- RESPUESTAS INTEGRALES

En conversación sostenida con el señor Ronald Herrera, Director del Centro de Atención Institucional La Reforma, se expuso que por parte del Ministerio de Justicia se están buscando soluciones integrales y procurando la participación activa de los jefes del Poder Judicial. “...no puede dejarse de lado que al final de cuentas, las personas encarceladas son remitidas al sistema penitenciario por parte del Poder Judicial...” (HERRERA, 2009); deja ver el señor Herrera que existe conciencia del problema del hacinamiento y que las respuestas no pueden ir dirigidas únicamente a la represión

Es evidente que, hasta el día de hoy, las soluciones brindadas al hacinamiento, básicamente dirigidas a la construcción de más cárceles no ha sido idónea, como así lo plantea Elías Carranza: “...resolver el problema de la sobrepoblación penitenciaria construyendo más cárceles es entrar en un círculo vicioso, por cuanto la experiencia indica que al corto tiempo las nuevas cárceles se encuentran también sobrepobladas, y ello exige mayor construcción, y así indefinidamente...” (CARRANZA, 2003)

Sin embargo, el presente demanda soluciones prontas al problema del hacinamiento, ello por cuanto (como ya se expuso) se constituye en una violación masiva de los derechos fundamentales de tanto personas privadas de libertad como del personal que les atiende⁴⁹²; la solución dirigida a la construcción de más cárceles no puede ser relegada del todo, y debe ser analizada con el fin de atender a la población que actualmente se encuentra tras los muros de la prisión⁴⁹³, sin embargo esta

⁴⁹² No es aceptable que con el fin de procurar la “no impunidad”, la Justicia llegue a perpetrar conductas que ella misma persigue, esto con la violación flagrante de derechos humanos provocada al encerrar a personas en un medio hacinado, con un menor espacio vital. (CARRANZA, 2003).

⁴⁹³ Con relación a la construcción de más cárceles, don Elías no recomienda inclinarse por

solución debe ser complementada con otras que vengan a aminorar el crecimiento desmedido de esta población.

Para ello es necesario la implementación de políticas criminales integrales, con el fin de procurar una reducción del uso de la prisión, para ello definitivamente debe existir una contracorriente legislativa dirigida a los ámbitos, penal, procesal y de ejecución de las sentencias, tal y como lo propone el ILANUD:

1-Ámbito Penal: Relegar la pena de prisión a aquellos casos que verdaderamente lo ameriten, procurando la estimulación y efectiva utilización de sanciones no privativas de libertad, en este sentido el Poder Legislativo tendría que participar activamente en coordinación con el Judicial.

2-Ámbito Procesal Penal: Debe considerarse la utilización con más frecuencia de las soluciones alternativas del conflicto como “la suspensión del proceso a prueba”, “la conciliación”, “principios de oportunidad reglados etc.”, en cuanto a este aspecto el Poder Judicial, tanto sus órganos jurisdiccionales como auxiliares de justicia – específicamente el Ministerio Público-, deberían estimular la utilización cada vez más frecuente de estas figuras y no restringirla, como al presente acontece, reasignándole a la prisión preventiva el carácter excepcional, recuérdese que todas estas figuras existen en nuestra legislación, pero su uso es cada vez menos frecuente.

3-Ámbito de Ejecución de las sanciones: Es necesaria la participación de los órganos jurisdiccionales encargados como el Juez de Ejecución de la Pena y la Administración Penitenciaria, “...facilitando el acceso a la libertad condicional, al trabajo extramuros, a los regímenes de confianza,...” (CARRANZA, 2003), orientados a estimular el retorno del privado de libertad a la sociedad y procurando alargar el tiempo de privación de libertad en forma innecesaria.

No puede perderse de vista que las políticas criminales a su vez forman parte del conglomerado de las políticas sociales, por lo tanto no pueden ser ajenas a la realidad social, es evidente que aquellas regiones en las cuales se goza de una adecuada “justicia social” ostenta a su vez un bajo índice de delincuencia, y por lo tanto sin

grandes complejos carcelarios o bien alejados de las poblaciones ello por cuanto, además de perderse del todo el trato humano hacia las personas privadas de libertad, se propicia el alejamiento de sus vínculos familiares o afectivos, debilitamiento de su contacto con el afuera. (CARRANZA, 2003).

problemas de hacinamiento carcelario; contrario sensu, los países con políticas sociales estimulantes del crecimiento de las brechas sociales, muestran un alto grado de frustración y violencia, situación palpable en América Latina. ILANUD nos muestra que “...entre 1980 y 1999 la población urbana en situación de pobreza...se duplicó, creciendo de un total cercano a 63 millones a una cifra que supera los 130 millones...en términos absolutos el número de latinoamericanos y caribeños en situación de pobreza es hoy más alto que nunca: 224 millones...” (CARRANZA, 2003), cifra que sin duda, según informe de CEPAL 2009, aunque se ha reducido a 189 millones, no deja de ser una cifra alarmante. Copia del gráfico Cepal⁴⁹⁴.

Es claro que la respuesta a la problemática del hacinamiento debe ser reencausada hacia estrategias integrales, en las cuales los tres poderes de la República, incluyendo al Judicial, participen de manera activa juntamente con la sociedad y así brindar los insumos necesarios en procura de la reinserción social del individuo encarcelado; el depósito en el cual se ha convertido la prisión debe ser reestructurado, preparando al individuo allí ubicado para su egreso y no dificultándolo; debe disminuirse el crecimiento desmedido de los índices de personas privadas de libertad, buscando y estimulando opciones alternativas a la prisión no inhibiéndolas, por todo esto es necesario un cambio de mentalidad, un nuevo discurso político por parte de quienes detentan el poder. Sin embargo pareciera que el futuro no es muy halagüeño, máxime si se consideran las consignas de la reciente campaña electoral dirigidas a “suprimir la alcahuetería y la delincuencia”, “guerra contra el hampa”, “tolerancia cero”; por lo tanto la opinión crítica y el debate son necesarios en la búsqueda por superar los desaciertos que, como el hacinamiento carcelario, corroen al Estado Social de Derecho.

⁴⁹⁴ Según información publicada el viernes 20 de noviembre del 2009, “...especialistas de la CEPAL confirmaron que la pobreza en Costa Rica pudo ser de hasta 28% en vez del 18% actual, de no haber sido por los programas sociales implementados por el Poder Ejecutivo...” (Navégalo noticias, 2009). Sin embargo no puede dejarse de lado que lo único demostrado fue el no haberse cumplido un pronóstico negativo, las brechas sociales siguen existiendo, la pobreza en Costa Rica no bajó su porcentaje, y aunque registró un aumento leve del 2008 al 2009 de la indigencia en 2%, los programas sociales no han logrado el ansiado descenso de estos índices (Redacción 180, 2009).

CONCLUSIÓN:

Como bien se expuso, el hacinamiento carcelario no sólo es el resultado del aumento de las conductas penalizadas, de las penas, disminución de los beneficios penitenciarios entre otros, sino también se constituye en una causa muy importante de violación flagrante de los derechos humanos y las garantías constitucionales, no sólo de las personas privadas de libertad, sino también de los funcionarios tanto administrativos como judiciales vinculados con el sistema penitenciario; es por lo tanto el fiel reflejo del peligroso retroceso hacia etapas superadas típicas de modelos absolutistas.

Puede observarse que el tema en cuestión ha sido abordado por organismos de derecho internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emanando de esta entidad jurisprudencia relevante en cuanto a los estándares internacionales obligatorios para los Estados miembros, sin embargo el fenómeno del hacinamiento carcelario se niega a desaparecer, y todo lo contrario se está gestando un crecimiento desmedido.

Costa Rica, al igual que los demás países de la región, ha intentado afrontar la problemática del hacinamiento carcelario, sin embargo las respuestas se dirigen a la Construcción de más centros penitenciarios, e inclusive se ha considerado la reapertura de la isla de San Lucas⁴⁹⁵, una prueba más de la miopía política negadora de brindar una respuesta integral a la problemática carcelaria y sobre todo la tendencia a considerar a la población penitenciaria como algo que debe ser alejado de la sociedad para con ello protegerse. Sin embargo no es necesario regresar a San Lucas para denotar la desidia Estatal por abordar el tema en estudio desde sus orígenes, gestados en la misma sociedad.

La construcción de más cárceles como la única respuesta al hacinamiento carcelario se constituye en una respuesta de emergencia y cortoplacista, por cuanto la afluencia de personas encarceladas es mayor; se requiere por lo tanto soluciones integrales, disminución de la represión y fortalecimiento de la prevención, además considerar a la política criminal como parte de un todo denominado la política social y

⁴⁹⁵ Proyecto de Ley denominado centro Penitenciario San Lucas, expediente N. 15.540, del ex diputado Juan José Vargas Fallas.

no únicamente en lo concerniente a lo penal.

Urge un abandono de la mediatización de la violencia y un retorno hacia la protección del Estado Social de Derecho, un análisis científico del fenómeno delincencial y la desaceleración del “furor legiferante” estimulado por el mal llamado “clamor popular” en el cual el Poder legislativo funge un papel determinante, la promoción de soluciones alternativas a la prisión, y el acceso a beneficios penitenciarios comprenden estrategias vinculadas tanto al Poder Judicial como al Poder Ejecutivo; todo lo anterior nos demuestra que el hacinamiento carcelario es responsabilidad de todos los sectores que conforman el Estado Costarricense, no solamente del Ministerio de Justicia, por lo tanto sus soluciones asimismo deben emanar.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR HERRERA, G. (2009). *Ejecución de la Pena, derecho penal de adultos* (1 ed.). Alajuela: texto inédito.

CANA, R. (16 de setiembre de 2009). *Revista de Periodismo Preventivo*. Recuperado el 19 de noviembre de 2009, de ippai.info/index.php?option=com...task...

CARRANZA, E. (mayo de 2003). *Política Criminal y Penitenciaria en América Latina y el Caribe*. Recuperado el 25 de noviembre de 2009, de <http://www.ij.derecho.ucr.ac.cr>

CEJIL. (2008). *La Gaceta de CEJIL*. Recuperado el 21 de noviembre de 2009, de <http://www.cejil.org>

CHEDIAK, J. (13 de setiembre de 2009). *El País, portal digital*. Recuperado el 23 de noviembre de 2009.

CHOCHO RAMÍREZ, A. S. (marzo de 2007). *Medicina Legal Costa Rica*. Recuperado el 20 de noviembre de 2009, de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?cript=scl_arttex&pId=es&nrm=iso

CLACSO. (setiembre de 2001). *Biblioteca Virtual, Clacso*. Recuperado el 18 de noviembre de 2009, de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Documentos básicos en Materia*

de Derechos Humanos en el sistema Interamericano. San José, Costa Rica: Ministerio de Asuntos exteriores de Noruega.

Defensoría de los habitantes. (2003). *Defensoría de los habitantes*. Recuperado el 21 de noviembre de 2009, de <http://www.dhr.go.cr>-Defensoría de los Habitantes

Defensoría de los habitantes. (2008). *Defensoría de los habitantes*. Recuperado el 21 de noviembre de 2009, de www.dhr.go.cr/informe.html-

Del Olmo, Rosa. (2002). *Red de bibliotecas Virtuales de la red Clacso*. Recuperado el 19 de noviembre de 2009, de <http://www.biblioteca.clacso.edu.ar>

Equipo Nizkor y Derechos Human Rights. (04 de marzo de 2005). *Equipo Kizkor*. Recuperado el 20 de noviembre de 2009, de <http://www.derechos.org/nizkor/honduras/.../porvenir.html>

HERNANDEZ, T. (SEPTIEMBRE de 2001). *Biblioteca virtual CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales)*. Recuperado el 18 de noviembre de 2009, de bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/violencia/hernandez.pdf

HERRERA, R. (24 de noviembre de 2009). Hacinamiento Carcelario. (O. ROBLES ESCOBAR, Entrevistador)

La Nación. (09 de octubre de 2009). *nacion.com*. Recuperado el 22 de noviembre de 2009, de <http://www.nacion.com>

La nación. (18 de febrero de 2008). *La nación.com*. Recuperado el 22 de noviembre de 2009, de <http://www.nacion.com>

La República. (18 de julio de 2007). *LR21*. Recuperado el 24 de noviembre de 2009, de <http://www.larepublica.com.uy>

MELÉNDEZ, F. (Junio de 2006). *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*. Recuperado el 21 de noviembre de 2009, de <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11.554s>

Ministerio de Salud, Organización Panamericana de la Salud y Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, *La violencia social en Costa Rica*. Recuperado el 25 de octubre del 2011, de <http://www.bvs.sa.cr/php/situacion/violencia.pdf>

Navégalo noticias. (20 de noviembre de 2009). *Navégalo.com*. Recuperado el 25 de noviembre de 2009, de <http://www.navegalo.com>

NOCEDO, A. (24 de noviembre de 2009). Violencia intracarcelaria. (O. ROBLES ESCOBAR, Entrevistador)

PARÍS, H. (13 de octubre de 2009). Hacinamiento en los Centros Carcelarios del País. (T. ZAMORA, Entrevistador) San José, Costa Rica.

Poder Judicial. (nueve de enero de 2007). *poder judicial*. Recuperado el 23 de noviembre de 2009, de <http://www.poder.judicial.go.cr>

PORRAS MORA, E. (noviembre de 1997). *Medicina Legal de Costa Rica*. Recuperado el 22 de noviembre de 2009, de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-0015199700020016&script=sci_arttext

Redacción 180. (19 de noviembre de 2009). *180.com*. Recuperado el 25 de noviembre de 2009, de <http://www.180.com.uy-180>

Semanario Universidad. (2002). *Semanario UCR*. Recuperado el 23 de noviembre de 2009, de <http://www.semanario.ucr.ac.cr>

Woodrow Wilson International Center for Scholars. (12 de noviembre de 2009). *Latin American Program*. Recuperado el 20 de noviembre de 2009, de <http://scela.wordpress.com>

ANEXOS:

Entrevista al Doctor Amado Nocedo González, 24 de noviembre del 2009, Emergencias de la Clínica del Centro de Atención Institucional “La Reforma”.

-¿Cuánto tiempo ha estado trabajando para el Sistema Carcelario?

r/ 18 años

-¿Durante todo ese período ha percibido aumento en el número de privados de libertad?

r/ Durante el tiempo que he estado trabajando en el sistema, el número de privados de libertad ha aumentado pero las cárceles no crecen, sin embargo he de decir que se han

realizado arreglos, por ejemplo en Reforma se ha arreglado el pabellón A y B, y se unió en un solo ámbito, además se mejoró el área médica, la Clínica se remodeló y se amplió, inclusive se acondicionó una sala de cirugías, pero al día de hoy todos estos arreglos se han deteriorado, inclusive la sala de cirugías tiene filtraciones y por eso no se puede usar, ese lugar cuenta con un equipo excelente, sin embargo, no se está usando porque no se ha reparado la filtración, esto fue reportado hace años.

-¿Estos esfuerzos van de la mano con el crecimiento de la población penitenciaria?

r/ No van de la mano con el crecimiento de la población. Sí existe semi-hospitalario, sin embargo ese lugar también está en malas condiciones. Máxima vieja definitivamente no se ha tocado (en cuanto a arreglos), Adulto Joven lo separaron de pensiones lo cual fue conveniente.

-¿Han aumentado los episodios violentos entre los privados de libertad?

r/ Sí han aumentado los episodios violentos, los homicidios han tenido sus altas y bajas, últimamente el número de muertes ha aumentado, han llegado con heridas por arma blanca, lesiones muy serias de mucha violencia, heridas en el abdomen, cuello, y demás. Lo anterior según me cuentan por deudas y negocio de drogas. Los suicidios han disminuido pero definitivamente los homicidios han aumentado.

-¿Han sido afectados funcionarios penitenciarios?

r/ Claro que sí, un compañero de nombre Mauricio, el Dr. Wilfred Herrera fue agredido, Mario el psiquiatra fue agredido, un enfermero de nombre Enrique Mena fue atacado con una máquina de escribir. Definitivamente Reforma es un lugar muy violento.

-¿En cuánto a la nutrición recibida en el centro penitenciario, la misma es adecuada?

r/La alimentación está mala, por supuesto esto es un problema a resolver a nivel central. Los que están hospitalizados no tienen nada nutritivo que darles, por ejemplo aquellos que han sido operados de la boca, lo único que les dan es chayote y agua. Los diabéticos, hipertensos, VIH positivo, Tuberculosis, enfermedades terminales, con cáncer; todos ellos no reciben una dieta adecuada, yo puedo poner en el expediente "dieta especial", sin embargo no le brindan una dieta para cada padecimiento, sino una genérica que no les ayuda en nada.

Según estadística del centro de Atención Institucional Reforma, a este momento se han reportado 05 muertos sin embargo estos son los muertos entre semana, los datos de fin de semana no se tienen en esta oficina.

LAS REFORMAS AL CODIGO PENAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS PRISIONES: EL CASO COSTA RICA

*HÉCTOR SÁNCHEZ UREÑA
Defensor Público
Unidad Ejecución de la Pena*

Recibido el 28 de octubre de 2011

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. El Código Penal de Costa Rica promulgado en 1970 ha sufrido al menos 296 reformas producto de 61 leyes diferentes. Si bien las primeras de ellas ocurridas en los años setenta buscaban básicamente su adaptación con el modelo procesal de 1973, a partir de 1994 se suceden una serie de modificaciones dirigidas al endurecimiento de la sanción para algunos delitos, el aumento del límite máximo de la pena de prisión a los cincuenta años y la supresión parcial del descuento por trabajo carcelario. Tales reformas fueron anunciadas en su momento como fórmulas imbatibles para luchar contra la criminalidad, siendo que al día de hoy no han logrado su objetivo declarado, sino que han permitido que el hacinamiento de las prisiones alcance cifras inéditas, un significativo aumento en la violencia intramuros, crecimiento continuo de la tasa de encierro, y en general, un vergonzoso escenario de violación de derechos humanos de la población encarcelada. Además, los cambios implementados suponen una contradicción con los fines de reinserción social que supone la sanción penal. Pese a la indiscutible demostración estadística de la situación y al fracaso de las justificaciones que se dio a cada reforma, la clase política mantiene vigente el discurso y ofrece nuevamente la misma respuesta al problema de la criminalidad, en abandono de un debate que analice de forma objetiva y científica la naturaleza multicausal del fenómeno y su innegable relación con el modelo de producción vigente.

PALABRAS CLAVE. Aumento de penas- Hacinamiento- Derechos Humanos- Reforma Penal- Pena de prisión – Sistema Penitenciario- Prisiones- Reinserción-Costa Rica

ABSTRACT. The Criminal Code of Costa Rica issued in 1970 has suffered at least 296 reforms as a result of 61 different laws. Although the first of these, which occurred in the 1970's, basically sought to adapt to the new procedural model of 1973, starting on 1994 a series of modifications to harden up the sanctions to some of the crimes followed, the increase up to fifty years on the maximum time limit of the sentence of imprisonment and a partial suppression on the discount per prison labor. Such reforms were announced in that moment as unbeatable formulas to fight criminality, although to this date they haven't achieved their pre-defined objective, but instead have permitted overcrowding in jails to reach unprecedented figures, as well as a significant increase in intramural violence, continuous growth of imprisonment rate, and in general, an embarrassing scenario of violation of human rights of the prison population. Furthermore, the changes that were implemented are in contradiction with the purposes of social re-insertion, which is implied in the criminal sanction. In spite of the undisputable statistics that demonstrate the actual situation and the failure of the justifications that were given to each of these reforms, the politicians maintain their current discourse and again offer the same answer to the problematic of criminality, in abandonment of a debate that analyzes the multi-causal nature of the phenomenon and its undeniable relation with the current production model in an objective and scientific way.

KEY WORDS: Increased penalties, overcrowding, Human Rights, criminal reform, imprisonment, penitentiary system, prisons, re-insertion Costa Rica.

INTRODUCCIÓN:

En América Latina existe una tendencia cíclica de mirar hacia los Sistemas de Justicia Penal como espacios de solución de todas las contradicciones y disfunciones sociales. Con mayor o menor intensidad esa práctica va aparejada del "endurecimiento" de la sanción penal -de manera general o específica por delitos- y con la satanización y

defenestración de toda huella de dignidad humana y de garantismo en los modelos procesales.

Costa Rica inició en 1994 un camino -sin retorno visible- de reformas radicales a la ley penal sustantiva, variando de manera significativa las reglas generales de penalización abstracta de los delitos, con aumentos los extremos de sanción de las figuras penales más frecuentes, bajo el mesiánico argumento de acabar con la criminalidad. Hoy, dieciséis años después los cambios no han logrado su objetivo declarado, las reformas de sesgo represivo se han multiplicado, y ya podemos detectar sus efectos en la prisión, único espacio donde han impactado.

El siguiente análisis pretende examinar el significado de las reformas penales del “endurecimiento” en el Sistema Penitenciario, especialmente en relación con los cada vez más desdibujados derechos humanos.

REFLEXION PRELIMINAR: DE LA AUSENCIA DE METODO A LA LEY COMO VERDAD

Toda observación en cuanto al fenómeno en examen resultará inútil sino partimos de dos aspectos fundamentales: la construcción del conocimiento desde el derecho, y su carácter fragmentario.

Sobre el primero de ellos debemos acotar que usualmente la enseñanza del derecho en nuestros países carece de formación metodológica, lamentable divorcio epistemológico que nos lleva una y otra vez a suponer que los argumentos jurídicos en tanto normativos son válidos per se, mito que trasciende el quehacer de juristas y alcanza con lamentable frecuencia las prácticas legislativas, y lo que es peor aún, convence con tremenda facilidad a la opinión pública.

Así, asistimos a construcciones teóricas de dudosa coherencia que apuntaladas desde el poder del discurso político y en el contexto de un desequilibrado o ausente debate, promete con pomposas reformas de ley resolver toda suerte de conflictos, con resultados cada vez más nefastos. Reiteradamente se nos ofrece nuevamente la misma receta, que aceptamos gustosos, con una evidente carencia de memoria histórica de corto plazo y una total ausencia de responsabilidad como sociedad.

El metodólogo mexicano MIGUEL MARTINEZ apunta la necesidad “... de un nuevo paradigma científico, especialmente para el estudio y la comprensión de las realidades típicamente humanas”⁴⁹⁶ -agregamos- para alejarnos de las tendencias pseudopositivistas que pretende validar al derecho desde una inexistente objetividad, y continuamos negando el valor de la experiencia humana cotidiana, a juicio nuestro, el más valioso de los insumos para entender lo que vivimos.

Nos enfrentamos a una discusión que lleva ya más de cien años en las ciencias sociales, la relación método-problema, que en caso concreto de las recientes propuestas de ley en materia represiva, suelen basarse en construcciones etéreas que solo se justifican desde el dogma, y nunca desde la cruda realidad circundante. Siguiendo a Popper⁴⁹⁷, debemos tener una actitud crítica, permanente – y hasta despiadada- en cuanto a las “soluciones” que reiteradamente usamos con etiqueta de definitivas para entender la compleja realidad.

Recordemos que, incluso en las ciencias mal llamadas “exactas” toda verdad es más bien la penúltima, y que todo paradigma científico nace con su propia semilla de muerte. La validez y vigencia de cierta teoría en todos los campos del saber humano dependen más de las relaciones de poder que de sus propios contenidos. La historia de la ciencia –en general- se puede reducir “a la práctica sucesiva de reemplazar una explicación por otra”⁴⁹⁸

Ninguna rama del saber está exenta de esa dinámica: Isaac Newton -físico que no requiere presentación- desde el trono que significaba su cátedra impuso reglas académicas que impedían la discusión sobre la teoría de la radiación de la luz, para asegurar así la imbatibilidad de su ley de la gravitación universal, propuesta que luego se demostró, solo explicaba una pequeña porción del mundo físico, y que lo que menos tenía era casualmente de universal.⁴⁹⁹

El propio Max Planck lo dijo categóricamente: “una nueva verdad científica no triunfa por medio del convencimiento de sus oponentes, haciéndoles ver la luz, sino

496 MARTINEZ (Miguel) Comportamiento humano, México, Editorial Trillas, 1999, p 5.

497 Citado por MARTINEZ, op, cit. p 31

498 MARTINEZ, op, cit. p 13.

499 Ibid, op, cit. p 15.

*más bien, porque dichos oponentes llegan a morir y crece una nueva generación que se familiariza con ella”*⁵⁰⁰

El ejemplo acredita que aún en el mundo de las verdades “absolutas” que suponen las ciencias exactas, existen y existirán juegos de poder; ¿qué diremos entonces del derecho?, donde la retórica⁵⁰¹ juega un papel irremplazable y la construcción de conocimiento lamentablemente sufre de fallas metodológicas de naturaleza geológica.

En cuanto al carácter fragmentario del derecho, no me refiero aquí a la consabida crítica en relación con los bienes jurídicos que dice tutelar, sino más bien a la inverterada característica de los legisladores de vivir de espaldas a la historia propia y ajena, desvinculada de otras formas de entender los fenómenos que pretenden regular, y obviando el conocimiento que surge desde otras ciencias sociales y otras experiencias.

Frente al derecho como norma, las otras visiones se convierten en “*saberes sometidos*” como etiquetó Foulcaut⁵⁰², en esa inevitable jerarquía, olvidando que “*todo saber tiene una colocación, y por lo tanto es parcial*”⁵⁰³.

El fenómeno no es gratuito y que surge por dos razones –que no agotan la explicación–: el innegable vínculo del poder político con el ordenamiento jurídico en su papel instrumental, y la nefasta práctica de negarse el derecho su carácter de ciencia social, lo que le ha permitido –a veces– construcciones de relativa coherencia interna y

500 Citado por **MARTINEZ** p 29.

501 Según **PAZOS** y **GUTIÉRREZ**: “*constituye el arte del dar al lenguaje el matiz necesario para deleitar por medio de la sonoridad, el ritmo y , la cadencia y belleza de las palabras; persuadir o conmover por medio de vocables impactantes y figuras literarias que lleguen a la emoción...*”. **GUTIÉRREZ** (Federico) y **PAZOS** (Ethel) Redacción de sentencias judiciales. San José, Secade, 2010, 1era. Edición.

502 “... *por saberes sometidos debe entenderse toda una serie de saberes calificados como incompetentes, o, insuficientemente elaborados, saberes ingenuos, inferiores jerárquicamente al nivel del conocimiento o de la cientificidad exigida. Y a través de la reaparición de estos saberes bajos como se ha operado la crítica*” **FOULCAUT** (Michel) “Microfísica del Poder”. Ediciones de la Piqueta, Madrid ,1979 p 128.

503 (Braidotti, Braidotti, Rosi. Soggetto nomade. Feminismo e crisi della modernità. Roma:Donzelli, 1995, citado por **ARRIAGA FLÓREZ** (Mercedes) El saber contra el poder: perfomances nómadas, www.escriitorasyescrituras.com/cv/saberpoder.doc, recuperado el 25 de julio de 2010.

hasta técnica, pero en absoluta desvinculación de la historia, la sociología, la criminología, la antropología, la psicología, y la propia experiencia y realidad humana.

Esta separación - legitimada como normal- ha excluido al derecho del proceso de deconstrucción que han vivido otras ciencias sociales y ha permitido a la vez la creación de una suerte de “metodología”⁵⁰⁴ muy particular, que lejos del buen rigor científico, tiende al reduccionismo normativo-represivo como única respuesta en cuanto al problema de la criminalidad.

Dicho esto, esta ponencia busca compartir la visión personal desde la experiencia en Costa Rica en cuanto a la reforma de la ley penal, fenómeno histórico y jurídico que comparte rasgos comunes con otros países de América Latina, y cuyas consecuencias humanas e institucionales son lamentablemente similares en cuanto a sus reiterados fracasos y efectos nefastos en los sistemas de justicia penal, y en el más olvidado de sus espacios: la cárcel. En este caso, partimos de una multiplicidad de sujetos, desde cuyas visiones procuramos construir la nuestra.⁵⁰⁵

DERECHOS HUMANOS Y REFORMAS PENALES EN COSTA RICA

En reciente publicación de ILANUD⁵⁰⁶ se describen lo que a juicio de los funcionarios y funcionarias de los sistemas de justicia penal de América Latina son los cinco problemas principales de los Sistemas Penitenciarios de la Región:

- Ausencia de políticas integrales (criminológicas, de derechos humanos, penitenciarias, de rehabilitación, de género, de justicia penal)
- Hacinamiento carcelario, originado en reducidos presupuestos y en la falta de adecuada infraestructura.

504 Sobre el punto véase **CALSAMIGLIA** (Albert) Introducción a la Ciencia Jurídica, Ariel Derecho, Barcelona, 1988, quien trata con profundidad el problema metodológico en la dogmática jurídica y el derecho en general.

505 En ese sentido véase la interesante propuesta metodológica – inusual en el derecho costarricense- contenida en **QUIROS CAMACHO** (Jenny) Manual de Proceso Penal, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2008, 1ª. edición.

506 **CARRANZA** (Elías) (Coordinador) “Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: cómo implementar el modelo de Derechos y Obligaciones de las Naciones Unidas”, México, Siglo XXI, 2009. Editores ILANUD y otros, p 29.

- Deficiente calidad de la vida en prisiones.
- Insuficiente personal penitenciario, sin adecuada capacitación.
- Falta de programas de capacitación y trabajo para las personas presas.

Un breve repaso por las experiencias latinoamericanas nos lleva fácilmente a reconocer que existen hilos conductores comunes tras ese escenario: el “endurecimiento” de las leyes penales, y una reinterpretación del proceso penal a costas de las garantías del sujeto imputado y de la ciudadanía en general.⁵⁰⁷

Costa Rica presenta una imagen de estado de derecho y democracia respetuosa de Derechos Humanos. Nuestro discurso oficial hace un retrato aséptico que suele ignorar acciones y situaciones ignominiosas que no son consecuentes con el concepto moderno de democracia, donde las nociones tradicionales del ordenamiento hacen agua desde años, en lo que al modelo jurídico de occidente respecta.

Alejados del esquema estrictamente normativo, tomamos de la Teoría Crítica la visión de Derechos Humanos como productos culturales, donde la norma no es más que el resultado de un proceso histórico con distintos protagonistas, según sean los espacios de poder que los propios grupos sociales van alcanzando, en esa eterna tensión de lo hegemónico frente a lo emergente y que se contrapone totalmente al esquema de “generaciones” que usualmente se plantea en las escuelas de derecho.⁵⁰⁸

509

507 Por razones de espacio este trabajo solo apuntará a las reformas del Código Penal, dejando de lado las leyes especiales que crean nuevos delitos, así como el proceso penal en sí, que vio nacer un nuevo modelo en 1996 y que casi de manera simultánea a su entrada en vigencia, sufre de una notoria contrarreforma desde la ley misma y en su aplicación, lo que implicaría una investigación más extensa y compleja.

508 Véase **HERRERA FLORES** (Joaquín) “Los Derechos Humanos como productos culturales”, Madrid, Editorial Catarata, 2005 y **GALLARDO MARTINEZ** (Helio) “Teoría Crítica: Matriz y posibilidad de Derechos Humanos”, David Sánchez Rubio editor, Murcia, España, 2008.

509 Al respecto, el notable pensador chileno- costarricense Helio Gallardo apunta: *“Una concepción sociohistórica de derechos humanos estima que la conflictiva estructura de las formaciones sociales modernas occidentales funciona como matriz de ellos. Esto hace que derechos de cualquier ‘generación’ puedan expresarse en sus sociedades específicas ya como normas judicializadas y culturalmente legitimadas (institucionalización), ya como demandas o expectativas de derechos, ya como virtualidades (como realidades no efectualizadas ni siquiera demandadas pero presentes en las posibilidades de la matriz)”* en <http://heliogallardo->

Si bien reconocemos la distancia que los teóricos críticos marcan con el garantismo, FERRAJOLI⁵¹⁰ apunta que -lejos de la prédica que hemos absorbido desde siempre- una democracia no se mide por la repetición cíclica de la rutina electoral, sino por el cotidiano respeto de los derechos fundamentales de sus habitantes (más allá de ciudadanos) en todos los ámbitos, lo primero - si se quiere- puede ser mampostería.

La más reciente experiencia de “vuelta a la democracia” de los países latinoamericanos luego del caída de los regímenes militares, nos demuestra que la situación de nuestros pueblos sigue siendo lamentable en casi todos los ámbitos, y que los índices de calidad de vida reflejan el verdadero efecto de las nuevas prácticas democráticas.

Por eso resulta necesario cuestionar si una sociedad como la nuestra, suscriptora de los más importantes instrumentos internacionales de Derechos Humanos y que desde lo formal cuenta con abundante material sobre el tema en todo los niveles de su pirámide normativa, supera la prueba en un tema tan concreto como la sanción penal.

La Administración de Justicia es un componente institucional complejo pero a la vez necesario para este tipo de examen, en particular el subsistema de la Justicia Penal, pues en él se revelan y desnudan las verdaderas relaciones entre el discurso de la norma y la vida cotidiana, sobre todo si miramos al último y más olvidado de sus espacios: la cárcel.

SANDOVAL⁵¹¹ se refiere a la disciplina carcelaria como *“la región más oscura y más transparente del poder estatal”*. La frase adquirió celebridad inmediata por la forma precisa en que define no solo a la disciplina sino a ese componente de la institucionalidad. Más oscura porque en ella se perpetran las situaciones más inenarrables de la condición humana, y más transparente porque su dinámica es el verdadero reflejo de las contradicciones de un sistema y de la sociedad que la contiene y justifica, más allá de las formalidades del ordenamiento.

americalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=102&Itemid=9, recuperado el 23 de julio de 2010.

510 **FERRAJOLI** (Luigi) Derechos fundamentales: la ley del más débil. Editorial Trota, Madrid, 1999, p 97.

511 **SANDOVAL HUERTAS** (Emiro) Penología, Parte General, Universidad Externado de Colombia, 1982, p 13.

Además, en una época como la que vivimos, donde el clientelismo electoral y su correlato normativo del populismo penal nos llevan a propuestas legales de perfil estrictamente retribucionista, la afirmación del recordado autor colombiano toma más vigencia, pues en esas condiciones el contexto social legitima y refuerza el rol del sistema de justicia penal en general y de la cárcel en particular, como los únicos espacios donde se “debe” ejercer la lucha y castigo contra el delincuente.⁵¹²

En ese contexto, el infractor penal es un *alieni iuris*, que no tiene nada que ver con el cuerpo social y debe por tanto ser extirpado, en el sentido médico de la palabra, en notable consonancia con el dejo positivista que aún permea nuestro discurso punitivo. Para ello la premisa será negar la humanidad de ese sujeto desde el proceso penal, y permitir que el castigo ocurra en él (su cuerpo, su espíritu, su familia). La referencia a derechos humanos, o a derechos en general, es entonces innecesaria, pues aquellos que habitan ese submundo no serán más sus titulares, el enemigo no tiene derechos.-

Es un escenario de contradicciones, pues la plataforma macro del componente formal normativo (Constitución, Instrumentos Internacionales) aún apunta por el respeto de derechos humanos, pero si nos deslizamos por los contenidos específicos de reciente data en la pirámide normativa, el objetivo es marcadamente represivo, en exclusión del concepto de humanidad, como lo demuestra la saga de reformas legales en lo penal y procesal penal en los últimos quince años.

Lo anterior nos sirve para decir que el Sistema de Justicia Penal será siempre un “*cadáver exquisito*” – al mejor estilo surrealista- en el enfrentamiento de la verdad normativa con la vida cotidiana, para verificar la coherencia o incoherencia de una sociedad en su prédica de derechos humanos, y en ese universo, la cárcel resulta ser sin duda el lugar ideal.

512 *“El miedo al crimen existente en Costa Rica es motivado, en parte, por la inseguridad ciudadana existente, pero, también, agudizado por el tratamiento que les dan los medios de comunicación a las noticias sobre los hechos de la criminalidad común. Esta conjunción de factores ha llevado a un auge del populismo punitivo, entre cuyos actores principales están la prensa amarillista y los políticos, que actúan demagógicamente para mantener su caudal electoral; todo, en una competencia por demostrar cuál es el más duro con los delincuentes.”*
LLOBET RODRIGUEZ (Javier) Auge del populismo punitivo costarricense, en http://www.nacion.com/ln_ee/2009/agosto/13/opinion2057368.html, recuperado el 12 de julio de 2010.

Si bien se reconoce sin duda la crisis del Derecho Penal y su reiterada y absoluta ineficacia para resolver los problemas que el sistema social le endosa, a la fecha no podemos negar que ese componente de la institucionalidad está presente, y que a mediano plazo no se vislumbra una alternativa de reemplazo. En general, el mundo vive más bien una explosión legislativa de penalización de conductas y una fuerte tendencia a la represión como única respuesta al problema de la criminalidad.

UN TEMA EN LA BOCA DE TODOS

La criminalidad genera interés cotidiano. Desde diversos sectores de la opinión pública nacen iniciativas de toda naturaleza que prometen la eliminación definitiva del fenómeno, siendo que las propuestas usualmente giran en torno a la solución represivo-normativa, dejando de lado el análisis de las causas e invisibilizando su relación con el modelo de producción y la distribución de la riqueza.⁵¹³ Sin pretender agotar las causas, no podemos dejar de lado el peso de la narcoactividad (como fenómeno transnacional) que responde en principio a las exigencias de consumo de los países ricos, creando una saga inédita de criminalidad violenta organizada en la región.⁵¹⁴

Así todos los días escuchamos la frase “seguridad ciudadana” como clamor general, sin que se defina claramente su contenido, y se reitera una y otra vez que -en nuestro caso- la mayor presencia policial y el endurecimiento de las penas pondrá fin al problema, opinión que es compartida cada vez con más frecuencia por el ciudadano. Además, resulta común a estas visiones su absoluto desdén por las garantías judiciales de procesado, creando una lógica perversa y no demostrada aún de que los modelos garantistas implican per se impunidad.⁵¹⁵”, y que son además síntoma de debilidad.⁵¹⁶

513 **MELOSSI** (Dario) y **PAVARINI** (Massimo) Cárcel y Fábrica: Los orígenes del Sistema Penitenciario, México, Editorial: Siglo XXI, México, 1988.

514 **CHINCHILLA MIRANDA** (Laura) Seguridad ciudadana y policía en Centroamérica: esfuerzos regionales en marcha, en http://www.ocavi.com/docs_files/file_605.pdf, recuperado el 19 de julio de 2010.

515 “Para un grupo de abogados denominado Jurisís, encabezado por el abogado penalista y ex ministro de Seguridad, Juan Diego Castro, estas cifras son alarmantes y demuestran que en Costa Rica “las víctimas están desprotegidas mientras los criminales gozan de múltiples derechos y beneficios””. Se cita este pasaje, ya que el mencionado abogado es la cabeza más visible de esta postura, al menos en lo que a prensa se refiere. Sus constantes apariciones, la virulencia de sus expresiones y el desconocimiento del público sobre el tema han tenido sus

LAS REFORMAS AL CODIGO PENAL DE 1970: UN MODELO PARA DES-ARMAR

El Código Penal vigente en Costa Rica se emitió mediante ley N° 4573 del 30 de abril de 1970, su redacción se corresponde en lo esencial al Código Penal tipo que circuló en América Latina en la década de 1960, desarrollando básicamente las ideas de Luis Jiménez de Asúa y Sebastián Soler, penalistas que dominaban el ambiente académico de la región en aquellos años. La propia exposición de motivos de esa ley reconoce además la marcada influencia del proyecto que circulaba en Venezuela desde 1967.⁵¹⁷

Se trataba de superar el Código Penal de 1941, considerándose que había sido pensado para una Costa Rica de seiscientos mil habitantes, proyectando los propulsores que para 1980 la población rondaría los tres millones, lo que hacía urgente la creación de un nuevo modelo sustantivo.⁵¹⁸

Además, se indica que el código anterior estaba pensado solo en términos del castigo del delincuente, con características finalistas, olvidando el objetivo principal de volver al sujeto a una conducta legal. Añade el texto que se busca una “moderna

efectos en la opinión pública. Obviamente no recurrimos al simplismo de centrar en él el eje de esa postura, pues se trata de un fenómeno más complejo, pero sirva de ejemplo para mostrar el estado de la discusión. **Impunidad reina en Costa Rica** Fuente <http://www.radiolaprimerisima.com/noticias/21458>, edición 9 de noviembre de 2007.

516 Como resultado de la aprobación de “Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal N° 8720” un diputado señaló al terminar la sesión legislativa: “Luis Barrantes, del Movimiento Libertario y presidente de la Comisión, explicó **que las medidas son más fuertes, aunque no como le hubiese gustado, y que se pretendía quebrar el esquema de los garantistas** de los derechos de los victimarios.” Fuente: <http://www.prensalibre.co.cr/2009/febrero/13/nacionales07.php>. (se aportan las negritas)

517 Así lo desarrolló ampliamente la Exposición de Motivos que acompañó a Código una vez publicado en el diario oficial La Gaceta, N° 257, alcance 120 A de domingo 15 de noviembre de 1970. El citado proyecto venezolano, según se indica, fue redactado igualmente por el profesor. Jiménez de Asúa y José Agustín Méndez, quienes a su vez formaron parte de la comisión redactora del Código Penal tipo para Latinoamérica (v. p. 11)

518 La información oficial apunta que el país cuenta al día de hoy con cerca 4 500 000 habitantes. En realidad para 1980 la población era de 2 300 000. Los esperados 3 millones se alcanzaron hasta 1990. Fuentes: http://www.inec.go.cr/http://www.ruta.org/documentos_no_indexados/EstadisticasEstrategiaRegionalFIDA.pdf

concepción defensiva” de la sociedad, pero con una finalidad *“justa”* al buscar la reivindicación del delincuente.

La exposición de motivos apunta:

*“El concepto vindicativo del Estado, con la misión inexorable de castigar, ha cedido ante una visión humanitaria y lógica en donde el hombre no es una cosa sino un ente que debe conocerse, con sus problemas íntimos, con sus profundos complejos, aprisionado muchas veces por necesidades de orden económico que lo hacen reaccionar violentamente como una caldera sobrecargada de energía incontrolable”*⁵¹⁹

El texto continúa con una propuesta que hoy nos parece un poco ingenua de visión conductista, permeado de concepto cuasi religiosos de referencia al pecado, a la enmienda, al perdón -y sobre todo- al surgimiento de un hombre nuevo como consecuencia de la sanción penal. Curiosamente –pese a criticar la visión positivista del Código de 1941- el lenguaje de la propuesta no es muy alejado de esa corriente de pensamiento.

Insiste la justificación legislativa en la necesidad de respetar los principios de legalidad y tipicidad que se consideran poco claros en la ley penal entonces vigente, y ataca directamente la herencia normativa de Ferri y Lombroso, proponiendo sustituir el fin retributivo por el preventivo.

Se menciona también una casi inmediata Ley de Ejecución Penal, que empataría al modelo con las funciones del Sistema Penitenciario⁵²⁰, específicamente con el Instituto Nacional de Criminología.

La siguiente frase resume de manera clara la ideología de los impulsores del Código Penal: *“Los centros de internamiento del futuro no tendrán sino un objetivo: defender a la sociedad y curar al delincuente”*⁵²¹

519 La Gaceta, N° 257, alcance 120 A de domingo 15 de noviembre de 1970, p 8.

520 Hoy, cuarenta años después, seguimos a la espera de una Ley de Ejecución, sin que se vislumbre en el panorama legislativo y político una posibilidad real de que se promulgue.

521 La Gaceta, N° 257, alcance 120 A de domingo 15 de noviembre de 1970, p 9.

Sin embargo, la lectura de la exposición de motivos no deja dudas en cuanto al objetivo del proyecto –finalmente ley- de buscar un fin más allá del castigo, de su sintonía con las tendencias “re” (resocialización, readaptación, reinserción o rehabilitación según sea el caso), y reconocer –aunque tímidamente- la relación entre la condiciones de vida del sujeto infractor y su realidad social. Además, esa visión se ajusta con los únicos referentes normativos que en actualidad existen en Costa Rica en cuanto los fines de la sanción penal, contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.6)⁵²², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (art. 10.3)⁵²³

Por último, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de Recluso disponen:

*“63. Se tendrá debidamente en cuenta, desde el principio del cumplimiento de la condena, el porvenir del recluso después de su liberación. Deberá alentarse al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su familia así como su propia readaptación social”. 64. El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad”.*⁵²⁴

522 5.6 “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

523 “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

⁵²⁴ En ese sentido, el notable trabajo del profesor JUAN DAVID POSADA SEGURA “El Sistema Penitenciario”, que entre otros temas hace una profusa recopilación de normativa internacional de derechos humanos referida al tema y su serio análisis de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (ver bibliografía)

Además, las reglas 9.1, 10.1, 10.4, 12.2, 18.3 de ese documento hacen mención expresa del elemento de la “reinserción social” como objetivo del “tratamiento” durante la pena de prisión.⁵²⁵

Como prueba de lo anterior, en el Código de 1970 se explica la razón y necesidad de limitar la pena máxima al tanto de veinticinco años, argumentando que una sanción mayor supone una condena perpetua. Así lo disponía su artículo 51, que fuera modificado de manera lamentable en 1994, en uno de los momentos más nefastos de la historia legislativa de Costa Rica, aspecto que retomaremos más adelante.⁵²⁶

Como instrumento legal, el Código –pese a sus inconsistencias- fue pensado para fines formales muy distintos a los que hoy se exigen y esperan de la ley penal, y queda claro que entre ambas posturas, por mucho, nos decantamos por la primera.

LAS REFORMAS:

Haremos mención a dos tipos de modificación de la ley penal: primero la que se hace de manera expresa sobre el texto del código, y segundo las que surgen de leyes especiales que amplían el catálogo de tipos penales, ya sea desde figuras existentes en la versión original que se modifican y agravan (los tipos penales o sus sanciones), o la

525 La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha establecido que las citadas Reglas Mínimas pese a ser un instrumento no normativo, en tanto constituyen fuente de interpretación en materia de derechos humanos son de aplicación obligatoria. *“En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense.”* (Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia N°2000-09685 de las 14:56 hrs. de 1 de noviembre de 2000)

526 Véase **SANCHEZ UREÑA** (Héctor) El aumento de las penas: recorrido normativo de la irreflexión, en Temas de Nuestra América, N° 21, Universidad Nacional, Costa Rica, 1994, p 87.

implementación de nuevos delitos. Sobre esto último nos limitamos a las leyes especiales en materia de droga, por la incidencia estadística que tienen en los procesos penales, pues las demás leyes especiales no alcanzan el mismo protagonismo.⁵²⁷

Así, en menos de 40 años de vigencia, el Código Penal ha sufrido un total de 296 reformas, producto de 61 leyes diferentes, siendo que algunos de sus artículos han sido modificados hasta cuatro veces, como el numeral 55.

Reformas al Código Penal desde su promulgación (por décadas)			
		1971-1979	
LEY	FECHA		
4589	06/01/71		
4926	09/12/71		
5054	11/08/72		
5061	23/08/72		
5287	13/08/73		
(*) 5386	19/10/73		
5395	30/10/73		
5629	09/12/74		
5743	04/08/75		
5761	07/08/75		
5765	11/08/75		
5823	03/11/75		
		1980-1989	
LEY	FECHA		
6726	10/03/82		
(*) 6989	16/07/85		
(*) 7093	22/04/88		
(*) 7107	04/11/88		
		1990-1999	
LEY	FECHA		
(*) 7174	28/06/90		
(*) 7233	08/05/91		
7331	13/04/93		
7337	05/05/93		
(*) 7348	22/06/93		
(*) 7383	16/03/94		
7389	22/04/94		
7398	03/05/94		
7425	09/08/94		
7535	01/08/95		
7538	22/08/95		
7575	13/02/96		
7586	10/04/96		
7600	02/05/96		
7728	15/12/97		
7732	17/12/97		
7771	29/04/98		
7883	09/06/99		
7899	03/08/99		
		2000-2009	
LEY	FECHA		
7999	05/05/00		
8002	08/06/00		
8056	21/12/00		
8127	29/08/01		
8143	05/11/01		
8148	24/10/01		
8185	18/12/01		
8189	18/12/01		
8224	13/03/02		
8250	02/05/02		
8272	02/05/02		
8387	08/10/03		
8389	09/10/03		
8422	06/10/04		
8508	24/04/06		
8571	08/02/07		
8590	18/07/07		
8630	17/01/08		
8696	17/12/08		
8719	04/03/09		
8720	04/03/09		
8754	22/07/09		
8781	11/11/09		
		2010-	
LEY	FECHA		
8811	12/05/10		
8839	24/06/10		

Cuadro N° 1. Reformas al Código Penal por número de ley y fecha.

Nótese que del gráfico se puede extraer fácilmente la ubicación temporal de las “oleadas” de reforma: en la década de 1970 se dictaron 12 leyes, en la de 1980 únicamente 4, con un aumento significativo en los últimos 20 años, con 20 en los 90 y 25 en los diez años y siete meses de este siglo.

Las primeras reformas (años 70) tuvieron que ver más que todo con una necesidad de sintonía legislativa con el Código de Procedimientos Penales de 1973

527 El Licdo. Bernardo Arguedas Álvarez, Jefe del Departamento de Estadística del Instituto Nacional de Criminología en entrevista de 20 de junio de 2010 así lo manifiesta.

(derogado en 1998), y las de 1994 en adelante van de la mano con posturas populistas de endurecimiento.

Son especialmente importantes las leyes N° 7389 y N° 7398, dictadas entre abril y mayo de 1994. Ambas se constituyen en el verdadero parteaguas de la oficialización legislativa de la nueva “lucha” contra la delincuencia: la primera ellas aumenta el tope máximo de las penas de 25 a 50 años, y la segunda elimina la posibilidad de descuento por trabajo en la primera mitad de la condena. Este último aspecto significó desde el punto de vista estrictamente matemático, que el tiempo efectivo de cumplimiento de condenas aumentara en un 25%.

CUADRO COMPARATIVO DIFERENCIAS ENCUMPLIMIENTO DE CONDENAS		
Tiempo requerido en años para cumplimiento (*)		
Pena en años	Cod. Penal 1970	Reforma 1994
5	3,33	4,17
10	6,67	8,33
15	10,00	12,50
20	13,33	16,67
25	16,67	20,83
30	No aplica (&)	25,00
35	No aplica	29,17
40	No aplica	33,33
45	No aplica	37,50
50	No aplica	41,67
(*) En el supuesto de concederse descuento por trabajo		
(&) Penas no previstas en la versión original		

Cuadro 2. Relación de años de cumplimiento efectivo antes y después de la reforma de 1994

Además del aumento del tiempo efectivo de cumplimiento para todas las penas, se creó un rango de condena antes inexistente, permitiendo la ley actual que una persona condenada a 50 años de prisión deba cumplir 41 años 8 meses de prisión para descontarla, sin posibilidad de descuento por trabajo en los primeros 25 años de esa condena.

Luego de esas lamentables reformas inició un proceso de aumento de montos de pena para delitos específicos, detallamos de seguido los que generan más sentencias condenatorias⁵²⁸:

Diferencias de rango de penalidad en delitos frecuentes

Artículo	Tipo penal	rango original en años	nuevo rango en años
111	Homicidio Simple	8-15	12-18
112	Homicidio Calificado	15-25	20-35
157	Violación	5-10	10-16
158	Viol. Calificada	8-15	12-18
159	Relación sex/menor	1-4	2-10
161	Abuso sex/menor	2-4	3-8

Cuadro N°3. Diferencias de rangos de penalidad

El nuevo esquema de penas permite así que un condenado por un delito de homicidio calificado (pena de 20 a 35) y un robo agravado en concurso material, alcance fácilmente los 50 años de sanción, pues además el aumento de los extremos previstos ha llevado a que la práctica judicial se decante con frecuencia por las penas más altas posibles en cada caso.⁵²⁹

LAS REFORMAS Y SUS NUMEROS EN PRISION

En Costa Rica, no resulta difícil el acceso a la información penitenciaria: el sistema es uno solo a nivel nacional y todos los datos se consignan día a día en las oficinas centrales del Dirección General de Adaptación Social, dependencia rectora de todo el subsistema carcelario y su brazo técnico el Instituto Nacional de Criminología.

528 Selección con base en el criterio del Jefe del Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia. S excluye la materia de drogas, de gran incidencia en prisión pero cuyas penas se han mantenido en rangos similares desde su incorporación a ley especial.

529 Esta afirmación se hace con base en la experiencia de la Defensa Pública, y es una opinión compartida por los abogados y abogadas que la integran. La Defensa Pública de Costa Rica participa en más de 90% de los procesos penales. Las cifras de población penal con esas nuevas penas demostrarán el peso estadístico de la reforma.

Debido al tamaño del país y a las facilidades de comunicación, los datos son confiables y actualizados.

Obviamente y por razones de la aplicación de la ley penal en el tiempo, esas nuevas reglas de penas y descuento solo se aplican para delitos ocurridos luego de las dos leyes promulgadas en 1994 ya citadas, así que sus efectos no empezaron a verse hasta varios años después. Hoy, luego de 16 años podemos decir números en mano, que la situación es caótica, y que la cantidad de presos en los nuevos rangos de condena autorizados, es alarmante y prácticamente insostenible, generando un aumento sin precedentes en la población penal.⁵³⁰

Evolución Población Penal 2000-2010

AÑO	POBLACION	VARIACION
2000	5821	80,00%
2010	10103 (⁵³¹)	

Cuadro N°4. Crecimiento porcentual de la población penal

Como se dijo en un apartado anterior, el país cuenta con una población censada cercana a los 4 500 000 habitantes, dato necesario para explicar el fenómeno de las tasa de encarcelamiento⁵³².

530 Todos los datos de población penitenciaria que se brindan de seguido fueron obtenidos directamente en el Ministerio de Justicia, específicamente su oficina de Radio (que consigna día a día toda la población penal del país) y el Departamento de Estadística del Instituto Nacional de Criminología, que realiza un interesante y poco conocido trabajo de análisis en relación con la situación de las prisiones y todas sus variables.

531 Dato al 3 de junio de 2010, fuente Oficina de Radio del Ministerio de Justicia.

532 Los datos de 1992 a 2007 fueron tomados de CARRANZA (Elías) Cárcel y Justicia Penal: el modelo de Derechos y Obligaciones de las Naciones Unidas , y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito, en CARRANZA, (Elías) Coordinador “Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: cómo implementar el modelo de Derechos y Obligaciones de las Naciones Unidas”, México, Siglo XXI, 2009. Editores ILANUD y otros, p 67. La cifra de los años 2009 y 2010 se tomó de Ministerio de Justicia y Paz.

Evolución de la tasa de encarcelamiento por 100 mil habitantes

1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
n.d	n.d	104	105	109	123	133	160	162	168
2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
183	187	190	196	191	186	189	186	189	203
2010									
231									

Cuadro N°5. Tasa de encarcelamiento 1992-2010.

Hay varias razones que explican el salto vertiginoso de los últimos dos años: además del crecimiento sostenido que refleja toda la tabla: las reformas de 1994 hicieron crecer el tiempos promedio de permanencia en prisión, un aumento en la utilización de la prisión preventiva, la aparición de penas más altas en ciertos delitos y el crecimiento del circulante de expedientes en materia penal. Debe sumarse a ello un nuevo fenómeno, que pese a ser reciente, ya deja sus efectos en las prisiones: la creación de los Tribunales de Flagrancia ⁵³³

533 Mediante la Ley N° 8720 de 4 de marzo de 2009, denominada “Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal” se adicionó un título al Código Procesal Penal llamado “adición al código procesal penal de un procedimiento expedito para los delitos en flagrancia”. Se inició como plan piloto en el área metropolitana, y se ha extendido a provincias de manera paulatina. En el año 2009 el Tribunal correspondiente a la capital registró más de 500 condenatorias, según informa el propio Poder Judicial (ver [http://www.poder-judicial.go.cr/generalidadespj/informede labores/ 2009//Archivos%20web/16-tribunal flagrancia.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/generalidadespj/informede%20labores/2009//Archivos%20web/16-tribunal%20flagrancia.htm)) Además, indica el Licdo. Luis Bernardo Arguedas, Jefe del Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz, esa nueva modalidad genera cada semana ingresos a prisión imposibles de manejar en las condiciones actuales, como comentó en entrevista que me concediera el día 2 de Julio de 2010. La prensa nacional ha señalado: “Presos in fraganti condenados en un año saturan cárceles Jueces enviaron a prisión a 206 personas en primeros 12 meses 40% de los casos fueron por delitos contra la propiedad, como robos y hurtos. Los presos infraganti condenados por el Tribunal de Flagrancia de Goicoechea se convirtieron en la principal causa de saturación de las cárceles en el último año. El ministro de Justicia, Hernando París, reconoció que en el primer semestre del 2009 la condición jurídica que más creció fue la de condenados, contrario a lo ocurrido el año pasado cuando el mayor aumento se dio en procesados o indiciados.” En http://www.nacion.com/ln_ee/2009/noviembre/01/sucesos2136596.html

Lo anterior explica los niveles de saturación que presentan las cárceles nacionales ⁵³⁴:

Capacidad instalada contra ocupación real en las cárceles de Costa Rica			
CENTRO PENAL	CAPACIDAD	POBLACION	% Hacinamiento
SAN JOSE	632	703	11,23
B. PASTOR	564	582	3,19
S. AGUSTIN	40	37	-7,5
REFORMA	2016	2431	20,59
S. RAFAEL	744	849	14,11
A. MAYOR	170	170	0
G. RODRIGUEZ	952	1182	24,16
S. CARLOS	284	371	30,63
S. RAMON	76	74	-2,63
COCORI	362	473	30,66
P. ZELEDON	484	588	21,49
ROBLE	421	511	21,38
LIBERIA	584	730	25
SANDOVAL	396	443	11,87
LETICIA	847	959	13,22
TOTALES	8572	10103	17,86

Cuadro N° 6. Relación capacidad/ población en prisiones de Costa Rica (junio de 2010)

Además, la existencia de penas mayores a 25 años (como se dijo, surgidas en una de las reformas de 1994) ha creado una población de 538 personas con penas de 30 y más años, esto al 3 de junio de 2010. Si bien no creemos en la existencia de seres humanos promedio, la estadística nos permite conocer de propiedades distributivas que atañen a ese grupo de sentenciados, que presenta un perfil de 42 años de edad, con una condena de 37 años sin descuento, y de 31 años con ese beneficio. ⁵³⁵

Además, ese dato nos permite conocer unas cifras de verdadero horror en relación con la expectativa de edad de cumplimiento de ese grupo:

534 Dato al 3 de junio de 2010, fuente Oficina de Radio del Ministerio de Justicia.

535 Fuente Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz, al 3 de junio de 2010.

Cantidad de presos	Edad de cumplimiento (por segmentos) (*)
142	60-69
158	70-79
100	80-89
36	90-99
23	101-115
(*) Se calcula la pena con descuentos	

Cuadro N° 7. Expectativa de cumplimiento de condena por grupos etéreos

LOS NUMEROS Y SUS CONSECUENCIAS:

El Sistema Penitenciario Costarricense vive actualmente la más seria crisis de hacinamiento de los últimos años, situación que nace –entre otros- de factores como el aumento de las penas y el uso generalizado de la prisión preventiva, aspecto este último que merece un estudio específico y que aquí se utiliza como cifra indiferenciada dentro del dato global. Resulta notable que con base en los datos de ILANUD, la tasa de encierro en Costa Rica sea superior a la de países como Colombia o México, que registran acontecimientos históricos recientes que harían suponer otras cifras.

Los niveles de saturación, de conformidad con la opinión de funcionarios del sistema acarrearán el menos las siguientes consecuencias⁵³⁶:

- (3.)Aumento de los actos de violencia (agresiones, abusos sexuales, homicidios, hurtos y robos con violencia).
- (4.)Crecimiento del tráfico y consumo de drogas.
- (5.)Desmejoramiento del nivel de vida.
- (6.)Pauperización de las condiciones de higiene.

536 La lista de esas consecuencias surge del intercambio de opiniones con funcionarios/as del Sistema Penitenciario entre ellos el Director Técnico del Instituto Nacional de Criminología Lic. Alexander Obando, el jefe del Departamento de Estadística Lic. Luis Bernardo Arguedas, así como del criterio de funcionarios de base de los centros penales como directores, integrantes de equipos técnicos, profesionales en salud, personal de seguridad y la población misma. Se recoge además la visión de profesionales de la Defensa Pública, Ministerio Público y Jueces, todos/as de la Ejecución de la Pena. No se trata de un consolidado en el sentido técnico, sino de la percepción del autor con base en la experiencia compartida en el trabajo cotidiano con las personas citadas.

- (7.) Pérdida en la calidad de la alimentación.
- (8.) Saturación de los servicios de salud.
- (9.) Incapacidad para la atención de enfermedades crónicas.
- (10.) Imposibilidad de cobertura adecuada de los procesos de atención técnica.
- (11.) Pérdida de los controles de seguridad por falta de personal.
- (12.) Deterioro de las instalaciones físicas.
- (13.) Agravamiento de la falta de fuentes de empleo.
- (14.) Carencia de sentido de la atención técnica en sujetos con penas altas.
- (15.) Imposibilidad de cumplir con los fines legales de la pena.

El elenco anterior solo apunta a una dirección: la evidente violación a los Derechos Humanos de la población privada de libertad en las cárceles de Costa Rica, y a la imposibilidad material de la Dirección General de Adaptación Social de asumir la crisis, pues su capacidad logística y financiera es muy limitada y los componentes generadores de la situación están fuera de su égida: la normativa y el propio Poder Judicial.

Todas las discusiones públicas e iniciativas de ley sobre el tema, reforzando la ya mencionada desvinculación del derecho con la realidad, se centran en la represión penal. Circulan ya borradores de normativa que pretenden aumentar nuevamente la pena de delitos como el homicidio y eliminar casi por completo toda posibilidad de descuento por trabajo durante la ejecución de la pena.

La saga de reformas que se identifica a partir de 1994 no ha logrado impactar el fenómeno delictivo, su única huella visible está en las prisiones, donde se vive en condiciones inhumanas en innegable quebranto de la normativa internacional de Derechos Humanos, que curiosamente se suponen vinculantes en nuestro ordenamiento.

La ausencia de otras voces en la discusión pública de este tipo de temas excluye la posibilidad de un verdadero debate de ideas: todo asomo de garantismo y su correlato de dignidad humana es satanizado como síntoma de debilidad. Pero reconocemos también que quienes tenemos posiciones diferentes al discurso oficial no hemos usado los espacios para equilibrar la información, y con frecuencia nos lamentamos entre nosotros, asombrados ante los avances del modelo represivo.

No podemos obviar el papel de la academia: la poca importancia que tiene el derecho penitenciario en las universidades alimenta el desinterés de los profesionales en el tema, su marginación en lo judicial y la enorme dificultad de hacerlo llegar a una verdadera discusión nacional.

INFORME DE ESCUELA DE VERANO EN CIENCIAS CRIMINALES Y DOGMÁTICA PENAL ALEMANA

John Zuluaga (Doctorando colombiano en la Georg August Universität Göttingen).
Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen
(Alemania) 5 – 16 de septiembre de 2011

ESCUELA DE VERANO EN CIENCIAS CRIMINALES Y DOGMÁTICA PENAL ALEMANA

GÖTTINGEN (ALEMANIA) 5 – 16 DE SEPTIEMBRE DE 2011

JOHN E. ZULUAGA T.*

Doctorando en la Georg August Universität Göttingen (Alemania);

Becario del DAAD

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2011.

Fecha de aprobación: 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Se hace resumen de las intervenciones que tuvieron diversos profesores en la Escuela de Verano en Ciencias Penales y Dogmática Penal alemana en Göttingen, en el período del 5 al 16 de septiembre de 2011, esto en temas como la imputación objetiva, la imprudencia, el bien jurídico, el Derecho Penal del riesgo, los principios fundamentales del Derecho Penal, el Ministerio Público, el Derecho Penal europeo, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Penal ambiental y las políticas actuales de seguridad.

PALABRAS CLAVE. Ciencias criminales, dogmática penal, imputación objetiva, bien jurídica, Derecho Penal Internacional, Derecho Penal ambiental, política de seguridad.

ABSTRACT: The interventions that several professors had in the School of Criminal Sciences and Summer German Penal Dogmatism in Göttingen in the period from September 5th to 16th of 2011 are summarized, this on the subjects of objective imputation, the recklessness, criminal law of risk, the fundamental principles of criminal

* Abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg August Universität Göttingen (Alemania); Becario del DAAD y miembro GLIPGö. – Una versión más detallada de este informe podrá verse en el segundo número del Boletín Semestral GLIPGö, accesible en <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Forschung/grupo-latinoamericano-de-investigacion-penal-goettingen-glipgoe.html>.

law, the Public Ministry, the European Criminal Law, International Criminal Law, environmental Criminal Law and current security policies.

KEY WORDS: criminal science, criminal dogmatic, objective imputation, legal good, International Criminal Law, environmental Criminal Law and security policy.

A propósito de la constitución del Grupo Latinoamericano de Investigación del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen (GLIPGö)⁵³⁷, su director (RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Juez Tribunal Provincial de Göttingen), Coordinadora (Dra. María Laura Böhm) e integrantes estimaron necesario establecer un escenario en el que tanto juristas latinoamericanos como alemanes pudieran intercambiar y revisar de manera más directa doctrinas, opiniones y discursos sobre las Ciencias Criminales en Alemania en lengua castellana y portuguesa. A ese fin respondió la primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal que se llevó a cabo en Göttingen (Alemania) entre los días 5 y 16 de septiembre de 2011. Con ella se puso a disposición de estudiantes, investigadores, profesores y prácticos, provenientes de 13 países latinoamericanos, un curso compacto en el que pudieron discutirse asuntos propios de la dogmática penal, la política criminal, la criminología y la formación jurídica en Alemania. En dicho evento, sin antecedentes en las universidades de lengua alemana (incluidas las pertenecientes a Austria y Suiza), participaron renombrados profesores y prácticos alemanes, quienes por medio de clases magistrales y el trabajo en módulos de estudio abordaron de manera rigurosa y extensa asuntos centrales de las Ciencias Criminales en Alemania y del derecho penal europeo e internacional. Como docentes durante las jornadas participaron – en orden alfabético – el mismo Prof. Ambos, el Dr. Torben Asmus (Fiscal, Fiscalía de asuntos económicos, Göttingen), el Prof. Dr. Klaus Bodemer (GIGA Institut für Lateinamerika-Studien Hamburg), la Dra. María Laura Böhm (Georg-August-Universität Göttingen, GAU), el Dr. Christoph Burchard (Eberhard-Karls-Universität Tübingen), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser M.C.J. (Albert-Ludwig-

⁵³⁷ Sobre este grupo de investigación véase <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Forschung/grupo-latinoamericano-de-investigacion-penal-goettingen-glipgoe.html>.

Universität Freiburg i. Br., ALUF), el Prof. Dr. Dr. h.c. Karl Heinz Gössel (Friedrich Alexander Universität Erlangen-Nürnberg), el Dr. Luis Greco (Ludwig-Maximilians-Universität München, LMU), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn), el Privatdozent Dr. José Martínez Soria (GAU), el Prof. Dr. Walter Perron (ALUF), el Prof. Dr. Cornelius Prittwitz (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin (LMU), el Prof. Dr. Helmut Satzger (LMU) y el Prof. Dr. Sebastian Scheerer (Universität Hamburg). Asimismo se desempeñaron como expositores en el módulo extracurricular relativo al estudio y la investigación en Alemania los miembros del GLIPGö John Zuluaga, Florian Huber y Luis Guijarro, y en la Mesa Redonda extracurricular sobre Derecho Penal Internacional el Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina), el Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú) y la magistrada Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil). La apertura del evento fue a cargo de la Prof.Dra. Casper-Hehne, Vice-Presidenta de la GAU.

I. CLASES MAGISTRALES

La primera clase magistral estuvo a cargo del Prof. Jakobs, en la que se presentaron las líneas fundamentales de un *sistema de imputación para el derecho penal de la sociedad moderna*. La tesis desarrollada, ya clásica en la obra del Profesor de Bonn, advirtió que la imputación jurídico-penal permite concretar el caso en que una norma, en razón del actuar de una persona, deba ser confirmada y cognitivamente corroborada, es decir, permite determinar cuándo un resultado deba ser concebido como contradicción a la norma. Con dicha presentación, el Prof. Jakobs intentó establecer que existen modelos sociales a partir de los cuales se determina el significado de la conducta y que la configuración de esos modelos es el resultado más relevante de la teoría de la imputación objetiva. Así entonces, la imputación jurídico penal cumple la función de determinar cuando un resultado debe ser concebido como contradicción a la norma por parte de una persona competente que se manifiesta de esa manera en el ámbito público. El hecho que contradice la norma es un hecho portador de un sentido delictivo, es decir que tanto en función de su semántica social

como en su configuración normativa materializa un curso causal lesivo cuya evitación es competencia propiamente del autor.

Al cierre de la primera semana de sesiones, correspondió al Prof. Gössel su presentación, quien disertó acerca de la teoría de la imprudencia (*Fahrlässigkeitslehre*). En su conferencia, el Prof. Gössel hizo un recuento del desarrollo de la teoría del delito desde Beling, para luego presentar un balance de la situación actual de dicha teoría. Seguidamente, describió las referencias teóricas que en su consideración deberían informar los nuevos desarrollos de la teoría del delito. En ese sentido abordó el significado y repercusiones de la infracción a la norma como base de la teoría del delito, haciendo énfasis en la fundamentación del delito culposos.

En la apertura de la segunda semana de sesiones, intervino el Prof. Albin Eser, quien abordó el tema de la *exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. En su presentación ahondó sobre la relación, a veces problemática, entre bien jurídico y víctima, específicamente sobre la forma como el tema bien jurídico, en tanto referente político criminal, ha terminado produciendo cierta marginación de la víctima individual, especialmente en el proceso penal, y a una comprensión de la pena meramente institucional.

La clausura del evento estuvo a cargo del Prof. Roxin, quien se ocupó del significado del *principio de protección de bienes jurídicos para la dogmática del injusto jurídico-penal*. Con ello, abordó dicho significado respecto de la imputación objetiva, frente a la determinación del dolo y su delimitación en relación a la imprudencia, acerca del fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea, para la determinación de autoría y participación y la punibilidad de la omisión. Con su presentación se concibió la tesis fundamental según la cual toda teoría del injusto jurídico-penal puede desarrollarse y sistematizarse a partir de la idea de la protección del bien jurídico.

II. MÓDULOS

El evento ofreció un módulo introductorio al derecho público alemán y otro a la parte general del derecho penal alemán. Adicional a ello, en una serie de módulos de énfasis se tocaron aspectos de la parte especial y del derecho procesal penal alemán,

del derecho europeo y del derecho penal internacional. Asimismo, los asistentes al evento tuvieron la posibilidad de abordar importantes discusiones en materia de criminología, política criminal y de la formación jurídica en Alemania.

El módulo introductorio al *sistema jurídico y derecho público alemán* correspondió al PD Martínez Soria, quien hizo hincapié en el significado de la idea Estado democrático y Estado de Derecho en Alemania y ahondó en la explicación de la organización del Estado federal alemán. Sobre ese fundamento hizo un recuento de los asuntos y principios constitucionales que informan y condicionan la aplicación del derecho penal en Alemania.

En esa línea correspondió la presentación del Dr. Burchard, quien hizo una introducción a los *principios fundamentales del derecho penal* a la luz del derecho constitucional alemán, específicamente al principio de proporcionalidad, de legalidad y de culpabilidad. Seguidamente, ha presentado algunas consideraciones sobre el fin de la dogmática penal de la parte general, específicamente el sentido de su rol en un llamado “estado” de crisis, en el sentido de sus objetivos y motivos y en el sentido de sus límites.

En el marco de las discusiones sobre asuntos de la parte especial del derecho penal alemán, el Prof. Prittwitz ha introducido, en perspectiva crítica, dos ponencias acerca de la función del *derecho penal en la sociedad globalizada del riesgo* y sobre las encrucijadas del derecho penal frente a la modernización acelerada y la demanda creciente de seguridad objetiva. En su primera presentación Prittwitz ha hecho una delimitación sobre los riesgos en los que actualmente se le pide intervenir al derecho penal. Sobre dicha delimitación ha formulado y analizado preguntas acerca del rol del derecho penal en ese contexto, sobre la inutilidad del derecho penal para enfrentar los riesgos referidos y los perjuicios del continuo uso del derecho penal frente a problemas permitidos y sistémicos de las sociedades contemporáneas. Sobre este análisis ha terminado discutiendo por qué el derecho penal ha perdido su carácter y función original. En esa misma línea discursiva, en su segunda presentación, Prittwitz ha descrito las principales reacciones de la política criminal frente a los desarrollos sociales más importantes de las sociedades modernas. A partir de ello ha explicado el fenómeno de falta de homogeneidad del derecho penal y la diversificación de sus respuestas.

Asimismo ha descrito el panorama de críticas y sugerencias de solución a estas nuevas tendencias y ha presentado su posición frente a lo que han dado en llamar “la política criminal de la mano invisible”, el “derecho penal para enemigos” y el derecho de intervenciones o de segunda velocidad.

Sobre el *derecho procesal penal* en Alemania ha expuesto el Prof. Perron con una presentación relativa al ministerio Fiscal como director de la investigación en el proceso penal alemán. Después de describir los antecedentes, estructura y principios orgánicos de la Fiscalía alemana, ha explicado el desenvolvimiento de la Fiscalía en la fase de investigación y sus relaciones con la Policía, el juez de la investigación y la defensa. En su presentación estableció por qué el Ministerio Fiscal es el órgano central de la administración de justicia y de la política criminal y por qué en Alemania su trabajo es más administrativo que judicial. Desde una visión más práctica, el Dr. Torben Asmus ha comentado sobre el *trabajo de la Fiscalía* y ha facilitado con cifras una vista panorámica sobre la distribución del trabajo entre fiscales y el número de sobreseimientos y de acusaciones en el proceso penal alemán.

El Prof. Satzger ha disertado sobre el *derecho penal europeo* en un bloque doble. En la primera parte se ha referido a la influencia del derecho de la unión europea en el ordenamiento jurídico-penal de los Estados miembros (europeización del derecho penal) y otra referente a la actual política criminal europea. En su primera presentación, el Prof. Satzger se refirió a las formas más importantes de la europeización, relacionadas respectivamente con el derecho penal material y procesal penal, diferenciando sus consecuencias tanto para el legislador nacional como para los operadores jurídicos. Sobre esta base, introdujo el panorama de discusiones político criminales en Europa. Entre sus conclusiones ha manifestado que la integración europea nunca debe prevalecer sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que la orientación de la política criminal europea debe llegar a dirigirse sobre la base del principio de Estado liberal de derecho.

En el módulo dedicado al *derecho penal internacional* intervino el Prof. Ambos. En su primera presentación abordó el tema del desarrollo histórico y el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional e hizo un recuento del significado del principio de complementariedad. Para el análisis de la aplicación de este último, en la segunda

parte de su bloque, enfatizó en el caso colombiano con la ayuda de sus doctorandos Florian Huber (Alemania) y John E. Zuluaga T. (Colombia) quienes presentaron detalladamente el trato normativo y judicial dado a los combatientes desmovilizados bajo la llamada Ley de justicia y paz, responsables de los principales crímenes internacionales cometidos en Colombia. Como actividad extracurricular, finalmente se llevó a cabo una mesa redonda con la participación de miembros del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre derecho penal internacional (Ezequiel Malarino – Argentina -, Carlos Caro – Perú - y María Thereza R. Assis Moura – Brasil -), con quienes se discutió entorno a la *jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*⁵³⁸ y de distintos tribunales nacionales sobre cuestiones del derecho penal internacional

En la línea de discusión sobre dogmática penal, adicionalmente, intervino el Dr. Luis Greco, quien en lengua portuguesa hizo un recuento de las principales discusiones acerca del *derecho penal ambiental* en Alemania. Luego de presentar un panorama de la regulación jurídica de dicho tema, ha examinado la evolución del mismo y ha enfatizado en dos problemas fundamentales: 1. La definición constitucional de medio ambiente y 2. Las concepciones sobre el medio ambiente como bien jurídico. Sobre la concepción de bienes jurídicos colectivos, asimismo, há descrito el marco de posiciones entorno al tema, específicamente la postura afirmativa de Tiedemann, la crítica de la llamada Escuela de Frankfurt y las réplicas, por un lado, de Stratenwerth y, por otro lado, de Schünemann. Seguidamente ha introducido la discusión sobre delitos de peligro abstracto, presentado su definición y un panorama de su clasificación.

Paralelo a las discusiones sobre dogmática penal, se tuvo la oportunidad de abordar interesantes ponencias sobre *políticas actuales de seguridad, la lucha contra el terrorismo y la violencia en América Latina*. Sobre el primer tema, como cierre de la semana, la Dra. Böhm ofreció una clase sobre las tendencias que se observan

⁵³⁸ El tema de la mesa redonda ha sido tratado en detalle en Kai Ambos/Ezequiel Malarino (eds.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal internacional- tomo I*, Montevideo (Konrad Adenauer Stiftung)/Bogotá (Temis), KAS, 2010/2011. El segundo tomo de la investigación sale en el momento de escribir estas líneas. Sobre el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre derecho penal internacional véase <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Forschung/lateinamerikanische-studiengruppe-zum-internationalen-strafrecht.html>

actualmente en las Políticas de Seguridad, tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Se discutieron los problemas que presenta la identificación de la Política Criminal con las Políticas de Seguridad. A partir del análisis crítico de los conceptos securitización y derecho *anti-insecuritas* se explicó la necesidad de abandonar al concepto Seguridad como fin rector de los actuales sistemas punitivos y el derecho penal perteneciente a estos. Sobre el segundo tema, el Prof. Scheerer habló del origen de los términos terror y terrorismo, del desarrollo histórico de dichos conceptos y de los distintos enfoques teóricos (tomados de discusiones que tienen lugar en el ámbito de la psicología social) que tratan de explicar las fallas comunicacionales y perceptivas que impiden el acercamiento entre quienes son considerados terroristas, y quienes se consideran atacados por los terroristas. En su opinión el asunto del terrorismo debe ser tratado no como delito o crimen, sino como método utilizado en la comisión de un delito, que sólo puede ser considerado como método terrorista si reúne ciertas características, a saber, 1. La presencia de una secuencia de violencia, 2. Ideología u objetivos políticos; 3. Violencia brutal para influir psíquicamente sobre terceros; 4. Su comisión en forma inesperada y pública. Finalmente, el Prof. Bodemer, abordó el tema de la violencia en América Latina, específicamente en América Central, los países andinos y el cono sur. En sus conclusiones advirtió que el problema de la violencia y la (in)seguridad va mucho más allá de cuestiones de policía y del orden público. Tiene causas múltiples y exige respuestas complejas y bien focalizadas.

Como actividades extras se realizó una *visita al Tribunal Provincial (Landgericht)* de Göttingen donde los asistentes tuvieron la oportunidad de presenciar una audiencia de juicio oral; y se ofreció también un módulo referente a la formación jurídica básica y a las modalidades de estudios de posgrado, de doctorado en Alemania. Dicho módulo estuvo a cargo de miembros del GlipGö (Guijarro, Huber, Zuluaga y Böhm) y en el mismo los asistentes pudieron consultar exhaustivamente sobre el funcionamiento del sistema de formación jurídica en Alemania y las posibilidades para el desarrollo de estudios de posgrado a nivel de maestría y doctorado; en la misma oportunidad se ofreció un acercamiento al sistema de trabajo académico e investigación que se lleva a cabo en las cátedras (*Lehrstuhl*) bajo la dirección de los *Professoren* alemanes. Last but not least, los participantes tuvieron la posibilidad de visitar y aprovechar la biblioteca

especializada de derecho penal extranjero e internacional y, de hecho, muchos pasaron usaron gran parte de su tiempo allí investigando.⁵³⁹

III. EVALUACIÓN

Con satisfacción los organizadores pudimos comprobar con las evaluaciones escritas, que desde el inicio del curso los asistentes tuvieron a disposición para llenar, los comentarios positivos que en forma oral los participantes habían realizado durante las dos semanas. El grado de satisfacción con el curso rondó en la gran mayoría de los casos el puntaje máximo (entre 75 y 100 %). El nivel de los módulos, en que se daba puntaje de 1 a 5 (5 como mejor puntaje) a distintos criterios relativos al docente y la materia, se ubicó mayoritariamente entre 4 y 5 puntos. En las observaciones libres los participantes han destacado la calidad del curso y de la organización, ofreciendo a su vez muchos de ellos sugerencias constructivas para la optimización de diversos aspectos (horarios, materias, aprovechamiento del tiempo libre, material de estudio etc.). Las evaluaciones escritas, los comentarios orales y los agradecimientos y mensajes posteriores, a partir de los cuales se han iniciado incluso intercambios académicos entre los participantes entre sí, y con los organizadores, nos permiten aseverar que la Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales ha sido un éxito, del cual podemos estar orgullosos⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Sobre esta biblioteca que ahora posee más que 11.000 volúmenes de literatura sobre d.p. extranjero e internacional véase <<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/es/Bibliothek/bibliothek.html>>

⁵⁴⁰ Como resultado de las iniciativas mencionadas, oficialmente algunos participantes en la escuela han abierto un grupo en facebook que con el nombre “América Latina em Göttingen” que ha prolongado el contacto e intercambio iniciado durante los días del evento. Véase <http://www.facebook.com/profile.php?id=841281472#!/groups/277441422274630/>

DOCUMENTOS

Roy Murillo y otros (Jueces de ejecución).

Carta de los jueces de ejecución a la Corte Suprema de Justicia con respecto a la condena de ejecución condicional y la libertad condicional

CARTA DE LOS JUECES DE EJECUCIÓN A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ROY MURILLO RODRÍGUEZ. Juez de Alajuela.

NELLYBETH SALAS GRANADOS. Juez de Puntarenas.

MARIO RODRÍGUEZ ARGUEDAS. Juez de Alajuela.

MARINO SAGOT SOMARRIBAS. Juez de Alajuela.

VANESSA CASTRO HERRERA. Juez de Puntarenas, sede Liberia.

PILAR GÓMEZ MARÍN. Juez de Limón.

KARLA BALLESTERO BONILLA. Juez de San José

Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2011.

Fecha de aceptación: 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Carta de los jueces de ejecución de la pena a la Corte Suprema de Justicia con respecto a los acuerdos tomados por la misma en sesión 24-11, en lo atinente a la condena de ejecución condicional y la libertad condicional. Se aclara la forma en que funciona el artículo del Código Penal y la libertad condicional, señalándose que en contra de lo indicado por la Corte Suprema de Justicia no operan en forma automática. Se indica La Libertad Condicional es un mecanismo muy útil para combatir la reincidencia y procura asegurar un retorno paulatino, responsable, controlado y monitoreado por parte de la propia autoridad estatal.

PALABRAS CLAVE. Condena de ejecución condicional, libertad condicional, privados de libertad, reinserción social, sistema penitenciario.

ABSTRACT: Charter of the judges of execution of sentence to the Supreme Court regarding the decisions taken by it in Session 24-11, in regards to the suspended sentence and probation. It clears the way the section, regarding parole in the Penal Code works; noting that, contrary to what the Supreme Court stated, they do not operate automatically. It is indicated that parole is a very useful mechanism to combat recidivism

and seeks to ensure a gradual, responsible, controlled and monitored return by the state authorities.

KEY WORDS: Suspended sentence, probation, inmates, social rehabilitation, prison system.

San José, 2 de septiembre del 2011.

Señoras y señores Magistrados
Corte Suprema de Justicia.
Poder Judicial.

Estimadas y estimados señores:

Ha sido de nuestro conocimiento el requerimiento de información a las autoridades penitenciarias en relación con la forma de cumplimiento de las sanciones penales privativas de libertad y su informe favorable respecto a una serie de proyectos de reforma al Código Penal -expedientes N° 17489 y 17490- para la modificación de los beneficios de Condena Condicional y Libertad Condicional, en sesión N° 24 del 18 de julio anterior.

Los suscritos preocupados por la promoción de soluciones represivas que restringen los derechos de la población penal e incentivan el encierro, conscientes de la dinámica carcelaria y sus limitaciones, el hacinamiento carcelario y los programas de atención para la Libertad Condicional y otros beneficios nos permitimos presentar a su autoridad las siguientes observaciones:

SOBRE EL BENEFICIO DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA:

Al margen de la inconveniencia o no de restringir el beneficio para determinados delitos debe considerarse que el principal problema que desde nuestra experiencia operativa podemos señalar es que la mayoría de jueces sentenciadores al otorgar este

beneficio se limitan a establecer como condición la no comisión de nuevo delito y cuando excepcionalmente se impone alguna condición adicional no existe un seguimiento real y responsable del beneficio ni determina la ley a cuál autoridad corresponde el seguimiento y control del mismo. La cárcel es un mecanismo muy violento para la solución del conflicto social y debería aprovecharse las posibilidades legales de no ejecutar la privación de libertad siempre que el sujeto sea consciente de su responsabilidad penal y social y demuestre que es capaz de someterse al cumplimiento de condiciones determinadas a cambio de no ingresar a la prisión, pero entonces los jueces deberían de imponer condiciones pertinentes -en protección a la víctima, de resarcimiento a la víctima, de participación en grupos de auto ayuda o capacitación, etc.- y por ley o al menos por orden judicial debe endosarse expresamente el seguimiento y control de la población penal que disfrute de ese beneficio, de manera que al igual que la libertad condicional el seguimiento y control se brinde por parte de las oficinas de Nivel de atención en Comunidad y los Juzgados de Ejecución de la Pena.

SOBRE EL DESCUENTO DE LA PENA, EL ARTÍCULO 55 DEL CÓDIGO PENAL Y EL RÉGIMEN DE CONFIANZA:

En la sesión de Corte Plena se invoca una serie de argumentaciones donde se llega a calificar literalmente de “*nefasto*” el artículo 55 del Código Penal y se indica que el año carcelario se cumple con ocho meses de prisión, que los presos automáticamente abonan un tercio de la pena, que sobre los descuentos se calcula la media pena y que antes del año o año y medio el sujeto puede ser ubicado en un régimen de confianza. Concretamente se pone el ejemplo de una pena de 12 años donde según el magistrado exponente una sanción de ese monto se cumple con solo 8 años de prisión, la mitad de la pena entonces se tiene a los 4 años y a los 12 o 18 meses el sujeto puede disfrutar ya de un régimen de confianza.

Al respecto debemos señalar que conforme las disposiciones legales y normativas reglamentarias vigentes los abonos por descuento por trabajo no operan automáticamente y la media pena no se fija sobre el monto de la pena con descuento

sino sobre la pena total y hoy en día nunca un privado de libertad con una pena de 12 años podría disfrutar de un régimen abierto con solo 18 meses de reclusión, toda vez que el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario restringe esa posibilidad durante el primer tercio de la pena.

“Artículo 25.—Valoración y plazos para la revisión del plan de atención técnica y cambio de programa. El equipo técnico interviniente presentará al Consejo Técnico Interdisciplinario el informe que dé cuenta del abordaje brindado a la persona privada de libertad así como de su respuesta al Plan de Atención Técnica, a efecto de realizar las modificaciones que sean necesarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 16.

Estas valoraciones se regirán por los siguientes plazos:

- 1. Para sentencias condenatorias hasta de un año de prisión, el Plan de Atención Técnica se valorará una vez que se haya cumplido el primer tercio de la pena.*
- 2. Para sentencias condenatorias de más de un año y hasta tres años de prisión, la valoración del Plan de Atención Técnica se realizará cada seis meses.*
- 3. Para sentencias condenatorias de más de tres años y hasta doce años de prisión, la valoración del Plan de Atención Técnica se realizará cada año.*
- 4. Para sentencias condenatorias mayores de 12 años de prisión, la valoración del Plan de Atención Técnica se realizará cada dos años. Para este tipo de sentencias, a partir de que reste por descontar tres años de la sentencia, las valoraciones se realizarán anualmente.*

La valoración técnica podrá incluir recomendaciones ante el Instituto Nacional de Criminología para el cambio de modalidad de custodia y pernoctación, una vez que la persona privada de libertad haya cumplido al menos el primer tercio de la pena total. Si la persona privada de libertad tiene varias sentencias por descontar, el cambio de programa se podrá recomendar hasta que haya cumplido el tercio de la pena total de la última sentencia.

En los casos previstos en el inciso 4) se realizará una valoración extraordinaria cuando la persona privada de libertad cumpla con el primer tercio de la pena impuesta, con el único objetivo de determinar si es apta o no para un cambio de programa. Las sucesivas valoraciones técnicas se realizarán con la periodicidad indicada para sentencias de este tipo.”

SOBRE LA LIBERTAD CONDICIONAL:

La Libertad Condicional no es un beneficio que se conceda en forma automática y el nivel de rigurosidad con que se tramita y otorga es alto. Se exigen estudios técnicos, un dictamen del Instituto Nacional de Criminología, estudios victimológicos, estudio social y estudio de campo del plan de egreso: recurso domiciliario y oferta laboral, pericias psicológicas o psiquiátricas, etc. La estadística judicial demuestra que no se otorga por regla sino por excepción (por ejemplo del libro de entradas del 2009 del Juzgado de Ejecución del Circuito de Alajuela, se desprende que menos de dos de cada diez solicitudes tienen una resolución favorable) y que el grado de cumplimiento efectivo y uso responsable del beneficio es muy alto. La libertad condicional asegura la posibilidad de retorno a la comunidad únicamente a aquellos sujetos que han realizado un esfuerzo de superación, que han aprovechado la oferta técnica del sistema penitenciario, que presentan buena conducta, que cuentan con capacidad de autocrítica y reflexión, empatía con la víctima, hábitos de trabajo y en general que han desarrollado insumos personales suficientes para descontar la sanción bajo una modalidad abierta sin riesgo para la comunidad ni para el cumplimiento de la pena. Permite asegurar al Estado que el sujeto realiza un esfuerzo por incorporarse a la comunidad ejecutando un plan de egreso al margen del delito, con el control de la autoridad penitenciaria y judicial.

Entre las típicas condiciones a las que se somete al sujeto se le exige:

- Domicilio fijo y apoyo social o familiar generador de control y contención.
- Oferta laboral real y viable que permita devengar ingresos suficientes para la manutención suya y de su grupo familiar.

- Participación en grupos de ayuda como Alcohólicos o Narcóticos Anónimos.
- Realización de un servicio o trabajo comunal a favor de organizaciones estatales o de beneficencia social.
- Prohibición de portar armas, consumir drogas, visitar determinados lugares, acercarse o perturbar a la víctima o su grupo familiar.
- Obligación de mantener buena conducta.
- Obligación de presentación mensual ante la autoridad penitenciaria, etc.

La determinación de la mitad de la pena no es una decisión de la autoridad administrativa, ese requisito lo establece únicamente el juez de ejecución penal y nunca se fija sobre el monto de la sanción penal reducido los abonos legales por descuento por trabajo. En una pena de 12 años la mitad de la pena se adquiere a los 6 años (el año carcelario es de 360 días por lo que requerirá que haya transcurrido 2160 días) y salvo que hubiese presentado prisión preventiva, nunca se toma en consideración el descuento por trabajo toda vez que ese beneficio no opera durante la primera mitad de la pena conforme la reforma de 3 de mayo de 1994 al artículo 55 del Código Penal:

***“ARTÍCULO 55.- El Instituto de Criminología, previo estudio de los caracteres psicológicos, psiquiátricos y sociales del interno, podrá autorizar al condenado que haya cumplido por lo menos la mitad de la condena, o al indiciado, para que descunte o abone la multa o la pena de prisión que le reste por cumplir o que se le llegue a imponer, mediante el trabajo en favor de la Administración Pública, de las instituciones autónomas del Estado o de la empresa privada. Para tal efecto, un día de trabajo ordinario equivale a un día multa y cada dos días de trabajo ordinario equivalen a un día de prisión. Las labores de toda índole, que se realicen en el centro de adaptación social y fuera de él computarán en igual forma. El salario respectivo se abonará total o parcialmente para satisfacer la multa impuesta. El interno gozará de los beneficios que el Estado y sus instituciones otorguen a los trabajadores, aunque no existirá relación laboral entre el empleador y el empleado interno. (Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 7398 de 3 de mayo de 1994).*”**

La Libertad Condicional es un mecanismo muy útil para combatir la reincidencia y procura asegurar un retorno paulatino, responsable, controlado y monitoreado por parte de la propia autoridad estatal. Solo puede ser disfrutado por privados de libertad sin antecedentes penales mayores a seis meses y exige un cambio conductual y un esfuerzo personal en el preso. La decisión de otorgar el beneficio se toma con responsabilidad y bajo el control de las partes procesales. La decisión final en caso de impugnación es del Tribunal de Juicio, que es la segunda instancia en esta materia.

La reforma de ley que se propone evidencia desconfianza en las decisiones judiciales y sus operadores y pretende que según el tipo de delito se ignore al ser humano al margen de las condiciones sociales, culturales y económicas que lo llevan a delinquir y sin considerar su cambio conductual y comportamiento posterior al delito y la finalidad rehabilitadora que persigue la pena de conformidad con el artículo 51 del Código Penal.

Mejor sería promover reformas no meramente simbólicas y que sí signifiquen una mejora del Sistema Penitenciario y de Justicia Penal, haciendo énfasis en la necesidad de asegurar ocupación laboral plena a la población penal, atención técnica adecuada y suficiente, controles más rigurosos para la población penal que disfruta beneficios penitenciarios o judiciales. Eso sí sería una reforma responsable en procura de seguridad ciudadana, porque cárceles saturadas sin atención técnica ni oficio son escuelas de reproducción de la criminalidad. Las normas internacionales recomiendan los procesos de liberación anticipada, son un derecho de la población penal y permiten al Estado el acompañamiento, control y soporte al privado de libertad en su retorno a la comunidad, asegurándonos que tenga un trabajo, un grupo receptor de apoyo y que realice un esfuerzo por desarrollar un proyecto de vida al margen del delito. Sin duda eso es mucho más beneficioso para todos que un egreso abrupto al final del cumplimiento de la sanción.

El calificativo de nefasto sobre un instituto penitenciario fundamental como el descuento por trabajo penitenciario que permite al sujeto desarrollar sus hábitos laborales, que estimula al ser humano a superarse, a educarse o capacitarse, resulta evidencia de una ideología represiva que procura una imagen de que los problemas se

soluciona si somos duros con los delincuentes pero no resuelve para nada el fenómeno de la criminalidad. El manejo de las cárceles y la contención de la población penal son complicados y es importante estimular a los presos a superarse, a poner de su parte para obtener entonces oportunidades y ventajas. Fundamental resulta no restringir el beneficio sino por el contrario asegurar un proceso integral de atención técnica que incluya los programas de ocupación laboral como mecanismo medular para la reinserción del sujeto. Si no hay suficientes puestos de trabajo en la cárcel lo responsable no es eliminar el beneficio sino asegurar que el Sistema Penitenciario brinde trabajo a todos los presos y que se trate de oficios que permitan el desarrollo de las habilidades e insumos personales para que cuando se egrese resulte factible encontrar un trabajo digno y bien remunerado.

El problema de la Condena Condicional y la Libertad Condicional no es que se otorguen para determinados tipos de delincuencia, la cuestión está en que se otorguen a personas que realmente hayan desarrollado o cuenten con las condiciones personales y sociales que les permitan vivir al margen del delito y para eso es importante el apoyo estatal y la imposición de condiciones que aseguren una respuesta responsable y su control.

Encerrar a los privados de libertad y obstaculizar su proceso de reinserción social no es una medida efectiva para combatir la delincuencia y menos en las condiciones del Sistema Penitenciario actual, esas personas algún día egresarán y retornarán a nuestros barrios y ciudades y lo importante es que para ese momento se trate de sujetos capaces de desarrollar una vida digna sin recurrir al delito, que se valoren a sí mismos y aprecien el valor de la libertad, que no sean ya analfabetas y puedan realizar oficios útiles y bien remunerados. La solución no está en procurar encerrar hasta el último día sino en encerrar solo por el tiempo necesario respetando los parámetros legales establecidos, al menos así debe ser en un Estado que como valor fundamental apunta al ser humano, la libertad y que como finalidad de la pena tiene la reeducación y reinserción del individuo.

Es necesaria la promulgación de una Ley de Ejecución de la Pena que regule de forma clara los beneficios penitenciarios, las competencias de las distintas autoridades,

entre otros (sentenciadoras, de ejecución de la pena, penitenciarias,) donde exista un equilibrio entre el descuento efectivo de la pena y los beneficios que se podrían otorgar, bajo un estricto control jurisdiccional.

Atentamente

Juezas y jueces de Ejecución de la Pena.

C.C. Comisión de Seguridad Ciudadana, Asamblea Legislativa

SECCIÓN DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NICARAGUA (UNAN-LEÓN)

Braulio Espinoza Mondragón (Profesor de la Universidad Autónoma de Nicaragua
(UNAN-LEÓN))

Justicia penal especial nicaragüense: a propósito de la propuesta de reforma al Código
de la Niñez y la Adolescencia

JUSTICIA PENAL ESPECIAL NICARAGÜENSE: A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

BRAULIO ESPINOZA MONDRAGÓN

Profesor de la Universidad Autónoma de Nicaragua en León

Fecha recibido 5 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Con respecto a la justicia penal juvenil deben tenerse que lo fundamental la prevención primaria y solamente cuando la misma ha fracasado entra en discusión la prevención secundaria y terciaria, pero respetando las características propias de la justicia penal juvenil como un Derecho Penal mínimo. Existe actualmente una propuesta legislativa de endurecimiento del Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua, aumentando la sanción privativa de libertad de 6 a 15 años. Frente a ello la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, UNAN-León, a través del Centro de Criminología y Seguridad Ciudadana, desarrolló los días 24 y 25 de agosto un seminario sobre Justicia Penal Especial, en el que se emitió una declaración con respecto a esa pretensión de endurecer la justicia penal juvenil. En la misma entre otros aspectos se indicó que el problema de la seguridad ciudadana no se resuelve aumentando las penas a los adolescentes infractores de las normas penales, sino mediante políticas, programas y proyectos sociales que generen mayores oportunidades para todos y todas, ya que la mejor política criminal son las políticas sociales, por ejemplo permitiendo el acceso a mayores oportunidades de educación, deportes y empleo, lo mismo que procurando en relación con ello el rescate de los espacios públicos.

PALABRAS CLAVE: justicia penal juvenil, política criminal, prevención primaria, prevención secundaria y terciaria, política social.

ABSTRACT: In regards to juvenile justice, the primary prevention is fundamental, and only when it has failed, secondary and tertiary prevention discussion enters, but respecting juvenile criminal justice's own characteristics as a minimum Criminal Law. There is currently a legislative proposal to hardening of the Code of Children of Nicaragua, increasing the penalty of imprisonment of 6 to 15 years. Against this the National Autonomous University of Nicaragua-Leon UNAN, through the Centre for Criminology and Public Safety, developed on the 24th and the 25th of August a seminar on Special Criminal Justice, which issued a statement regarding the attempt to toughen juvenile justice. In the same, among other aspects, stated that the public safety problem is not solved by increasing the penalties for young offenders of criminal law, but throughout policies, programs and projects that generate greater opportunities for all, since the best criminal policies are social policies, such as allowing access to greater opportunities for education, sports and employment, as well as in relation, thereto, trying to rescue public spaces.

KEY WORDS: juvenile justice, criminal policy, primary, secondary and tertiary prevention, social policy.

La legislación penal de adolescentes constituye un campo rico e inexplorado en ese sentido. En el contexto de la recuperación de la cultura garantista, que implica de hecho una revalorización crítica de la función de los mecanismos formales del control social, la urgencia en analizar el sistema penal de adolescente resulta evidente; ya que es importante comprobar, en qué medida una estructura formal de control social en el marco de un Sistema Democrático ofrece, por lo menos, a nivel de discurso, los límites negativos a la facultad punitiva del Estado que una coyuntura política permite potencialmente activar

La política criminal es una estrategia social, que como toda regulación jurídica se desarrolla en el marco de un determinado sistema y está a su servicio. Se concibe a la política criminal como el conjunto sistemático de los principios fundados en investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de

las instituciones con ella relacionada (Definición de Von Liszt). La finalidad de la política criminal es la prevención del delito y sus efectos, por lo que hay que tomar en cuenta el resultado de la Ciencia Jurídica y la manera cómo ésta se ve incorporada en una manifestación estatal, a través de nuevas leyes, por el cambio de estrategias en la lucha contra el delito

La situación de la Política Criminal en Nicaragua resulta muy interesante, en la actualidad, en razón de la transición que se ha vivido a lo largo de las últimas décadas, que constituyen el período de la lucha para el derrocamiento de la dictadura somocista en 1979 y, luego, la guerra civil de la contrarrevolución a lo largo de la década del 80; a una coexistencia pacífica en los últimos veinte años (1990-2010). Este largo conflicto interno marcó en todos los sectores sociales un carácter violento. Por esto, Nicaragua aún atraviesa una crisis institucional y una crisis de valores democráticos que conlleva a una percepción evidente del deterioro de ciertos derechos, los cuales suelen verse como un obstáculo a la persecución eficiente de los delitos (Espinoza 2008, p. 158). Además, la persecución de los delitos se ha venido tiñendo de un colorido populista, se lanzan mensajes a la población acerca de la necesidad de endurecer más el Derecho Penal (Chirino, 2000), de reformar el Código de la Niñez y la Adolescencia, pero solo para elevar las penas de prisión, de más reeducación, de derechos y garantías en la búsqueda de más seguridad. Con todo esto, la criminalidad va en ascenso, ya que hoy se violan y asesinan a niños, a policías que persiguen el crimen y a ciudadanos en general

En relación con los adolescentes infractores, la política criminal está destinada a prevenir las infracciones a la ley, enmarcándose en los principios garantistas que constituyen la doctrina de la protección integral, con la que se hace referencia al conjunto de instituciones jurídicas de carácter internacional, como la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y las Directrices de la RIAD, que sirven de fundamento para la aprobación de los Código de la Niñez y la Adolescencia en América Latina.

1.POLÍTICA CRIMINAL DEL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY

La política criminal del adolescente en conflicto con la ley está enmarcada en la doctrina de la protección integral, la cual ha sido influenciada por el aporte de la psicología del desarrollo. Su objetivo es la prevención de la infracción juvenil y sus instrumentos fundamentales son las estrategias preventivas para favorecer la socialización e inserción social adecuada del adolescente.

Lo importante de la prevención es evitar o disuadir la comisión de infracciones a la ley, siendo éste el objetivo prioritario de la política criminal juvenil, en base a ello la directriz número 5 de las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD), señala que las infracciones deben ser consideradas parte de un proceso de madurez y crecimiento, asumiendo que la juventud es una etapa de desarrollo humano que requiere de particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social.

La prevención es el objetivo final de toda intervención penal. En el caso de los adolescentes infractores de la ley, las directrices de RIAD agregan que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención de la delincuencia en la sociedad (Directriz N° 1.1); y como estrategia se señala que deberán promoverse conductas lícitas y útiles en los jóvenes, que se orienten hacia la socialización y que de esta forma enfoquen la vida con un sentido humanista; todo con el objetivo de desarrollar actitudes no criminógenas (Directriz N° 1).

Como instrumento de la política criminal juvenil deben considerarse las políticas preventivas a todo nivel, debiendo tomarse en cuenta la prevención primaria, que evitará la conducta antisocial del adolescente; la prevención secundaria en los delitos ocasionales y la prevención terciaria cuando los adolescentes están en conflicto con la ley de manera reincidente.

POLÍTICAS PARA PREVENCIÓN PRIMARIA

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, genera antes que nada responsabilidad de los Estados para el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; es así, como el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene es responsable por ello (Beloff, 2001, p 64)..

En las directrices de RIAD se plantean tres lineamientos claves para la inserción social y socialización de la niñez y la adolescencia:

- Afianzar el ambiente familiar como espacio idóneo para el crecimiento y desarrollo integral de la niñez y adolescencia

Al interior de la familia; los niños, niñas y adolescentes aprenden cómo interrelacionarse con los demás, constituyéndose el ámbito familiar en un espacio estratégico para fomentar los valores socialmente aceptados y promovidos; de manera que a ésta corresponde promover el desarrollo integral de sus miembros y por tanto evitar la internación en albergues como respuesta estatal tutelar, en la medida que el Estado nunca podrá asumir el cuidado y atención oportuno que requiere la niñez y adolescencia para un desarrollo sano y normal.

De esta manera las directrices de RIAD promueven el involucramiento de la sociedad en su conjunto para fomentar la unidad familiar, generando el compromiso social de ayudar a la familia y proteger al niño.

(16.) Generar espacios de participación auténtica del niño, niña y adolescente en su comunidad

La participación auténtica busca involucrar a los niños y adolescentes de manera efectiva en los intereses colectivos; y de manera dialéctica generar espacios de escucha al niño, niña y adolescente, teniéndose en cuenta sus demandas, intereses y requerimientos, y haciéndoles percibir que su aporte es único e importante en su entorno socio-familiar. Es así como de manera explícita, las reglas de Beijing señalan que la sociedad tiene la obligación de brindarle al adolescente una vida significativa en su comunidad (Regla N° 2), señalando la RIAD a la vez, que es necesario reconocer la participación de los jóvenes en la sociedad y establecer servicios y programas, o fortalecer los ya existentes, para responder a las necesidades, intereses e inquietudes de los jóvenes; para los que además deberá crearse organizaciones juveniles que

participen en la gestión de los asuntos comunitarios, alentando a los jóvenes a organizarse en proyectos educativos.

(17.) Crear mecanismos de coordinación intersectorial e interinstitucional para la promoción social de la niñez y la adolescencia

Dos cuestiones fundamentales a resaltar son el protagonismo que se otorga a los niños, niñas y adolescentes para contribuir a la defensa de sus derechos y el compromiso que se busca generar en las instituciones del Estado y la Sociedad Civil en el logro de esta visión, resultando como responsables directos de ella la Policía Nacional, el Poder Judicial, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud, Ministerio de la Familia, organismos religiosos, líderes adolescentes, ONG's nacionales e internacionales, organizaciones cívicas y comunitarias y la familia en general.

POLÍTICAS PARA UNA PREVENCIÓN SECUNDARIA Y TERCIARIA

Conciben el proceso penal especial como un instrumento de prevención en caso de que el control social informal hubiera fallado y corresponda entonces considerar el carácter educativo del proceso penal especial seguido al adolescente en conflicto con la ley.

Toda política de reacción, una vez fracasada la prevención, necesariamente contiene un aspecto preventivo ya que el objetivo de reaccionar será lograr que el adolescente en el futuro no vuelva a cometer delitos, es decir, enfatizar en una prevención especial con respecto al adolescente en conflicto con la ley.

Esta prevención tiene como características, que en principio se deberá considerar en la respuesta estatal un derecho penal mínimo. Es así, como debemos establecer antes que nada la necesidad de aplicar los instrumentos de la política criminal referidos al control social informal en forma prioritaria, de esta manera, el control penal, como modalidad del llamado control social penal, entra en funcionamiento sólo cuando han fracasado los mecanismos primarios de control social informal e incluso las formas más blandas de control social formal que intervienen previamente.

El reconocimiento de un control social para el adolescente o la imputación de una responsabilidad penal especial, responde al requerimiento de la ejecución de un sistema penal acorde con la etapa de desarrollo humano, limitando en consecuencia el poder coercitivo estatal mediante el otorgamiento de garantías y evitando adoptar con respecto al adolescente una responsabilidad penal encubierta con discursos tuitivos, los cuales desfavorecen un tratamiento legal adecuado, por dificultar un resguardo efectivo de su condición de sujeto de derechos. Se coincide de esta manera, con lo indicado por Mary Beloff, cuando señala que la única justificación admisible de un sistema de justicia juvenil en el contexto de la protección integral de derechos, es el derecho penal mínimo; agregando Miguel Cillero (2001), que lo decisivo para justificar la necesidad de establecer sistemas penales garantistas, es que ellos parecen ser un mal necesario para impedir la expansión informal del castigo.

Es así que las características del Derecho Penal Juvenil tienen su justificación y sustento en el Derecho Penal Mínimo, estas características son:

(18.) El interés superior del niño en el ámbito penal especial

Los intereses, requerimientos y derechos de la niñez y adolescencia han de considerarse lo primordial para el diseño de políticas o ejecución de medidas que los conciernan o involucren, de esta manera, la seguridad ciudadana como interés social vigente, no podrá ser alegada como justificante para restringir derechos en los adolescentes. En relación al tema, Bustos Ramírez⁵⁴¹ señala que la seguridad ciudadana es la condición básica de la libertad y no podrá restringirse la segunda, en aras del resguardo de la primera. Así mismo, es importante subrayar que en pro del interés superior del niño, no podrá alegarse el requerimiento o necesidad de privarlo de libertad.

La privación de libertad y la internación aparecen no sólo como último recurso y por el menor tiempo posible, sino como negativo en términos generales en relación a la reintegración del niño a la sociedad.

541

(19.) Responsabilidad penal especial al menor de 18 años

Existen dos posturas con respecto a la imputabilidad penal del adolescente, la primera, le reconoce una responsabilidad penal especial frente a la comisión de infracción a la ley y por lo tanto, el adolescente se hace destinatario de una responsabilidad penal especial; mientras que la segunda, lo concibe como inimputable, por no aplicársele la justicia penal general, la cual es propia de los adultos.

En relación a la primera postura, Bonasso (2001) sostiene que el adolescente no es imputable en el sentido de que no se le puede atribuir responsabilidad penal plena. Tiene una responsabilidad penal atenuada, la cual equivale a la capacidad de ser sujeto de las llamadas medidas socio-educativas.

Nosotros abogamos por la primera postura y en la legislación nicaragüense se señala que la responsabilidad penal especial se inicia a los 12 años, por considerarse que a esa edad se ha concluido con la educación primaria, y el adolescente ha tenido posibilidades de internalizar las normas sociales y jurídicas vigentes. Lo mismo establece la ley 40 de 1999 en Panamá, la cual obliga a las autoridades instituidas a utilizar mecanismos destinados a la protección de los adolescentes.

(20.) Considerar sólo los tipos penales de la legislación penal de los adultos

Al incorporar la doctrina de la protección integral, la responsabilidad penal del adolescente, realiza una escisión entre el ámbito tutelar y el ámbito penal.

Ambos procesos cuentan con presupuestos diferenciados de intervención, con etapas procesales diversas, objetivos diferentes y responsabilidades estatales disímiles. En base a ello, los supuestos legales que justifican la intervención penal especial, son restringidos a los tipos penales contemplados en la legislación penal genérica. Brindó un alcance fundamental la regla 11 literal b de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, al indicarse que deberá entenderse por privados de libertad a toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público y privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, si no por orden de cualquier autoridad judicial administrativa u otra autoridad

pública. En base a ello, la realidad fáctica prima frente al discurso proteccionista tuitivo del ámbito tutelar.

De esta manera, sólo se justificará una internación por haberse probado la comisión de una infracción cuya tipificación está contenida en el Código Penal, sobre el particular es necesario recordar que por el principio de igualdad y de protección corresponderá señalar que el adolescente en conflicto con la ley penal nunca puede quedar en peores condiciones que un adulto frente al poder coactivo del Estado en situaciones delictivas análogas.

(21.) Conformar un sistema penal especializado

El adolescente en conflicto con la ley, tendrá un sistema penal especializado conformado por fiscales y jueces de adolescentes contando así mismo, con un proceso penal que tiene una finalidad socio-educativa y atenuando la responsabilidad estatal de naturaleza penal, deberá aludirse a infracciones en vez de referirse a delitos y a medidas socio-educativas en vez de nominarlas penas.

Para evaluar la responsabilidad de adolescente en la comisión de la infracción, se requiere de profesionales con una cultura jurídica acorde a los principios garantistas de la doctrina de la protección integral, en relación a ello las funciones del sistema penal especializado requieren del aporte de otras disciplinas como la sicología forense, la medicina legal y el trabajo social que conforman su equipo multidisciplinario y que coadyuvará a conocer las circunstancias en que se produjeron los hechos de la infracción y de manera simultánea, le permite responder al requerimiento de concebir el proceso como un problema humano, tal y como se encuentra señalado en los diversos códigos de la niñez y de la adolescencia, tal como lo señala el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua y la Ley 40 de Panamá, apegándose a la Regla N° 16.1 de Beijing que establece que para facilitar la adopción de una decisión justa antes de que la autoridad dicte una resolución definitiva se realizará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que hubiera cometido el delito.

Esta justicia especializada le permite a jueces y fiscales de adolescentes garantizar lo indicado en la Regla N° 17.1 de Beijing cuando señala que la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como las necesidades de la sociedad.

(22.) Privilegiar las medidas socio-educativas alternativas a la internación

La internación del adolescente en conflicto con la ley es considerada como medida de última ratio ya que deben privilegiarse las medidas socio-educativas, que signifiquen educar al adolescente infractor en libertad. Es así que en caso de ser necesaria su internación, esta deberá aplicarse por el menor tiempo posible.

(23.) Otorgar garantías específicas adicionales a las genéricas

Las garantías genéricas se encuentran consagradas en la Constitución, en la Convención sobre los derechos del niño y en las leyes vigentes sobre las materias las cuales son fundamentalmente la garantía de legalidad, de presunción de inocencia, defensa, de impugnación entre otras.

Mientras que las garantías específicas pueden ser utilizadas en:

(5.) Concebir el proceso penal especial con una finalidad socio-educativa.

Esto significa que se debe brindar una atención especial para lograr que el proceso penal especial coadyuve a internalizar en el adolescente en conflicto con la ley, las normas sociales y jurídicas vigentes que fueron transgredidas a fin de insertarlo de manera adecuada en la sociedad y así evitar una posible reincidencia en el futuro.

(6.) Evaluar apartar al adolescente de los efectos negativos del proceso.

Es decir, lograr la separación del adolescente infractor del proceso judicial con el objetivo de eliminar los efectos negativos de dicho proceso, al igual que el Juez de Familia, que podrá aplicar la remisión en cualquier momento del proceso.

(7.) Principio de confidencialidad.

Este principio resguarda el derecho a la intimidad y a la construcción de una identidad propia tal como se señala en el Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Nicaragua (CNA) cuando afirma que todo adolescente tiene derecho a que se le respete su vida íntima privada y la de su familia. Consecuentemente se prohíbe publicar y divulgar cualquier dato de la investigación o del proceso que directa o indirectamente posibilite su identidad.

(8.) Cumplimiento de las medidas en centros separados de los adultos.

Esta garantía tiene su origen en la necesidad de proteger a los adolescentes infractores de la ley de mantener contacto con delincuentes adultos, pues el art. 111 CNA, señala que los adolescentes mayores de 15 años y menores de 18, tienen derecho, en caso de que se le restrinja su libertad de manera provisional o definitiva, a ser ubicado en un centro destinado exclusivamente para adolescentes.

La justicia penal de adolescentes es un sistema de administración de justicia que extiende los derechos y garantías del debido proceso a los adolescentes a quienes se les acuse de haber participado en la comisión de una infracción a la ley penal. Lo que verdaderamente caracteriza al derecho penal de adolescentes es la finalidad educativa y restauradora de la pena (art.193 CNA), lo que en primer lugar, permite la reparación del daño causado en cualquier fase del procedimiento y consecuentemente el archivo de la causa (art. 200 CNA), en segundo lugar, aconseja la menor restricción de derechos posibles a la hora de imponer la sanción, siendo la privación de libertad el último recurso y sólo para infracciones muy graves (art. 203 CNA).

La convención sobre los derechos del Niño y las Reglas de Beijing para la administración de justicia de menores recomiendan la organización de una justicia

especializada, flexible y diversa, para juzgar a las personas menores de 18 años. Su razón de ser está en el reconocimiento de la adolescencia como la etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual, emocional y moral, sin haber culminado el proceso de formación para la vida adulta, lo que facilita, si se interviene a tiempo, la recuperación del sujeto infractor en una proporción superior a la de los delincuentes mayores de edad.

La psicología evolutiva entiende que el adolescente infractor es una persona en desarrollo que no ha tenido tiempo para interiorizar las normas que rigen la sociedad en que vive. Esto no significa que sea incapaz de discernir y que, por tanto, resulte irresponsable, sino que, por las razones anteriormente expuestas, la reacción social frente a sus actos delictivos no debe ser de castigo sin más, debiéndose procurar su integración social y evitar en todo momento que sea privado de su derecho fundamental de educación.

En el primer foro regional de justicia penal juvenil, celebrado en Tegucigalpa en noviembre del 2008 se dieron algunos aportes que pueden ser tomados para una política criminal como son:

a).- El reconocimiento de la prevención como principal herramienta para la superación de la problemática que comparten los países de la Región en materia de delincuencia juvenil.

b).- La necesidad e implementación de políticas sociales para la niñez y adolescencia que reduzcan los factores de riesgo.

c).- La intervención prioritaria del Estado en la creación e implementación de los sistemas de rehabilitación e inserción de la adolescencia y juventud en conflicto con la ley penal.

d).- Que los estados formulen e implementen políticas públicas sociales dirigidas específicamente a la niñez y adolescencia.

e).- Fortalecer los sistemas de protección social y disminuir los factores de riesgo que enfrenta la niñez y la adolescencia.

f).- Que los Estados formulen e implementen políticas criminales con un claro enfoque de prevención, rehabilitación y reinserción en contraposición a las políticas represivas.

Lamentablemente en nuestra sociedad nicaragüense, la violencia se ha convertido que un fenómeno que requiere ser investigado, analizado e intervenido de forma eficaz para ubicar sus causas y reducir sus efectos. Sin embargo, lejos de analizar estos fenómenos sociales que son multicausales y de múltiples manifestaciones se pretende una reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia con la única visión de elevar las penas de prisión como única forma de resolver el problema de la delincuencia juvenil, cuyo proyecto de reforma fue presentado por diputado de la oposición al gobierno del FSLN Carlos García Bonilla el cual desde su exposición de motivos y la fundamentación en que se apoya dicho proyecto por sí solo merece su rechazo.

Señala el diputado García que “es evidente que los niveles de delincuencia juvenil en nuestro país han venido en aumento al igual que el grado de peligrosidad en los actos delictivos cometidos por estos y que frente a tales hechos que son una realidad, el Código de la Niñez y la Adolescencia se muestra muy débil en cuanto a la aplicación de la pena máxima de privación de libertad para los adolescentes que cometen determinados actos ilícitos, que los convierten en transgresores de la ley y por ende en responsables penalmente”.

Luego agrega “Cabe resaltar que más del cincuenta por ciento de la población nicaragüense está conformada por jóvenes adolescentes, quienes actualmente no cuentan con suficientes políticas sociales que los circunscriban a un ambiente sano y de bienestar en cuanto a su salud física y mental, sanidad espiritual, educación, recreación, protección que conlleve a una atención integral. Sumado a estos elementos, nos encontramos con una justicia penal juvenil bien flexible cuya pena máxima es de seis años respecto de determinados ilícitos penales cometidos por éstos, todo lo cual en algunos casos hasta podría ser un estímulo que incite a los adolescentes a delinquir, cuyas consecuencias muchas veces causan daños irreparables, no sólo al adolescente

si no también a la víctima, en quien poco se hace referencia en las regulaciones en materia de delitos y penas”.

El mismo diputado reconoce que el aumento de las penas de prisión no resuelven el problema cuando afirma “si bien es cierto que el aumento de la pena máxima a ser aplicada a los adolescentes transgresores de la ley no garantiza en un cien por ciento que éstos abandonen por completo la ejecución de actos delictivos”, a la vez el proyectista señala que la medida es para intimidar al resto de la sociedad, “pero no podemos negar que de alguna manera tendrá su incidencia e impacto psicosocial y que mitigará en gran parte la delincuencia juvenil , trayendo cierto temor en los adolescente, por cuanto no es lo mismo una pena de seis años a una pena de quince años sin posibilidad de que el juez competente considere la sustitución de esta pena por una menos drástica”.

El proyecto plantea lo siguiente: “La reforma a la Ley No. 287, que contiene el Código el Código de la Niñez y la Adolescencia, está basada en la reforma del sus artículos 2002 y 206. La reforma al artículo 202 consiste en aumentar la pena máxima de privación de libertad de seis a quince años en los casos de adolescentes que cometan determinados actos ilícitos establecidos en el artículo 203 del referido Código y la reforma al artículo 206 radica en que se elimina la posibilidad de que dicha pena sea sustituida por una menos drástica, es decir no queda más que cumplir la pena impuesta”.

Ante esta situación la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, UNAN-León, a través del Centro de Criminología y Seguridad Ciudadana, desarrolló los días 24 y 25 de agosto un seminario sobre Justicia Penal Especial, con el apoyo de expertos internacionales, traídos a través de los convenios entre la Maestría en Ciencias Penales de la UCR y la Maestría en Criminología y Seguridad Ciudadana de la UNAN-León, de las exposiciones y discusiones sobre las ponencias se elaboró una declaración de León la fue presentada a la Comisión Especial de la Asamblea Nacional en la cual los expertos, tanto nacionales como internacionales, expusieron ante dicha comisión sus consideraciones.

La declaración es la siguiente

DECLARACIÓN DE LEÓN
“HACIA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”

Nosotros los participantes del Seminario Internacional sobre Justicia Penal Especial y propuesta de Reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia, celebrado en el Hotel Charlie's, carretera by-pass, biblioteca del Banco Central 200 metros al norte, en la ciudad de León, Nicaragua, los días 24 y 25 de agosto de 2011, miembros del cuerpo docente y estudiantes de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, UNAN-León, en coordinación con todos los jefes policiales municipales y jefatura departamental de la Policía Nacional de León, en saludo al Bicentenario de nuestra UNAN-León 1812-2012, así como, expertos internacionales invitados especiales de Costa Rica y España, después de escuchar las exposiciones de los académicos y debatir sobre la materia.

Sabiendo de la propuesta de reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia, presentada por el Diputado Carlos García ante la Asamblea Nacional, que trata de aumentar únicamente la pena máxima de privación de libertad en los casos de adolescentes que cometen determinados actos ilícitos, supuestamente para evitar la proliferación de la delincuencia juvenil en nuestro país.

Considerando que la propuesta de reformas al Código citada es contradictoria e infundada, porque el hecho que algunos países hayan aumentado las penas, no significa que sea lo que debemos hacer los nicaragüenses y legisladores, sobre todo, porque los países que han aumentado las penas no han resuelto el problema, sino más bien, lo han agravado.

Tomando en cuenta que la niñez y la adolescencia es un sector de la sociedad altamente vulnerable, producto de los problemas de desintegración y disfuncionalidad familiares, así como, problemas de subdesarrollo y pocas oportunidades para la inclusión social.

Saludando el Bicentenario de nuestra Alma Mater, la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1812-2012, estima urgente incidir en el proceso legislativo de propuesta de reformas del Código de la niñez y adolescencia, porque considera dicha propuesta sin fundamento científico y empírico, dado la experiencia comprobada científica y empírica del modelo de protección integral y preventivo en materia de niñez y adolescencia.

Reconociendo que el modelo de la UNAN-León, de atención a la niñez y la adolescencia que fomenta la seguridad ciudadana en León, ha tenido grandes resultados exitosos, el cual demuestra en el campo, la investigación científica y la práctica que la propuesta de reformas no es la solución al problema, sino que lo agravaría.

Sabiendo del populismo punitivo de algunos políticos nacionales alimentados por el contexto electoral, y algunos medios de comunicación poco éticos, que en algunos casos puede poner en riesgo las investigaciones policiales, y que se preocupan por mejorar sus ventas, antes que la mejora de la cohesión social, utilizando a las víctimas para tales fines sin considerar su dolor y mostrando falta de solidaridad.

Considerando que es totalmente equivocado elaborar una política criminal o legislar a partir de casos concretos, como bien lo indica el experto Alberto Binder, ya que sería tanto como elaborar una política económica a partir de los problemas económicos que atraviesa una persona que ha caído en la insolvencia o algo similar. De igual manera, no es pertinente que la política criminal sea determinada por una o un grupo de víctimas, al igual que tampoco puede serlo por los imputados.

Estimando que esta iniciativa de consenso cohesionado entre la academia, la Policía nacional y los expertos internacionales invitados, es un hecho sin precedentes en la historia nacional reciente.

Por tanto:

DECLARAMOS

1. Que la propuesta de reformas al Código de la niñez y la adolescencia es contradictoria e infundada, ya que el hecho de que algunos países hayan aumentado

las penas, no significa que sea lo adecuado para nuestra realidad y por ende lo que debemos hacer los nicaragüenses y legisladores, sobre todo, porque los países que han aumentado las penas no han resuelto el problema, sino más bien, lo han agravado.

2. Que el problema de la seguridad ciudadana no se resuelve aumentando las penas a los adolescentes infractores de las normas penales, sino mediante políticas, programas y proyectos sociales que generen mayores oportunidades para todos y todas, ya que la mejor política criminal son las políticas sociales.

3. Que el aumento de las penas no disminuye la inseguridad ciudadana.

4. Que el Estado debe fomentar y aumentar sus esfuerzos hacia Políticas sociales que permitan el acceso de la niñez y la adolescencia a mayores oportunidades de educación, deportes y empleo, entre otros.

5. Que el Estado debe procurar el rescate de los espacios públicos para fomentar el disfrute de la niñez, adolescencia y familias en general, como por ejemplo, parques, sitios de diversión sana, por citar algunos.

6. Que las Instituciones competentes deben apoyarse en las Universidades y Centros de Investigaciones de alto nivel, para la coordinación de acciones conjuntas, tomando en cuenta los resultados de investigaciones y los modelos de seguridad ciudadana y atención a la niñez y adolescencia, que las Universidades están implementando, para los procesos de definición de políticas, programas, proyectos y legislación en materia de niñez y adolescencia.

7. Que el modelo de seguridad ciudadana y protección de la niñez y la adolescencia de la UNAN-León, es una evidencia innegable de lo que se debe hacer para resolver el problema de la inseguridad ciudadana proveniente de la niñez y adolescencia, sin necesidad de aumentar la penas.

8. Que la Asamblea Nacional no debería dictaminar favorablemente la propuesta de reformas incoada por el Diputado Carlos García, debido a que no resuelve el problema de la inseguridad ciudadana en las Universidades, ni tampoco en el país, además porque carece de fundamento científico y empírico, siendo incluso contradictoria.

9. Que la Asamblea Nacional debería tomar en cuenta, los modelos de protección de la niñez y la adolescencia y de seguridad ciudadana que está impulsando la UNAN-León, para dictaminar el Proyecto de Ley, y sobre todo, para seguir legislando en esta materia con el auxilio de la Academia.

10. Que los problemas de inseguridad ciudadana provenientes de los adolescentes se resuelven con la participación de todos y todas las Instituciones del Estado, las Organizaciones de la sociedad civil organizada y el apoyo de las Organizaciones Internacionales pertinentes, en especial, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), además de la participación de los padres de familia, entre otros.

11. Que la UNAN-León con todas sus potencialidades, centros de investigaciones, académicos de alto nivel y aliados externos, ofrece sus recursos humanos e instalaciones para el debate sobre la temática, así como, la asesoría especializada a la Asamblea Nacional y demás Instituciones del Estado.

12. Que la UNAN-León, en saludo al Bicentenario (1812-2012), seguirá impulsando el debate sobre la temática, con el único objetivo de abrir el espacio académico para alcanzar el consenso entre todos los involucrados.

13. Que las reformas al Código de la niñez y la adolescencia, deberían enfocarse en resolver los problemas de procedimiento y demás asuntos procesales, pero no la parte sustantiva (Derecho sustantivo), promoviendo el fortalecimiento jurídico del modelo de protección integral y preventivo.

14. Que el Estado debería dirigir los recursos presupuestarios hacia el fortalecimiento de los instrumentos y mecanismos de protección integral establecidos en los libros primero y segundo del Código de la niñez y la adolescencia.

15. Que el Ministerio de Salud Pública elabore políticas de atención psicológicas a la niñez y adolescencia, fomentando planes, programas y proyectos dirigidos a la prevención de conductas suicidas y de maltrato infantil las cuales deben tener un carácter interdisciplinario e interinstitucional en el que se involucren a la familia, jóvenes, adolescentes, niños y niñas, prioritariamente a los niños y adolescentes en riesgo.

16. Que el Ministerio de Educación de Nicaragua y las Universidades implementen programas de capacitación y sensibilización sobre temas psicosociales y jurídicos con enfoques de género y equidad a fin de evitar que la población joven siga siendo víctima de abusos, maltratos y explotación, prioritariamente a los niños y adolescentes en riesgo.

17. Que el Ministerio de la Familia en coordinación con las demás entidades del Estado competentes, planifiquen y ejecuten programas y proyectos dirigidos a la atención preventiva e integral de los padres de familia con niños y adolescentes en riesgo.

18. Que se diseñe un proceso de regulación de los medios de comunicación social para evitar la divulgación de programas que inciten a la violencia y al maltrato infantil.

19. Que se busquen mecanismos y procedimientos para la creación de más fuentes de empleo para adultos a fin de evitar el trabajo y la explotación laboral infantil y de adolescentes.

20. Que se reconozca el trabajo efectivo y alentador de la Policía Nacional en materia de prevención y protección de la niñez y la adolescencia, y fortalecer las relaciones

interinstitucionales, con la sociedad civil, la empresa privada y sociedad en general, que permitan aprovechar los recursos financieros para robustecer el modelo de protección preventivo y de Policía comunitaria proactivo.

21. Hacer un llamado a los medios de comunicación social y periodistas en general, para que el tratamiento a las noticias sean con ética profesional y con el debido respeto a la dignidad humana, privacidad y el sufrimiento humano.

Dado en la ciudad de León a los veinticinco días del mes de agosto del año de dos mil once.

¡¡¡A LA LIBERTAD POR LA UNIVERSIDAD¡¡¡

CONCLUSIÓN

La Política Criminal debe basarse en catálogos de intereses predeterminados constitucionalmente, pero también, en una serie de derechos y en un código de valores que gocen de idéntica protección constitucional, y será legítima esta protección, en tanto el Estado sea capaz de dotarla de vigencia. La Política Criminal es, en consecuencia, una parcela jurídica del Estado, la que a su vez constituye una parte de la política general de dicho Estado, ya que la programación y realización de una coherente y correcta lucha contra la delincuencia, depende del apoyo y fomento que se le dé a los estudios tendientes a describir el sistema de reacción social, la percepción de seguridad ciudadana y el comportamiento delictivo, con la finalidad de establecer lineamientos y programas preventivos, utilizando los medios más eficaces para ello.

De ahí que una racional y coherente Política Criminal supone un esfuerzo de sistematización y actualización de las instituciones que luchan contra la delincuencia; instituciones que deben, según Marc Ancel (Hurtado Pozo, párrafo 21), estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse, y deben ser adecuadas a las condiciones sociales del país. Estas instituciones serían la Policía Nacional, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio de Educación, el

Ministerio de Salud, el Ministerio de la Familia y las Alcaldías, los cuales en armonía con la población organizada realicen una verdadera prevención del delito e implementen políticas públicas eficaces.

Por lo tanto, una Política Criminal, en cuanto tiene que partir del mundo real y utilizando metodologías y técnicas propias para el estudio de los fenómenos sociales, necesariamente tendrá que llegar a la conclusión que el principio de igualdad en que se funda el Estado no es una realidad, sino sólo un Programa (Bustos Ramírez, 1996. párr.9).

BIBLIOGRAFÍA.

- Beloff, Mary (2001). *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Buenos Aires.
- Bonasso, A (2001). *Adolescentes y Responsabilidad penal*, Buenos Aires.
- Bustos, Ramírez (1994). *Política Criminal y Estado*, Revista de Ciencias Penales, Costa Rica.
- Cillero, Miguel (2001). *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Buenos Aires.
- Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua.
- Constitución Política de la República de Nicaragua.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
- David, P.R (1979). *Sociología Criminal Juvenil*. Depalma, Buenos Aires.
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil (directrices de RIAD).
- Espinoza Mondragón, Braulio (2008). *Política Criminal y Prevención del Delito Hoy*. León, Nicaragua, Editorial Universitaria
- Garrido Genovés, V (1986). *Delincuencia Juvenil*, Alambra, Madrid.
- Garrido Genovés, V y Redondo Illescas (1997). *Manual de Criminología Aplicada*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza.
- Herrero Herrero, C (1997). *Criminología (parte general y especial)*, Dykinson, Madrid.
- Herrero Herrero, C (2002). *Tipología de delitos y delincuentes en la delincuencia juvenil actual. Perspectiva Criminológica en Actualidad Penal*, N° 41.

- Izquierdo Moreno, C (1980). Delincuencia Juvenil en la Sociedad de Consumo, Mensajero, Bilbao.
- Kaiser, G (1988). Introducción a la Criminología, Dykinson, Madrid.
- Morant Vidad, Jesús (2003). La Delincuencia Juvenil, Instituto de Valencia de Seguridad Pública.
- Niños y Adolescentes en Conflicto con la Norma Penal (2005). Compilación de Douglas Durán Chavarría, UNED.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing).
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. (Reglas de Pekín).
- West, D.J (1957). La Delincuencia Juvenil, Labor, Barcelona

SECCIÓN DE LA COMISIÓN
INTERDISCIPLINARIA E INTERINSTITUCIONAL
DE VIOLENCIA Y SOCIEDAD, PERTENECIENTE A
LA VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN DE LA
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Mónica Vul Gasperín (Profesora de la UCR e investigadora del Instituto de Investigaciones Psicológicas de la UCR).

Lazo social y subjetividad: propuesta para enfrentar la violencia en la juventud contemporánea

Darío Gómez (Defensa Internacional de Niños y Niñas).

Notas sobre la prevención de la delincuencia juvenil

Olga Marta Mena (Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica).

Centro de atención el Buen Pastor: Condiciones de vida de las mujeres recluidas

LAZO SOCIAL Y SUBJETIVIDAD: PROPUESTA PARA ENFRENTAR LA VIOLENCIA EN LA JUVENTUD CONTEMPORÁNEA

MÓNICA VUL GALPERÍN

*Investigadora Instituto de Investigaciones Psicológicas de la UCR*⁵⁴²

Recibido el 20 de octubre de 2011

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN: El presente trabajo reúne un conjunto de interrogantes organizados en el campo de las violencias en la juventud contemporánea, incluso la ejercida en contra de ellos. Es parte del proyecto de investigación: Exclusión y violencia en jóvenes que asisten a instituciones de segunda enseñanza y de una investigación con respecto a un joven de 15 años que cometió homicidio en un colegio público. El primero de los proyectos rige hasta 2013, mientras el segundo fue realizado hace dos años. Ambos realizados desde mi ejercicio como investigadora en la Universidad de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Violencia, juventud, exclusión, lazo social, subjetividad.

ABSTRACT: The current study includes several questions based on topics of violence in contemporary youth, even if is against them. This is part of the research project: Exclusion and violence in young people and in a research with a 15 year old that who committed murder in a public school. The research project is in effect until 2013 and the second was made two years ago. Both are based on my work as researcher at the University of Costa Rica.

KEYWORDS. Violence, youth, exclusion, social bond, subjectivity.

⁵⁴² Psicoanalista. Investigadora Instituto de Investigaciones Psicológicas.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo reúne un conjunto de interrogantes organizados en el campo de las violencias en la juventud contemporánea, incluso la ejercida en contra de ellos.

Se inscribe en el marco del proyecto de investigación: Exclusión y violencia en jóvenes que asisten a instituciones de segunda enseñanza y en una investigación con un joven de 15 años que cometió homicidio en un colegio público. Ambos realizados desde mi ejercicio como investigadora en la Universidad de Costa Rica.

El primero busca explorar los determinantes que conllevan a la relación existente entre la exclusión social y la violencia en los y las adolescentes estudiantes de 3er ciclo: de sétimo año a noveno año, que asisten a instituciones educativas de segunda enseñanza, de la división regional de San José; así como, también conocer la palabra de las y los adolescentes desde su propia voz, es decir desde su construcción subjetiva acerca de estos fenómenos. Escuchar a partir de la las subjetividades de adolescentes mujeres y hombres, de su discurso, el conjunto de significantes que permiten analizar la relación singular de los/as sujetos adolescentes con las diferentes manifestaciones de violencia Tiene vigencia hasta el 2013 y el segundo fue hace dos años. Ambos realizados desde mi ejercicio como investigadora en la Universidad de Costa Rica.

LO CONTEMPORÁNEO

Pensar la actualidad de nuestra cultura, y el sujeto como efecto de ella y su malestar, es siempre difícil. Más aún en momentos históricos como este, en qué detenerse a pensar es un acto olvidado. Por eso me propongo interrogar la contemporaneidad que no deja de ser aventurado, y apuesto por este riesgo junto a expertos en materia penal juvenil, sociólogos, abogados, penalistas, trabajadores sociales, psicólogos, con quienes compartimos la necesidad de desmitificar algunos de los mitos construidos acerca del tema violencia y jóvenes

La legítima preocupación hacia el abordaje de la violencia y la seguridad en el Estado Social de Derecho, debe ser orientada en la posibilidad de leer la subjetividad de la época a la luz del malestar contemporáneo y las especificidades del sufrimiento singular y social, con el fin de vislumbrar propuestas que reafirmen la posibilidad de

alojar la singularidad y afianzar políticas públicas sociales y no estrictamente políticas criminales.

En ese sentido, siguiendo los desarrollos del Filósofo italiano Giorgio Agamben, me permito formular la pregunta ¿Qué es ser contemporáneo?⁵⁴³ Pregunta que hoy comparto con ustedes conmovida por el profundo malestar que encarnan los jóvenes y la sociedad en su conjunto en las violencias del lazo social contemporáneo.

Contemporáneo es solo el que no se deja cegar por las luces del siglo y es capaz de distinguir en éstas, la parte de la sombra, su íntima oscuridad ¿Por qué debería interesarnos poder percibir las tinieblas que provienen de la época?

Cito textual “Esto significa que el contemporáneo no es sólo quien, percibiendo la sombra del presente, aprehende su luz invendible; es también quien, dividiendo e interpolando el tiempo, está en condiciones de transformarlo y ponerlo en relación con los otros tiempos, leer en él de manera inédita la historia, "citarla" según una necesidad que no proviene en absoluto de su arbitrio, sino de una exigencia a la que él no puede dejar de responder”⁵⁴⁴.

Me gustaría aquí proponerles, siguiendo los desarrollos de Giorgio Agamben, una definición de la contemporaneidad: contemporáneo es aquel que mantiene la mirada fija en su tiempo, para percibir no sus luces, sino sus sombras. Todos los tiempos son, para quien experimenta su contemporaneidad, oscuros. Contemporáneo es quien sabe ver esa sombra e intenta incidir en ella.

La muerte de cuatro colegiales atropellados durante la madrugada del miércoles de la semana pasada, en San Rafael de San Ramón, y el asesinato de un joven, en Orotina, motivaron al Gobierno a declarar Duelo Nacional para los días 21, 22 y 23 de julio del corriente..

Cuatro homicidios culposos, más cinco lesiones culposas de jóvenes de 17 y 18 años y un pasaje al acto homicida de un joven de 18 años contra otro de esa misma edad, que cursaba el 6to Año en el Colegio Técnico Profesional Ricardo Castro, de Orotina, Alajuela, el profundo dolor de todos y cada uno de nosotros, de la sociedad en

⁵⁴³ Agamben G.(2009) ¿Qué ser contemporáneo? Traducción de Cristina Sardoy, Calrín, Buenos Aires.

⁵⁴⁴ idem

su conjunto, tan solo durante la semana pasada, son parte de habitar la contemporaneidad.

Podría atreverme a sugerir que “en el lazo social contemporáneo y la organización capitalista en la cual vivimos se produce una antropología que devuelve la violencia contra el sujeto y la civilización misma”⁵⁴⁵.

Esta violencia la enuncio como la pulsión de muerte de la que nos hablaba Freud, en su correspondencia con Einstein en que éste último se formula la pregunta ¿Por qué la guerra? (1932) y en el Malestar en la cultura (1929).

El periódico La Nación y las autoridades del Ministerio de Educación Pública inmediatamente después del fatal “accidente” en Orotina, denunciaron que una falla en la vigilancia del Colegio Técnico Profesional Ricardo Castro Beer, facilitó el asesinato del estudiante de duodécimo año. Rocío Solís, jefa de la Contraloría de Derechos Estudiantiles del Ministerio de Educación Pública (MEP), anunció el día del doloroso y lamentable hecho que recomendará endurecer los protocolos de requisitos para el ingreso en los Centros educativos.

En la Nación del viernes 22 de julio, leemos el titular: “Me jalé una torta y ahora voy a entregarme a la policía”. Palabras del autor del atropello de los jóvenes.

Vemos así que en el discurso mediático, por un lado el eje de lo sucedido en el colegio se centra en un tema de seguridad, y por otro lado un acontecimiento siniestro como la muerte de cuatro jóvenes y las lesiones de otros cuatro, es reducido a la categoría de “torta”.

Qué banalización del MAL, Como diría Hannah Arendt!

Que distorsión compañeros y compañeras!

Uno de los rótulos que portaban los jóvenes de la escuela Arturo Quirós Carranza, en Coyolar de Orotina decía “Hay historias que no deben repetirse”, también Hanna Arendt al referirse a una de las manchas más oscuras de la humanidad, los campos de exterminio en AUSCHWITZ, en unos de los libros más valientes y desmitificadores que se ha escrito en nuestro tiempo sobre el problema del MAL dijo:

⁵⁴⁵ Sauret M.J (2009) ,Violencia y lazo social. Conferencia en la Universidad de Costa Rica.

“Esto simplemente no tendría que haber pasado, allí sucedió algo con lo que no podemos reconciliarnos”⁵⁴⁶ .

Cada frase cargada de un sentido profundamente penoso, tal como la de cada unos de los jóvenes al dar la despedida final a sus amigos y compañeros la semana pasada.

De nuestra sensibilidad a escuchar la dimensión singular dependerá el éxito o el fracaso de incidir y poner un STOP frente a la violencia en nuestros jóvenes contemporáneos.

De nuestra capacidad de leer esas sombras, de no dejarnos engañar por los discursos que por un lado piden más cárcel para los jóvenes aunque estas estén repletas y hacinadas y por el otro recetan más anfetaminas y Ritalina, para controlar sus cuerpos bajo la contención química y los formateos de Manuales como el DSM, que encasillan a los individuos en trastornos generalizados, desconociendo su subjetividad.

Trastorno mixto de ansiedad depresiva, trastorno cognitivo menor, Trastorno de atracones., trastorno disfuncional del carácter con disforia. trastorno coercitivo parafilico, trastorno de hipersexualidad, obturan la dimensión subjetiva, hacen gala de un autoritarismo científico y se convierten en los nuevos títulos de identidad que criminalizan y pato logizan a los jóvenes para encerrarlos en diferentes cárceles.

Arendt percibió muy bien la lógica del totalitarismo. El lenguaje fue preciso y sobre todo inexorable. Ése era para entonces el significado de términos tales como higiene, salud, eugenesia, esterilización, castración, eutanasia. La autora, en su libro “La banalidad del mal” describe muy bien las etapas del exterminio. Primera etapa: expulsión, luego concentración, y la última de las etapas, la tercera, la llamada solución final, es decir, la palabra clave es matar.

La violencia contra la singularidad, contra las marcas de alteridad en las figuras del otro, el diferente, mujeres, jóvenes, migrantes, extranjeros se expresan en el odio y el racismo.

MÁS ALLÁ DE LA PALABRA...LA MUERTE

⁵⁴⁶ Agamben, Giorgio (2000) Lo que queda de Auschwitz .Ed Pretextos, Buenos Aires.

Las palabras que siguen a continuación pertenecen al caso de investigación de un adolescente que, para efectos de confidencialidad, he nombrado W. quien contaba en ese momento con 15 años y cometió pasaje al acto homicida contra un compañero de colegio de su misma edad en la Institución Educativa de Segunda Enseñanza a la que asistían.

“W” fue sentenciado por cometer homicidio y al momento que trabaje con él se encontraba bajo el Programa del Ministerio de Justicia: Dirección General de Adaptación, en el nivel de Alternativas a la Ley Penal Juvenil del Programa de Sanciones Alternativas, modalidad de Sanción o Custodia.

Es necesario enfatizar que no hay posibilidad de formular los actos de violencia extrema sino es por medio de la pregunta ¿por qué fracasa la palabra?, es decir sin el interrogante del antes y el después del pasaje al acto, ya que el mismo implica el quebrantamiento del lazo social.

La propuesta fue, por ello, escucharlo en su subjetividad, allí donde se cruzan las coordenadas propias de su historia de vida, con la expulsión y el dolor, para que, de alguna manera, se formule la pregunta de qué hacer con eso mediante la operación de producir un nuevo lazo que le permita incluirse en otro discurso, y ser testigo, entonces, de su propio relato de vida y de su pregunta en el inconsciente acerca del pasaje al acto homicida por él cometido.

“Me expulsaron de la escuela a los siete años. Minor me acusó de haber robado dinero a una profesora, por esa razón yo lo odiaba. (...) Yo me había trasladado del colegio X, adonde asistía mientras vivía con mi mamá para irme a vivir con mi papá. Eso no me gustaba pero no tenía más remedio que hacerlo porque en eso quedaron mis papás cuando se divorciaron y yo iniciara la secundaria. Entonces me fui al otro Liceo, llevaba un mes en él. (...) En el colegio me decían que allí algo malo me iba a pasar (...) Me lo topé en el colegio siete años después, a los catorce, no me reconoció. Le pregunté si recordaba que un güila lo amenazó una vez de muerte. (...) Desde que llegué al colegio, Minor me acusaba con un profesor (...) Él había dicho que si lo volvía a ver él me iba a matar (...) Él me seguía y decía: “o usted o yo tenemos que

morir”. Nos iban a expulsar, nos mandaron a cada quien para el aula. (...) Era el más guapo del colegio y él me quitó el campo. (...) No recuerdo exactamente por qué fue la pelea, un impulso de cólera: “uno llega al límite a veces”. (...) Yo no tenía arma, Minor andaba con un arma y mi amigo me dijo que si me hacía algo él lo mataba. Después me dio la pistola a mí, y yo disparé el gatillo sin querer, mientras me hablaban por detrás. Lo hice sin darme cuenta. Llegué al límite, vi todo negro, es como que no era yo, como que me salí de mí de repente. (...) La cargué y disparé, no se me escapó el tiro. (...) Así pasó todo, lo maté. O él o yo. Él me hubiera matado a mí. (...) Inmediatamente después de matar a Minor, corrí a tirarme a un tráiler para matarme. Un compañero evitó que me tirara y llamó del teléfono público a la Cruz Roja. Me trajeron de inmediato y encerraron junto a cuatro compañeros. Luego me sacan y entrevistan. (...) Él era muy problemático, un sapo, no me siento culpable, porque salvé mi pellejo, salvé mi vida, ya no estuviera aquí, estuviera tres metros bajo tierra”.

La investigación con W. intentó mostrar que, ante cada caso “vale la prudencia de Freud cuando afirmaba que él no abría puertas sin estremecerse”⁵⁴⁷, también la necesidad de realizar el viraje del “no sé qué pasó”, frente al horror del episodio, hacia la posibilidad de formular una pregunta acerca del acto homicida desde su singularidad.

El recorrido por este caso desde el psicoanálisis planteó múltiples interrogantes, abrió la necesidad de favorecer la responsabilidad subjetiva y singular, cuando un sujeto es dejado a la deriva y dio cuenta de que “sin duda la muerte es el agotamiento de cualquier deseo, incluido el de morir”⁵⁴⁸.

Fue necesario ir más allá de la descripción de las características propias de la adolescencia, dado que éstas por sí solas, no dan cuenta de la profunda complejidad de la subjetividad de la época que las atraviesa. Sin embargo es importante decir que la

⁵⁴⁷ Tarrab, M. (2004) Producir nuevos síntomas. XIII° Jornada de la EOL. “Nuevos Síntomas, nuevas angustias” 26 de noviembre de 2004. Mesa Plenaria. Versión digital.

⁵⁴⁸ Semprún, J (1995) La escritura o la vida” Editorial Tusquets. Colección Andanzas, Barcelona, p. 55.

adolescencia es una época crucial, de extrañamientos, separaciones, silencios, dolores en lo imaginario, y en lo real, tiene que ver con la historia y la memoria de los padres. No es una etapa más en el desarrollo evolutivo de la vida, sino una puesta en cuestión de la ley y de las identificaciones. También, un momento crucial en la humanización, vía el camino de la identificación. La conformación de la construcción de la subjetividad de W. se enmarca en las características del lazo social atravesado por la subjetividad de la época.

Por un lado, en el vínculo social contemporáneo del discurso de la globalización, existe la dominación exclusiva de la tecnociencia, el cientificismo y el mercado. Por otro lado, la lógica exclusión-inclusión y las políticas de excepción⁵⁴⁹, pesan sobre los jóvenes.

Para el caso que nos ocupa, la lógica *exclusión-inclusión* puso de manifiesto una concepción de la subjetividad que está directamente relacionada con el Estado de excepción que junto al *Homo sacer*, el musulmán y el campo de concentración son tratados por el filósofo italiano Giorgio Agamben, como paradigmas.⁵⁵⁰

Las expulsiones de W. fueron las siguientes:

1. La expulsión de la casa de su mamá para irse a vivir con su papá, a los trece años, edad en que culmina la educación primaria; situación que no le “gustaba”, “pero no tenía más remedio que hacerlo (...) en eso quedaron mis papás cuando se divorciaron y yo iniciara la secundaria”.

2. El encuentro con el compañero por el que había sido expulsado a los siete años, con quien habían prometido matarse cuando se encontraran frente a frente.

“M me acusaba con un profesor de ladrón y delincuente (...) desde que éramos güilas teníamos problemas (...) él había dicho que si lo volvía a ver él me iba a matar.”

3. El sentimiento de odio que lo lleva a cometer el acto homicida como efecto de corte con la pareja narcisista especular que ha servido de soporte de ese sentimiento mortífero, sufrimiento especular por el otro, por el semejante. El sentirse expulsado del lugar que creía ocupar: “el más guapo.” “Era el más guapo del colegio y él me quitó el campo”.

⁵⁴⁹ Vul, M. (2009) Jóvenes en riesgo: Una expresión del malestar social. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, No 1.

⁵⁵⁰ Agamben, G. (2008) *Signatura rerum*. Sobre el método. Ed Adriana Hidalgo. Buenos Aires.

4. El pasaje al acto homicida, lo instala en la cuarta expulsión en su historia de vida y en la nominación segregativa, "delincuente", "homicida" que lo encierra en otra prisión tan fuerte como su propia prisión subjetiva.

"La clínica de los despliegues escénicos del *acting out* y, los pasajes al acto, me convocan a la interrogante de pensar como es posible en estos casos, lograr un retorno a la palabra en un momento de urgencia subjetiva, que permita operar desde allí"⁵⁵¹.

Un pasaje al acto homicida, implica una salida de la dimensión de lo simbólico, es decir, de la palabra y un pasaje hacia acciones que presentan un aspecto impulsivo, manifestaciones del sujeto frente a la angustia que los desborda.

En el pasaje al acto hay un antes y un después, también un tiempo en el que el tiempo y el sujeto se desvanecen. Escuchar antes, darse el tiempo para hacerlo implica ir a contracorriente del imperativo pulsional cuya única exigencia es la satisfacción de la pulsión en forma inmediata⁵⁵². No hay tiempo que perder y justamente por ello, en estos casos, el tiempo que se gana es el tiempo para escuchar

Un pasaje al acto homicidio remite a lo siniestro "*Umheileich*".

- El dolor, la angustia, el miedo y la emergencia de la crisis de los compañeros y la docente que estuvo presente e intentó calmarlos sin lograrlo.
- Las interrogantes ligadas a la responsabilidad /culpabilidad.
- Las interrogantes acerca de ¿cómo no haber leído alguna señal previa al doloroso pasaje al acto?
- Sentimiento de amenaza, peligro, alto riesgo que apareció durante la discusión entre los compañeros.
- Perplejidad, inseguridad, temor, desconcierto y desamparo al ver que x saca el arma, amenazó a Y y poco después gatilló disparando contra él.

⁵⁵¹Vul, M. (1998) *Conferencia "Niños que matan. Jugar con fuego"*. Centro Cultural Español, Ecos del Psicoanálisis. Ciclo 1998.

⁵⁵² La *pulsión* para Freud es un "proceso dinámico consistente en un impulso (carga energética) que hace tender al organismo hacia un fin. Según el autor, una pulsión tiene su origen en una excitación corporal (estado de tensión), su fin es suprimir el estado de tensión que reina en la fuente pulsional, al empuje lo denomina *drang*, y tiende siempre a la satisfacción inmediata. Laplanche, J; Pontalis, B., *Diccionario de Psicoanálisis*. (1969) Buenos Aires.

Muchas preguntas se disparan: ¿Qué modalidad de intervención permitiría alojar la urgencia del pasaje al acto cometido en la institución educativa? ¿Hubiera sido posible prevenirla?

PARA CONCLUIR

En la historia de las sociedades humanas, el concepto *joven* recubre significaciones diversas y por ello la condición de joven no es la misma en una sociedad que en otra.

En este presente histórico, las políticas económicas instrumentadas a partir de la década de los 90 han construido a una considerable cantidad de jóvenes con subjetividades fragilizadas, dado que la época no inscribe vínculo alguno, solo inscribe la relación del sujeto con los goces rentables del mercado que trastocan las relaciones simbólicas entre los humanos.

En efecto, la gran astucia del capitalismo es que desvía las fuerzas de la destrucción hacia el crecimiento económico, de allí la convergencia entre este y la pulsión de muerte freudiana.

Con excepción de Cuba y Uruguay, los jóvenes tienen un peso demográfico en Latinoamérica como nunca antes. Representan un promedio de entre 23 y 25 por ciento de la población.

Cito a Carlos Tiffer: "La falta de programas especiales de prevención y reinserción social son el verdadero problema, no la ley. Más que preocuparnos por la reforma legal, se debería estar pensando y actuando, en primer lugar, para mantener en las aulas a los 426.735 estudiantes matriculados en secundaria. Además, se deben poner en práctica estrategias para reincorporar al sistema educativo a los 54.280 estudiantes que desertaron el año pasado, de los cuales 35.503 son estudiantes de secundaria."⁵⁵³

Por su parte el Profesor Borja Mappelli es enfático al afirmar que las puertas de las cárceles, se han abierto para los jóvenes. Habla de un fraude de etiquetas, en que mientras se habla de semilibertad todo apunta al régimen cerrado en el que la

⁵⁵³ Tiffer, C. 15 años de Justicia Penal Juvenil. Opinión. La Nación 2011-07-25

delincuencia juvenil no se trata como un problema de Estado social de derecho sino como un instrumento político.

En el Centro de Formación Zurquí, la población penal juvenil creció un 58% pasó de 100 a 172 en un año, según los datos del Ministerio de Justicia.⁵⁵⁴

“El centro presenta condiciones inadecuadas, insalubridad, aguas negras estancadas, falta de colchones y prácticamente ha colapsado por el hacinamiento. Contaba con 50 personas adolescentes, al final del 2009. De acuerdo con los registros oficiales del Ministerio de Justicia a junio del 2011, la población juvenil privada de libertad era 329 personas.”

El recrudecimiento en estos tiempos de las violencias en los jóvenes y contra los jóvenes manifiesta la convicción de la inutilidad de los etiquetamientos y de las propuestas de mano dura y más represión y encierro para los y las adolescentes y jóvenes de nuestro tiempo

En el contexto actual, constatamos que la ley tiende a afirmar su autoridad apoyándose cada vez más en el accionar del aparato jurídico. Hay un desplazamiento de la eficacia: antes la prohibición se sostenía en sus enunciados simbólicos, ahora, cada vez más, recurre al castigo.

Asistimos a una judicialización y penalización creciente como respuesta a una cuestión social, y a un tratamiento de la pobreza por vía de lo penal que es correlativo de una falta de solución política⁵⁵⁵.

Abordar esto trae aparejado un ineludible replanteo ético frente al que no debemos retroceder⁵⁵⁶. Se tratará entonces, de escuchar su propia voz, sus decires, sus historias de vida; teniendo en cuenta lo que dicen o lo que su silencio vehiculiza como no saber o no poder decir, y que se expresa bajo la forma de lo que denominamos sus síntomas

Cuestionar los discursos amos, los totalitarismos psiquiátricos desde donde son hablados, y sancionados en la fijeza de los protocolos, las recetas, las categorías y su consecuente impotencia. También los Discursos universales que tienden a las

⁵⁵⁴ Aumenta casi 20% población juvenil recluida en centros. Semanario Universidad 20 julio 2011-07-25

⁵⁵⁵ Nicoletti, E. (2010) Responsabilidad y delito. Revista El NIÑO, BsAS.

⁵⁵⁶ idem

nominaciones segregativas: "homicidas", "suicidas", "drogadictos", que encapsulan y encierran al sujeto a un nombre otorgado por el Otro social versus el nombre y la singularidad propia de cada sujeto en cada acto del cual es responsable

Abrir espacios para alojar la palabra y encontrar las potencialidades y fortalezas de cada joven, en una apuesta por su deseo singular. Comprometer a la sociedad en su conjunto para la formulación de Políticas Públicas integrales, sostenidas y orientadas a la inclusión económica y social; que tengan en cuenta a los jóvenes como protagonistas activos de la realidad, más allá de los gobiernos que cambian cada cuatro años Y que alojen la singularidad y la palabra en cada caso especial, para oponerse al efecto de nominación y universalidad paradigmático en el lazo social actual.

Aceptemos el desafío de enfrentar las violencias del lazo social contemporáneo, convocando la pregunta sobre el lugar de la ética y la posibilidad de que cada niño, cada adolescente, cada joven encuentre otro que preste su deseo de aprender, su tiempo, su escucha, sus palabras, para que cualquiera sean sus neurosis, sus psicosis y sus síntomas, sepan que ellos tienen una vida capaz de ser vivida como sujetos de su deseo y sus derechos y un otro con quien contar.

Una de las las vías posibles seguirá siendo la apuesta por la palabra, la escucha y el lazo social. Es el deber ético que nos convoca si queremos unir a nuestro horizonte la subjetividad de la época.

Bibliografía:

- Agamben G. (2009) ¿Qué ser contemporáneo? Traducción de Cristina Sardoy, Calrín, Buenos Aires.
- Agamben, G. (2008). Signatura rerum. Sobre el método. Ed Adriana Hidalgo. Buenos Aires.
- Agamben, Giorgio (2000). Lo que queda de Auschwitz .Ed Pretextos, Buenos Aires.
- Laplanche,J; Pontalis, B. (1969). Diccionario de Psicoanálisis. Buenos Aires.
- Nicoletti, E. (2010). Responsabilidad y delito. Revista El NIÑO, BsAS.
- Sauret M.J. (2009). Violencia y lazo social. Conferencia en la Universidad de Costa Rica.

Semprún, J (1995) La escritura o la vida” Editorial Tusquets. Colección Andanzas, Barcelona, p. 55.

Tarrab, M. (2004). Producir nuevos síntomas. XIII° Jornada de la EOL. "Nuevos Síntomas, nuevas angustias" 26 de noviembre de 2004 .Mesa

Tiffer, C.15 años de Justicia Penal Juvenil. Opinión. La Nación 2011-07-25.

Vul, M. (2009). Jóvenes en riesgo: Una expresión del malestar social. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, No 1.

Vul, M. (1998). Conferencia “Niños que matan. Jugar con fuego”. Centro Cultural Español, Ecos del Psicoanálisis. Ciclo 1998.

NOTAS SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA JUVENIL

DARÍO GÓMEZ G

Proyecto Regional JPJ

DNI-Costa Rica

Recibido el 28 de octubre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. La llamada violencia juvenil es un concepto que abarca todos los hechos en los cuales, especialmente las personas adolescentes y jóvenes, se ven involucradas en acciones contra la integridad de las demás personas. En lo relativo a la prevención de la violencia juvenil es importante tener en cuenta lo que señala la observación general 10 del Comité de Derechos del Niño, que señala que para prevenir el delito de los adolescentes, además de contar con un sistema Especializado de Justicia Penal Juvenil, y por lo tanto un sistema punitivo-garantista-educativo, se debe contar con una política de prevención de la delincuencia juvenil que sea parte de la política social del Estado. Para disminuir la violencia y el delito de manera significativa, se encuentra en una vigorosa política social, que genere oportunidades ciertas para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

PALABRAS CLAVE. Violencia, delincuencia juvenil, pandillas, prevención, política social

ABSTRACT: The so-called youth violence is a concept that encompasses all the facts which, particularly young and adolescents are involved in actions against other people's integrity. With regard to the prevention of youth violence is important to note the 10th general observation of the Committee on the Rights of the Child, which states that crime prevention for adolescents, in addition to a Specialized Juvenile Criminal Justice System, and therefore a guarantor-punitive-educational system, you must have a policy of prevention of juvenile delinquency that is part of The State's social policy. To reduce

violence and crime significantly, is found in a strong social policy, which creates opportunities for the exercise of certain economic, social and cultural rights.

KEY WORDS: Violence, juvenile delinquency, gang prevention, social policy.

INTRODUCCIÓN

Defensa de Niñas y Niños Internacional-DNI Costa Rica, enfoca sus acciones en la búsqueda de la vigencia práctica de los derechos y responsabilidades de los NNA, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos Internacionales y Nacionales que con la Convención conforman la Doctrina de la Protección Integral.

Ha ejecutado proyectos de Prevención de la Violencia en comunidades de alta vulnerabilidad social, especialmente en Pavas, La Carpio y Rositer Carballo. Así mismo, actualmente ejecutamos el Proyecto Regional de Justicia Penal Juvenil, que busca incidir en la disminución de la violencia del Sistema Penal Juvenil en su tarea de exigir responsabilidad penal a las personas adolescentes por sus conductas que llegaren a constituir delitos.

Estas acciones han disminuido en la medida en que se hacen más pequeños los aportes de la cooperación internacional, primero porque Costa Rica viene siendo excluida de la lista de países prioridad y segundo porque la financiación ha bajado mucho como efecto de la llamada crisis financiera que ha sacudido especialmente las economías de los países del Norte.

Hemos entendido la prevención de la violencia y el delito como la generación de oportunidades reales para el ejercicio de los derechos humanos de NNA. Y estas oportunidades deben responder a las más graves condiciones de vulnerabilidad; en las comunidades antes mencionadas se presentaban especialmente: en salud (incluye debida nutrición), a la educación, a la vivienda digna y a estar libres de maltrato y violencia en el hogar y en la comunidad.

1º. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA

A pesar de que todos/as hablamos de violencia y en todas partes, no existe un concepto único sobre qué es. Lo importante del asunto es que el concepto que manejan las personas tomadoras de decisiones, determina en buena medida las respuestas que se proponen o se implementan como políticas públicas.

El término violencia proviene del latín “vis” que significa fuerza. Según Martín - Baró (Citado por Sáenz 1995) la violencia es la fuerza que se utiliza para sacar algo o a alguien de su estado “natural”. Esta definición es muy cercana a la adoptada por Aristóteles desde el plano de la metafísica, el problema es que remite a la discusión sobre cuál sería el “estado natural” de las cosas y las personas, discusión en la cual existe mucha dificultad para ponerse de acuerdo.

Muchas veces la violencia antes que concepto unitario, se convierte en un tema. No se puede hablar de la existencia de un concepto único como tampoco de una sola clase de violencia, pues existen diversas modalidades de violencia. Además como tema se discute desde diversas concepciones ideológicas y políticas, por ejemplo para Max Weber la violencia ejercida por el Estado es fuerza legítima, mientras para George Sorel la fuerza es ejercida por la minoría y es conservadora, mientras la violencia es de las mayorías, del pueblo⁵⁵⁷.

Sin alejarse de las ideologías y de la política, la Organización Mundial de la Salud OMS⁵⁵⁸ define la violencia como el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.

Esta definición elude o desconoce la existencia de las violencias no necesariamente intencionales, aquellas violencias estructurales que son inherentes a la lógica de la dominación y refieren a una trama de factores políticos, cuya jerarquización impide que muchos seres humanos, alcancen la estatura de personas-sujetos sociales de derechos y responsabilidades. Así las violencias estructurales aparecen en la cotidianidad como un orden legítimo que posee como componente fundante el uso de

⁵⁵⁷ Giraldo 2001

⁵⁵⁸ Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud del 2002

la fuerza legal para su existencia.⁵⁵⁹ Las violencias estructurales se ejercen desde el poder y desde las estructuras sociales, condenando a importantes sectores de población al empobrecimiento y la exclusión social.

Una definición más holística señala que: “Las violencias remiten a una relación social, en que individuos, grupos o instituciones-por separado o simultáneamente-actúan contra seres humanos, otros seres vivos y/o contra la naturaleza, impidiendo su despliegue en plenitud.”⁵⁶⁰

Podemos también decir, que la violencia es la utilización de la fuerza o el poder para la solución de los conflictos, los cuales constituyen parte del conjunto de la vida social, ello en la medida en que personas, grupos y comunidades tienen diversos intereses y posiciones asimétricas respecto al poder. Los conflictos por si mismos no son violentos, se tornan violentos en razón de los mecanismos para solucionarlos, especialmente si se recurre al poder o a la fuerza lesionando los derechos de las personas.

Desde una Ética de los Derechos Humanos se hace necesario entender la violencia o las violencias como: **AQUELLAS ACCIONES U OMISIONES QUE MEDIANTE EL USO DE LA FUERZA O DEL PODER LESIONAN LA INTEGRIDAD Y DERECHOS DE LAS PERSONAS**⁵⁶¹. Así el concepto de violencia alberga lo intencional y lo estructural.

2º. ¿QUÉ ES VIOLENCIA JUVENIL?

El concepto de violencia juvenil, como construcción social, une de manera negativa lo que se califica como violencia con la condición de lo juvenil (adolescente y joven)

⁵⁵⁹ Duarte Q, Claudio. Dto. Violencias en Jóvenes, como expresión de las violencias sociales. Pág. 4

⁵⁶⁰ Idem Pág. 5 citando a Gallardo Helio 2005

⁵⁶¹ Esta definición la sugerimos por primera vez en el documento del proyecto de prevención de la violencia juvenil: Propuesta de Abordaje de la Violencia Juvenil en el GAM de San José. 2005.

El criterio de la condición etérea del actor lo propone el informe mundial de la OMS (2003), aquí la violencia juvenil sería aquella en la cual son actores personas entre los 10 y 29 años de edad (y denomina jóvenes adultos a las personas entre 30 y 35 años de edad).

En las zonas urbano-marginales es frecuente el surgimiento de barras (o pandillas) conformadas por personas adolescentes y jóvenes, que ante sus carencias y la imposibilidad de satisfacer sus necesidades dentro de las relaciones sociales establecidas, recurren a estrategias de sobrevivencia y/o supervivencia, que algunas veces transitan hacia las actividades ilícitas.

La llamada violencia juvenil es un concepto que abarca todos los hechos en los cuales, especialmente las personas adolescentes y jóvenes, se ven involucradas en acciones contra la integridad de las demás personas.

El concepto violencia juvenil, está cargado de estigmatización de lo juvenil como violento y peligroso. Se puede afirmar que es un concepto construido a la luz de la concepción adultocéntrica y desde el concepto de peligrosidad (herencia del positivismo ahora reforzado por el populismo penal y el Derecho Penal del Enemigo) elementos que integran el llamado modelo represivo, que no es otro que aquel que frente a la violencia y el delito esgrime como respuesta fundamental y única la represión, la respuesta que entraña agregar más violencia a la que se intervine. Contra lo anterior sostenemos que la violencia y el delito se tienen que abordar desde el enfoque o modelo de la prevención, basado esencialmente en la generación de oportunidades reales para el ejercicio de los derechos de las personas.

En el discurso adultocéntrico, calificar situaciones con el adjetivo de juvenil, lleva incluida la significación de algo que es propio de esos sujetos y les pertenece de por sí. “Cuando se habla de violencia juvenil, se dice que se trata de un hecho propio de estos sujetos y que se puede explicar porque son jóvenes, por ello son violentos, es decir, estas violencias les pertenecen, son parte de sus vidas y de sus formas de ser. Por ello se explicarían los hechos violentos de ellos/ellas porque son jóvenes, inmaduros,

irresponsables, incapaces, irreverentes, irrespetuosos, insanos inmorales, improductivos, incontrolables, es decir tienen el síndrome de la i".⁵⁶²

La principal característica de este tipo de violencia, es que es reactiva a diversas violencias sufridas, de las que han sido víctimas en el transcurso de sus vidas; la mayoría de las personas adolescentes y jóvenes que se ven involucradas en ella, son precisamente aquellas que han sufrido marcadas condiciones de vulnerabilidad social y exposición a maltrato y violencia tanto en la familia como en la escuela o la comunidad.

Otra manifestación de esta violencia es su expresión en agrupaciones tipo barras, pandillas barriales o barras de fútbol.

Las "maras" son un movimiento de mayor complejidad, que reacciona violentamente a una violencia social y estatal expresada en: movimientos migratorios masivos, privatización de los espacios comunitarios, falta de referentes exitosos a quienes emular en el ámbito familiar, comunal y social (valores), la exclusión social y la desatención estatal de las oportunidades de empleo, salud, educación, recreación etc.⁵⁶³

Otras características de la *violencia juvenil*:

- ✓ No es lucrativa para sus actores/as: "Las peleas, los destrozos en vía pública, no pertenecen a la lógica de la economía del lucro, sino a una economía del goce que pone entre paréntesis las convenciones y obligaciones sociales (la estructura social)". Esta economía del goce es visible en el fuerte componente físico de sus relaciones internas (las de la agrupación)".

⁵⁶² Duarte Q, Klaudio. dto. Violencias en Jóvenes, como expresión de las violencias sociales. Pág. 16

⁵⁶³ Benito, Mauricio. "Maras" en Centroamérica: causas socioeconómicas de la Delincuencia Juvenil" dto. presentado en Foro paralelo de ONGs a cumbre iberoamericana de presidentes, San José CR 2003 Pág.4

- ✓ Esta violencia sería una estrategia de identificación enfrentada a los discursos y simbologías sociales del individualismo y del anonimato. Lo que explica el carácter espectacular de su expresión, y su aparición en espacios públicos.

4º PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL DELITO SIN IMPUNIDAD

Un columnista⁵⁶⁴ decía que “Hay que terminar con el debate sempiterno y paralizante entre los partidarios del “manodurismo” y quienes insisten en que combatir la delincuencia pasa por mejorar las condiciones sociales. Los primeros pecan de simplistas y a los segundos les asiste la razón, pero no ofrecen soluciones que armonicen con la urgencia de la situación.”

Otros expresan este dilema señalando que tanto quienes proponen el modelo represivo como quienes proponen el modelo de prevención han fracasado, porque cuando se ha aplicado el modelo represivo se han lesionado los Derechos Humanos y cuando se aplica el modelo preventivo, se promueven los derechos pero no se ofrece seguridad.

La observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño, señala que para prevenir el delito de los adolescentes, además de contar con un sistema Especializado de Justicia Penal Juvenil, y por lo tanto un sistema punitivo-garantista-educativo, se debe contar con una política de prevención de la delincuencia juvenil que sea parte de la política social del Estado.

Hay que insistir en que el camino para disminuir la violencia y el delito de manera significativa, se encuentra en una vigorosa política social, que genere oportunidades ciertas para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de NNA, al tiempo que se realiza un control social de la violencia y el delito en el marco de una justicia penal respetuosa de todas las garantías que establecen los instrumentos Internacionales y Nacionales de los Derechos Humanos. La impunidad no es buena ni deseable para nadie. La Seguridad Humana implica pleno disfrute de todos los derechos y no impunidad.

⁵⁶⁴ En el Diario Extra columna: Zona Franca, artículo “Seguridad como Discurso”.

5°.LA POLÍTICA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. “POLÍTICA NACIONAL PARA LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA 2009-2021”:

El Patronato Nacional de la Infancia PANI, realizó varios esfuerzos hacía la concreción de una Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia, en el 2005 realizó un proceso de consultas al sector privado y público y en el 2006 se presentó la propuesta que se vino a formalizar en el 2008.

En el año 2009 se presentó y se acogió la política por parte del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia CNNA y el PANI, la cual ha sido promulgada como la Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica 2009-2021.

La política comprende cuatro niveles: Políticas Sociales Básicas, Políticas de Bienestar Social, Políticas de Protección Especial y Políticas de Garantías.

Se señala que: “al 2021 Costa Rica espera haber alcanzado el nivel de una nación capaz de garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos de la Niñez y la Adolescencia, y hacer de todo el territorio nacional un ambiente o entorno de protección integral, participación y desarrollo efectivo de los niños, niñas y adolescentes que lo habitan”⁵⁶⁵

En los Ejes y lineamientos estratégicos de la Política se establece el incremento en la inversión social, y señala: “El Estado se compromete a destinar el máximo de los recursos disponibles para ejecutar planes nacionales, programas, proyectos y actividades dirigidos a la garantía de los derechos de las personas menores de edad”, luego agrega: “los programas deben desglosarse por edad, sexo, y grupo social (etnia, región, condición socioeconómica, discapacidad y otras)”⁵⁶⁶.

En cuanto a financiamiento, señala que esta depende de la combinación de recursos provenientes de presupuesto nacional, de recursos propios de las instituciones, de FODESAF (Fondo de asignaciones familiares), del fondo para la Niñez

⁵⁶⁵ Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia Costa Rica 2009-2021, Consejo de la Niñez y la Adolescencia-PANI-UNICEF 2009 pág. 54.

⁵⁶⁶ Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia Costa Rica 2009-2021, Consejo de la Niñez y la Adolescencia-PANI-UNICEF 2009 Pág. 64

y la Adolescencia, de recursos externos por endeudamiento y de la cooperación internacional.⁵⁶⁷

La formulación de esta política es un paso de mucha importancia, deja atrás la discusión sobre lo que hay que hacer para convertir en realidad los derechos de esta población y se avanza hacia otra etapa en la cual se vuelve fundamental definir el cómo contar con los recursos que se requieren, pues es un hecho que con lo que se incluyó en materia de financiación el Estado no está garantizando efectivamente la ejecución de esta política; lo anterior con el antecedente de que se registra un déficit fiscal de más del 5%, de tal manera que los recursos necesarios solo podrían garantizarse después de una Reforma Tributaria Progresiva que traiga como resultado una real capacidad del Estado desde la cual sea posible destinar los recursos que se requieren.

6º. LA POLSEPAZ: “LA POLÍTICA INTEGRAL Y SOSTENIBLE DE SEGURIDAD CIUDADANA Y PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL” –POLSEPAZ.

En la presentación de la política, el PNUD que trabajó con el gobierno en su elaboración, señaló:

“POLSEPAZ no es un diagnóstico más del problema, ni es un sustituto del Plan Nacional de Desarrollo. POLSEPAZ es el resultado de un amplio e inédito proceso de consulta nacional que abarcó más de dos mil quinientas personas de diversos sectores políticos, sociales e institucionales y de diferentes regiones del país y diferentes aportes por medios escritos y electrónicos. Luego de la consulta se dio un amplio proceso de revisión y análisis de los aportes, enmarcado en un sólido diagnóstico y conocimiento del tema que fue consolidado en el documento de política. Sus recomendaciones, van dirigidas a permear los instrumentos de política pública que promueven los tres poderes del Estado y las acciones que emprende la sociedad civil”.

⁵⁶⁷ Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia Costa Rica 2009-2021, Consejo de la Niñez y la Adolescencia-PANI-UNICEF 2009 Pág. 98.

La política se compone de un buen conjunto de estrategias de prevención al lado de otras para la represión. Hay que preguntarse cómo se va a financiar y si los recursos se destinan efectivamente para prevención y no exclusivamente a los componentes represivos. Un ejemplo de sus componentes lo constituyen las líneas estratégicas para la Prevención ante condiciones de vulnerabilidad:

- Acceso, permanencia y retorno al sistema educativo
- Oportunidades laborales
- Educación no formal para la Seguridad Ciudadana
- Detección y atención temprana de conducta de riesgo (familia, escuela, com.)
- Sistema Nacional de prevención, atención y recuperación de personas en adicción

Sobre su financiación dice:

“2. Asignación presupuestaria: La aplicación y sostenibilidad de la política requiere, al lado de la voluntad y compromiso político, de los fondos necesarios que permitan su implementación. El Estado deberá realizar los estudios de costo de las diversas acciones propuestas y prever la asignación presupuestaria suficiente que permita su realización y mantenimiento”.

El gobierno plantea en esta política una serie de líneas estratégicas que de ser sostenibles y financiadas, constituirían una interesante respuesta a la violencia y el delito. Sin embargo hay que señalar que como política pública, esta aún carece de uno de los componentes esenciales pues no cuenta con una clara financiación; igual que lo que sucede con la Política Nacional para la Niñez y la Adolescencia, la financiación dependería de una Reforma Tributaria con el carácter de progresiva como antes se mencionó.

7º. CONCLUSIONES

-El concepto de lo que constituye violencia, no puede eludir o desconoce la existencia de violencias estructurales o causas estructurales, que son inherentes a la lógica de la dominación y refieren a la trama de factores políticos. Reducir conceptualmente “la violencia” solo a las acciones no intencionales, impide que se asuma la discusión de variables como la inequidad y la exclusión social.

-El concepto violencia juvenil, está cargado de estigmatización de lo juvenil como violento y peligroso. Es un concepto construido desde el mundo adulto y ligado al concepto de peligrosidad (herencia del positivismo ahora reforzado por el populismo penal y el Derecho Penal del Enemigo).

-La disminución de las violencias y el delito de manera significativa, supone una vigorosa política social que genere oportunidades ciertas para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de NNA. El control de la violencia y el delito tiene que realizarse en el marco de una justicia penal respetuosa de todas las garantías que establecen los instrumentos Internacionales y Nacionales de los Derechos Humanos. La impunidad no es buena ni deseable para nadie.

-La Política Integral y Sostenible de Seguridad Ciudadana y Promoción de la Paz Social”- POLSEPAZ y la Política Nacional Para La Niñez Y la Adolescencia 2009-2021, constituyen una buena formulación de políticas públicas, en las cuales la prevención de las violencias y el delito contando con un enfoque de derechos humanos pretenden dar respuestas a las demandas de seguridad. Su financiación y sostenibilidad son asuntos que aún no están claramente resueltos.

CENTRO DE ATENCIÓN EL BUEN PASTOR: CONDICIONES DE VIDA DE LAS MUJERES RECLUIDAS

OLGA MARTA MENA

Profesora de la Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2011.

Fecha de aprobación: 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Este ensayo es un estudio socio-jurídico de las condiciones de vida de las mujeres recluidas en el Centro de Atención el Buen Pastor. Se encuestó a las reclusas una encuesta y se plasmó lo que las internas tienen que contarnos. Se detectaron algunas dificultades, obstáculos, situaciones de indefensión y violaciones de derechos que las privadas de libertad denuncian, se puso de manifiesto la “irracionalidad del sistema penitenciario” (Pavarini, 1983) y la imposibilidad de que las autoridades que forman parte del sistema cumplan con las funciones manifiestas declaradas en los instrumentos internacionales y en la Constitución Política y al mismo tiempo respeten los más elementales derechos de esa minoría.

PALABRAS CLAVE: Mujeres recluidas, Derechos Humanos, Derecho Penitenciario, Prisión. Centro de Atención el Buen Pastor

ABSTRACT: This essay is a socio-legal study of the living conditions of women imprisoned in the costarican “Centro de Atención el Buen Pastor”. A survey was passed on to the prisoners, which embodied what inmates had to say. Women in prison denounced some difficulties, obstacles, situations of defenselessness and violations of rights, which revealed the "irrationality of the prison system" (Pavarini, 1983) and the inability of the authorities that are part of the system to comply with their manifest functions, that have been declared in international instruments, as well as in the Constitution, and at the same time respect the most elementary rights of the minority.

KEY WORDS: imprisoned women, human rights, Penitentiary Law, prison, Buen Pastor Attention Center or Centro de Atención Buen Pastor.

En las últimas décadas, una serie de profesionales, varones y mujeres, como sociólogos, abogados y criminólogos, hispanoamericanos, se han interesado en estudiar las prisiones de mujeres, desde la sociología jurídico-penal, por un lado, y desde los estudios de género, por otro.

No hemos encontrado en nuestro país, hasta el momento, ningún estudio de campo en que se hayan probado e identificado las condiciones reales de vida en las cárceles, lo que los presos/as tienen que denunciar. Empíricamente, hallamos una discrepancia o incompatibilidad en cuanto al enfoque o tratamiento institucional hacia las reclusas y lo que señalan los tratados y convenciones de derechos humanos suscritos por el país.

La prisión de mujeres, en Costa Rica, ha sido un tema que ha estado por años abandonado por quienes debieran velar por los derechos de las reclusas.

Las mujeres encarceladas en el Buen Pastor sufren olvido, son ignoradas y discriminadas y no forman un grupo cuya realidad sea diferente a lo que ocurre en otras latitudes⁵⁶⁸; en todas las prisiones del mundo, se presenta la característica de la exclusión de las mujeres recluidas por motivos de género.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El Centro de Atención Integral (CAI) el Buen Pastor es el centro de reclusión para mujeres, ubicado en la Provincia de San José más grande del país. Recibe la población sentenciada, la indiciada, la adulta joven, las contraventoras y aquellas mujeres que son recluidas por el impago de pensión alimentaria; las mujeres-madre, y en la Casa Cuna, los menores de edad.

⁵⁶⁸ España (Elizabet Almeda Samaranch, Encarna Bodelón González, María Jesús Miranda López) México, (Elena Azaola, Irma Cavazos Ortiz, María Eugenia Espinosa Mora), Holanda (Fernando Tenorio Tagle)

El centro consta de siete ámbitos B1, B2, B3, B4. El ámbito F que es el módulo de máxima seguridad; en el ámbito G, se ubican las adultas jóvenes; en el E, es donde se ubica la casa cuna.

Se diseñó una muestra adjuntada a continuación.

Para obtener la información, se pasó un cuestionario a las internas, quienes fueron seleccionadas aleatoriamente.⁵⁶⁹

LA ESTIMACIÓN DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA

La estimación del tamaño de la muestra óptima que garantice la representatividad y la generalización de los resultados a toda la población de reas en la cárcel es la siguiente:

$$n = \frac{z_{\alpha}^2 * N * p * q}{(e^2 * (N - 1)) + (z_{\alpha}^2 * p * q)}$$

Donde:

n: Tamaño muestral

N: Tamaño de la población (388).

Z: Valor correspondiente a la función de distribución Normal de Gauss para obtener un 95% de confianza con $\alpha=0.05$.

p: Probabilidad de éxito

q: Probabilidad de fracaso (1 - p)

e: Error máximo permisible.

Con base en la fórmula anterior, suponiendo un $p*q = 0.25$, $z_{0.05}^2 = 1.96$ y $e=0.1$ la muestra óptima sugerida es de 77 privadas de libertad.

⁵⁶⁹ La muestra obtenida fue de 64 entrevistas. No se pudieron realizar 13 de las entrevistas porque unas se negaron a colaborar – ubicadas en B2, en el ámbito G, una de máxima seguridad, – otras habían obtenido su libertad y una estaba fuera del penal. Como se nota no hay ningún patrón entre las que no contestaron el cuestionario. Algunas de las internas que no salieron favorecidas querían participar, no se permitió que lo hicieran. Se fue muy estricto en el levantamiento de la información.

La ubicación de las reas en la cárcel está identificada según el módulo; por lo tanto, se van a seleccionar las reclusas al azar dentro de cada módulo. El total de muestra dentro de cada módulo se va a obtener por medio de un muestreo de probabilidad proporcional al tamaño.

El cuadro a continuación detalla la repartición de las 77 reas:

Módulos	Reas	Proporción	n
B1	83	21,4	16
B2	89	22,9	18
B3	90	23,2	18
B4	91	23,5	18
E (Casa cuna)	26	6,7	5
F(Máxima seguridad)	6	1,5	1
G (Adulta Joven)	3	0,8	1
Total	388	100,0	77

SELECCIÓN DE LAS REAS A CONTESTAR EL CUESTIONARIO

Se utilizó un listado con el nombre de las internas. Dentro de cada módulo se le asignó un número en forma consecutiva a cada una de las reas que aparecían en la lista. Por ejemplo, de 1 a 83 en el módulo B1, 1 a 89 para el B2, etc.

Una vez asignado el número a cada rea, se procedió a seleccionarlas aleatoriamente:

- 16 números entre el 1 y 83 para el módulo B1,
- 18 números entre el 1 y 89 para el módulo B2; y así, sucesivamente para cada módulo.

En el caso del módulo F y el G, al ser grupos tan específicos y minoritarios, se decidió elegir 3 números aleatoriamente entre el 1 y el 6 para el módulo F; y 2 números entre el 1 y 3 para el módulo G. De tal forma, el tamaño de la muestra de reas a contestar el cuestionario se redondea a 80.

La tabla siguiente indica los números generados al azar y que sirvieron para elegir a las personas que contestarían la encuesta, para un total de 80 entrevistas.

No.	Números aleatorios para seleccionar en cada grupo						
	B1	B2	B3	B4	E	F	G
1	6	2	59	70	2	2	2
2	45	33	63	25	5	5	3
3	34	38	90	42	23	3	
4	3	84	29	34	11		
5	41	64	10	20	17		
6	31	63	32	65			
7	8	42	73	30			
8	43	12	38	36			
9	40	1	17	60			
10	20	88	69	51			
11	59	23	5	18			
12	23	70	48	84			
13	44	31	61	21			
14	5	35	3	48			
15	80	21	28	85			
16	54	89	62	39			
17		81	57	78			
18		9	55	83			
N = 388	83	89	90	91	26	6	3
n = 80	16	18	18	18	5	3	2

Tabla 1 Números aleatorios para seleccionar la muestra

FINALIDAD DEL ESTUDIO SOCIOLÓGICO POR MEDIO DE LA ENCUESTA

La encuesta tiene como objetivo detectar algunas de las dificultades, obstáculos, situaciones de indefensión, violaciones de derechos en que se encuentran las mujeres, privadas de libertad, qué es lo que ellas tienen que contarnos.

Se pretende, al mismo tiempo, que este trabajo sirva a otros investigadores interesados en el tema para que éstos continúen reflexionando desde el campo de la sociología o de la criminología sobre el Centro de Atención, o, mejor dicho, que se recapacite y delibere sobre el “Centro de Reclusión y Contención de Mujeres el Buen Pastor”. Tales son las circunstancias que se detectaron, que no pretendemos legitimar una institución, solamente analizar los derechos fundamentales de las reas, porque eso no conduciría a un mejoramiento de una institución, que como la penitenciaria, transcribe la “historia de una justificación imposible” (Pavarini, 1983). No es algo novedoso lo que se señala en el presente trabajo, ya que pone de manifiesto la “irracionalidad del sistema penitenciario” (ibídem) y la imposibilidad de que las personas que forman parte del sistema cumplan con las funciones manifiestas declaradas en los

instrumentos internacionales y en la Constitución Política y al mismo tiempo respeten los más elementales derechos de esa minoría.

PROBLEMAS QUE SE PRESENTARON AL PASAR EL INSTRUMENTO

Importante es señalar que de los 80 cuestionarios que se pasaron, 9 fueron rechazados por las internas, cinco lo hicieron personalmente y cuatro a través de otra persona.

Las reclusas que se negaron a formar parte de la investigación, dentro del centro estaban ubicadas: dos de ellas, en el ámbito G; dos, en el módulo B2; y una, en máxima seguridad; las cuatro restantes cuando se les fue a pasar el cuestionario, ya estaban en libertad.

La entrevista con cada una de las mujeres presas para pasar el cuestionario tuvo una duración de aproximadamente cuarenta y cinco minutos, algunas veces un poco más, ya que algunas tenían mucho deseo de hablar.

¿QUÉ TIENEN QUE DECIR LAS MUJERES PRESAS Y QUÉ FUE LO QUE SE DETECTÓ?

El Centro de Atención Buen Pastor, tiene una capacidad para 564 internas, pero, ¿ha crecido la población femenina reclusa en ese Centro?

Total de población reclusa del año 2005 al primer semestre de 2010.

Año	Hombres	Mujeres	Buen Pastor	Total	% de mujeres presas
2005	12.107	1.166	500	13.273	3.76%
2006	11.825	1.155	497	12.980	3.82%
2007	11.621	1.095	453	12.716	3.56%
2008	12.053	1.074	439	13.127	3.34%
2009	13.909	1.160	506	15.069	3.35%
2010	9.893	648	621	10.541	5.89%

Tabla 2 Fuente: Departamento de Investigación y Estadística, anuarios estadísticos de población penitenciaria 2000-2009

La población femenina privada de libertad es, porcentualmente hablando, mucho menor que la de los varones, a pesar de que en los últimos años como puede notarse en el gráfico anterior ha aumentado. El criterio numérico menor de las internas, en relación con los varones reclusos, repercute en la carencia de políticas específicas para que sean aplicadas a las mujeres. Hemos sido testigos al través de los siglos de la invisibilización y del desigual trato que las mujeres privadas de libertad han recibido en relación con la población masculina.

DELITOS MÁS PERSEGUIDOS

El delito por el que las mujeres son más perseguidas ha sido el de narcotráfico y la venta de crack, ilícito en el que participa toda la familia.

En los últimos años, debido a la crisis económica a nivel mundial, el cambio de modelo de estado –del estado benefactor, al estado neoliberal– ha contribuido que muchos de los programas sociales de apoyo a los más vulnerables se hayan visto afectados por la falta de contenido económico. Lo anterior ha repercutido en la población femenina que como alternativa ha incrementado la comisión de delitos relacionados con el consumo, con el tráfico y con el contrabando de drogas o estupefacientes, delitos contra la propiedad y algunos pocos delitos violentos.

En relación con los delitos de narcotráfico algunas mujeres los cometen por “voluntad propia” como forma de solventar sus necesidades básicas, otras, realizan estos delitos por coacción, que es una forma de violencia de género, se les obliga a introducir droga al penal donde su compañero está recluso.

CONDICIONES DE LA ESTRUCTURA FÍSICA DEL BUEN PASTOR

Han sido constantes las denuncias sobre el estado deplorable del Centro de Atención El Buen Pastor, ubicado en San Rafael Arriba de Desamparados, (La Nación, 2010). Se señala que se deben hacer reparaciones urgentes. Esta prisión está ubicada

en un terreno empinado, por lo que tiene una estructura espacial deficiente y es difícil el desplazamiento de las personas que trabajan. Hay que tener buena condición física.

La Comisión de Emergencias, desde el 2010, monitorea el Río Cañas, su desbordamiento y el terreno en que está ubicado el penal donde habitan 180 internas, está en riesgo de falsearse y deslizarse.

Ante las frecuentes denuncias, los órganos competentes realizaron las investigaciones. El Ministro de Justicia, Hernando París, apuntó que de la evaluación e investigación realizada por los ingenieros del Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos (MIVAH) apunta al desarrollo de obras inmediatas para fortalecer la estructura, y no un riesgo tan “inminente”. “Se mantiene la urgencia pero no la inminencia de reubicar las instalaciones del Buen Pastor, los resultados técnicos nos dan tiempo para realizar acciones pensadas y no precipitadas, de tal manera que se puede dar marcha a la construcción de un nuevo centro penal con capacidad para una mayor población”, (ibídem).

Desde la década de los 90, la Defensoría de los Habitantes⁵⁷⁰ ha venido denunciando los problemas y el riesgo de desprendimientos en un sector del terreno del centro penal y para lo que nos interesa 20 años después la situación permanece igual. Lo mencionado, confirma el poco interés de parte de las autoridades, el olvido en el que se ha tenido y se tiene a la población reclusa femenina.

Las condiciones de la prisión son precarias, pero al ser la mayor parte de las mujeres de una condición socio-económica baja, ellas mismas, no encuentran las condiciones estructurales tan malas. En cambio, cuando se les pregunta sobre las condiciones de la prisión a las internas que tienen una mayor preparación académica y por ende, mejor condición socio-económica, éstas expresan las condiciones deplorables e insalubres en que coexisten. Por lo que la opinión general de las mujeres es el siguiente: el 83 % considera que las condiciones físicas de la cárcel son regulares o malas.

⁵⁷⁰ Los informes de la Defensoría de los Habitantes inician en el año 1995. Dentro de las direcciones de la institución, la Defensoría de la Mujer, dio a conocer las condiciones de vida de las privadas de libertad por medio de una investigación presentada en 1996 al Ministerio de Justicia.

EL BOCHO DE MÁXIMA SEGURIDAD

En el bocho, también llamado las tumbas, no hay baño. Una interna señala: “me baño en la pila de lavar, todos me ven. La cama es de cemento”.

“Los inodoros están en el suelo y hay que estar echando agua, señala otra interna. Hay muchas ratas, se pone una botella para que no salgan las ratas y por aquello del olor”.

Hay 8 bochos, cada uno tiene una tapa de cemento y lavamos nosotras mismas el excremento (evacuación, heces, deposición).

Una mujer señala que ha estado en el bocho, no por castigo sino por falta de lugar.

“Me metí en una riña y me mandaron al bocho”.⁵⁷¹

CONDICIONES DE LOS DORMITORIOS

Se permitió el acceso a los diferentes ámbitos. En el Centro, hay edificios construidos recientemente, son los módulos B1, B2, B3, y el B4. Cada uno de éstos alberga aproximadamente 80 internas. Dentro de cada ámbito hay 4 dormitorios que son comunes.⁵⁷² Conviven más de 20 personas por cuarto. Esa es la razón por la que la mayor parte de la población tiene celdas comunes, las mujeres manifiestan tener buena ventilación, cuentan con camarotes, un 1.6% señaló que no tenía ni cama ni camarote. En relación con los colchones, un 73 % dice tener un pedazo de espuma, pero ese mismo porcentaje señala no contar con cobija y almohada. El penal no les facilita la ropa de cama.

⁵⁷¹ “O. es la mujer de J. M. Ella no lo quiere a uno. Lo saca donde una está. Los guardas son los que aplican las sanciones. No podemos apelar los castigos administrativos o cuando nos mandan al bocho”.

⁵⁷² Las mujeres del Buen Pastor señalan les gustaría que las celdas fueran para menos personas y que tuvieran lugares en común. En ciertos momentos a ellas les gustaría aislarse del resto de las personas. Ese deseo de una cierta privacidad, el observador objetivo puede reforzarlo. Los días después de la visita en que las mujeres se alteran, inquietan y en casos se notan hasta perturbadas, cualquier persona cuerda lo que haría es encerrarse en el dormitorio. No pueden hacerlo. En los módulos hay un escándalo insoportable, inmanejable y enloquecedor.

Cuentan con celdas individuales las que se mantienen en máxima seguridad, o como dijo una interna, “duermo en bocho por castigo”. La estructura física de máxima seguridad está muy deteriorada.

Llama la atención que el 95% de las internas indicó que los dormitorios tenían ratas, moscas o cucarachas. Lo anterior nos conduce a concluir que, al no suministrar las autoridades del penal los implementos de limpieza, las internas prácticamente limpian con agua, usan para higienizar la *carbolina*, desinfectante que despide un olor particular, especialmente repulsivo. Los insectos y los roedores no pueden ser exterminados con el uso único de agua y el mencionado antiséptico.

El 68.8% de las internas señala que cuentan con los artículos de higiene que requieren, el 29.7% dice no contar con ellos. Esos artículos son adquiridos por ellas mismas de lo que reciben por concepto de salario derivado del trabajo que realizan en el penal o porque sus familiares se los suministran.

Una interna dice que el penal suministra un rollo de papel higiénico por mes, toallas cada dos meses y el jabón de baño. Otra mujer, “no alcanza el papel higiénico y una barra de jabón al mes”. Según lo manifestado por las internas, nuestras autoridades estaría contraviniendo la regla 5 de Bangkok que señala lo siguiente: *Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con los medios y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación* .(Res 65/229, 21 dic.2010)⁵⁷³

CONDICIONES DEL SERVICIO SANITARIO Y DE LA DUCHA

En relación con la ducha y servicio sanitario, señalan que lo que tienen es un tubo y que cuentan con el servicio sanitario dentro de los dormitorios comunes. A pesar de que los servicios no tienen puertas, gozan de una cortina y según las internas tienen privacidad para realizar sus necesidades fisiológicas.

⁵⁷³ Asamblea general de la ONU. Resolución sin votación.

El 6.3 % señala que no tienen servicio sanitario en el dormitorio, estas mayoritariamente son las internas ubicadas en la parte vieja del penal y las ubicadas en máxima seguridad.

LIMPIEZA Y OLOR DEL SERVICIO SANITARIO

Cuando se les preguntó sobre el olor de los servicios sanitarios o su limpieza, se detectó la incomodidad de las entrevistadas, lo anterior debido a que, por reglamento del centro, ellas son las encargadas de la limpieza. Algunas de las mujeres son las que cumplen con el rol de la limpieza. Ese rol es asignado por alguna de las internas, previamente escogida,⁵⁷⁴ quien es la que lo organiza; cobra una cuota al resto de las reclusas, para la compra de desinfectantes y otros implementos necesarios para el aseo.

En el cuestionario no estaba incluida la pregunta de quién es el obligado a suministrar los implementos y utensilios de limpieza, tales como guantes, jabón, desinfectante, desodorante, cepillos, hisopos, esponjas, entre otros. Manifiestan las mujeres que ellas mismas – de su propio peculio o de la paga exigua que reciben – deben comprar todo lo necesario para mantener la limpieza del penal. Mencionan lo siguiente: “se paga ¢1,000 para que se compre lo que se necesita”, otra mujer señala que “¢20,000 por quincena paga cada interna”, “todo lo ponemos nosotras”, “tenemos que comprarlo”, “la que limpia lo pone”, “una botella pequeña para todo el mes”. (Res/65/229. 21 dic. 2010. Asamblea General de la ONU)⁵⁷⁵

Lo anterior consideramos es la razón por la que un 56.5 % señala que el olor de los dormitorios es agradable, a pesar de que duermen en un salón más de 20 personas, pero cuando se fue incisivo sobre la pregunta “los olores en los dormitorios”, asienten evasivamente.

⁵⁷⁴ Le llaman el “cabo de limpieza”.

⁵⁷⁵ Una mujer dice: “compramos nosotros lo que necesitamos cloro y cera”. De acuerdo a lo que las internas señalan, las autoridades del centro de atención El Buen Pastor incumplen la Regla 5 de las Reglas de Bangkok, son reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes.

PRIVACIDAD EN BAÑOS

En cuanto a la privacidad, un 53.1% señaló que era buena. Las condiciones de los inodoros se ubican entre regulares y malos en un 68.8%.

A los desagües les dieron una calificación de 50% por estar en malas condiciones. Al través de los años, se han presentado reiteradas denuncias al respecto; véanse los informes de la Defensoría de los Habitantes de la República.

A las “duchas” es lo que más alta calificación le asignaron, entre regulares y buenas, un 82.5%. Conversando con las internas manifestaron estar satisfechas con el tubo que usan para bañarse, no tienen una ducha propiamente dicha, empero tienen suficiente agua.

En relación con los servicios sanitarios, a pesar de que se desinfectan y se limpian diariamente, tarea que les corresponde a las internas, un 50 % considera que no cuentan con suficientes implementos de limpieza y el mismo porcentaje de calificación fue atribuido al olor que consideran desagradable.

HIGIENE DE LA COCINA Y DEL COMEDOR

Un 50% de las internas considera mala la higiene de la cocina, manifiestan que frecuentemente les salen pelos, moscas y hasta cucarachas en la comida,⁵⁷⁶ otras internas dijeron que no podían ver la cocina.⁵⁷⁷ En cuanto al comedor, hay un disgusto de hasta un 30%. Lo anterior se atribuye a que en la parte nueva tienen los comedores incorporados a cada uno de los módulos. Manifestó una de las internas; “...lástima que no la dejen entrar al comedor... Tiene una estructura de hierro y entre las tres hendijas que tiene la mesa, se llenan de comida y eso está aterrado de basura en el comedor”.

Las encargadas o reas asignadas a la cocina son las que mueven las grandes ollas con los alimentos hasta los módulos y para transportar esa pesada carga por los pasillos, lo hacen en *burras*.

⁵⁷⁶ Una mujer dijo “nos dieron lentejas con muslos de cucaracha”, otra dijo: “lentejas con gusanos”, “no se pero vienen cucarachas” contestó cuando se les preguntó sobre las condiciones higiénicas de la cocina.

⁵⁷⁷ Hay una cocina que abastece de alimentos a las internas ubicadas en todos los módulos y a la que tienen acceso solamente las internas asignadas a esta área.

ALIMENTACIÓN DIARIA

Señalan que desayunan medio vaso de café y dos bollitos de pan. Un almuerzo típico puede ser arroz rojo con salchicha picada, ensalada verde, “el tomate no se ve”, señala una interna. “Los frijoles negros y rojos nos los dan sin arreglar”, señala otra interna. En cuanto a la cena, “no ceno porque la comida es horrible”.

En cuanto al olor del comedor y la cocina, señala una interna: “...huele a droga”.

HÁBITOS PARA LAS COMIDAS

Reciben los alimentos a la misma hora. Cuando se levantó el cuestionario acababan de hacer el cambio que prohíbe a las internas comer en los dormitorios, y empezaron a distribuir los alimentos en bandejas, lo que produjo cierta inconformidad. Una interna señaló; “no me gusta me den la comida en bandeja y quiero comer más tarde, pero ahora hay más orden”. En general las mujeres consideran que recibir la cena a las 16 horas, es sumamente temprano, “quieren que comamos a las 4, no podemos guardar la comida en el cuarto”, dijo otra. Señalan que no reciben merienda en la mañana ni en la tarde, tan solo toman café.

¿DIETAS ESPECIALES?

Un 46.9% de las reas dicen que existen dietas diferentes, pero no las hay para quienes son vegetarianas o tienen otra religión. Un 59.4% señala que la dieta especial se distribuye entre las internas enfermas, cuando son diabéticas o tienen presión alta o hipertensión, ellas mismas o por prescripción médica pueden solicitarla. Inmediatamente aclaran las entrevistadas que, a pesar de que tienen algún padecimiento, no solicitan cambios de dieta, porque les cambian la comida por un caldo

horrible que no sabe a nada.⁵⁷⁸ Una de las reas señaló que era diabética y que le daban “bolis” dietéticos.

Un 86% señaló que hay moscas, cucarachas y ratas en la cocina⁵⁷⁹ y un 46.8% señala que el olor del comedor y de la cocina no es nada agradable.

Cuando se les preguntó si los alimentos eran suficientes un 67.2% contestó que sí, aunque aclaraban que la comida es muy “fea, mala, grasosa, que no sabe a nada”. Señalaron las mujeres: “si no llega a tiempo se queda sin comer”, otras dicen “falta comida”, o “hay veces que no hay” comida, o “se quedan sin comida”, o “no alcanza”.

PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA EN EL PENAL, (INCENDIO, TERREMOTO)

Ante la pregunta de ¿cuál es el procedimiento de emergencia en caso de incendio? Las internas se incomodaban y el 98% contestó que no se les ha informado ningún procedimiento a seguir en caso de incendio. Un 20% señala no se sabe, un 5% no abren las puertas de emergencia y un 73% manifiesta llaman a los bomberos. Una de las mujeres relató cuando hubo un gran temblor y dice “ni siquiera abrieron las puertas”, y otra señaló: “si lo hay, hay que morir”.

A pesar de la insatisfacción de las mujeres con la atención médica un 73% conoce de la existencia de un médico de planta y del servicio de enfermería en la prisión. La mayor importancia se la dieron al médico general con un 81.1%, seguido del odontólogo con un 79.2%, un 39.6% para la ginecóloga y un 11.3% para el servicio de enfermería.

ATENCIÓN ODONTOLÓGICA

Las mujeres, a pesar de la importancia que le dan al odontólogo, dicen no recibir la atención que requieren porque al llegar al penal “lo que hace es leer el periódico”. Lo anterior puede depender en primer lugar de la percepción de las internas porque al ser sólo un profesional no puede dar atención a todas las mujeres que lo requieren; en

⁵⁷⁸ Una interna señala: “yo que padezco de la presión, al recibir dieta especial “es una cochinada, una agüilla”.

⁵⁷⁹ Señala una interna: “La cocina no está equipada para lavar los platos. No usan guantes”.

segundo lugar, lo que podría ocurrir es que el profesional no cuenta con el equipo y material necesarios para realizar el trabajo.

Muchas de las internas tienen podrida la dentadura, unas necesitan prótesis y otras que les arreglen las caries. Se quejan de que han sufrido fuertes dolores que ameritan extracciones de emergencia y no han recibido la atención que han requerido. El odontólogo cuenta con un sillón dental y el aerotor, que es el equipo básico y necesario para calzar las caries y realizar las extracciones.

Las internas que requieren de una prótesis deben pagar la suma de ¢30.000,00 suma de dinero que las mujeres señalan les es muy difícil ajustar.

Dentro de la Seguridad Social de Costa Rica, el Hospital México y el Hospital Geriátrico Blanco Cervantes, son los dos hospitales clase A, que hacen las prótesis para los asegurados a un costo simbólico de treinta o cuarenta mil colones, suma de dinero inalcanzable para las reclusas.

El 90% considera que la atención médica recibida no es suficiente.⁵⁸⁰ Un 38% señala que no ha recibido ninguna atención, un 25.4 % la ha recibido 1 vez al mes, el 19% dos o cuatro veces al año y un 11% cuando lo necesité o lo llaman.

El 80% de las mujeres consideran que hay servicios médicos que no reciben⁵⁸¹, el 42.2% señaló la falta de un dentista, o equipo de dentistas, que efectivamente las atiende; le sigue en importancia, la ginecóloga con un 33.3%; un pediatra, fue solicitado por las madres que se encuentran en Casa Cuna con un 11.1 %; le sigue psiquiatría, ortopedia y el médico general con un 6.7%.

Hay queja generalizada en la forma en que son dispensados los medicamentos, por la lentitud en que se expiden, y consideran deberían entregarles vitaminas. Otras mujeres señalan que se abusa del médico, éste expide la receta para que les entreguen los medicamentos y cuando los tienen las internas, los venden.⁵⁸²

⁵⁸⁰ Dice una interna: "El centro médico no lo usan sino sólo para vacunar y sacar sangre. No nos auscultan. Me enfermo, me ven la otra semana y el tratamiento viene a los 15 días". Otra señala: "Soy epiléptica y me pusieron mal la vía y se me regó en el brazo". "Cuando me da el ataque epiléptico, me sacan". Otra interna dice: "mi compañera Rocío Agüero tiene cáncer, le cortaron un pecho y ahora tiene cáncer pulmonar y no le hacen nada".

⁵⁸¹ Señala una interna: "nunca nos atienden, nos auto medicamos para los dolores", "...ayer una compañera se estaba ahorcando y los policías no entraban"

⁵⁸² Una mujer menciona: "Siempre recibimos atención, cuando no la necesitamos"

El 73% de las mujeres señala que ha habido epidemias en el Buen Pastor. El 45% mencionó la AH1N1, seguida de diarrea, gripe, vómito, alergia, mareos y otros. Las enfermedades que señalan más comunes son la gripe con un 57.6%, diarrea con un 49.2%, vómito con un 30.5% y depresión con un 22%, dolor de estómago con un 13.6% y dolor de cabeza con un 10.2%.

Señalan que un 20% de las internas están infectadas con HIV, SIDA.⁵⁸³

De las mujeres encuestadas que dicen recibir ayuda psicológica, un 50% expresa que la recibe al menos una vez al mes. Un 42.9 % expresan que la ayuda existe y un 76.2% señala que la necesitan.

Un 43% de las mujeres que dicen recibir esta ayuda, el 50% dice recibirla, al menos una vez al mes; un 7.7% de 2 a 4 veces al mes; y un 19.2% de dos a cuatro veces al año.

AYUDA RECIBIDA DEL INSTITUTO SOBRE ALCOHOLISMO Y FARMACODEPENDENCIA (IAFA)⁵⁸⁴

Un 22% de las mujeres señalaron que tienen problemas con la droga. El 86% de las mujeres que dijeron usar drogas, las obtienen en la prisión y el 89% dice que necesitan más ayuda para combatir la drogadicción.

El 64% de las mujeres señaló que los medios utilizados en el Buen Pastor para combatir la drogadicción está en primer lugar el curso de Narcóticos Anónimos, en segundo lugar mencionan las reuniones, las charlas y la opción de hablar con la psicóloga.

Consideran las internas que una reunión de una hora a la semana no es suficiente. Todas las mujeres que asisten a las charlas, películas o centros, los días lunes, continúan consumiendo la droga; piensan que esas iniciativas no sirven.

⁵⁸³ Una mujer señala que una compañera tiene sífilis y que le dan tratamiento.

⁵⁸⁴ Creado por la Ley N°7035 en 1986, reformado por Ley N° 8289 en el año 2002 donde se le otorga personalidad jurídica instrumental y se señala que tendrá a su cargo la dirección técnica, el estudio, la prevención, el tratamiento y la rehabilitación de la adicción al alcohol, el tabaco, y otras drogas lícitas e ilícitas. Tendrá además otras funciones que la ley le establezca, es responsable de coordinar y aprobar los programas públicos y los privados que se relacionen con los fines que debe desempeñar la institución.

Las internas que no son adictas, señalan que en ocasiones se vuelve insoportable el olor a droga.

Dentro de las políticas y estrategias del IAFA está “El desarrollo de estrategias preventivas y de atención al problema de las drogas”. La forma en que el Instituto operacionaliza lo anterior es mediante el ofrecimiento de atención a la población afectada directa o indirectamente por el consumo de drogas y la cooperación con los esfuerzos nacionales dedicados a la intervención grupos vulnerables.

Nos preguntamos ¿por qué no se centra la atención en esa población, siendo un grupo tan vulnerable y olvidado, como lo son las mujeres del Buen Pastor?

Hay muchas adictas, señala una mujer, ellas dicen querer dejar la adicción. Las internas, que se califican ellas mismas como tales, es interesante destacar lo que señalan: “en la cárcel, realmente no existe la rehabilitación para las drogodependientes”, dicen que tienen un programa similar al de Alcohólicos Anónimos, pero no existe ningún seguimiento, no hay rastreo metódico de la problemática que las internas sufren. Dentro de la prisión fácilmente consiguen la droga señalan; algunas, describieron cómo pasan los psicotrópicos de un ámbito a otro, a vista y paciencia de la seguridad del penal.⁵⁸⁵

EDUCACIÓN EN LA CÁRCEL. (CALVO YADIRA, 1993) ⁵⁸⁶

El 91% de las mujeres considera que educarse es muy importante, lo que se traduce en que 3 de cada 4 presas considera la educación como algo primordial.

Las que contestaron importante, le da igual, poco importante o nada importante, fueron mujeres en las que se detectó estaban aplanadas⁵⁸⁷, deprimidas, y se notaba la poca instrucción.

⁵⁸⁵ Utilizan un palo al que le adhieren una bolsa y por la ventana pasan la droga de uno a otro módulo.

⁵⁸⁶ “...El Ministerio de educación imparte además cursos de primaria y secundaria, pero el tipo de enseñanza se relaciona escasamente con las necesidades y prioridades de las reclusas, que ven muy remota la posibilidad de obtener un título; aunque el Área educativa del Centro prevé la educación física y las actividades culturales, carece de un programa sistemático; se mantienen además, otros cursos como los de manualidades, y labores propias del sexo ni más ni menos que como las programadas a mediados del siglo XIX.

⁵⁸⁷ Glosario de Psiquiatría en Lubrano. com; Alteración del afecto caracterizado por una reducción severa en la intensidad de la externalización del tono de los sentimientos, uno de los

El 60% considera que no existen suficientes medios para educarse en la cárcel: saben dónde acudir, pueden tener acceso a la educación, pero señalan los medios existentes son insuficientes.

El 65% de las mujeres asisten a clases y un 60% reciben primaria y secundaria. Asisten a lecciones dos veces a la semana, sin embargo, manifiestan que les gustaría recibirlas todos los días.⁵⁸⁸ Algunas mencionan que no hay profesores.

Calvo (1993) hace aproximadamente dos décadas señaló:

El Ministerio de educación imparte además cursos de primaria y secundaria, pero el tipo de enseñanza se relaciona escasamente con las necesidades y prioridades de las reclusas, que ven muy remota la posibilidad de obtener un título; aunque el Área educativa del Centro prevé la educación física y las actividades culturales, carece de un programa sistemático; se mantienen, además, otros cursos como los de manualidades, y labores propias del sexo ni más ni menos que como las programadas a mediados del siglo XIX.

El 66% de las que reciben clases, atienden de 3 a 8 horas semanales.

Un 60% manifiestan les gusta trabajar y estudiar y un 40% prefiere sólo trabajar.

Se quejan de que no pueden estudiar por la bulla.

Puede notarse claramente en la prisión que el poder punitivo selecciona las mujeres de las clases más desprotegidas, éstas no han tenido en libertad acceso a la educación o la educación que tienen es muy elemental, su vulnerabilidad y fácil captura es la que proporciona la justificación misma del sistema. Lo más lamentable es que cuando se les priva de la libertad, el mismo sistema tampoco les proporciona la oportunidad de mejorar su condición.

síntomas fundamentales de la esquizofrenia de acuerdo a las descripciones originales de Bleuler.

⁵⁸⁸ Una mujer dice: “cursé el tercer grado de primaria, no fui este año, pedí anteojos porque no veo, no me han hecho el examen de vista. Hace un año lo pedí”.

Un 65% de las internas señalaron que los profesores asisten regularmente a impartir los cursos.⁵⁸⁹ La queja de las mujeres es que falta ocupación, más cursos, mencionan les gustaría se impartieran cursos de informática, de idiomas, con ello, consideran estarían más ocupadas. Una interna señala: “deberían impartir cursos para que seamos camareras, para ser chefs de cocina”.

Una mujer dice: “no estudio voy a arte, manualidades y biblia”; otra manifiesta: “no estudio nada porque aquí no se puede estudiar”; otra reforzando la afirmación anterior dice: “no puedo estudiar, el televisor está muy alto; unas fuman, otras, discuten; es un escándalo, no hay lugar. De los módulos se pasan las drogas; los oficiales, colaboran con la droga. Las compañeras se guindan para matarse”; otra dice: “en la educación hay discriminación con las adictas; y no hay profesores para algunas materias”.

DERECHOS DE LAS INMIGRANTES

“No tenemos los mismos derechos que las otras presas”. Me llevaron a la Corte y el intérprete no me traducía debidamente. Tengo que tener 5 comidas al día, no me autorizan más que 2 manzanas a la semana.

Las extranjeras no recibimos llamadas internacionales de parientes, una de las mujeres puntualiza que la razón es porque el Ministerio las cortó, otra señala que el motivo es porque en la cárcel no hacen dinero con esas llamadas. Señala otra interna que: “aquí, hay personas de muchos países y realmente estamos incomunicadas; en cambio los ticos, llaman y los pueden llamar”.

Las extranjeras estamos incomunicadas de nuestras familias, no podemos educarnos. Otra dice: “como no soy de aquí, se me dificulta el estudio”.⁵⁹⁰

EL TRABAJO EN LA PRISIÓN, ASISTENCIA ECONÓMICA Y VIVIENDA PARA SUS FAMILIARES

⁵⁸⁹ Una mujer señaló: “soy bachiller y no me dieron oportunidad para recibir clases en la UNED”

⁵⁹⁰ Según el SIAP Sistema de Información de Administración Penitenciaria, a mayo de 2010 las mujeres en el Sistema Penitenciario según el país de origen de 602 mujeres institucionalizadas, 508 son costarricenses y 94 extranjeras, sea el 18.50% del total son extranjeras.

Se trata que las mujeres estén ocupadas, pero, a pesar de ello, las oportunidades son escasas. Unas internas quiere trabajar y estudiar y otras solamente trabajar, las más pocas, sólo estudiar.

La situación económica de las internas del Buen Pastor es precaria y se va agravando conforme permanecen en la prisión; al ser jefas de hogar, no pueden colaborar en el ingreso familiar y sufren detrás de las rejas, las carencias de sus familiares. Se requiere que el sistema les pudiera brindar la opción de acceder a un trabajo regulado y en condiciones similares al que se realiza en libertad, además de que puedan recibir ayuda económica de la familia⁵⁹¹ o de otros individuos.

Es preciso revisar los programas o proyectos de empleo existentes. Se detectó que las labores que realizan las internas no van orientadas a las necesidades del mercado para que, cuando concluyan, su condena tengan posibilidad de insertarse en el campo laboral. Nótese que la capacitación en la enseñanza primaria y secundaria es insuficiente: las internas quisieran dedicar más tiempo a la educación, se quejan de no poder estudiar; otras, terminan el día agotadas, sin ánimo ni fuerza para dedicarse a ninguna otra tarea.

En el Buen Pastor se continúa reproduciendo el rol social femenino tan internalizado en nuestras sociedades. El 69% de las reas trabajan en prisión. Prácticamente la mitad, un 49% se dedica a los quehaceres de limpieza de la cárcel; otras, hacen bolsas, carpetas, colgantes y las menos, se ubican en otros talleres. Otras manualidades y actividades son: la bisutería, en la cocina, la elaboración de comidas para la venta y como operario privado. Como puede notarse, aquellos no son verdaderos trabajos, o empleos, tampoco las internas obtienen un sueldo que les permita satisfacer sus necesidades básicas y menos aún, continuar apoyando a sus dependientes.

El panorama para estas mujeres es oscuro, no han tenido oportunidades, ni opciones durante su vida en libertad; y en prisión, se reproduce la misma situación.⁵⁹²

⁵⁹¹ Una extranjera señala que sus familiares le envían ayuda pero lo que le envían no se lo dan. El radio que le trajeron se lo quitaron o se lo robaron.

⁵⁹² Rivera Quesada Lilliana. Ministerio de Justicia y Paz, Costa Rica. Presentación en la que describe el perfil de trabajo de 602 mujeres institucionalizadas: empresa privada, 105 mujeres; servicios generales, 110; actividades autogestionarias, 176 mujeres.

Las mujeres no tienen claro, cómo se hace la escogencia para que se les permita continuar con la educación universitaria; pero dentro de las entrevistadas, una se quejó de que era “discriminatoria la escogencia para asistir a la UNED” porque a ella no la habían escogido.

Las internas realizan diferentes actividades: una lava la ropa de las compañeras para que le paguen; otra se dedica a la jardinería; la otra es la que acarrea comida, nos comunica, además, que su jornada laboral no sobrepasa la hora diaria. Otra manifiesta ser operaria de una empresa privada, le pagan por hora la exigua suma de ₡350, 00 y, el horario es de las 8:00 a las 17:00 horas.

Antes trabajaba para “Difiesta”, empacaba y hacía bolsas. Me pagaban por destajo ₡25 mil por quincena, trabajaba 8 horas diarias, almuerzo una hora y 15 minutos para desayuno.

El ingreso, que recibe por semana “el cabo de limpieza”, lo toma para sus gastos. Los oficiales lo saben. Eso les sirve para descontar días de prisión pero en la realidad no trabajan.⁵⁹³

Otra dice que elabora bolsas y productos de fiesta en el taller, le pagan 6 colones por bolsa.

“A mí en el penal no me pagan, me dicen que es para descontar y asisto a la escuela para descontar pena también”.

Estoy encargada del mantenimiento del penal, limpio, gano ₡7500.00 por quincena.

“Hago bolsas para la Clínica Bíblica, y para el grupo Barceló, ganchos”, el salario es ₡7.000,00 por quincena. Las reclusas mismas consideran que el salario devengado es insignificante. Se notó con las entrevistas que personas con un nivel de instrucción de secundaria, trabajan en el penal haciendo bolsas, pegan y arman. Lo que se les ofrece a las internas son trabajos mecánicos.

“Limpiar y sacudir todo el día, ese es mi trabajo”.

La forma como resuelvo mi situación económica cuando salga será trabajando en piñeras, o en la cocina.

⁵⁹³ Una de las entrevistadas dice que el cabo encargado del aseo, Lourdes Umaña, tiene tuberculosis y convive con ellas en el módulo. Esto no ha sido verificado porque esa información no se suministra.

“Trabajo haciendo bolsas para el INS, para los contratos de pólizas que esa institución realiza, pagan según las bolsas que se produzcan. Un salario de ¢14.000,00 o de ¢20.000,00 colones.

Todos los días lavo ropa por lo que me pagan ¢8.000,00 por semana y soy además cabo de teléfono, autorizo cuatro llamadas por privada al día, por ese control no recibo ninguna paga.

“Trabajo en el Kiosco, venta de comida rápida y en la limpieza de la Casa Cuna”.

JORNADA LABORAL Y DESCANSO

Un 50% de las reclusas trabajan un promedio de 7.35 horas diarias, el 84% considera que tienen horas de descanso y un 16% señala que no. El 67% conoce de internas que no quieren trabajar, el 24% señala que no las conoce y el 9% no responde. Un 33% no quiere contestar o no conoce quienes no quieren trabajar.

UN DÍA DE UNA MUJER RECLUSA, MADRE CON DOS HIJOS

Señala la mujer: “la niña va al Hogar Santa María y el bebé se queda conmigo en el Centro”. “Me levanto a las 5:30 am y baño a la niña que vaya a la guardería, le doy desayuno y parte a las 6:45. Me aseó y baño al bebé, Desayuno a las 7. Se trae a la Casa Cuna. Lavo, limpio, hago un pasillo tres veces al día. Busco almuerzo y el “cabo” reparte la comida. Se almuerza, voy a la escuela, a las 2 p.m. viene luego el café. A las 15 horas llega la buseta con los niños del Hogar. Los baño a los dos. Se les da de comer, hay que buscar la comida, y limpiar nuevamente el pasillo. Cuando me corresponde limpiar la cocina hay que hacerla dos veces al día. En igual sentido cuando me corresponde la limpieza de los baños. Cuando se duermen los niños, plancho.”

Otra mujer dice que “tengo mi máquina para cocer, bordo, hago croché, puedo hacer muñecas. Mis parientes me ayudan pero las cosas que me envían no me las entregan”.

Otra señala que “el trabajo que realizo es limpiar el corredor”

OPCIONES DE TRABAJO O SERVICIOS SOCIALES DE PARTE DE LA COMUNIDAD

La oferta de servicios sociales de parte de la comunidad es nula o muy limitada. Se considera debería desarrollarse programas a largo y mediano plazo para que las reclusas puedan formarse o ejercitarse en un oficio para que se mejoren sus condiciones de vida cuando vuelvan a vivir en libertad.

Difícil resulta formar a la población del Buen Pastor por ser la educación promedio de las internas demasiado básica.⁵⁹⁴ Al concluir la instrucción primaria y si llegan a obtener la libertad tampoco cumplirían con el requisito de una formación laboral o profesional para ser candidatas a un empleo bien remunerado.

Mientras no haya preocupación de las presas por formarse u obtener preparación en algún oficio por un lado, e interés verdadero de parte de las autoridades, el acceso a un empleo digno será muy difícil por lo que debería ponerse mayor atención en la educación primaria, en la secundaria y planificar los programas según las necesidades de esta población.

El 80% de las mujeres recibe un salario mensual pero sólo un 16% recibe una paga mayor de ¢30.000,00 sin que se superen el ¢ 60.000,00 mensuales.

En este punto la acción de los jueces y de los magistrados ha estado ausente de la protección de los derechos de la población privada de libertad. Cuando se ordena la privación de la libertad esa población no debería quedar desatendida, olvidada, ni desamparada; por un lado, las reclusas no conocen de los mecanismos existentes para poder acceder a la ayuda social, no pueden tampoco ejercer ellas mismas sus derechos y por otro lado; la administración de justicia justifica su omisión, aludiendo a que no dispone de recursos.

No cuentan las reclusas con mecanismos expeditos para ejercitar sus derechos, no saben cómo solicitar ayuda para sus familiares cuando son jefes de familia y caen en prisión; cuando obtienen la libertad sufren la marginación y la pobreza por carencias

⁵⁹⁴ El 60 % de la población recibe educación primaria y secundaria. Un 35% no reciben ninguna educación, ya sea porque no quieren o prefieren trabajar. Un 5% recibe instrucción universitaria.

económicas y la falta de intervención de las instituciones de bienestar social que apoye a esta población y a sus familiares para romper así el círculo de pobreza y marginación.

PRESTACIONES ECONÓMICAS Y SUBSIDIO DE EXCARCELACIÓN

En Costa Rica no se ha desarrollado ningún programa que brinde la posibilidad para que las presas o ex convictas logren obtener alguna prestación económica a la que puedan tener derecho y que aliviane, el efecto deletéreo económico que comporta el encarcelamiento. Lo anterior a pesar de la normativa constitucional prevista en el artículo 72 que dispone lo siguiente: “El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y procurará la reintegración de los mismos al trabajo.”

Este numeral debería cobijar al menos los siguientes casos: en primer lugar, aquella que esté cobrando este subsidio y que ingrese a la prisión que continúe cobrando la prestación;⁵⁹⁵ en segundo lugar, cuando la persona al ingresar a la prisión está trabajando (en una empresa, casa de habitación, taller etc.) el patrono resuelve despedir a la persona por “abandono del puesto de trabajo”; sería importante que la persona afectada, pueda apelar el despido para que le sean pagadas sus prestaciones y, se le otorgue el beneficio de un subsidio.

Ante la pregunta de si las reclusas sabían cómo resolver sus carencias económicas y la existencia de posibles subsidios de parte del Estado, fue obvio que no sólo no entendieron la pregunta sino que fueron categóricas en cuanto a su capacidad de resolver sus problemas económicos por sí mismas.

El 73% de las internas señaló que pueden resolver sus problemas de “subsidio”, pero no lo hacen por sus propios méritos.

⁵⁹⁵ En Costa Rica no existe ningún régimen de subsidio. Se hace necesario para disminuir la pobreza de esos sectores que se elabore un sistema con ciertos controles. Que la persona beneficiada haya tenido un trabajo y haya estado cotizando en la seguridad social antes de entrar a prisión. Que se establezca un período mínimo de cotización y que el subsidio esté en relación con la suma de dinero que se cotice. Lo anterior permite que su familia quede protegida por la seguridad social, a pesar de que en nuestro país contamos con un seguro social solidario, que no deja de atender a quien lo requiera en cualquiera de los departamentos de emergencia de los hospitales.

Las reclusas no pueden ayudar a resolver la situación económica precaria que sus familias viven. Un 40%, no pueden ayudar; otras, el 17% más bien son ellas, las que reciben ayuda; un 17% señalan que trabajando, ayudan a su familia; un 13% dice que su familia no necesita ayuda.

Tal y como se mencionó en la nota 27 en Costa Rica no existe un subsidio de excarcelación. En España,⁵⁹⁶ por ejemplo, existe esta ayuda y puede cobrarse en primer lugar, cuando se sale de la cárcel; en segundo lugar, cuando se cumple la condena; y, en tercer lugar, cuando se ha otorgado el beneficio de la libertad condicional, siempre que la privación de libertad haya sido superior a los seis meses. Podemos notar un inexistente apoyo de parte del penal o de las redes sociales para con las familias o miembros de la familia de las reclusas; especialmente cuando la privada de libertad es la jefa de hogar.

Las internas en un 81% dicen no conocer de ninguna privada que solicite ayuda para conseguir trabajo cuando sale de prisión. Solamente un 12% señaló que conocía de ayuda brindada por el penal en la consecución de un trabajo a la salida del penal.

En este acápite parece conveniente el que la comunidad y el Estado realicen un trabajo conjunto que elabore una serie de programas que brinden oportunidades a esta población olvidada, porque la oferta de ocupación laboral es muy limitada o inexistente. El panorama actual es oscuro y pesimista para los ex convictos, ¿cómo cumplir con la exigencia legal de que la pena de prisión debe ejercer sobre el condenado una acción rehabilitadora?

Las ex convictas van a tener gran dificultad en tener acceso a un empleo por la falta de formación y experiencia en algún oficio. Nótese que dentro del penal no se cumple con el aspecto de capacitación y formación por lo que sin ello, es imposible conseguir un buen empleo.

Un 35% de las presas, no sabe cómo ni dónde iniciar la búsqueda de trabajo; más de la mitad, un 52% no tienen ingreso alguno de dinero; no obstante, el 90% señaló que ellas saben qué hacer con sus ingresos.

⁵⁹⁶ En Barcelona, España, véase entre otros el Instituto Nacional de Empleo de Barcelona, Parc de l'Estació del Nord; el Instituto de Girona el de Lleida y el Instituto de Tarragona.

DESCANSO Y RECREO

Las mujeres no acostumbran hacer ejercicio, no es una actividad que las autoridades administrativas promuevan. La mayor parte de la población dice que camina, un 33% disfruta los aeróbicos, pero el resto de actividades tiene poca acogida. Las mujeres hablan de juegos de mesa, como el futbolín; actividades artísticas, como el teatro y bailes folclóricos; pero aclaran que las realizan sólo cuando se apuntan en una lista. Taichí, ejercicios abdominales, son otras de las actividades mencionadas por las internas. Una reclusa cuenta que ella misma se hizo unas pesas, otra, que ella diseñó unos naipes; pero se lamenta porque “nos los quitaron”. El problema señalan las mujeres es que pocas pueden participar en las actividades y otras no quieren participar.

No hay actividades programadas para que todas las presas participen. “Los sábados vamos a la plaza, cada quien ve qué puede hacer”.⁵⁹⁷

Un 59% dice recibir diariamente el sol; un 39%, no recibe y un 2%, no responde. En igual proporción un 59% menciona que realizan actividades programadas al aire libre y un 41% señala que no.

RÉGIMEN DE VISITAS

Las internas gozan del derecho de visita conyugal: Ese beneficio se les concede cada 15 días. Una mujer señala que “si voy me quedo sin comer o almorzar o tomar café, no podemos llevar comida al conyugal”. Una privada de libertad señala que: “tenemos visita de penal a penal”.

Se prohíbe la visita conyugal homosexual, a pesar de ello, en los módulos manifiestan las mujeres que “sí están juntas”. Otra mujer dice: “en los cuartos ven, pero los oficiales no aceptan”.

Muchas internas no tienen visita conyugal porque sus raíces o sus relaciones familiares, las tienen en lugares muy distantes del Centro; y debido a su paupérrima situación económica, sus familiares o pareja, no tiene el dinero para pagar el transporte.

⁵⁹⁷ Señala una interna

El 70% de las mujeres, no encuentra dificultad en comunicarse con su familia; sin embargo, es frecuente que el teléfono falle, otras, no tienen tarjeta para llamar. Las que se sienten discriminadas son las extranjeras, quienes tienen gran dificultad de comunicarse con sus familiares, señalan que prácticamente están aisladas.

MECANISMOS PARA REIVINDICAR DERECHOS DE LAS PRIVADAS DE LIBERTAD

La población del Centro al ser de escasos recursos no tiene abogado particular. Una de las internas manifestó que el obstáculo que tienen cuando hablan con el abogado, cuando lo tienen, es que graban la conversación.

Conversando con algunas de las mujeres, señalan no tener conocimiento de la existencia de una instancia o servicio para presentar quejas, mencionan que tratan de quejarse cuando llega personal de la Defensoría de los Habitantes, pero que el inconveniente es que los oficiales se acercan donde están conversando y no pueden hablar libremente.

“No me han sancionado administrativamente porque no me he intoxicado durante mi estadía, ni he tenido bochazos⁵⁹⁸, ni me he cortado”, señala una reclusa.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Sobre este tema dicen no poder hacer nada. Los oficiales de seguridad son los que las imponen. Si discuten, siempre perdemos, aunque se tenga la razón, señala una mujer. Otra manifiesta “no puedo hacer nada, es lo que dicen los oficiales”, otra dice, cuando me transfieren “aguanto aquí reubicada y sola, por eso se ahorcó mi amiga, porque la aislaron”. Otra de las internas dice: “No puedo hacer nada, me mandan al bocho y no puedo hacer nada, no les importa que nos matemos”.

Cuando nos imponen sanciones administrativas, dicen las reclusas, lo que hacemos es amotinarnos si no estamos de acuerdo; o hacemos huelgas y no dejamos entrar a los oficiales. Una mujer dice que ha escrito cartas a la Directora, pero no

⁵⁹⁸ Bocho, tumba, bochazos, palabras que utilizan las internas para referirse a “Máxima Seguridad”

contesta. Pueden llamar a la Defensoría: se marca el número cuatro, pero la Defensoría nunca contesta o la llamada no entra.

DIFICULTADES DE LAS MUJERES

Las mujeres reclusas no cuentan con una normativa expresa y específica que las proteja en los supuestos de maternidad, responsabilidades familiares⁵⁹⁹ y facilidades para que puedan interponer recursos de amparo o incidentes de queja cuando les aplican sanciones administrativas. Señalan que no saben cómo encontrar un abogado, no pueden enviar una carta a un abogado ni a la Defensoría. Otra dice: “no he utilizado ningún mecanismo para hacer valer mis derechos porque no sé cómo hacerlo”. “Necesito un abogado para que me ayude a que me impongan el beneficio de la libertad condicional.” “Cuando estamos en el bocho se dificulta la entrada de abogados para que no nos vean”.

El abogado del penal, señala una, se acuerpa con el resto del personal, todos son una misma cosa; las donaciones se las dejan, los oficiales y cuerpo técnico, se las llevan; uno no puede quejarse. Nadie viene a hablar con nosotras, “estamos enterrados vivos”.

“El abogado del centro siempre está ocupado, no atiende a nadie”.

“El abogado del penal nunca sabe nada y dice que no le compete y que le pagan para hacer otra cosa”.

Otra interna señala: “el abogado del penal ayuda los martes, pero no puede hacer nada para que me devuelvan a mis hijos”.

⁵⁹⁹ Nótese que en Costa Rica el número de hogares jefeados por una mujer subió siete puntos porcentuales entre 1990 y 2008, al pasar del 11% al 18%. Esto quiere decir que las familias lideradas por mujeres se incrementaron de 65.800 a 199.000. La Nación. Com /el país, miércoles 16 de diciembre de 2009. “Dicho aumento, expuesto en la investigación del Estado de la Nación sobre oferta y demanda de centros de cuidado, es el más relevante en cuanto a cambios en las estructuras familiares” “...el porcentaje de hogares con hombre proveedor y cónyuge ama de casa bajó de 37% a 26% en ese mismo período”, “...en los hogares en donde la jefatura es femenina es indispensable el servicio de centros de cuidado, pues allí se concentra el 58% de los niños menores de 12 años. Paralelamente, ese grupo es el más afectado por la pobreza con un 25% (un 8% vive en extrema pobreza)”.

PENAS, SANCIONES ALTERNATIVAS Y BENEFICIOS

Al no haberse incorporado a la legislación adulta las sanciones alternativas a la pena de prisión, los beneficios con que actualmente cuentan las mujeres son: la condena de ejecución condicional y la libertad condicional, beneficios que no aplican para las que descuentan pena por delitos de narcotráfico; a pesar de que las cantidades de droga con las que han traficado son insignificantes. Señalan algunas internas: “con la droga que vendemos, apenas nos alcanza para mal vivir, no ajustamos ni un salario mínimo”.

CONCLUSIONES Y RESULTADOS IMPORTANTES

El perfil de las reclusas en relación con la edad oscila entre los 30 y 40 años de edad y descuentan pena de prisión por delitos en que las penas impuestas son superiores a las que les impondrían a los varones. Según lo observado no hay suficientes programas rehabilitadores y las guardas de seguridad (varones y mujeres) están poco preparadas/dos para atender a la población infractora, además de que se les notó fatigados/as.

La mayoría de internas tienen sólo educación primaria o ninguna, no obstante, manifiestan que les gustaría aumentar el número de lecciones que reciben a la semana y apreciarían que los profesores asistan regularmente.

Algunas de las privadas de libertad trabajan para la empresa privada en los talleres, las más se desempeñan haciendo los quehaceres que se requieren en el centro. El dinero que reciben las internas es exiguo: no les alcanza para satisfacer sus necesidades más elementales y menos aún para ayudar a sus familiares.

Los programas de rehabilitación no existen o son insuficientes. Se encontraron las siguientes carencias que deben solventarse: en primer lugar, debe fortalecerse la rehabilitación para las drogadictas; en segundo lugar, mejorar el sistema de salud para que las internas tengan acceso a un médico general cuando lo necesiten, al ginecólogo, al odontólogo, al oftalmólogo y al psicólogo; en tercer lugar, controlar la compra-venta de medicamentos entre las internas y la introducción de la droga al penal.

Se detectó que hay falta de apoyo de parte de la administración para combatir los problemas de las drogas. El 90% consideran que necesitan más ayuda para combatir ese flagelo, una reunión a la semana es insuficiente porque de las que la utilizan, la mayor parte de ellas consiguen la droga en la prisión.

Otro programa que debe reforzarse es la actividad deportiva, el arte, la apreciación musical, la literatura, etc. Las internas no tienen válvulas de escape para expulsar toda la agresividad interna, no se les prepara para que rechacen la violencia del sistema mismo.

Capacitarlas en los derechos que como personas ostentan, respetarlas y enseñarlas a que respeten. Solamente podrá lograrse capacitándolas en cómo hacer valer sus derechos, mejorar sus condiciones de vida, mejorar las condiciones estructurales del penal y satisfacerles o mejor dicho capacitarlas verdaderamente para que ellas mismas logren satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familiares. Conveniencia en que las autoridades cumplan con el derecho de respuesta ante denuncias que interpongan las internas. Abrir el centro a la comunidad para que en forma organizada y controlada aprendamos a aceptar a esa población como parte de nuestra sociedad.

Se hace imperante que las condiciones, oportunidades y facilidades que tienen las reclusas costarricenses sean las mismas para las internas extranjeras, hacer un esfuerzo, para que no pierdan el contacto con sus familiares. Se recomienda el respeto a la diversidad, hecho que bajaría la ansiedad y violencia de la población.

En las labores que realizan las reclusas dentro de las prisión, se refuerza por un lado el enfoque sexista y por otro el rol tradicional. La mayor parte de las mujeres están compelidas a realizar las labores de limpieza principalmente, y todo lo que tenga que ver con los quehaceres que tradicionalmente hemos realizado las féminas.

El control y la disciplina se ejerce, aunque en ocasiones se observó la efervescencia de los módulos o pabellones, especialmente los días de visita.

No se brinda colaboración de parte del centro para que las reclusas brinden atención y asistencia a sus dependientes. Se acrecienta la pobreza de las familias de las internas hasta cuando tienen el privilegio del trabajo. Las privadas de libertad lo que reciben de indemnización es exiguo.

Con lo dicho, se prueba la violación de las garantías fundamentales generadas por las condiciones de vida que sufren las mujeres recluidas en el Centro de atención El Buen Pastor y como paliativo se propone para mejorar el respeto a los derechos de las reclusas el desarrollo de una red de apoyo moral de parte de la comunidad, que se optimicen las condiciones de vida de las internas, se imparta una verdadera capacitación, se promueva un compromiso de parte de las empresas privadas para que les sea pagado al menos el salario mínimo y se desarrolle un efectivo acompañamiento institucional cuando las mujeres han cumplido la pena.

Consideramos que el sistema penitenciario costarricense refuerza la construcción de géneros y robustece las diferencias sociales en menoscabo siempre de las féminas. Sus oportunidades y sus necesidades son relegadas en la prisión en igual forma a como ocurría cuando estaban en libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Vásquez, C. (2001). *Castigados. Poder Político y Sanción Penal en Costa Rica, 1750-1880*. San José, Costa Rica: Zeta Servicios Gráficos S.A.
- Abarca Vásquez, D. (Eds.). (2001). *La cárcel de San Sebastián. Veinte años de ilusiones y realidades*. San José, Costa Rica: Zeta Servicios Gráficos S.A.
- Almeda, E. (2002). *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*. Barcelona, España: Ediciones Bellaterra, S.L.
- Beccaria, C. En Llobet J. (1999). *Garantías y Sistema Penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria*. San José, Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, S.A.
- Bergalli, R. (1996). *Control social Punitivo. El sistema penal e instancias de apelación*. Barcelona, España: María Jesús Bosch.
- Beristain, A. (1982). *La pena retribución y las actuales concepciones Criminológicas*. España: Ediciones de Palma.
- Calvo Fajardo, Y. (1993). *Las líneas torcidas del Derecho*. 1ra edición. San José. Costa Rica: ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género.
- Carranza, E., Morris Tidball-B., Zaffaroni, R., Christie N., Coyle, A., Giménez- Salinas, E., ...Tkachuk H. (2001). *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*. México, D.F.: Siglo XXI editores, S.A.
- Chan Mora, G. y García Aguilar, R. (2003) *Los Derechos Fundamentales tras los muros de la prisión*. San José Costa Rica: CONAMAJ

Darío, M. y Massimo, P. (1980). *Cárcel y Fábrica*. Los orígenes del sistema penitenciario. Siglo XVI-XIX. Méjico DF.: Siglo veintiuno editores

Enríquez Solano, F. (2004). *Pasado y Presente del Cantón de Goicoechea*. San José, Costa Rica: Universidad Estatal a distancia.

Fernández Carrasquilla, J. (1995) *Derecho Penal fundamental*. Tomo II. Teoría General del Delito y punibilidad. Santa Fe de Bogotá-Colombia: Temis S.A.

Melossi, Darío. (1980). *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del Sistema Penitenciario*. México: Siglo veintiuno editores.

Tidball-Binz M. (2001) *Atención de la Salud y sobrepoblación Penitenciaria: Un problema de todos*. En Barcelona: En Justicia Penal y sobrepoblación Penitenciaria, (pp.48-58). México, D.F.: Siglo XXI editores, S.A.

Murillo Rodríguez, R. (2002). *Ejecución de la Sanción Privativa de libertad*. San José, Costa Rica: CONAMAJ.

Neuman, E. (2003). *Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Carcelarios*. Buenos Aires Argentina: Ediciones Pannedille, 1971.

Rivera Beiras, I. (1992). *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los Derechos fundamentales de los reclusos*. J.M. Barcelona, España: J. M. Bosch Editor, S.A.

Rivera Beiras, I. (1997). *La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona, España: J.M. Bosch Editor S.A.

Rivera Beiras, I. (1996). *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*. Barcelona, España: J.M. Bosch Editor S.A.

Rodríguez Sáez, J. (1992) *Cárcel y Derechos Humanos*. El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad. Un análisis del deber ser. Barcelona. España: J.M.Bosch.

Sandoval Huertas, E. (1984) La región más oscura y más transparente del poder estatal: la disciplina carcelaria. *Revista de Ciencias Sociales*. Junio (60-61)

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Argentina: Manantial.

Zaffaroni, R. (2005). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A.

Zaffaroni, R. (2000). *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A.

SECCIÓN DE LA CÁTEDRA ALESSANDRO BARATTA

Lolita Aniyar de Castro (Profesora de la Universidad de Zulia, Maracaibo).

Propuesta para una política criminal vinculada a los derechos humanos o criminología del oprimido.

Ignacio Cano (Laboratório de Análise da Violência – Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Seguridad, sentimiento de inseguridad y políticas públicas en Brasil

Luis Fernando Niño (Profesor de la Universidad de Buenos Aires).

Políticas criminales y penales regresivas en el marco de la denominada sociedad del riesgo y las teorías criminológicas tradicionales.

Walter Antillón (Profesor emérito de la UCR).

Seguridad, sentimiento de inseguridad, políticas públicas

Paula Ximena Dobles (Profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional).

Pensar en una política criminal para la Seguridad Humana.

Alfredo Chirino Sánchez (Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica).

Política Criminal, Riesgo e Inseguridad. Un análisis en las antípodas del Derecho Penal Moderno

Fernando Cruz Castro (Magistrado de la Sala Constitucional).

La violencia del derecho penal. Represión punitiva, discriminación y la postergación del estado social

Héctor Sánchez Ureña (Defensor público).

Paula Ximena Dobles (Profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la UNA)

Reflexiones finales Segundo Seminario: Proyección Del Pensamiento del Maestro

Alessadro Baratta, Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y

Democracia, desarrollado los días 28, 29 y 30 de Setiembre 2011.

SIGLO XXI:
PROPUESTAS PARA UNA POLITICA CRIMINAL VINCULADA A LOS
DERECHOS HUMANOS.
O CRIMINOLOGÍA DEL OPRIMIDO

LOLITA ANIYAR DE CASTRO

Profesora de la Universidad de Zulia (Venezuela)

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Se vive actualmente una cultura del odio, del miedo y del enemigo. Una política criminal alternativa frente a ello debe ser participativa, emancipadora, alternativa a la prisión, no violenta, proclamada desde los oprimidos. Una política criminal liberadora deben ser participativa, descentralizada, plesbicitaria, antirrepresiva, interdisciplinaria y con garantía del derecho a la diferencia

PALABRAS CLAVE. Política criminal, derechos humanos, selectividad, Criminología del Oprimido, Criminología de la Liberación.

ABSTRACT: A culture of hatred, fear and of the enemy is being currently lived. An alternative criminal policy against it must be participative, an emancipatory alternative to prison, nonviolent, proclaimed by the oppressed. A liberative criminal policy should be participative, decentralized, plebiscitary, anti-repressive, interdisciplinary and with a guarantee to the right to difference.

KEY WORDS: Criminal policy, human rights, selectivity, Oppressed Criminology, Criminology of Liberation.

1- EN EL SIGLO XXI, PALABRAS, Y CONCEPTOS SE MODIFICAN:

Se introducen nuevos conceptos: “comunidad” (más que el añejo concepto de sociedad); participación, género, lo “glocal”...

Son varias las dimensiones para enfocar las políticas criminales. Unas son locales, otras globalizadas. Otras “glocales”, que serían una combinación entre ambas.

“Comunidad” es una de las palabras que ha perdido su sentido original: la informática, y el recurso a blogs y redes sociales, han creado un mundo verdaderamente sin fronteras. Se pueden organizar comunidades transfronterizas, sin cercanía geográfica, basadas en afinidades, intereses, ideologías. Las identidades ya no están vinculadas a un territorio. Surgen lenguajes cifrados para grupos afines. Se dan órdenes a distancias incalculables.

La planificación estratégica de un nuevo orden mundial, puede hacerse desde modestos escritorios dispersos en el mundo. Con posibilidades de crear y enviar videos que orienten funcionales sensibilidades y creen estereotipos confortables para planes destructivos. Sirven para organizar el terrorismo, o manifestaciones y revueltas políticas. Esto no sólo acaece a nivel trasnacional, también dentro de un mismo país:



Otras formas de asociación

TRIBUS URBANAS



ar de Castro

134

El tema de las llamadas tribus urbanas (al margen de las modas mercantilizadas) **representa una nueva cultura urbana, de momento minoritaria, impulsada por movimientos vecinales, alternativos y no gubernamentales**, que entienden que el **espacio público se hace a través de la práctica**, que parten de una nueva concepción de ciudadanía que **rechaza el papel otorgado como pasiva masa consumidora y que reclama ser protagonista activo**.

Así, el pluralismo cultural y la disgregación de las identidades, como todas las cosas, tiene dos extremos posibles: no sólo enriquece positivamente la dimensión personal, y permite la movilización pública, sino que puede facilitar conductas negativas, como la toma de ciudades por grupos delictivos. A veces con el más simple *modus operandi*: desde una cárcel y un teléfono celular, como pasó en Sao Paulo.

No es fácil saber de dónde proviene la amenaza.

Por otra parte, las filtraciones de información oficial (wikileaks) permiten la denuncia anónima y no necesariamente confirmada. No en todos los países es delito la invasión de la privacidad. Sin embargo, por la estatura de las instituciones filtradas, los Tribunales se activaron

Por su parte, Anonymous proclama ser un equipo justiciero y defensor de los Derechos Humanos al atacar Gobiernos que considera dañinos, y al ensañarse contra una de las redes sociales, las mismas que han servido de plataforma tanto para la democracia como para la destrucción.

Programas como el “paypal” permiten transferir sumas incalculables de dinero sin pasar por registros bancarios o financieros.

A nivel individual, la libertad de información ya no requiere el acceso a los medios tradicionales. Políticamente interesante, desde luego. Hoy cualquier ciudadano puede expresarse públicamente a través de medianas computadoras de un Cyber-café (como alternativa a la posibilidad de que los teléfonos móviles puedan ser interceptados o localizados).

Puede ser muy positivo pero puede ser muy negativo. En todo caso, lo que queremos destacar en estas líneas es que, ni el control, ni el monopolio de la violencia, están ya centralizados en el Estado.

Que el monopolio de la violencia no sea producto de una sola política pública estatal, se ve en las invasiones a países y en la movilización internacional para apoyar a grupos partisanos.

Y es que, con estas tecnologías, se puede no sólo rastrear la ubicación de personas, sino “hackear” las instituciones oficiales, paralizarlas, destruir y modificar archivos. Estonia, uno de los países que, a pesar de tener solo 1.500.000 habitantes, es uno de los más comunicados el mundo, recientemente tuvo una crisis de congelamiento institucional, por conflictos con intereses culturales rusos.

Como contrapartida, los Estados pueden optar por las mismas tecnologías: utilizan *hackers* para intervenir focos de resistencia. China, por ejemplo, tiene refinados anillos de seguridad para controlar la libertad de expresión e información, si le es incómoda. También utilizan técnicas informáticas para rastrear los focos de disenso. Pero los expertos afirman que en la medida en que se cierran caminos de información, se abren otros, y el material encriptado puede trasladarse con velocidad nunca antes conocida a los más lejanos lugares del planeta.

En la Libia del conflicto con Gadafi, se desmontó la central de telefonía celular, para evitar lo que se vio en Egipto: las masas conectadas por teléfonos móviles. Sin embargo, esos teléfonos servirán, por la vía de las fotografías y de los videos, para documentar violaciones de Derechos Humanos

Las redes sociales unen, pues, pero también dividen.

2- EL OTRO, EL DIFERENTE, EL ODIOS, EL MIEDO, EL ENEMIGO

Estas palabras pueden clasificarse como conceptos que están estrechamente vinculados:

La relación entre negocios, política, Derecho y cambios en la Historia, es una válida constante interpretativa.

El siglo XXI, que se nos ofreció lleno de progreso, solidaridad y humanismo se nos presenta en la práctica como un período de regresión y crisis. Estamos frente al permanente espectáculo de guerras, de terrorismos, tribalismos y fundamentalismos, de violaciones masivas de los Derechos Humanos. Frente al comercio multimillonario e

incontrolado de las armas, y a la guerra -que se perdió- contra las drogas prohibidas: una derrota anunciada, por cierto. Y no menos importantes, se reproducen las exclusiones de razas y países como muro protector del desarrollo económico de unidades político-territoriales más grandes, supuestamente parte del proceso de globalización, pero que tienen sin embargo límites culturales, fronterizos, y étnicos, que generan localismos violatorios de los Derechos Humanos, que van, desde la reducción o eliminación del flujo fronterizo, hasta la represión y luego a la criminalización.

Así, uno de los fenómenos del nuevo siglo, las multitudes que hoy están en tránsito, bien desplazadas, bien migrantes por razones de subsistencia, serán contenidas. Para ello, las sociedades del mercado han desarrollado tácticas penales (cárceles y/o depósitos de migrantes, convenios internacionales que otorgan derechos, algunos esenciales como la salud, la vida y la educación, negándolos a otros). También se esgrimen legitimaciones especiales como el interés soberano de los países, para satisfacer, en permanente prioridad, las necesidades de los súbditos originales.

El mundo de la globalización tiene también, entonces, virulentos anticuerpos en la territorialidad de las soberanías.

Es así como reaparece en Occidente una nueva dimensión del Otro, como construcción social y política, con más fuerza dañina que antes, precisamente porque Occidente se ha considerado la cuna de los humanismos contemporáneos, a pesar de su larga historia de expoliación y dominio en países del tercero y cuarto mundos. Y es que cada vez que el Otro se aproxima y pretende entrar en el territorio de las culturas habituales- aunque ninguna sea “pura”-, crecen racismos que se creían superados después del Holocausto,⁶⁰⁰ y también clasismos contra quien, por sus condiciones especiales, es más carente que los nativos del lugar.

Por supuesto, tanto el Derecho Penal en acción, como la Criminología, esclerosaron desde siempre una estereotipia de “el otro-el malo-el enemigo”, que tradicionalmente estuvo vinculada a la clase social. No fue así en todas partes: los

⁶⁰⁰ . Recientemente, en una de las sociedades reputadas como más “civilizadas”, Noruega, Anders Behring Breivik ejecutó unas 76 personas, en su mayoría niños o adolescentes social-demócratas, bajo el pretexto de limpiar su país de la invasión musulmana y comunista. La reacción social fue sin embargo enérgica..

socialismos romantizaron al delincuente como producto de las condiciones prevalentes de un sistema egocéntrico.

El asunto está en que ahora, el diferente, es “el malo”.

La nueva criminología actuarial ha estado en parte vinculada al terrorismo y al flujo transfronterizo, y nos visualiza como caminando sobre el filo de una navaja: la de vivir en una sociedad plagada de enemigos, y de riesgos naturales y tecnológicos, (Ulrich Beck *dixit*⁶⁰¹). Estos últimos producto de su propia capacidad de intrusión política y social, como la nanotecnología, la robótica, y en un nivel más cercano, de las ciencias biológicas contemporáneas. Y también por su potencialidad destructiva, como las armas nucleares.

En otra dimensión, riesgos debidos a la evolución de las comunicaciones y la pérdida de la privacidad, y por ende de la confianza y la seguridad.

Estos avances, y algunas investigaciones biológicas retrógradas, se convierten en una inconmensurable fuente de poder, y su apropiación es acechada, rastreada y competida, en nueva forma de guerra fría, potencialmente generadora de invasiones, sangre, e invasión personal e internacional. “*No safe place*” parece ser la orden del día.

Entre el neonazismo y el yihadismo, se instaura en el siglo XXI la violencia delictiva en sus nuevas maneras, muchas de las cuales prefiguran los crímenes de odio. Otra vez con fines de aniquilamiento o solución final.

Mientras, en Oriente Medio, la gente muere bajo las balas de los autócratas, en Somalia, la sequía produce una “hambruna”, según la terminología de la ONU, que pone en riesgo de muerte a 12 millones de personas. Un grupo islamista impide la llegada de la ayuda humanitaria. Mientras, el estudio “Previsiones” elaborado por el Reino Unido nos dice que 925 millones de personas viven en hambruna, y mil millones de ellas están desnutrida. ¿Quién responde por toda esa hambre?

No todo es resignación. A veces la reacción también se manifiesta con violencia indiscriminada. Los equilibrios étnicos y sociales comienzan a derrumbarse, desde el París del 2005 al Londres, y otras ciudades británicas, del 2011; pasando por expresiones que no fueron violentas pero tuvieron amplia difusión internacional, como

⁶⁰¹: Beck, Ulrich : *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press. 1998

los Indignados de España, y las manifestaciones por la seguridad social, (la educación, la salud), y ciudadana de nuestros países latinoamericanos

Estamos, pues, impregnados de una cultura de la violencia.

El futuro es incierto. Eso es inseguridad.

Cómo se construye al Otro, es materia de diversas especialidades, entre otras, - además de la sociología-, del urbanismo, la arquitectura, la Geografía, y /o la antropología social, así como de la psiquiatría, y las ciencias médicas, incluida la genética. Se ha dicho que la gran ciudad es el sitio predilecto para que se produzca lo que se ha llamado La Política de la Diferencia⁶⁰²

Allí se establecería prioritariamente la diferencia entre el yo y los otros, mediada por la distancia y la diferenciación.⁶⁰³

Pero no es sólo en la gran ciudad: el miedo y la energía represiva que se han instalado en las grandes ciudades centrales, las vemos refleja también en las periféricas y en otras ciudades menores.

Y en planos más masivos, esa construcción es asunto de la literatura (especialmente de los *comics*), la televisión y el cine; cada vez más vinculados, estos últimos, a la llamada Regla de Oro del comercio comunicacional y de entretenimiento: “Sexo, Deporte y Crimen”. La sangre, los disparos, las cuchilladas, y aparentemente de manera más inocente, hasta los vampiros y los hombres-lobo, o los “alien” (los otros, los extraños), que también tienen su carga simbólica, nos envuelven o rodean. Si algo se ha globalizado es la difusión de la violencia.

Todas estas especialidades han sido impregnadas, o por la asunción y la difusión duras de los estereotipos, y por las ideologías consiguientes; o bien por la crítica política de resistencia.

Pero, por supuesto, no se trata de un fenómeno nuevo, ni localizado, sino de uno polimorfo y ubicuo, que el siglo XXI ha incrementado.

⁶⁰² Ver, por ejemplo, Iris Marion YOUNG: *The Ideal of Community*; a William Julius Wilson: *The truly disadvantaged. The inner city, the underclass and public policy 1985* (según este autor al., crece el miedo al delito crece al reducirse el control informal de las iglesias, las escuelas, etc.); y a otros autores, en BRIDGE, S. y WATSON S.: *Blackwell Readers in Geography*, Blackwell Publishing, 2002.

⁶⁰³ Ver GARLAND, David: *CASTIGO Y SOCIEDAD MODERNA Un Estudio de Teoría Social. Y: THE CRIMINOLOGY OF THE OTHER* (1996), o “economía de exceso”

Ya Todorov, hablando de la Conquista de América, había señalado cómo la construcción de El Otro era una forma de definir nuestra propia identidad⁶⁰⁴, puesto que habría una tensión entre el individuo y la identidad del grupo. Lo grave de la diferenciación social, que debería ser de enriquecimiento y motor de progreso, es que introduce un juicio de valor. Y que ese juicio de valor tiene consecuencias devastadoras.

Un derivado del otro-enemigo, que suele ser visualizado como especialmente perverso, es el miedo. Ese Miedo tiene que ver con muchas otras variables, muchas de ellas imponderables y que a su vez producen inseguridad: la crisis ética, la crisis del sistema social (los funcionalistas hablarían de anomia); la crisis económica y financiera, la crisis de empleo, la inflación generalizada, la escasez de recursos planetarios amenazados cada vez más por la destrucción, el despilfarro y hasta por los desastres naturales. Y tiene que ver con la constatada debilidad de los Estados, los cuales buscan desesperadamente nuevos parámetros efectivos para la gobernabilidad y la gobernanza.

Ese Otro, como imagen colectiva, ha estado presente desde siempre, aún dentro de las mismas fronteras tradicionales, basado o en la clase social, la religión, la ideología, o la amenaza presumida de las llamadas minorías étnicas (que en algunos países, como los andinos, pueden ser cuantitativamente grandes y sólo cualitativamente minoritarios). Pero es el “otro cotidiano”, el que nos encontramos desde siempre en la calle, el que históricamente parece criminológica y penalmente más significativo.

Generalmente los criminólogos nos reunimos para responder a la pregunta ¿qué pasa fronteras adentro? ¿Cuál es el fenómeno que tenemos más cerca y con el cual nos sentimos identificados, o en cuyos odios y miedos nos proyectamos?

El miedo nos moviliza hoy -a quienes nos ocupamos de la crítica de los controles-, también para conjurar sus efectos en el terreno de los Derechos Humanos. Porque una gran violencia privada contra “el otro cotidiano” es producto de ese odio y de ese miedo.

⁶⁰⁴ TODOROV, Tzvetan: LA CONQUISTA DE AMÉRICA : La cuestión del Otro. México, Siglo XXI Ed. , 1977.

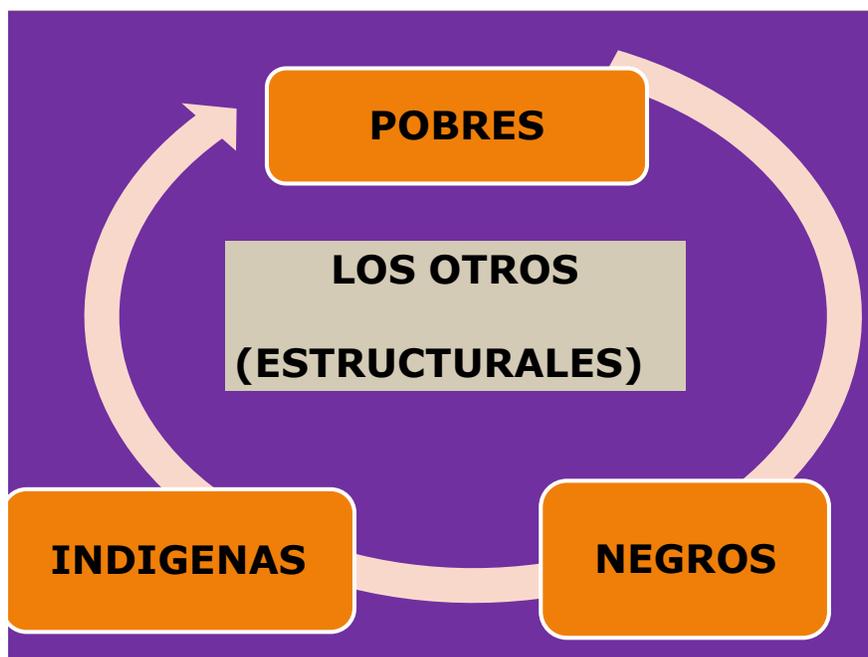
Pero la violencia, la muerte, y el exterminio, nos están mirando desde su ventana global, exigiendo soluciones.

Si somos capaces de “glocalizar” el problema, –para utilizar el concepto de Robertson-, es decir, de entender en forma articulada lo global y lo local, habremos avanzado en el conocimiento de los conflictos, de la violencia, de la inseguridad y del control.

Somos capaces de “glocalizar” la respuesta?

¿QUIÉNES SON “LOS OTROS”, LOS DIFERENTES, AQUÍ, HOY (EL HIC ET NUNC) DE LAS CRIMINOLOGÍAS LOCALES?

Una cosa es ver la Política Criminal desde el escenario internacional; otro, verla en función de lo estrechamente local.





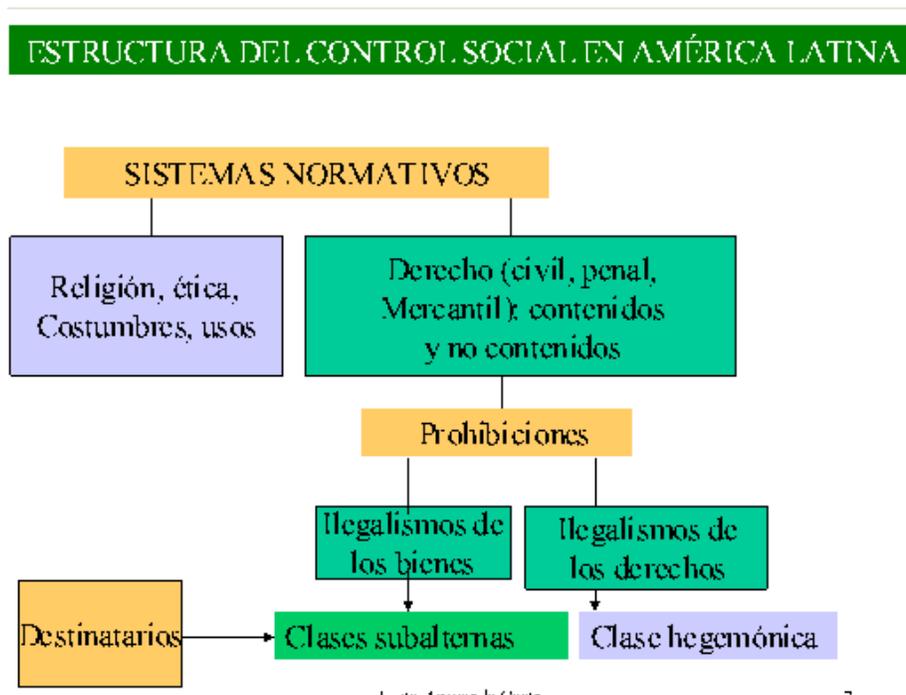
Lolita Aniyar de Castro



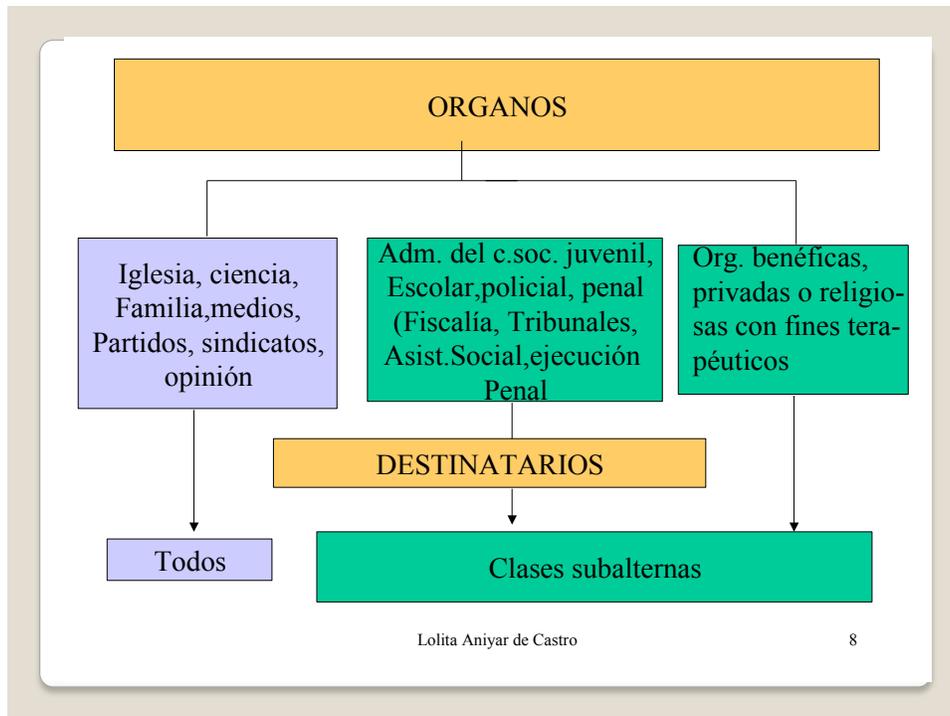
Lolita Aniyar de Castro

Las criminologías liberadoras⁶⁰⁵ han señalado desde hace tiempo la función reproductora y legitimadora de la Criminología Autoritaria, realizada a través de la Política Criminal.

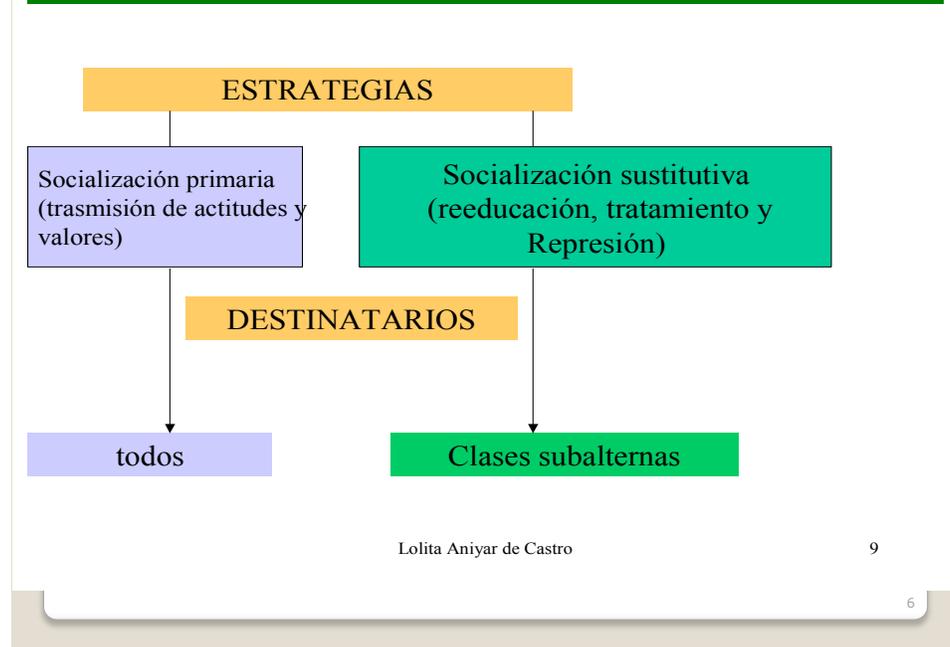
30 años después de haberlos producido en mi libro Criminología de la Liberación, por considerarlos de una poderosa y constante actualidad, -lo que demuestra lo poco que ha cambiado este tema-, recupero hoy unos cuadros que sintetizan la estructura, que hoy, sin embargo, me parece una estructura estática, -y que aún siendo estática es la misma estructura-, del Control Social en América Latina. Pero, como veremos, el movimiento de la Historia y el avance de ciertas tecnologías, determinan dinámicas particulares.

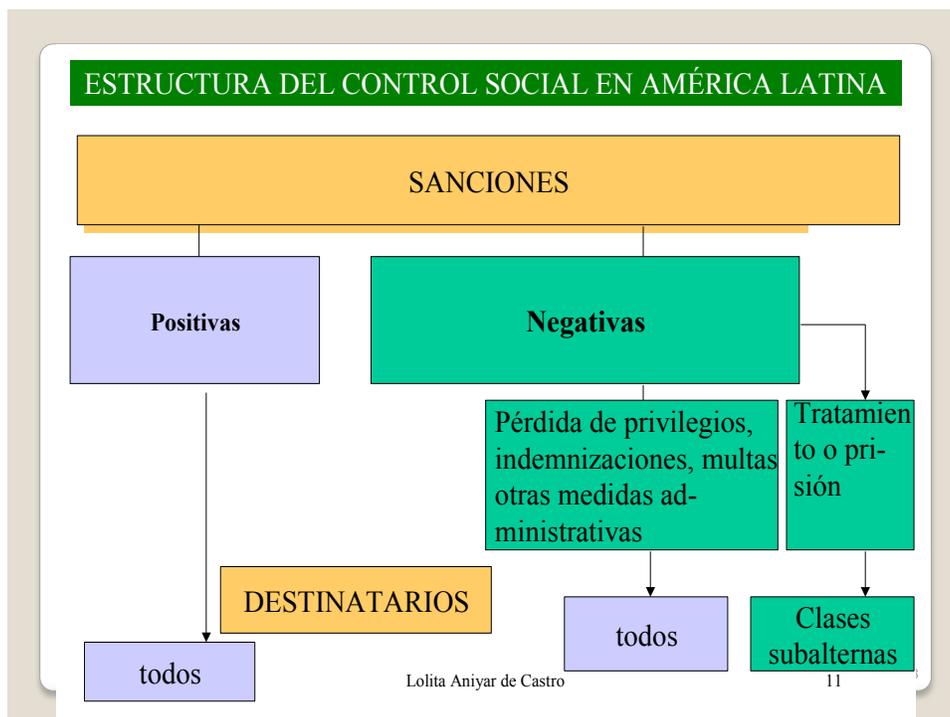


⁶⁰⁵ V. ANIYAR DE CASTRO, Lola: CRIMINOLOGIA DE LA LIBERACION, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1987.



ESTRUCTURA DEL CONTROL SOCIAL EN AMÉRICA LATINA





¿Qué sucede, cómo lo vemos hoy?

Parece, pues, como hemos dicho, que el Estado ha perdido el monopolio de la violencia, y que ya no es el único centro de control social.

El odio, consecuencia del miedo, se convierte en el nuevo gran protagonista. Aparece disfrazado de sospechas, de lugares comunes, a veces como energía populista, cuando no cargado de hipótesis seudocientíficas. Suerte de pasión encajonada en una dinámica perversa que se puede encontrar asociada al estímulo de “la violencia de los buenos”, y generalmente también amarrada al aparato del llamado sistema de justicia penal- lo que hace más peligroso el discurso porque se convierte en un discurso “armado”. Ese odio puede permear ahora discursos políticos, y políticas públicas del peor tipo. Las políticas penales y criminales son presa de estas pulsiones.

La “violencia de los buenos” se explicita, estadísticamente, en las encuestas de victimización, y en actitudes como el llamado a hacer Justicia por mano propia, la creencia en el derecho de matar a ciertos “enemigos”, la práctica de los linchamientos, y la demanda, no sólo de mayor represividad, sino hasta de pena de muerte⁶⁰⁶.

En esto, pues, hay una privatización, a veces legalizada, a veces espontánea, del control. Se privatiza la seguridad cuando se deja en manos de los vecinos la protección de personas y bienes. Se privatiza la ley al asumirse el derecho a matar al “malo”. Se privatiza la administración de justicia con los linchamientos, y la venganza privada. Que la Justicia haya sido privada en sus modalidades menos letales, es una realidad que los abolicionistas siempre proclamaron, particularmente Hulsman. Pero la solución privada de conflictos, cuando está basada en tolerancias o compensaciones, no tiene la gravedad de estas respuestas a la violencia violentas, que también son violentas.

En las modernas propuestas de democracia, el fuerte Estado centralizado se debilita. La descentralización, que es sin embargo un instrumento profundamente democrático; y la participación, que también lo es, pueden generar como efectos perversos la puesta en movimiento de fuerzas comunitarias peligrosas para los Derechos Humanos que hay que aprender a contener.

⁶⁰⁶ Ver ANIYAR DE CASTRO, Lola: CRIMINOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Buenos Aires, Edic. del Puerto, 1910

El control se dispara en diferentes direcciones, pero con un sólo sentido: el ajuste represivo.

La violencia institucional, también, se hace más evidente y se genera una cultura de supremacías, con elementos donde las técnicas de neutralización, el instrumento mediático, los estereotipos y las imágenes arquetípicas, tienen como nunca funciones legitimadoras. Pareciera que la legalidad constitucional también pierde autoridad.

Al viejo descubrimiento de que las sanciones penales, con sus frecuentes máscaras administrativas, podían imponerse, mejor que por la fuerza legal, a través de tesis legitimadoras, pudiera sucederlo una des-legalización del control formal (más apropiadamente dicho, una des-formalización del control!).

A la sanción, más bien a la pena, no le han faltado recursos discursivos que le dieran músculo y éxito de público. A partir de la filosofía enciclopedista rousseauiana y lockeana, se crea la gran hipótesis del Estado consensual, y el consiguiente monumento jurídico del Derecho Penal Clásico, también llamado de la criminología clásica. Discurso aún presente en Constituciones e instrumentos normativos internacionales que ya no se reflejan en el día a día de lo represivo. Y aunque éste es garantizador, es la hipótesis del Estado consensual, y por lo tanto de sus instituciones (léase Sistema de Justicia Penal, en todas sus ramas activas, especialmente la policial y la penitenciaria), lo que puede darle solidez justificadora a cualquiera de los estereotipos y acciones institucionales pueda construir en el día a día de la represión. El Estado es consensual, y si se asocia a los clamores públicos, esa calidad se incrementa. El silencio o el aplauso, pueden ser la respuesta a sus desmanes.

3-LA POLÍTICA CRIMINAL, “HACIA ADENTRO”

Ahora la expresión que pareciera de moda es “Gobernando a Través de la Comunidad”.

Más que una moda, sin embargo. Por una parte, es una de las pocas opciones posibles dentro de las políticas liberales que, al postular una radical “no intervención”, están forzadas a hacer un llamado a la auto-ayuda. Por la otra, a pesar de sus riesgos,

las experiencias han demostrado, aunque no sea pacífico,⁶⁰⁷ que, mediante la preparación necesaria en Derechos Humanos para evitar tanto la invasión de la privacidad como la policialización de la comunidad, la participación ciudadana, aunada a otras formas de prevención situacional, es uno de los más eficaces controles *light*.⁶⁰⁸

En fin de cuentas, tampoco nos gusta mucho la constante presencia intrusiva del Estado.

4-¿PERO, ES QUE HAY UNA POLÍTICA CRIMINAL?

Como hemos avanzado, nunca la Política Criminal es realmente sistémica. Nunca abarca todas las facetas de la Prevención o el control de la violencia prohibida. En realidad el Gobierno en su accionar total, tampoco es un conjunto armónico que pudiera considerarse sistema en sus fines, instrumentos u operadores, a pesar de los llamados Planes de la Nación que se establecen con cierta periodicidad. Los cuales tienen, a la larga, las mismas funciones performativas de las leyes: las de “hacer cosas con palabras”.

Ese nombre tan globalizante de “Política Criminal” (nombre que es cuestionable expresado en singular), si es que hay un sistema uniforme de Política Criminal, no suele ser un Manual de Procedimientos, ni un mapa de acciones planificadas. Está disgregada en múltiples situaciones, sectores y actores, no siempre coherentes entre sí. Y, aunque generalmente es implícita, a veces es explícita.

Así, pues, ella se manifiesta, bien a través de formas abiertas, bien mediante mensajes subliminales; o bien a través de la actuación de elementos de ese mal llamado sistema penal.

⁶⁰⁷ Por ejemplo, en un meta-análisis realizado por la Swedish National Council for Crime Prevention (ver Effectiveness of Neighbourhood Watch in Reducing Crime, 2008, indicaban que 19 estudios aseguraban su efectividad, mientras sólo 6 indicaban resultados negativos. Claro que ello tiene también que ver con la complejidad de sus acciones y su inserción en un conjunto mayor de planes preventivos situacionales.

⁶⁰⁸ Ver ANIYAR de CASTRO, Lola: La Criminología de los Derechos Humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1910. GARLAND, David: Gubernamentalidad and the Problem of Crime”, en Theoretical Criminology, vol 1, 1997, CRAWFORD Adam, The local Governance of Crime: Appeals to community and Partnership”, Oxford, Clarendon Press, 1997.

5-LOS CONSTRUCTORES DE LAS POLÍTICAS CRIMINALES

5.1- LO POLÍTICO DE LAS POLÍTICAS EN EL SISTEMA PENAL:

En primera fila, por supuesto, crean Política Criminal quienes publicitan sus estrategias de gobierno con fines electoralistas. Generalmente, tienen que ver con la incorporación programática de la identificación colectiva, -espontánea o construida-, con el rol de las víctimas, como consecuencia de las presiones partidistas y grupales que conlleva.

El discurso político, normalmente, se agota en las llamadas políticas de inclusión social, lo que, apartando la importancia de la inclusión, en este terreno sirve para ratificar los estereotipos. De esta manera, el sistema se mantiene sobre las columnas morales de las palabras, las reformas legales oportunistas, y sobre el fluir histórico de las palabras, mil veces repetidas.

Más significativamente aún, y dentro de la misma racionalidad de lo vacío, el discurso no evalúa en ningún momento, ni la ejecución, ni los resultados de los planes proclamados.

La evaluación oficial es asmática y parcial, cuando la hay, por la brevedad y discontinuidad de los gobiernos o de sus planes.

5-2- DE MANERA SUBREPTICIA: se construye Política Criminal a través de ciertas investigaciones criminológicas de ropaje cientificista, genéticas, biológicas o psiquiátricas. (“basadas en evidencias”, se denominan); de las Sociedades Internacionales, Regionales o Nacionales de Criminología; de los premios a ciertos libros o investigaciones, y de las nuevas teorías criminológicas.

Generalmente las teorías criminológicas en boga, nos vienen de los países centrales. Por ejemplo la Criminology of the Everyday, de Jeff Ferrell, quien insiste en la importancia de la percepción pública del contacto cotidiano con la pequeña

delincuencia; y las muy conocidas y publicitadas *The Broken Window* (Wilson, Kelling), de Bratton, *Tolerancia Cero*.⁶⁰⁹

De manera explícita: en el campo teórico, la parte de la Política Criminal que es la Política Penal, se construye a través de las técnicas oficiales o policiales de Prevención del Delito; de los Procedimientos Penales (los legales y los fácticos), del otorgamiento de los mal llamados “beneficios” procesales. Y del Derecho Penal, de la Dogmática Penal, particularmente de la Teoría del Delito y de la Pena. El llamado derecho penal posmoderno, da forma a cuestionables políticas no garantistas.⁶¹⁰

No han faltado los Jakobs⁶¹¹, - muy escuchado en América Latina, y menos, parece, en Europa-, y su inconstitucional propuesta de un Derecho Penal del Ciudadano y de uno -no garantista- que sería el del Enemigo; ni otros como Silva Sánchez, quien propone Derechos Penales de una, dos o tres velocidades.

Por su parte, de manera históricamente implícita, los operadores de la Justicia, como órganos que son de aplicación y también de creación de Políticas Públicas, a través de sus culturas corporativas y de sus procedimientos argumentativos, hacen también Política Criminal.

Esto incluye al Ministerio Público, a la Policía, -la investigación de los hechos, la instrucción del sumario-, al Juicio mismo, a las Defensas -pública y privada-, y a lo Penitenciario.⁶¹² Y por supuesto, al conjunto mayoritario de abogados penalistas y de la experticia llamada criminalista.

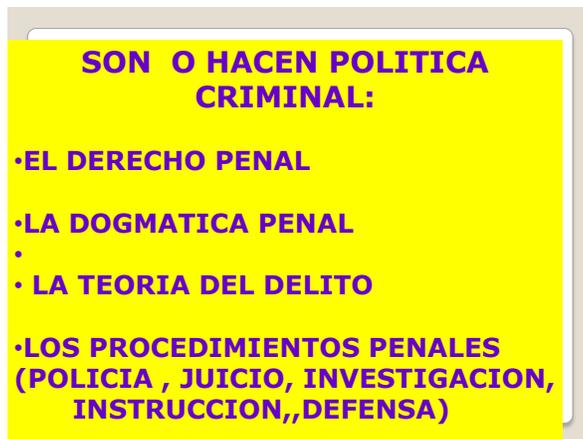
⁶⁰⁹ En forma Crítica, ver también *CRIME AS AN INDUSTRY* de Nils Christie.

⁶¹⁰ La Política Criminal norteamericana con sus cárceles llenas de afroamericanos y ahora de latinos, y la base de Guantánamo, ya había institucionalizado este camino.

⁶¹¹ Jakobs, Gunther y Cancio Meliá, Manuel. *“Derecho Penal del Enemigo”*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

⁶¹² ⁶¹² La frase de *Government Trough Crime* es de William Julius Wilson: *The truly disadvantaged: The inner city, the underclass and public policy*: ob c it. ; aunque el concepto está desarrollado en el texto de Jonathan Simon: *“HOW THE WAR ON CRIME TRANSFORMED THE AMERICAN DEMOCRACY AND CREATES A CULTURE OF FEAR”*. El autor señala que durante la 1ª. parte del siglo XX, se sentía que el gobierno norteamericano era básicamente ejercido por el Poder Judicial, por su capacidad de influencia y su capacidad para decidir sobre instituciones básicas como la escuela, la familia, etc. ., de pobres e inmigrantes. También por la forma en que el miedo a la delincuencia violenta requirió de éste más dureza y mayor extensión de sus límites decisionales. Los vaivenes de este endurecimiento se manifestaron en formas de mayor punibilidad y en el aumento o disminución de las condenas a

Los diferentes, pues, por diferentes caminos, no necesariamente legalizados, tendrán ciudadanía restringida.



Lolita Aniyar de Castro



Lolita Aniyar de Castro

6- LA SELECTIVIDAD COMO POLÍTICA CRIMINAL

Como es sabido, el poder punitivo suele asumir formas adecuada a los nuevos sistemas. Uno, que sigue siendo, con contadísimas excepciones, el actual, que sólo

muerte

acosaría a los no productivos, a quienes no se insertan,- por no quererlo o no poderlo hacer-, en el mercado de trabajo, en el binomio de oro del mecanismo de producción-consumo. Para ello se instauró históricamente, en forma paralela, la disciplina del trabajo.

Las peores penas eran para los Vagos, como Chambliss demostró con una investigación histórica, ya clásica. Las leyes contra los vagos y los “malentretenidos” fueron el reflejo punitivo de la tesis del “buen burgués”, y en Estados Unidos, el rechazo de quien no trabajaba, fue el motor del funcional positivismo sociológico, basado en los valores de clase, que para la clase media serían los de la ética protestante del ahorro, la disciplina y el trabajo. Y mientras, en esa época, la Cárcel (Pavarini y Melossi lo explicaron), servía entonces para entrenar al trabajo, o para excluir de la sociedad a los que, aún necesítandolo no lo encontraban (todo perfectamente engranado), en América Latina, por muchos años, esas Leyes de Vagos y Maleantes – o cualquiera que fuera su denominación- tuvieron funciones claras de legitimación del poder, de responder a crisis de gobernabilidad, y de “limpieza social”.

Si bien aquel monumental discurso jurídico que tuvo como base al Derecho Penal Clásico y a sus instituciones carcelarias, sirvió para disciplinar el trabajo en la sociedad industrial; ahora, con las crisis mundiales y regionales del empleo, y las tensiones crecientes entre países vecinos depauperados, por una parte, y países que intentan defender la salud de sus economías, por la otra; más las crisis regionales de la ocupación de mano de obra, surge la necesidad de encontrar una nueva disciplina: la del desempleo.

No parece haberse encontrado un mecanismo más adecuado, en América Latina, que la cárcel asesina (cárcel-pena-de-muerte, como se ve claramente en Venezuela), o el recíproco exterminio que se realiza entre los pequeños comerciantes de las drogas prohibidas y de los integrantes de las maras centroamericanas.

Es la pena de muerte subterránea.



Lolita Aniyar de Castro



Lolita Aniyar de Castro

Las Opciones:

Ante esta dispersión y este tradicional caos programático, surge la alternativa de la acción individual en espacios específicos (Defensa, Judicatura, Abogacía, Academia).

**CARACTERISTICAS Y
HERRAMIENTAS DE UNA
POLITCA CRIMINAL
LIBERADORA 1**

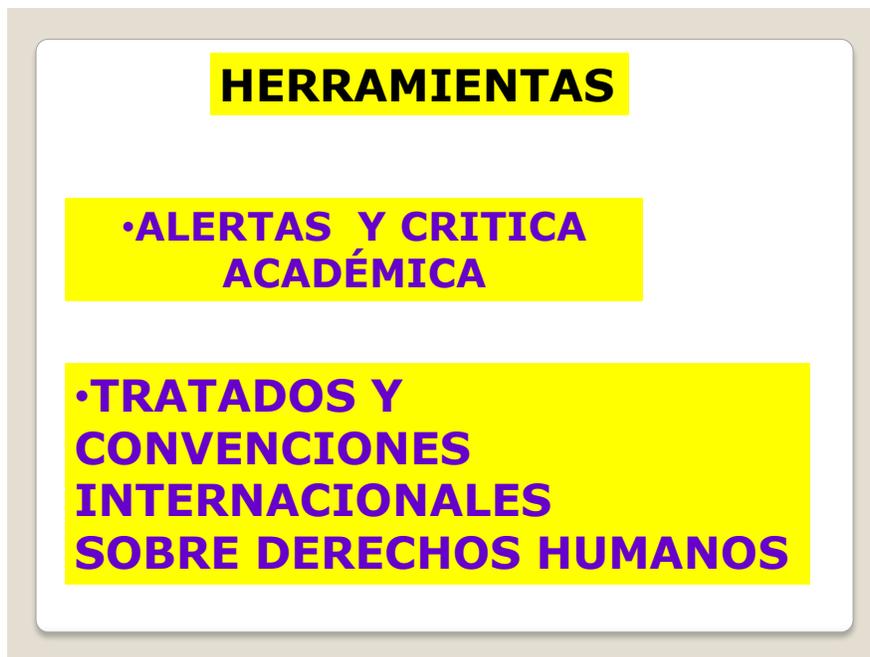
**EMANCIPADORA,
ALTERNATIVA A LA PRISION,
NO VIOLENTA
PROCLAMADA DESDE LOS
OPRIMIDOS**

Lolita Aniyar de Castro

**CARACTERISTICAS DE UNA
POLITCA CRIMINAL
LIBERADORA 2**

**PARTICPATIVA
DESCENTRALIZADA
PLEBISCITARIA
PRIVATIZADA
ANTI-REPRESIVA,
INTERDISCIPLINARIA
DERECHO A LA DIFERENCIA**

Lolita Aniyar de Castro



Lolita Aniyar de Castro

7- EL DERECHO COMO SÍMBOLO Y LAS POLÍTICAS CRIMINALES DISLOCADAS

Señalemos a continuación algunas reglas y propuestas, que aunque son formalmente legales, son de aplicación precaria:

- El Estado de Derecho prohíbe constitucionalmente la discriminación por sexo, color, religión, clase social...
- Reconoce el principio del *non bis in eadem*, y un “debido proceso”. Pero en la práctica penitenciaria y de los mal llamados “beneficios procesales”, se realiza lo que Rossell Sehnen ha denominado “el Segundo Juicio”, que es, además, de carácter administrativo y no garantista.
- Postula un juicio justo con “jueces naturales” y derecho (material) a la defensa, y un sistema penitenciario orientado a la reintegración, o la cárcel como “un segundo chance”. Lo que no se da.

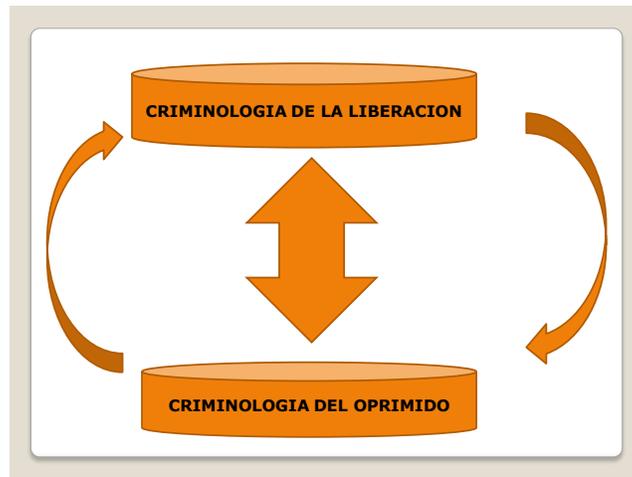
Como derivación, deben producirse:

- Legislación e instituciones policiales, penales, procesales, penitenciarias, que reconozcan el derecho a la diferencia, y apoyo efectivo a la diferencia.
- lo que derivaría de la realización de un reconocimiento eficiente de la no discriminación, es decir, el Derecho a ser Diferente.
- Garantizar ciudadanía para todos los habitantes,
- Reconocer el principio Barattiano del tratamiento como un derecho, y no como obligación.
- Minimalismo Penal
- La primacía de la libertad
- Ninguna excepción a la aplicación de garantías.
- Nunca Derecho Penal de autor; ni para las mujeres ni para los menores, ni para los “diferentes” en general.
- Un Derecho Penitenciario garantista que sea de necesaria aplicación.
- La estricta constitucionalidad de la justicia
- La autonomía innegociable del Poder Judicial
- El protagonismo permanente y definitivo de las víctimas en todas las instancias y aún después de la condena
- Rechazo de la administrativización de Leyes penales
- Y, no por último: Discutir la necesidad de la pena, esto es, que la pena deba ser la necesaria, lo que no es lo mismo que su necesidad, ya que al ser un límite al ius puniendi, entra en el terreno conceptual de las garantías.

En algunos casos, la sobre-criminalización que han producido nuevas leyes defensoras de los tradicionalmente oprimidos (este es el caso de la violencia contra la mujer), ha hecho que el Derecho Penal sirva más bien para visualizar un problema que para resolverlo por métodos modernos. Esto ratifica, por otros caminos, el papel simbólico del Derecho Penal, en los que la ley trata de conformar la sociedad, en vez de que sea la sociedad la que conforme un sistema jurídico.

Este es, apenas, un esbozo inicial de un frente de batalla. Hay muchas más cosas que decir en el ámbito de las Políticas Públicas, especialmente las no invasivas y las no violentas, y que por lo mismo respeten los Derechos Humanos.

Abierto, como debe ser, para recoger nuevas propuestas liberadoras.



Lolita Aniyar de Castro

SEGURIDAD, SENTIMIENTO DE INSEGURIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN BRASIL

IGNACIO CANO

Laboratório de Análise da Violência – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Brasil ha vivido en las últimas una crisis de inseguridad, lo mismo que un aumento de la percepción de la inseguridad. A pesar de que la izquierda esperaba que con el retorno a la democracia el problema de inseguridad se solucionara, ello no sucedió, lo que ha hecho que esté en forma permanente en la agenda pública, revelándose el fracaso de las políticas tradicionales para controlar el crimen y la violencia. Por un lado, se desarrollaron políticas de endurecimiento del sistema penal, pero por otro en los últimos años se ha abierto paso a políticas de le den una priorización a la prevención sobre la represión. Todo ello debe llevar a nuevas iniciativas y políticas de reforma que llevan a un nuevo paradigma de seguridad. En el artículo se indican algunas de ellas.

PALABRAS CLAVE. Seguridad, sentimiento de inseguridad, políticas públicas, violencia, prevención.

ABSTRACT: Recently, Brazil has experienced a crisis of insecurity, as well as an increased perception of insecurity. Although the left political ideology hoped that with the return to democracy, the problem of insecurity would be solved, it did not happen, what has caused that this issue remains permanent in the public agenda, revealing the failure of the traditional policies to control crime and violence. On one hand, policies to harden up the penal system were developed, but on the other hand, in recent years, policies that prioritized prevention over repression have opened their way. This should lead to new initiatives and policy reforms that lead to a new security paradigm. The article lists some of them.

KEY WORDS: Security, feeling of insecurity, public policy, violence prevention.

1. INTRODUCCIÓN

Brasil, como muchos otros países de la región, vivió en décadas recientes un escenario de crisis en la seguridad pública, con altas tasas de incidencia criminal que crecieron de forma intensa a lo largo de los años 80 y 90. Paralelamente, la percepción de inseguridad aumentó también de forma significativa, tal como sucedió de forma general en América Latina, tanto en países con altas tasas de criminalidad y violencia (Brasil, Colombia, etc.) como en otros con niveles más reducidos (Chile, Costa Rica, etc.).

Hasta los años 70, el crimen era concebido como un problema de policía y del sistema de justicia criminal. La izquierda esperaba, como en otros países, que el fin de la dictadura y la democratización de alguna forma resolverían la cuestión. El crimen era concebido como un asunto “de la derecha”, de los defensores de la ley y el orden. En consecuencia, no existía una reflexión desde los sectores progresistas que se contrapusiera a la simple demanda de orden proveniente de los grupos conservadores.

Sin embargo, el incremento de la criminalidad introdujo el tema de la seguridad pública en la agenda política y social de forma definitiva. El fracaso de las políticas tradicionales para controlar el crimen y la violencia resultó patente.

En el caso de las *policías*, la crisis podía ser diagnosticada, entre otros elementos, por la presencia de los siguientes síntomas:

- a) falta de inversión suficiente, que se traducía por ejemplo en falta de equipamientos y en bajos salarios para los escalones inferiores, lo cual obligaba a los agentes a trabajar en otros empleos, generalmente en la seguridad privada.
- b) formación deficiente de los agentes, sobre todo los policías de los niveles jerárquicos inferiores.

- c) herencia autoritaria, que provenía ya del tiempo de la fundación de las policías como órganos creados para el control de los grupos sociales subalternos (esclavos, emigrantes pobres, etc.) a través de la violencia y que fue agudizada por más de dos décadas de dictadura en los años 60, 70 y 80.
- d) insistencia en el modelo de la guerra como metáfora y como referencia para las operaciones de seguridad pública. Así, el objetivo era, en muchos casos, la victoria en la guerra contra el crimen o la eliminación del 'enemigo'. En consecuencia, la seguridad pública se presentaba fuertemente militarizada en sus estructuras, doctrinas, formación, estrategia y tácticas. Y las operaciones de seguridad pública en áreas pobres se asemejaban a operaciones de guerra en territorio enemigo.
- e) abusos a los derechos humanos, particularmente referidos al uso de la fuerza. Los tiroteos en comunidades pobres producían un alto número de muertes, incluyendo víctimas accidentales. Alegaciones de torturas contra presos y condenados eran también frecuentes;
- f) relaciones conflictivas con las comunidades pobres, sobre todo en lugares donde el crimen organizado era fuerte. La juventud de esos lugares consideraba a la policía como enemiga y un sector de la policía poseía la misma visión. Encuestas en diversas comunidades revelaban que los residentes tenían más miedo a la policía que a los narcotraficantes, cuyo despotismo era más predecible.
- g) corrupción policial, desde pequeños sobornos para no aplicar multas hasta protección a narcotraficantes. En muchas ocasiones, el abuso de fuerza está también vinculado a los casos de corrupción (ver el estudio de Minguardi, 1992, sobre la Policía Civil de Sao Paulo o el caso de la masacre de la Baixada Fluminense⁶¹³ en marzo de 2005).

⁶¹³ En esa masacre, policías militares asesinaron aleatoriamente a un total de 29 personas, aparentemente para desestabilizar al comandante de su batallón, que estaba introduciendo medidas moralizadoras y de control.

Este proceso de crisis en la seguridad pública produjo dos *consecuencias en direcciones diversas y aun contradictorias*:

- 1) el **endurecimiento penal y penitenciario**, en línea con lo que ocurrió en muchos países del mundo (ver Garland, 1998). En Brasil, como reacción en particular a una ola de secuestros, fue decretada en 1990 la ‘Ley de los Crímenes Hediondos’, que dificulta notablemente la progresión de régimen penitenciario para los condenados por determinados tipos de delitos. En la práctica, esta ley divide el código penal en dos: el derecho aplicado a los crímenes incluidos en esta ley, que abandona varios principios tradicionales; y el derecho correspondiente al resto de los crímenes, que continúa basado, por ejemplo, en el principio de progresión penitenciaria. En lo relativo al tratamiento penitenciario y como reacción al establecimiento de organizaciones criminales en los presidios, en 2003 fue aprobado el ‘Régimen Disciplinar Diferenciado’, que modificaba la ‘Ley de Ejecución Penal’ y endurecía notablemente las condiciones de encarcelamiento para algunos individuos, acusados de comandar el crimen organizado, en presidios especialmente habilitados al efecto. Como en muchos otros países, el endurecimiento penal fue concebido y vendido políticamente como una respuesta inmediata que debería disuadir a los futuros criminosos. Sin embargo, cualquier disuasión potencial está cuestionada por las elevadas tasas de impunidad, tal como señalaba ya Beccaria en el siglo XVIII. En Río de Janeiro, por ejemplo, menos de 8% de los homicidios y menos de 3% de los robos resultan en algún tipo de castigo para sus autores (Cano & Duarte, 2010). En este escenario, es poco probable que el endurecimiento resulte en un efecto disuasorio importante. De hecho, este endurecimiento no se tradujo, aparentemente, en reducciones importantes de la criminalidad.
- 2) paralelamente a la receta tradicional del endurecimiento penal y penitenciario, la crisis de la seguridad pública abrió la discusión sobre la conveniencia de **reformas profundas en el sistema de seguridad** pública y sus agencias. Así, numerosas políticas innovadoras fueron adoptadas en los últimos años, y

la prevención le fue ganando terreno a la represión en la formulación de las mismas. Al mismo tiempo, nuevos actores adquirieron papeles preponderantes o vieron su función transformada. Hoy en día, puede afirmarse con rotundidad que la seguridad no es más percibida como una cuestión simplemente de policía, hasta el extremo de que los propios agentes de policía reivindican esta nueva visión. Los sectores más progresistas en el país comenzaron a formular una visión propia y una agenda de transformaciones más allá de exigir apenas el respeto a los derechos humanos, de forma que la seguridad dejó de ser patrimonio de los proyectos conservadores. Un número creciente de académicos y profesionales no sólo entraron en el debate público sobre seguridad sino que en muchos casos comenzaron a participar en la formulación, la evaluación e incluso la aplicación de las políticas públicas. Esta convergencia entre gestores públicos y estudiosos fue mucho más lejos que en otros países de la región, en los que la intensidad de la represión durante la dictadura dejó a la sociedad civil en una posición de extrema desconfianza en relación a los aparatos del estado. En este sentido, Brasil, por su dimensión, por su diversidad regional y por este escenario de convergencia representa un interesante laboratorio de políticas de seguridad pública en la región. Algunas de estas nuevas políticas serán descritas posteriormente.

2. MODELOS DE SEGURIDAD PÚBLICA

Por detrás del debate sobre reformas en las agencias de seguridad hay un lento proceso de tradición entre dos modelos. En el modelo tradicional, el objetivo central es la defensa del estado y del régimen político contra amenazas internas. El ejemplo más claro es el paradigma de la seguridad nacional que estuvo en vigor durante las dictaduras militares en el continente. El nuevo modelo, en cambio, tiene como meta la protección de los ciudadanos y sus derechos. Este es el modelo que corresponde a un sistema de seguridad pública democrático y moderno. El cuadro siguiente resume algunas de las características centrales de ambos modelos.

PARADIGMAS DE SEGURIDAD PÚBLICA	
VIEJO PARADIGMA	NUEVO PARADIGMA
Control de la Población	Protección de la Población
Represión	Prevención
Carácter Reactivo	Carácter Pro-activo
Distanciamiento de la comunidad	Acercamiento a la comunidad
Énfasis en aplicación de normas (modelo jurídico o militar)	Énfasis Gerencial
Centralización	Descentralización
Informaciones escasas y apropiadas por individuos	Producción, análisis y divulgación sistemáticas de informaciones

En la mayor parte de los países del mundo, y ciertamente en América Latina, los órganos de seguridad pública fueron creados bajo el primer modelo, con el objetivo de controlar a la población. La transición entre ambos abordajes es siempre lenta y progresiva, como sucede en Brasil.

A favor de este proceso de cambio conspiran varios factores, entre ellos la percepción de inseguridad, las crisis de legitimidad del aparato de seguridad y, en

algunos casos, la reducción del estado y el énfasis en la reducción de costos. Por otro lado, las resistencias institucionales y culturales a estas alteraciones son gigantescas.

Con frecuencia, esta dinámica de transformación se traduce en dos tipos de agenda:

- a) **modernización de los órganos de seguridad**, que se manifiesta, entre otras cosas, en la inversión en tecnología, la producción y análisis de informaciones criminales, el énfasis en la gestión y la formación de capital humano;
- b) **democratización de estos aparatos de seguridad**, que se revela, entre otros, en la divulgación de informaciones, la defensa de la transparencia, la incorporación de contenidos de derechos humanos y otros instrumentos de garantía de derechos y la creación de órganos de control externo de las instituciones de seguridad.

Las dos agendas se apoyan mutuamente. A veces, la tecnología es una forma de introducir cambios culturales y doctrinales que van más allá del área técnica. Un buen ejemplo es la adquisición de armamento no letal o menos letal como una manera de modificar la doctrina policial en el sentido de un mayor énfasis en la protección de los ciudadanos. Por su parte, una mayor transparencia de las actuaciones institucionales tiende a estimular la modernización.

3. NUEVOS ACTORES Y PAPELES EN SEGURIDAD PÚBLICA

Históricamente, en Brasil la seguridad pública es fundamentalmente competencia de los estados. Cada uno de ellos tiene sus fuerzas policiales —Policía Civil y Policía Militar— y su Tribunal de Justicia, de acuerdo con el modelo federativo. Por su parte, la Policía Federal tiene un tamaño muy reducido —inferior al de muchas policías estatales— y el sistema de justicia criminal federal tiene competencias limitadas a determinados crímenes. Tradicionalmente, dos factores contribuyeron a reducir el papel federal en este campo. El primero es el temor de los gobiernos federales de herir susceptibilidades en los gobiernos estatales, que podrían

reclamar de una actitud intervencionista, justamente en un área tan delicada como esta. El segundo es el recelo de los gobiernos federales a involucrarse intensamente en un tema difícil, donde el éxito es dudoso y cualquier fracaso podría tener altos costos políticos. Sin duda, era más fácil mantenerse al margen y culpar de los problemas a los gobiernos estatales.

Sin embargo, la percepción de inseguridad creciente por parte de los ciudadanos generó a lo largo de los últimos años una presión social para que todas las autoridades tomaran medidas en el campo de la seguridad pública, independientemente de sus competencias oficiales. Por otra parte, la difícil situación financiera de los estados impide inversiones significativas, lo que ha contribuido a la expansión de las esferas municipal y federal este ámbito.

En función de las consideraciones anteriores, el papel del poder federal en los últimos años ha sido primordialmente el de incentivar, a través de financiamientos, políticas de los estados que respondan a ciertos requisitos técnicos y políticos. Los municipios, por su parte, tienen un papel sobre todo en el área de la prevención, aunque la expansión de las guardias municipales está incluyendo también tareas de represión.

En el año 2000, poco después del incidente del autobús 174 en Río de Janeiro⁶¹⁴, el gobierno federal del presidente Fernando Henrique Cardoso lanzó el *Plan Nacional de Seguridad Pública*. La coincidencia de fechas no es una mera anécdota sino que revela la tendencia de los poderes públicos a formular respuestas inmediatas a episodios de crisis en la seguridad pública, en vez de optar por un abordaje más planificado.

El Plan Nacional contenía una serie de 15 compromisos y 124 acciones concretas con las que el gobierno federal se comprometía a intervenir contra la violencia, particularmente contra la violencia urbana. Algunas de las acciones eran exclusivas del poder federal y otras deberían ser ejecutadas en conjunto con las autoridades estatales y municipales. Para los críticos, el Plan simplemente

⁶¹⁴ En este episodio, la policía cercó a un asaltante que estaba dentro de un autobús urbano y los pasajeros fueron tomados como rehenes. Después de horas de tensión retransmitidas en vivo por la televisión, la policía abortó la negociación e intentó matar al delincuente. El fallo en el disparo de la policía provocó la muerte de un rehén a manos del asaltante. Este último fue preso y fue asfixiado hasta la muerte dentro de un vehículo policial.

reclasificaba muchas acciones que ya estaban siendo realizadas o en fase de proyecto, vinculándolas ahora al área de seguridad.

Una de las principales iniciativas fue la creación de un *Fondo Nacional de Seguridad Pública* con la finalidad de financiar proyectos de estados y municipios que cumplieren determinados requisitos, tales como eficiencia, transparencia, respeto a los derechos humanos. La idea que comenzaba a gestarse era la de que el gobierno federal podría inducir políticas públicas reformistas en los estados, a través del financiamiento selectivo. La *Secretaría Nacional de Seguridad Pública (SENASP)* del Ministerio de Justicia, órgano que poseía un perfil muy bajo, fue reorganizada y fortalecida para implementar estas nuevas funciones.

El nuevo gobierno del presidente Lula prosiguió la consolidación de la SENASP y la expansión del Fondo Nacional. Sin embargo, la misión de estos órganos estuvo lastrada por los sucesivos cortes en el presupuesto ejecutado y por la débil condicionalidad de los financiamientos de los programas de estados y municipios. Si en un principio sólo estados que cumplieren determinados requisitos en términos del contenido de sus políticas recibirían recursos federales, en la práctica los criterios fueron mucho menos exigentes.

Por otro lado, el gobierno Lula también creó el llamado *Sistema Único de Seguridad Pública (SUSP)*, que pretendía articular operativamente las intervenciones en seguridad de los municipios, los estados y la federación, incluyendo sus respectivas policías, en cada región del país. Después de sucesivas crisis políticas, el SUSP dejó de recibir apoyo político y, con algunas excepciones en determinadas regiones, no llegó a consolidarse.

Durante su segundo mandato, el gobierno Lula lanzó el *PRONASCI (Programa Nacional de Seguridad Pública con Ciudadanía)*, una estrategia nacional con énfasis en la prevención y la inclusión acompañada de un aumento significativo de los recursos. De hecho, este programa concentró buena parte de los financiamientos a los estados, con destaque para la amplia oferta de becas para mejorar los salarios de los policías a cambio de su participación en cursos de formación. El programa ha recibido críticas relativas a la eficiencia de su gasto y a la solidez de los programas financiados, pero no hay duda de que, desde el punto de vista conceptual, ha

ayudado a marcar la agenda política de los estados en la dirección de la prevención y del fortalecimiento del discurso de la protección de los derechos de los ciudadanos, así como la vinculación entre inclusión social y seguridad pública.

Además del papel reciente del gobierno federal, el poder local también es un actor de importancia creciente. Los municipios tienden a involucrarse preferentemente en programas de prevención, tanto por su vocación natural como porque no suelen contar con muchas de las herramientas de represión tradicionales (policías, cárceles, etc.). No obstante las ventajas de un abordaje preventivo, los programas de prevención suelen ser complejos y, con frecuencia, sólo presentan resultados a medio o largo plazo. Durante los últimos años, los municipios se han dedicado cada vez más a ejecutar intervenciones de seguridad pública, a veces como resultado de convocatorias del gobierno federal, pero frecuentemente como resultado de iniciativas propias. Entre las iniciativas más comunes podemos mencionar la creación o expansión de la Guardia Municipal, el establecimiento de alarmas o cámaras en lugares públicos o la ejecución de proyectos sociales. De esta forma, los dos paradigmas más utilizados son el de la prevención social, que intenta cambiar las condiciones de vida de los grupos en situación de riesgo de sufrir o cometer violencia, y la prevención situacional, que pretende incidir en el ambiente para disminuir la probabilidad de que actos violentos o criminales ocurran, disuadiendo a sus autores potenciales.

Un número creciente de municipios han creado una arquitectura institucional para cuidar de este tema, traducida a menudo en la creación de secretarías municipales de seguridad o en la incorporación de estas competencias a secretarías con otros nombres. Se trata, sobre todo, de ciudades medias o grandes, con recursos disponibles y con una administración local con un grado razonable de competencia técnica.

En algunos municipios fueron creados planos de prevención a la violencia o la criminalidad y en determinadas regiones se articularon instancias metropolitanas de seguridad en las que autoridades de diferentes municipios contiguos se sentaban para discutir estrategias comunes.

Por otro lado, estas iniciativas municipales suelen intentar promover la participación social en los proyectos de prevención a través de consejos de seguridad o de otros mecanismos. La participación social ofrece perspectivas positivas de relegitimación, transparencia y capilaridad de las políticas públicas, aunque también presenta limitaciones y riesgos que acaban reduciendo su impacto en la práctica.

4. INICIATIVAS Y POLÍTICAS DE REFORMA: EJEMPLOS DE ACCIONES QUE PROMUEVEN EL NUEVO PARADIGMA DE LA SEGURIDAD

En esta sección relataremos de forma resumida algunas acciones, independientes entre sí, que pueden ser encuadradas dentro de las dinámicas de reforma de la seguridad, o sea, que de alguna forma estimulan el proceso de cambio progresivo de paradigma. Estas iniciativas se sitúan en diversos niveles de gobierno: federal, estadual y municipal.

- a) La primera **Conferencia Nacional de Seguridad Pública** fue celebrada en 2009, siguiendo el modelo de conferencias públicas en otras áreas. Los delegados representaban a gestores públicos, trabajadores de seguridad y a la sociedad civil, elegidos en conferencias estadales previas. Las propuestas aprobadas al final de la conferencia presentaban varios problemas: eran fragmentadas e inconexas, a veces incluso contradictorias entre sí, y contenían diversas reivindicaciones corporativas que perseguían más los beneficios para determinados grupos en vez del bien común. Sin embargo, la Conferencia permitió que grupos que raramente tienen voz pública, como los soldados de las policías militares, pudieran expresar libremente sus opiniones sin miedo a represalias. En este sentido, más allá de sus limitaciones programáticas, el evento fue una gran oportunidad de establecer un debate abierto e igualitario entre las ideas de los diferentes sectores y de conocer la agenda de cada uno de ellos. A raíz de esta conferencia, se estableció un **Consejo Nacional de Seguridad Pública**, un

órgano deliberativo para diseñar las políticas nacionales de seguridad con la participación de los mismos sectores presentes en la Conferencia.

- b) Políticas de **control de armas**. En 1997 se criminalizó el porte ilegal de armas, que antes era simplemente una falta, y en 2003 se aprobó el ‘Estatuto del Desarme’, que endurecía considerablemente los requisitos para poder comprar y portar un arma por parte de los civiles. Aunque los ‘stocks’ de armas siguen siendo cuantiosos, algunos estudiosos atribuyen el descenso de la tasa de homicidios en los últimos años en Brasil justamente a las políticas de desarme (Cerqueira, 2011).
- c) Tentativas de **integración del trabajo de las dos policías**, la civil —que es una policía de investigación— y la militar —que está encargada de la prevención y el patrullaje. Este modelo de dos policías en cada estado está consagrado en la Constitución, de forma que a pesar de sus disfunciones (ausencia de cooperación e integración operativa entre las policías, duplicidad de gastos e inversiones, rivalidad entre las dos corporaciones, etc.) sólo podría ser alterado mediante reforma constitucional. Por eso, varios estados han optado por iniciativas para mejorar la integración entre las dos policías, una vez que la unión entre ambas es legalmente imposible. Entre estas iniciativas podemos destacar dos:

- 1) Establecimiento de Áreas Integradas de Seguridad, esto es, de regiones geográficas comunes sobre cuyos resultados las dos policías serán responsables, con frecuencia vinculadas a la creación de metas y/o premiaciones de desempeño. Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais y otros estados han aplicado esta política. Tradicionalmente, el área de los batallones de la Policía Militar no coincidía con las circunscripciones de las Comisarías de la Policía Civil, de forma que era imposible exigir resultados conjuntos sobre territorios que no eran coincidentes. Por eso, la compatibilización de las divisiones geográficas en

ambas policías es una condición indispensable para poder abordar la integración operativa entre las dos fuerzas.

- 2) Creación de Academias de Policía integradas para las dos policías. El hecho de contar con un centro de formación unificado contribuye a homogeneizar los contenidos de la formación y, aún más importante, consigue crear lazos personales entre los policías de las dos corporaciones desde el inicio de su carrera, ayudando a desmontar la tradicional rivalidad institucional. Estados como Pará y, más recientemente, Ceará, han intentado aplicar esta iniciativa.

- d) Introducción de **técnicas de geo-referenciamiento** para poder mapear los locales y horarios de mayor incidencia criminal y, en función de ello, poder planear la distribución del patrullaje de acuerdo con estas 'manchas criminales'. Estas tecnologías adoptadas por diversos estados, sobre todo en las áreas metropolitanas, han contribuido a un mejor gerenciamiento de los recursos humanos, substituyendo criterios subjetivos por otros más técnicos.
- e) Formulación de **programas específicos para la reducción de la violencia letal** en comunidades con altas tasas de homicidio, que corresponden normalmente a favelas y áreas degradadas. El homicidio, que afecta abrumadoramente a poblaciones pobres que habitan áreas marginales, nunca fue por esta misma razón una prioridad en las políticas de seguridad pública brasileñas. No obstante, en los últimos años diversos estados han comenzado a establecer programas con el objetivo de reducir la violencia en locales de alta incidencia. Entre ellos podemos citar:
 1. '*Pacto por la Vida*', en Pernambuco, que intenta articular una serie de acciones del poder público para disminuir los homicidios en diversas áreas urbanas, comenzando por una mayor divulgación y transparencia de las informaciones;

2. *'Fica Vivo'*, en Minas Gerais, que combina la investigación y el patrullaje policial para desarticular grupos armados responsables por un alto número de muertes con acciones preventivas (culturales, deportivas, etc.) dirigidas a la juventud residente en estas comunidades;
 3. *'Unidades de Polícia Pacificadora'* (UPP), en Río de Janeiro, que son unidades policiales permanentes dentro de las favelas con el objetivo de acabar con los tiroteos y con el control territorial de los grupos armados irregulares. Por otro lado, estas unidades pretenden desarrollar una relación más próxima y cordial con la comunidad, aproximándose, en alguna medida, del modelo de policía comunitaria aunque no acaben de encarnarlo. Comparadas con la estrategia tradicional de la policía de Río, que consistía en la invasión periódica a hierro y fuego de las favelas, que dejaba un saldo de muertes y de inseguridad entre los habitantes, las UPPs representan un avance notable. Con todo, hay serias dudas sobre la capacidad de extender este modelo al conjunto del territorio y sobre su continuidad después de que se agoten los recursos originarios del Mundial de Fútbol y de las Olimpiadas.
- f) Creación de **Ombudsman de Policía** (*Ouvidorias de Polícia*) en la mayoría de los estados brasileños. Estas Ouvidorias son instituciones que reciben, de forma anónima si es preciso, denuncias de irregularidades cometidas por agentes de policía, las repasan a los Departamentos de Asuntos Internos (*Corregedorias*) de las policías para su investigación, acompañan estas investigaciones y publican informes regulares sobre abusos policiales. A pesar de que el modelo actual presenta claras limitaciones (Lengruber et al, 2003), no hay duda de que su creación representó un paso adelante en la dirección de la transparencia y control de las instituciones de seguridad pública.

REFERENCIAS

Cerqueira, Daniel (2011) Causas e Consequências do Crime no Brasil. Tesis Doctoral defendida em La Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

Cano, Ignacio & Duarte, Thais (2010) “A mensuração da Impunidade no Sistema de Justiça Criminal do Rio de Janeiro” en Segurança, Justiça e Cidadania: Pesquisas Aplicadas em Segurança Pública. Ano 2. Vo I. 4, pg. 9-44

Garland, David (1999) “As Contradições da Sociedade Punitiva. O caso Britânico” en Revista de Sociología e Política. N. 13., nov. Pg.: 59-80. Curitiba.

Lemgruber, J. ; Musumeci, L. & Cano, I. (2003) Quem Vigia os Vigias? Um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil. Rio de Janeiro: Record.

Minguardi, Guaracy (1992), Tiras, gansos e trutas. Cotidiano e reforma na polícia civil. São Paulo: Scritta.

POLÍTICAS CRIMINALES Y PENALES REGRESIVAS EN EL MARCO DE LA DENOMINADA SOCIEDAD DE RIESGO Y DE LAS TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS TRADICIONALES

LUIS FERNANDO NIÑO

Profesor de la Universidad de Buenos Aires

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. En el texto se analizan los postulados básicos del libro de Ulrich Beck “La sociedad del riesgo”, concluyéndose que los mismos no se han confirmado posteriormente, habiéndose demostrado las bases equivocadas en que se sustentó, por ejemplo lejos de vislumbrarse el epílogo de la concepción de “los otros”, como los “extraños” o “enemigos”, los cinco lustros que nos separan de la publicación de su influyente trabajo fueron pródigos en la construcción de nuevos “otros”. Igualmente ocurrió con la práctica sustitución, por él imaginada, de la sustitución de la sociedad de clases por la sociedad del riesgo.

PALABRAS CLAVE. Sociedad del riesgo, Derecho Penal del enemigo, Estado Social, neoliberalismo, imputación objetiva, penalismo garantista

ABSTRACT: The text analyzes the basic tenets of Ulrich Beck's book "Risk Society", concluding that they were not confirmed subsequently, been shown wrong bases underpinning, for example, far from glimpsing the epilogue of the conception of "others" as "strange" or "enemies", the five decades that separate us from the publication of his seminal work were lavish in the construction of new "others." The same occurred with the replacement practice, imagined by him, of the substitution of the class society by the risk society.

KEY WORDS: Risk Society, Criminal Law of the Enemy, Social State, neoliberalism, objective imputation, penal garantism.

I. El título otorgado a este panel por los organizadores del evento, que ha de culminar con el merecidísimo homenaje a la Profesora Doctora Lolita Aniyar de Castro convoca – en primer lugar- a situarnos en el marco histórico en que el profesor de Múnich Ulrich Beck acuñó la frase “sociedad del riesgo”⁶¹⁵, un cuarto de siglo atrás, y a analizar críticamente algunas de las afirmaciones que dicho autor incluye en su texto, a partir de la propia introducción, y sintetiza en el resumen y panorama con el que intentó asomarse a los -por él denominados- escenarios de un futuro posible.

Más allá del lugar común consistente en situar como detonante de las reflexiones del sociólogo alemán a la catástrofe nuclear de Chernobil, ocurrida en Abril de 1986, por lo demás, falso, toda vez que la obra estaba concluida al ocurrir el fatídico suceso, mereciendo –obviamente- una oportuna cita en el prefacio, bajo el epígrafe “Dadas las circunstancias”, lo cierto es que Beck erró diametralmente al vaticinar, desde ese mismo proemio, lo que él denominó, con ostentosa exornación, “el final de los otros”, así como al entender sustituida la sociedad de clases por la sociedad del riesgo.

“Hasta ahora –apostrofaba el afamado sociólogo- todo el sufrimiento, toda la miseria, toda la violencia que unos seres humanos causaban a otros se resumía bajo la categoría de los ‘otros’: los judíos, los negros, las mujeres, los refugiados políticos, los disidentes, los comunistas, etc. Había por una parte vallas, campamentos, barrios, bloques militares y, por otra parte, las cuatro paredes propias; fronteras reales y simbólicas tras las cuales podían retirarse quienes en apariencia no estaban afectados. Todo esto ya no existe desde Chernobil. Ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento, tan sofisticadas, un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica. Se puede dejar fuera la miseria pero no los peligros de la era atómica. Ahí reside la novedosa fuerza cultural y política de esta era.

⁶¹⁵ BECK, Ulrich: “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, Editorial Paidós, Barcelona, 1986.

*Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad”*⁶¹⁶ (fin de la cita)

En primer lugar, lejos de vislumbrarse el epílogo de la concepción de “los otros”, como los “extraños” o “enemigos”, los cinco lustros que nos separan de la publicación de su influyente trabajo fueron pródigos en la construcción de nuevos “otros”. La guerra del Golfo, entre Agosto de 1990 y Febrero de 1991, las invasiones estadounidenses a Afganistán, en Marzo de 2001, y a Irak, en Octubre de 2003, y los cruentos conflictos desatados desde entonces hasta el presente en ambos países, son sólo las referencias más destacadas de un panorama internacional en el que se perfilan nuevos adversarios a derrotar en las sucesivas emergencias, por parte del único poder imperial de esta etapa histórica y sus aliados.

Huelga decir que la destrucción de las torres gemelas neoyorkinas, una década atrás, catapultó al poco envidiable sitio de enemigo global a una nueva y difusa categoría de individuos -los terroristas- brindando soporte a las intervenciones militares de mención; y permitiendo que los ecos del teórico nacionalsocialista Carl Schmitt recobren relevancia y –en nuestro ámbito de estudio- que penalistas como el actual profesor emérito de Bonn, Günther Jakobs, cumplan en anunciarnos que el Derecho Penal del Enemigo es una realidad que a todos conviene reconocer, para evitar que se expanda hasta alcanzar a los buenos ciudadanos coyunturalmente sometidos a proceso. Luego, uno de los pilares de la nueva era preconcebida por Beck se ha derrumbado con estrépito.

II. Otro claro yerro en la apreciación de Ulrich Beck consiste en la práctica sustitución -por él imaginada- de la sociedad de clases por la sociedad del riesgo⁶¹⁷.

Ninguna duda cabe acerca de que la ciencia y la tecnología desarrolladas bajo el marco del capitalismo se erigen como potenciales fuentes de peligro para la propia supervivencia de la especie; y brinda buena prueba de ello el creciente poder destructivo de la logística aplicada a las campañas bélicas antes mencionadas.

No obstante, el desplazamiento anunciado de la lógica del reparto de riquezas por la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad avanzada no ha sido tal ni

⁶¹⁶ BECK, U: op. cit., p. 11

⁶¹⁷ BECK, U.: op. cit., p. 25.

cabe avizorarlo. El sistemático acompañamiento de la producción social de riqueza y la producción social de riesgos existió y existe; pero el hecho de que dichos riesgos puedan alcanzar virtualmente a quienes los producen o se benefician de ellos dista de hacer saltar por los aires el esquema de clases, como profetizaba el profesor de Múnich⁶¹⁸. Mal que nos pese a quienes seguimos apostando a la posibilidad de un mundo más justo, las situaciones sociales de mayor peligro continúan ligadas estrechamente a las desigualdades estructurales, a las situaciones de clase. Si no es así, que lo digan los seiscientos mil sobrevivientes gravemente afectados a raíz del desastre de Bhopal, ciudad capital del estado de Madhya Pradesh, uno de los más pobres de la India, ocurrido en Diciembre de 1984, al producirse la fuga de 42 toneladas de isocianato de metilo en una fábrica de pesticidas de propiedad de la compañía estadounidense Union Carbide, a consecuencia del cual murieron otras veintidós mil personas. Valga añadir dos detalles: el sistema de refrigeración de los tanques de la empresa y el catalizador de gases previo a la salida a la atmósfera se habían desactivado por ahorro de costos; la Union Carbide no respondió por los daños causados y los únicos procesados y condenados, en 2010 a la pena de dos años de prisión y una multa fueron ocho ejecutivos indios⁶¹⁹. Ergo: la lógica del reparto de riquezas convive más que amigablemente con la lógica del reparto de riesgos.

Frente a esa realidad, afirmaciones tales como *“las sociedades del riesgo no son sociedades de clases; sus situaciones de peligro no pueden pensarse como conflictos de clases”* o bien *“(l)a miseria es jerárquica, el smog es democrático”*⁶²⁰, resuenan como humoradas dignas de mejor causa.

III Sin intención de apartarme del área temática que nos reúne, cuadra puntualizar un nuevo desacierto de Beck al pronosticar la pérdida del impulso utópico de la política merced a la ampliación del Estado Social, supuesto logro conforme al cual –textualmente– *“(a)l darse estabilidad y equilibrio institucionales, el poder de transformación se desplaza del campo de la política al de la subpolítica”*⁶²¹.

⁶¹⁸ BECK, U.: op. cit., p. 29 y s.

⁶¹⁹ : DE GRAZIA, Alfred: “A cloud over Bhopal. Causes, consequences and constructive solutions”, Kalos Foundation for India, 1985; Cadena SER, edición digital del 7/6/2010.

⁶²⁰ BECK, U.: op. cit., p. 42.

⁶²¹ BECK, U.: op. cit., p. 278.

Tal expectativa, que –hacia el final de su balance- le conduce a considerar eliminado el riesgo de pobreza vigente durante el Siglo XIX y de la primera mitad del Siglo XX como consecuencia lateral del proceso de industrialización, merced a circunstancias políticas e institucionales que lo habrían obviado⁶²², contrasta vivamente con la realidad exhibida por la Europa de nuestros días, volcada a ensayar fórmulas del más crudo neoliberalismo para solucionar las graves crisis padecidas por diversos países de su ajetreada unión continental.

IV. Además de lo anotado incidentalmente respecto del aprovechamiento de la idea de riesgo para la confección de un nuevo argumento tendente a combatir enemigos con el arsenal del *ius puniendi*, su empleo en las llamadas teorías de la imputación objetiva, introducidas en la Dogmática Penal como mecanismos teóricamente correctivos de la tipicidad legal, presenta ángulos inquietantes desde la óptica del penalismo garantista.

Desarrolladas a partir de conceptos pertenecientes a las tipicidades culposa y omisiva impropia, tales teorías parten de visualizar unas sociedades altamente tecnificadas y anónimas, en las que la creación o aumento de un riesgo desaprobado aparece como núcleo de la imputación. Luego, más allá de la artificiosa reconducción de la idea de aumento de riesgo para un bien jurídico a los casos de clara tipicidad dolosa, las dificultades prácticas aparecen cuando se trata de mensurar la magnitud del riesgo permitido en cada actividad, su aumento o conversión en riesgo desaprobado.

A ello se suma la tendencia a espiritualizar el resultado de peligro a través de las figuras de peligro abstracto que, toda vez que representan la punición del peligro de un peligro, permiten conjeturar el extremo, inadmisibles en términos de seguridad jurídica, de una tentativa de tales ilícitos, que conduciría a sostener la punición del peligro del peligro de un peligro, en un alejamiento escandaloso del principio de lesividad, que reclama el daño o peligro concreto para el bien jurídico como presupuesto de cualquier persecución penal.

Sin perjuicio de todas esas objeciones, la mayor –a mi criterio- radica en la inversión de la fórmula propia del Estado de Derecho democrático y social que impone al legislador penal un programa forzosamente fragmentario, un sistema discontinuo de

⁶²² BECK, U.: op. cit., p. 284

ilicitudes, toda vez que, al partir de categorías tales como riesgo permitido, deber de cuidado y rol de garante y generalizarlas respecto de todo el ámbito pasible de punición, amplía enormemente el margen de criminalización primaria.

V. Lo expresado hasta aquí permite sentar aquí tres tesis, a saber: a) la importación, por parte de la doctrina penal, de la idea de una sociedad del riesgo como superadora de categorías dentro de la especie humana tales como “otros”, “extraños” o “enemigos”, en lugar de verificar tal mecanismo positivo ha servido para fundamentar y justificar la reaparición de un Derecho Penal del enemigo; b) en un plano más general, al contrario de la declamada democratización hipotéticamente emergente de la sociedad del riesgo, se comprueba el reforzamiento de la sociedad de clases, con todos los fenómenos y epifenómenos que la acompañan, entre los que cuadra destacar la selectividad en la criminalización primaria y secundaria; c) la introducción y generalización de la idea de riesgo en el marco de la imputación objetiva conduce a desdibujar los márgenes de la criminalización primaria y ensancha, por consiguiente, las posibilidades de decisionismo y arbitrariedad a la hora de la criminalización secundaria.

VI. Al cabo de dos siglos de marchas y contramarchas, no resulta osado considerar que la noción de Estado Liberal de Derecho encierra, en sí misma, el germen de la seguridad, así como el de su contracara, la inseguridad. Podría afirmarse, con resonancias foucaultianas, que en el seno de la valiosa ficción que conocemos como Estado de Derecho se encubre -por cierto, detrás de su declamado objetivo principal, que es la protección de la libertad- la entronización absoluta de la seguridad, como mecanismo central de aseguramiento de la vida y la propiedad de quienes temen perder semejantes atributos de su personalidad, entendida como subjetividad moderna. La lectura de los párrafos 2009 a 2015 del célebre “Programma” de Francesco Carrara, epígono de la Escuela Clásica del Derecho Penal, en defensa del carácter “natural” de los delitos contra el segundo de los bienes mencionados, otorga una clara muestra de tal aparente paradoja.

Intentaré, de aquí en más, pasar revista a las derivaciones del axioma de la seguridad en las políticas criminales que atraviesan las sociedades actuales del mundo

occidental y, particularmente, de América Latina, sobre la base de las nociones de riesgo y control.

Vale recordar, siguiendo a David Garland⁶²³, ciertos índices sociológicos vinculados a la cuestión criminal aptos para entender el contexto en el que las políticas criminales regresivas aparecen, frente a la opinión pública mayoritaria, como verdaderas soluciones frente a la delincuencia más molesta, generalmente vinculada a la afectación de la propiedad en los centros urbanos: 1) el aumento de la tasa global de criminalidad se considera un hecho social normal, percepción que se robustece en virtud del tratamiento del tema por los medios masivos de comunicación; 2) La inversión emocional en el delito es generalizada e intensa, abarcando elementos de fascinación así como de miedo, indignación y resentimiento; 3) Las cuestiones referidas al delito están politizadas y se representan frecuentemente en términos emotivos; 4) El interés por las víctimas y la seguridad pública dominan la política pública; 5) La justicia penal estatal es visualizada como inadecuada o ineficaz; 6) Las rutinas defensivas privadas están generalizadas y existe un mercado creciente en torno a la seguridad privada; 7) La conciencia que se tiene sobre el delito está institucionalizada en la cultura popular y en el ambiente urbano.

La combinación de tales elementos produce una serie de efectos sociales y psicológicos que influyen en la Política Criminal de todos los países de nuestro universo cultural. América Latina no es una excepción y en su vasto territorio se desarrollan estrategias de lucha contra el delito asentadas en la sensación constante de inseguridad y riesgo⁶²⁴, y en la necesidad de un estricto control social. Esas estrategias, que agrietan o retrotraen las teorías criminológicas florecidas en el último medio siglo, se basan en una nueva experiencia colectiva propia de lo que conocemos como “tardomodernidad” o “postwelfare”, que encuentra arraigo en las lecturas reaccionarias del delito, de la cultura y de la política que les son propias, construidas al calor del desmantelamiento del Estado de Bienestar y emparentadas con una mirada del presente en términos de crisis moral, incivilidad y decadencia de la familia y otros núcleos de socialización primaria.

⁶²³ GARLAND, David; “La cultura del control”, Gedisa, Barcelona, 2005.

⁶²⁴ Cf. KESSLER, Gabriel: “El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009.

Corresponde consignar, empero, valiéndonos tanto del bagaje teórico aquilatado cuanto de la experiencia judicial, que el cambio que se aprecia en tal política criminal no va de la mano de una transformación de las instituciones. No estamos frente a un proceso en el que las viejas instituciones de los tres segmentos o agencias del control social formal se abandonen por otras nuevas.

Asimiladas las críticas que durante décadas fustigaron al sistema penal y relegado el ideal abolicionista al modesto pedestal de las utopías de concreción lejana si no ilusoria, la arquitectura institucional de la modernidad penal permanece en pie, como también el aparato estatal de la justicia represiva.

En las democracias latinoamericanas en tren de consolidación, es el funcionamiento estratégico y su importancia social lo que se ha transformado, dando lugar, por un lado, a las denominadas excepciones, que se estructuran como mecanismos punitivos paralelos, en algunos casos, como acontece con el ya relevado 'derecho penal de enemigos' diseñado para determinadas especies delictivas, tales como las actividades terroristas o las desarrolladas a partir de ciertas asociaciones ilícitas; y, por otro, a la incorporación de auténticas regresiones, de cara a buena parte de los delitos comunes, en especial, los que atentan contra la propiedad y contra la seguridad pública.

Si lo que ha variado es, pues, el funcionamiento estratégico y la importancia social del andamiaje de enjuiciamiento propio de la modernidad, corresponde que, cuando menos, quede aquí señalado el anclaje sociocultural de esa nueva cosmovisión que de algún modo habilita y tiende a naturalizar la aparición de políticas criminales regresivas o de excepción, con el saldo invariable de la expansión punitiva.

Una categorización que luce apropiada a tal efecto es la que ensaya Zygmunt Bauman, al señalar las diferencias existentes entre las que él denomina *sociedades de productores y de consumidores*, toda vez que, a partir de las características de estas últimas, parece posible acercarnos a la naturaleza de las políticas criminales regresivas que amenazan los logros del liberalismo penal.

Como en las diferencias podemos encontrar explicaciones, cabe enfocar, en primer lugar, al primero de los tipos sociales destacados, el de la sociedad de productores, ligado a las ideas de solidez, perdurabilidad y seguridad a largo plazo. Con

respecto a ella, Bauman indica: *“Sólo las posesiones verdaderamente perdurables, resistentes e inmunes al tiempo podían ofrecer la tan ansiada seguridad. Sólo esas posesiones tenían la capacidad intrínseca, o al menos la posibilidad, de acrecentarse en vez de disminuirse, y sólo ellas prometían cimentar toda expectativa de un futuro seguro sobre bases más sólidas y duraderas, ya que conferían a sus dueños esos rasgos de solidez y durabilidad”*⁶²⁵.

Ese modelo, aunque parcial y trabajosamente recuperado por las variadas tendencias de corte populista registradas en los últimos años, en el subcontinente sudamericano, fue traumáticamente sucedido, a partir de los años 80 de la pasada centuria, por la irrupción del neoliberalismo en la política económica de los diferentes países del entorno, con progresivo desguace del estado protector, allí donde existiera, y el debilitamiento del tejido social. A las sociedades de productores, dinamizadas en épocas anteriores por vectores tales como el efecto de demostración, vehiculizados por cierta capilaridad social, sucedió, así, sin solución de continuidad, la más descarnada sociedad de consumo, en la que, volviendo a Bauman, *“la inestabilidad de los deseos, la insaciabilidad de las necesidades, y la resultante tendencia al consumismo instantáneo y a la instantánea eliminación de sus elementos, están en perfecta sintonía con el nuevo entorno líquido en el que se inscriben hoy por hoy los objetivos de vida y al que parecen estar atados en un futuro cercano”*⁶²⁶.

En tal sociedad de consumidores, la eliminación se transforma en un componente imprescindible, en tanto se halla cimentada en la ausencia de lazos perdurables y duraderos; y ello vale tanto para las relaciones laborales, fragilizadas hasta el hartazgo por la temporalidad, el trabajo informal y la inestabilidad en los puestos de trabajo, como para toda vinculación del individuo con sus semejantes.

Si la sociedad de productores armoniza con la idea de Estado social, la sociedad de consumidores supone un Estado retraído, con poca o nula intervención en lo que a solidaridad intersubjetiva se refiere; de tal suerte, la consecuente decadencia en las relaciones sociales y la ausencia de lazos sólidos con el resto de la comunidad deriva o

⁶²⁵ BAUMAN, Zygmunt; “Vida de Consumo”; Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, p. 49.

⁶²⁶ BAUMAN, Z.; op. cit., p. 51.

degenera en temor. Volvemos, pues, a escala individual, a toparnos con la sensación de riesgo captada por Ulrich Beck en el seno de la sociedad urbana tardocapitalista.

Convivimos hoy, en definitiva, en términos generales, en comunidades integradas por individuos propensos al sentimiento de temor e incertidumbre originado, en buena parte, por el retraimiento del Estado en su función de dador de seguridad social y potenciado, en no menor medida, por la reinención de ese mismo Estado como garante meramente simbólico de la seguridad individual.

En ese esquema se inscriben las políticas criminales regresivas y su parafernalia de tratamiento específico para enemigos, derechos penales de varias velocidades, resurrección de figuras propias del derecho penal de autor, exaltación de la delación y justificación de los agentes provocadores.

Sólo el reencuentro de pueblos y gobiernos en torno al ideal común de seguridad para los derechos de todos podrá guiarnos plausiblemente al redimensionamiento del sistema penal como resorte de extrema necesidad y *ultima ratio*.

Parafraseando a nuestro inolvidable Alessandro Baratta, valga meditar en la vigencia de su pensamiento, al sentenciar que “(u)n análisis en profundidad puede demostrar que la historia de la dominación, en la formación social capitalista, más que ser la historia del dominio y de la conservación del dominio de ciertos individuos sobre otros, es la historia de una progresiva alienación de la subjetividad por parte del sistema político-social. Es justamente en este punto donde radica la debilidad histórica e ideal del proyecto de dominación respecto de la fuerza histórica ideal del proyecto de liberación, cuyo horizonte es el hombre como fin y como subjetividad”⁶²⁷. Que así sea.

⁶²⁷ BARATTA, Alessandro: “Notas para una teoría de la liberación”, Revista “Poder y Control”, n° 1, Barcelona, 1987.

SEGURIDAD, SENTIMIENTO DE INSEGURIDAD, POLÍTICAS PÚBLICAS⁶²⁸

WALTER ANTILLÓN

Profesor emérito de la Universidad de Costa Rica

No debemos aceptar que nos intimiden la justa acusación y la justa denuncia de los innumerables errores y crímenes cometidos en nombre del Socialismo: nuestra elección no tiene por qué ser hecha entre socialismos que fueron pervertidos y capitalismo perversos de origen, sino entre la humanidad que el Socialismo puede ser y la inhumanidad que el Capitalismo ha sido siempre.

José

Saramago

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Se ha producido una embestida neoliberal a partir de 1990 que ha llevado a una redefinición de las relaciones interclasistas. Se ha producido a su vez en una descalificación de la teoría del garantismo penal y el desmantelamiento de las garantías del Código Procesal penal mediante leyes especiales. Se ha desarrollado una campaña a favor de la seguridad ciudadana que se ha apoyado firmemente en los medios comerciales de comunicación masiva que, desde hace muchos años y en forma sistemática bombardean diariamente la conciencia de sus video-escuchas con versiones terroríficas de la criminalidad, falseando su percepción de la misma y

⁶²⁸ Advertencia: para hacer esta ponencia he utilizado muchas partes de mi ensayo “*El discurso de la seguridad nacional*” que será publicado próximamente como parte de un libro coordinado por doña Rosaura Chinchilla.

exasperando hasta la angustia sus sentimientos de inseguridad, a fin de preparar el terreno para introducir sin resistencia cambios legislativos y campañas policiales de signo autoritario. El problema de fondo que nos agobia cada día más es "la inhumanidad que el Capitalismo ha sido siempre". Pero las oligarquías afirman machaconamente, a través de la prensa a su servicio, que el problema es la guerrilla; que el problema es el terrorismo (es decir, el terrorismo de los otros, porque el de ellos en Irak, Palestina, la ex-Yugoslavia, Afganistán, Pakistán, Colombia, Libia, no es terrorismo sino democratización, pacificación, civilización); que el problema es la droga, etc., etc. De modo que, según ellas, el remedio a los problemas de la Humanidad es la tolerancia cero, el aumento de las penas detentivas, la represión de la disidencia, la destrucción de las universidades públicas, la ablación de los derechos y las garantías legales y judiciales de las personas.

PALABRAS CLAVE. Seguridad, represión, políticas públicas, garantismo, capitalismo.

ABSTRACT: There has been a neoliberal onslaught since 1990 which has led to a redefinition of interclass relations. At the same time, there has been a turn in disqualification of the theory of penal garantism and a decommissioning of the guarantees of the criminal procedure code throughout special laws. A campaign for public safety has been developed, which is strongly supported in the commercial media of mass communication, which for many years and systematically has bombarded, in a daily basis, the minds of the people who listen with frightening versions of criminality, falsifying their perception of it and exasperating to anxiety their feelings of insecurity, in order to prepare the ground for legislative changes to be introduced without resistance and authoritarian police campaigns. The underlying problem that overwhelms us every day is "the inhumanity that capitalism has always been." But the oligarchs say insistently throughout the, at their service press, that the problem is the guerrillas, that the problem is terrorism (ie terrorism of the others, because terrorism in Iraq, Palestine, the ex-Yugoslavia, Afghanistan, Pakistan, Colombia, Libya, is not terrorism, but democratization, pacification, civilization), that the problem is the drug, and so on, and so on. So, according to them, the remedy to the problems of Humanity is zero tolerance,

increased penalties, dissent repression, destruction of public universities and the ablation of the rights and legal and judicial guarantees of people.

KEY WORDS: Security, law enforcement, public policy, guarantors, capitalism.

INTRODUCCIÓN

No me cansaré de advertirlo: el panorama que estamos presenciando cada día, del acoso contra las garantías del actual proceso penal corresponde, a fin de cuentas, a un nuevo episodio de la sempiterna batalla entre autoritarismo y democracia, que ya hace más de dos mil años jaloneaba el desarrollo de los modelos procesales penales de Atenas y Roma (v. Ugo Enrico Paoli: *El proceso ateniense*, en Novissimo Digesto Italiano; Utet, Turín, 1968, Tomo XIII).

Esa situación tiene un origen obvio que, sin embargo, es cuidadosamente invisibilizado bajo una imponente hojarasca retórica: es el conflicto entre los que creen ser mejores que los demás, y tratan de ponerlos a su servicio para explotarlos, y los que creen en la esencial igualdad de todos, y tratan de garantizar pareja dignidad a todos; y éste es un conflicto de muy vieja data.

Lucha desigual, en la que desde hace miles de años han prevalecido los primeros, causando inmenso dolor y sacrificio a la Humanidad como conjunto; y han prevalecido sirviéndose del engaño y la fuerza; fomentando la ignorancia y la credulidad de sus víctimas; por lo que la historia nos muestra dilatados períodos de prevalencia de sistemas autoritarios y opresivos (faraones, emperadores, reyes, oligarquías), en contraste con brevísimos períodos en los que se ha logrado establecer, al menos tendencialmente, la igualdad democrática y la justicia social.

Se me dirá tal vez que aquí venimos a hablar de un fenómeno específicamente jurídico: de supuestos intentos oficiales de debilitar o incluso dismantelar el sistema de garantías del proceso penal creadas a favor del imputado; y que, por consiguiente, no viene al caso abordar el tema genérico de la injusticia social. Pero en esto yo comparto con muchos estudiosos la convicción de que lo primero se explica por lo segundo; que la tendencia a socavar las garantías ciudadanas que hoy muestran los gobiernos

oligárquicos con la ayuda de los grandes medios de comunicación de masas, es una de las múltiples consecuencias de la nueva fase del capitalismo globalizado que estamos viviendo (v. el clásico Rusche –Kirchheimer: *Pena y estructura social*; Bogotá, 1984; y asimismo Alvaro Montero: *La globalización contra los pueblos*; Juricentro, San José, 1998; Bergalli -Rivera (Eds.): *Política criminal de la guerra*; Anthropos, Barcelona, 2005; Elbert-Balcarce: *Exclusión y castigo en la sociedad global*; BdeF, Montevideo, 2009).

- **LA BATALLA ENTRE LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD NACIONAL Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.**

A) EL DISCURSO DE LA SEGURIDAD NACIONAL

Las ideas acerca de un peligro inminente para la seguridad interna de los países, en la forma de una infiltración sistemática de elementos extraños (agentes del enemigo) que trabajarían en la destrucción del Estado, con la colaboración de nacionales traidores, alcanzaron su pleno desarrollo en Inglaterra y los Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial; y la correspondiente actividad subversiva se identificó entonces bajo el nombre de 'Quinta Columna'. En aquel momento el enemigo era el "Eje Berlín-Roma-Tokio", mientras que la Unión Soviética fue por esos años el aliado principal de los 'buenos'.

Año de 1945: Terminada la gran conflagración con la derrota del nazi-fascismo, surge casi inmediatamente el conflicto internacional llamado 'Guerra Fría', que por tantos años enfrentará al Bloque Socialista de la URSS y sus aliados, contra los Estados Unidos, Europa Occidental y los países bajo su influencia (incluida toda la América Latina); y es a partir de ese conflicto cuando se desarrolla la llamada doctrina de la seguridad nacional, para conjurar el peligro de la infiltración comunista en las democracias occidentales, al que se atribuye mayor estrago que a la vieja 'Quinta Columna' fascista de los años treinta y cuarenta.

Ya desde inicios de la Guerra Fría, el gobierno de los Estados Unidos, padre de la criatura (se trataba de la 'seguridad nacional' de ellos), interviene abiertamente en

otros países para impedir la instalación de regímenes real o supuestamente comunistas (Guatemala, Corea, Vietnam). Pero a partir de 1969 (doctrina Nixon) y sobre todo después del fracaso en Vietnam (1976), los gobiernos de la gran Potencia pasan un tiempo evitando intervenir con sus propias tropas y comisiona la aplicación de su doctrina a los militares locales. Tal fue la razón de ser de la Escuela de las Américas: alma mater del gorilismo continental durante más de cuarenta años; y tal también la razón de que proliferaran en nuestra región los regímenes militares, con su secuela de torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias, etc.

Así pues, esta doctrina de la seguridad nacional predica una multifacética operación estatal contra la difusión e implantación de las ideas comunistas en el Continente Americano con base en la distinción schmittiana “amigo-enemigo” y en las tres proposiciones consiguientes: “comunista=enemigo”; “amigo del enemigo=enemigo”, “enemigo=no persona”. Y como después de 1945 las ideologías izquierdistas de todo signo se extendieron entre los intelectuales, los obreros y los estudiantes de nuestros países, materializándose en focos guerrilleros, la represión oficial debió dirigirse contra todos ellos; es decir, es una guerra sin cuartel de los gobiernos contra una gran parte de sus propios pueblos considerados al efecto como 'enemigos' o como 'amigos de los enemigos'; una guerra en la que la acción represiva compromete a todos los órganos del Estado y no conoce límites constitucionales ni legales. Y ¿quiénes son los que mejor pueden conducir dicha guerra? Los militares, quienes, una vez en posesión de un motivo real o aparente, no se pararán en pelillos cuando se trate de conculcar derechos y borrar constituciones.

Y así fue como la doctrina de la seguridad nacional caracterizó y acomunó durante décadas la acción de gran parte de los gobiernos de nuestra Región, desde las dictaduras de Trujillo y Somoza hasta las juntas militares de Pinochet, Bordaberry, Videla, etc.; e incluso algunos gobiernos que se decían y aún se dicen democráticos (Colombia, México); y los procedimientos adoptados para su aplicación, y los calamitosos resultados conseguidos han sido denunciados y unánimemente condenados por la justicia internacional.

B) EL SISTEMA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Entonces tenemos que, mientras a fines de los años cuarenta del Siglo pasado los Estados Unidos propicia un endurecimiento de la represión por parte de los gobiernos latinoamericanos, para asegurar una política de la inocuización o incluso de la eliminación física de los grupos de izquierda en nuestros países, la ONU y la OEA, soslayando el choque directo con esa práctica, aprueban sus declaraciones de Derechos Humanos; y en Europa Occidental se inaugura la era del constitucionalismo garantista, cuyos frutos inmediatos más acabados serán las constituciones de Italia, Francia y Alemania Federal, con sus elencos de derechos fundamentales y el sistema de la jurisdicción constitucional; las cuales generarán, dentro y fuera de sus países, una reflexión teórico-filosófica que conducirá fatalmente hacia la doctrina y la praxis de las garantías ciudadanas y del proceso penal garantista.

2. LAS TENDENCIAS GARANTISTAS DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ENTRE LOS AÑOS 1980 Y 2000. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1996.

En efecto, ese garantismo constitucional se va a ver reflejado primero en los códigos procesales penales europeos (Ordenanza Procesal Penal Alemana, versión de 1975; Código de Procedimientos Penales de Portugal de 1987; Código de Procedimientos Penales de Italia de 1989), y más tarde en muchos otros códigos latinoamericanos y europeos.

Recordemos que durante el Siglo XIX y las primeras décadas del XX, los códigos procesales de nuestra región oscilaban entre el modelo inquisitorial heredado de la Colonia y el modelo mixto del Código de Instrucción Criminal francés de 1809 y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. No es sino en 1939 cuando aparece el Código de Procedimientos Penales para la Provincia de Córdoba, Argentina, adaptación moderada del italiano de 1930; el cual, sin abandonar el modelo mixto, introducía una dosis de oralidad que fue como una brisa refrescante en las cavernas del generalizado proceso escrito, inquisitorial. Y el ejemplo de Córdoba se imitó en otras provincias argentinas y trascendió las fronteras, siendo adoptado por Costa Rica en el Código de Procedimientos Penales de 1973.

Sin embargo los estudiosos del proceso penal, imbuidos en las doctrinas de los derechos humanos y el debido proceso legal, apuntaban hacia el modelo acusatorio y buscaban ya desde los años sesentas la manera de plasmar los mecanismos y garantías propias del mismo. A eso obedecía que en 1967 se hubiera planteado ya la necesidad de redactar, como años antes lo habían hecho los penalistas y otros, un código tipo de proceso penal para Latinoamérica; lo cual se intentó según el modelo mixto-acusatorio inicial de Clariá Olmedo, y sucesivamente el acusatorio de Julio Maier; para llegar finalmente, superando muchos escollos, a la versión de 1988.

En Costa Rica, la reflexión acerca de una reforma integral sobre la base del código tipo se agudiza a fines de los ochentas, tanto en los debates doctrinarios como en la innovadora jurisprudencia de la Sala Constitucional. Y ya a comienzos de los noventa, debido en gran medida a las instancias de la Corte Suprema de Justicia, se formula un primer anteproyecto que es debatido intensamente sobre todo por estudiosos pertenecientes al Poder Judicial (Fernando Cruz, Luis Paulino Mora, Daniel González, Dall' Anese, Arroyo, etc.), con la constante asesoría de Julio Maier y Alberto Binder, para terminar en 1996 con la promulgación del actual Código Procesal Penal, que entrará en vigencia en 1998 (v. Carlos Chinchilla-Francini Quesada ***La reforma procesal penal de 1996 a la luz de los sistemas procesales penales***, en AAVV.; “Derecho Procesal Penal Costarricense”; San José, 2007; Tomo I, pág. 67 y sigtes.).

Siguiendo a Javier Llobet (en la Introducción a su ***Proceso Penal Comentado***, UCI, San José, 1998; pág. 51 y sigtes.), el nuevo Código contemplaba las siguientes mejoras:

- (24.) Fortalecimiento de la oralidad.
- (25.) Limitación de la prisión preventiva y medida sustitutivas.
- (26.) Fortalecimiento del principio acusatorio y del rol del Ministerio Público
- (27.) Subordinación de la Policía Judicial al Ministerio Público.
- (28.) Introducción del procedimiento intermedio.
- (29.) Introducción del principio de oportunidad reglado.
- (30.) Introducción de medidas alternativas a la pena.

8. Mayor participación de la víctima y otros interesados.

Todo ello se suma a las garantías que ya había aportado el Código de Procedimientos Penales de 1973, tales como 1) la reserva de ley y la necesidad de una decisión judicial para toda privación de libertad; 2) el derecho de audiencia; 3) la admisión de la defensa en todos los estadios del proceso; 4) el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo; 5) la presunción de inocencia; 6) la garantía del juez natural en un proceso justo; 7) el principio in dubio pro reo; 8) la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho; etc., para darnos un instrumento moderno, ágil, racionalmente orientado hacia un equilibrio entre garantías y efectividad (confr.: Gilbert Armijo, Javier Llobet, Juan Marcos Rivero: ***Nuevo proceso penal y Constitución***; Investigaciones Jurídicas, San José, 1998;

3. LA EMBESTIDA NEOLIBERAL A PARTIR DE 1990 (COLAPSO DEL SOCIALISMO REAL) Y LA REDEFINICIÓN DE LAS RELACIONES INTERCLASISTAS.

Uno se pregunta cómo pudo progresar y convertirse en ley un proyecto de Código Procesal Penal como el promulgado en el año 1996, cuando ya en Costa Rica se había puesto en movimiento en los principales medios de comunicación masiva e incluso en esferas oficiales, una campaña dirigida a infundir en la comunidad ciudadana el temor a una delincuencia que se describía omnipresente e incontrolable. Pero es evidente que en ese momento aquella campaña no había calado tan hondo en la conciencia de la gente, como sí ha ocurrido más tarde.

Lo ocurrido es que a raíz del hundimiento del Socialismo Real, al quedar los Estados Unidos dueños de un poder incontrastable en el Mundo, se postula el Neoliberalismo como única verdad (es el fin de las ideologías), y el Capitalismo como el orden natural e inmutable de las cosas (es el fin de la Historia). Es entonces el momento de ajustar las cuentas con los restos del Estado de Bienestar y de las ideologías de izquierda y aún de centro-izquierda; es el momento propicio de sofocar todo disenso político; y en el campo penal y procesal penal, es el momento de eliminar los frenos legales y hermenéuticos establecidos por los sistemas garantistas. Pero naturalmente los efectos

del auge neoliberal en la praxis política e institucional no se sintieron todos a la vez y en todas partes.

4. LA DESCALIFICACIÓN DE LA TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LAS GARANTÍAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL MEDIANTE LEYES ESPECIALES

La teoría del garantismo penal es, en mi criterio, uno de los hallazgos más luminosos del pensamiento humanista. Ha sido intuida o formulada por varios egregios estudiosos; pero su concepción más original, completa y sistemática se debe al profesor Luigi Ferrajoli, que la expuso en su obra '*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*' (Laterza, Bari, 1989), obra que el filósofo Norberto Bobbio equiparó a los grandes clásicos de la filosofía jurídica y política de Occidente, como 'Leviatán' de Hobbes o 'El espíritu de las leyes' de Montesquieu.

La teoría del garantismo penal de Ferrajoli parte de la universalidad de los valores de la persona humana (fundamento de validez del derecho), que sobrepone a cualesquiera otros intereses intermedios o instrumentales del Estado y demás organizaciones políticas (irreductible ilegitimidad del poder), definiendo entonces en sentido humanista las cuestiones esenciales de la razón en (epistemología) y las razones del (axiología) y de (teoría) derecho penal: cuándo y cómo castigar (la pena), cuándo y cómo prohibir (el delito), cuándo y cómo juzgar (el juicio); para contrastar todo ello con la deficiente praxis del derecho positivo (fenomenología), y terminar reafirmando la principalía de los derechos humanos sobre los poderes y de los pueblos sobre los aparatos en la praxis garantista.

Ahora bien, la praxis de garantismo penal se ha demostrado ampliamente compatible con la prontitud y la certeza de la administración de justicia (bajo la condición de que ésta no sacrifique los legítimos derechos de las personas). Sin embargo, desde hace más de una década, pero sobre todo en los últimos tres años, en Costa Rica se ha orquestado desde los medios de comunicación un ataque sistemático a la doctrina y a la práctica del garantismo penal, a las que se atribuye la morosidad judicial, el aumento de los delitos, la impunidad de los criminales, etc. Según esos

medios de comunicación, los garantistas son los restos de la izquierda derrotada, que encubren las sempiternas ideas subversivas atentatorias del orden legal y moral de la buena sociedad propietaria y cristiana.

Por donde se evidencia que esa campaña mediática tuvo la misión de cubrir con su cortina ideológica la agresión legislativa lanzada por la saliente administración Arias Sánchez durante el año 2009. Veamos someramente tres de las leyes promulgadas entonces:

a) La Ley de fortalecimiento de la legislación contra el terrorismo Número 8719 de 4 de marzo de 2009, que no es más que un conjunto de reformas de otras leyes, establece un tipo penal de terrorismo excesivamente abierto, como para incluir dentro del mismo conductas que son simplemente contestatarias de la política oficial; y configura algunos delitos de peligro abstracto sobre la base de expresiones como “seguridad común” o “peligro común”, a contrapelo de principios fundamentales del derecho penal moderno.

b) La Ley Número 8720 de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, también promulgada en marzo de 2009 (la cual reforma 33 artículos del Código Procesal Penal, y le añade otros 14), además de consagrar limitaciones al ejercicio del derecho de defensa, incorpora serias modificaciones en los derechos de los imputados y otorga rango legislativo al proceso para casos de flagrancia.

c) Y por último la Ley contra la delincuencia organizada Número 8754 de 22 de julio de 2009, que a partir de un concepto intencionadamente vago e impreciso de 'crimen organizado', aumenta los plazos de investigación preliminar, así como aumenta igualmente, de una manera desproporcionada (diez años!) el término de la prescripción de la acción penal. Y a tenor de dicha ley la condición de secretividad de la investigación podrá durar veinte días. Pero lo que se lleva la palma es la prisión preventiva, cuya duración, según ha sido observado (Jorge Morera: ***La Ley contra la delincuencia organizada. Un claro ejemplo de la peligrosa expansión del poder punitivo estatal***, en Ivstitia; Año 23, N°271-272; pág. 38 y sigtes.) podría eventualmente alcanzar los cinco años de duración; etc.

Todas estas leyes apuntan claramente en una dirección: expandir el poder punitivo del Estado y reducir correlativamente las garantías de defensa del imputado en el proceso, con el objetivo no aparente (pero principal, en mi criterio) de disuadir o sofocar la oposición democrática a las políticas oficiales entreguistas y vendepatrias. De modo que los amedrentados resultamos ser todos, porque de pronto nos damos cuenta de que nos estamos moviendo dentro de un marco semejante al de la vieja Inquisición española. Porque ¿quién puede estar ahora seguro de que nunca será imputado en un proceso penal con cada vez menos garantías?

El profesor Günther Jakobs ha argumentado, en sustento de su doctrina justificadora de un derecho penal del enemigo, que su objetivo es preservar e incluso ampliar las garantías a favor de la mayoría de los miembros de la comunidad, limitando la draconicidad del régimen inquisitorial a “los enemigos”, que son un grupo minoritario. Pero a dicha argumentación se le puede formular dos objeciones: una general y otra específicamente tercermundista (Jakobs – Cancio Meliá: ***Derecho penal del enemigo***; Civitas, Madrid, 2003).

i) La objeción general parte del carácter antihumanista, apoyado en una concepción sistémica, de la tesis de Jakobs: la distinción “amigo-enemigo” es funcional a una concepción en la que el sistema tiene primacía sobre la persona. El sistema capitalista excluye y discrimina, y esto no mejora por el hecho de que los discriminados sean minoría: si se niega la dignidad humana a un pequeño grupo, incluso a una sola persona, implícitamente se la está negando a todos (Confr.: Alessandro Baratta: ***Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica***, en “Criminología y Sistema Penal; BdeF, Montevideo, 2004; págs. 73 y sigtes.)

ii) Esto es exactamente lo que está pasando en varios países de Latinoamérica, incluida Costa Rica; y a ello se refiere la segunda objeción a la tesis del profesor Jakobs: aunque su declarada intención fuera despojar al enemigo de su condición humana, para garantizar el respeto de todos los derechos de los no-enemigos, de hecho, todas las medidas autorizadas en las leyes que hemos reseñado constituyen, a fin de cuentas, la degradación general de los derechos fundamentales de todos. Porque

en primer lugar, frente a las normas en blanco, los tipos abiertos y las nociones genéricas ¿quién se siente seguro? Y en segundo lugar ¿quién que se respete puede aceptar la degradación legal o judicial de otros seres humanos sin sentirse, a la vez, degradado? (Confr., en general: Eugenio Raúl Zaffaroni: ***El enemigo en el derecho penal***; Ediar, Buenos Aires, 2009).

5. LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA, EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA PERCEPCIÓN DE LA CRIMINALIDAD.

Se viene hablando de seguridad ciudadana en dos sentidos diferentes, incluso opuestos:

a) como un derecho de todo ciudadano a que se le aseguren sus derechos fundamentales (derecho a los derechos: seguridad humana); es decir, el derecho a una prestación a cargo del Estado, que consiste en asegurar a todos el goce de sus derechos fundamentales, con especial atención en los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente postergados (sobre ello: Alessandro Baratta: ***'Seguridad'***, en "Criminología y sistema penal"; BdeF, Montevideo, 2004; pág. 199 y sigtes.); y

b) pero en los últimos tiempos también se habla de seguridad ciudadana como término equivalente al de la vieja 'seguridad nacional', en un intento de exhumar, con un nombre políticamente biensonante, aquella ominosa práctica de la época de la Guerra Fría; pero ahora posicionando en el centro de la mira: a) como 'enemigo actual y efectivo' al que pueda ser considerado sospechoso de "terrorismo", tomando esta palabra en un sentido amplísimo, o de pertenecer a una organización criminal; y b) como 'enemigo eventual' a cualesquiera otras personas; potencialmente: a la entera comunidad de ciudadanos que de hecho soportarán los controles, las escuchas, las ingerencias y en fin, las medidas generales dispuestas a título de 'prevención' (confr.: Luigi Ferrajoli: ***El imputado como enemigo: un topos de la justicia de emergencia***, en "Dei delitti e delle pene" I, De Donato, Bari, 1983; pág. 581-593; Jesús Fernández Entralgo – Guillermo Portilla Contreras – Javier Barcelona Llop: ***Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera***; Trotta, Madrid, 1993).

La campaña que propugna este tipo de seguridad ciudadana se ha apoyado

firmemente en los medios comerciales de comunicación masiva que, desde hace muchos años y en forma sistemática bombardean diariamente la conciencia de sus video-escuchas con versiones terroríficas de la criminalidad, falseando su percepción de la misma y exasperando hasta la angustia sus sentimientos de inseguridad, a fin de preparar el terreno para introducir sin resistencia cambios legislativos y campañas policiales de signo autoritario, como los que se ilustran adelante.

Además, para justificar ese tipo de legislación, en la prensa diaria se invoca la seguridad de los ciudadanos honestos, que se ganan la vida con su trabajo (los buenos), como un valor a asegurar frente a la banda delincencial que los atropella y los roba para comprar drogas (los malos); y se exige mano dura, aumento de las penas, cero tolerancia. Y se reprocha a los jueces y fiscales su alcahuetería y sus paños tibios en el tratamiento a los antisociales; mientras que los defensores públicos son vistos como sus indudables cómplices (Confr.: Alessandro Baratta: ***Problemas sociales y percepción de la criminalidad***, en “Dei delitti e delle pene” 1, De Donato, Bari, 1983, pag. 15 a 39; IIDH: ***La seguridad ciudadana en Centroamérica. Aspectos teóricos y metodológicos***, en AAVV.: “Derechos Humanos, proceso penal, seguridad ciudadana”; s.f., pág. 184 y sigtes.).

Y ¿qué ha dispuesto hacer el Estado para salvar a todos estos buenos padres de familia que piden ansiosamente seguridad? Como veremos más de cerca en el capítulo siguiente, lo que ya nos está ocurriendo en Costa Rica y en toda Centroamérica es que el Estado se ha colocado en posición que le permite atropellarnos legalmente, con la excusa de evitar que nos atropellen los temidos delincuentes.

(3.) EL TEMA DE FONDO

La clave para entender esta aparente contradicción es que, en el fondo de las cosas, a las cúpulas del poder no les interesa tanto la represión del delincuente como la del inconforme contestatario; no les interesa tanto el delito (el narcotráfico, las maras) como la protesta, la disensión y la oposición contra las grandes depredaciones macroestatales proyectadas por el capital transnacional con la complicidad de los

gobiernos.

Para los capitalistas, repito, el gran problema no es el delito, ni es la droga: ambos son perfectamente fungibles con el Capitalismo. El único y verdadero problema es mantener su sistema frente a las eventuales amenazas de destrucción-sustitución provenientes de los explotados, los desempleados, los postergados. Por esa razón los Estados Unidos (país donde “la lógica del capital” se muestra al desnudo) no legaliza la droga, ni acaba con los carteles. Antes bien, la droga y los carteles han sido el pretexto perfecto para que dicha potencia intervenga en muchos Estados soberanos cada vez más incisivamente.

La política contemporánea del capitalismo internacional ya no se contenta con negociar inversiones leoninas con los Estados del Tercer Mundo, comprando gobernantes, pero respetando las formas de la institucionalidad. Ahora quiere, por la vía de los tratados comerciales,

a) destruir la institucionalidad de esos Estados, de modo que queden reducidos al mínimo tolerable. De ahí la campaña acelerada de privatizaciones, correlativa a la firma del Cafta-DR con los Estados Unidos;

b) acabar con las garantías laborales, de modo que el trabajador pase de ser un sujeto de derechos irrenunciables a ser un instrumento flexible y dócil que permita optimizar la competitividad de las empresas.

Para conseguir esos objetivos sin tener que enfrentar la protesta social, que podría extenderse hasta poner al gobierno de turno ante la opción de ceder, o hundirse en la violencia represiva, el aumento de los delitos y las penas y la erosión de las garantías del proceso pueden ser un disuasivo poderoso.

7. CONCLUSIONES

En la época que vivimos cada vez más personas están en capacidad de comprender que existe una conexión pluricausal entre la inhumanidad del capitalismo manifestado históricamente en la explotación, la exclusión y la humillación de los países colonizados o subalternizados, y el aumento del terrorismo, la droga, el lavado, la trata de personas y las organizaciones que los sustentan.

El terrorismo islámico encarnado en ese producto genuinamente norteamericano que se llamaba Bin Laden (pero que para los musulmanes va mucho más allá de Bin Laden); la droga (cuya clientela está mayoritariamente en Estados Unidos y Europa) los carteles latinoamericanos (cuyos compradores norteamericanos nunca son ni serán capturados); las organizaciones que lavan dinero sucio y las que contrabandean armas (pero no se penaliza a las que producen esas armas), son claramente los subproductos del torpe egoísmo, la injusticia y la opresión capitalistas; no evitados, sino al contrario, fomentados y exacerbados por la oligarquía mundial para crear entre las grandes mayorías subalternas del Mundo ese clima de temor e inseguridad capaz de justificar y facilitar sus planes de dominio y expansión sin límite, cuyas consecuencias pagaremos todos.

La historia reciente es un libro abierto en la que ahora más y más personas están en capacidad de leer: la ceguera, la torpe imprevisión y la voracidad del capital financiero mundial y de los gobiernos a su servicio causaron una crisis que repercutió en todos los rincones del Planeta, afectó la economía mundial en múltiples aspectos y arrasó con la salud y la vida de millones de pobres.

Y ¿qué hicieron los gobiernos centrales? Premiar a los responsables, en vez de castigar sus delitos. Corrieron presurosos a poner de nuevo en sus manos inmundas las reservas monetarias que eran el producto del sacrificio de todos. Corrieron a confirmar su adhesión sin reserva a la ideología neoliberal en su enteridad. Corrieron, en suma, a tratar de salvar el sistema capitalista, con sacrificio de los verdaderos sagrados intereses de la Humanidad y de la Naturaleza. Se mantiene el plan de la oligarquía mundial de tomar sin restricciones todos los bienes del Planeta; y de sojuzgar a toda la clase trabajadora, borrando o neutralizando en su avance a las entidades intermedias como los Estados nacionales y las organizaciones internacionales que los reúnen.

Claramente, el problema de fondo que nos agobia cada día más es “la inhumanidad que el Capitalismo ha sido siempre”, como decía Saramago. Pero las oligarquías afirman machaconamente, a través de la prensa a su servicio, que el problema es la guerrilla; que el problema es el terrorismo (es decir, el terrorismo de los otros, porque el de ellos en Irak, Palestina, la ex-Yugoslavia, Afganistán, Pakistán,

Colombia, Libia, no es terrorismo sino democratización, pacificación, civilización); que el problema es la droga, etc., etc.

De modo que, según ellas, el remedio a los problemas de la Humanidad es la tolerancia cero, el aumento de las penas detentivas, la represión de la disidencia, la destrucción de las universidades públicas, la ablación de los derechos y las garantías legales y judiciales de las personas.

Entre los más eminentes pensadores es ya un lugar común que el precio que la Humanidad y la Naturaleza están pagando por mantener la vigencia del Capitalismo constituye la ruina de ambas; pero la comprobación paladina, exhaustiva de este resultado terrorífico se encuentra todavía en manos de pocos y, por ende, no ha servido para detener el desastre. Es urgente que los pueblos tomen conciencia de la situación; pero todo parece indicar que, a pesar de los espectaculares adelantos técnicos a nuestro servicio, se tratará de un proceso lento y problemático.

En fin: conciencia popular o extinción del Planeta ¿cuál llegará primero?

BIBLIOGRAFIA

Alejandro Aponte: La guerra y el derecho de los jueces. Análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia respecto del conflicto armado interno, en "Justicia penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González; Continental, San José, 2007.

Alessandro Baratta: Notas para una teoría en la liberación, en Poder y Control N° 1; Barcelona, 1987; pág. 107 y sigtes.

ID. Criminología y sistema penal; BdeF, Montevideo, 2004.

Zygmunt Bauman: La globalización: consecuencias humanas; FCE, México, 2003

ID. Modernidad líquida. FCE, México, 2004.

Pietro Barcellona: Postmodernidad y comunidad; Trotta, Madrid, 1996.

Ulrich Beck: ¿Qué es la globalización?; Paidós, Buenos Aires, 2001.

ID Libertad o capitalismo; Paidós, Buenos Aires, 2003

ID Poder y contrapoder en la Era Global; Paidós, Buenos Aires, 2004

Roberto Bergalli-Iñaki Rivera (Coords.): Política criminal de la guerra; Anthropos, Barcelona, 2005.

Pierre Bourdieu: La esencia del Neoliberalismo, en “6 artículos de Pierre Bourdieu publicados en Le Monde Diplomatique”; Aún Creemos en los Sueños, Santiago, 2002, pág. 9 y sigtes.

Juan Ramón Capella: Los ciudadanos siervos; Trotta, Madrid, 1993

Alfredo Chirino: El retorno a los delitos de peligro ¿un camino posible hacia el derecho penal del enemigo, en “Homenaje a Francisco Castillo González; cit..

Wim Dierckxsens: Los límites de un capitalismo sin ciudadanía; Dei, San José, 1998.

Carlos Elbert: Manual Básico de Criminología; Eudeba, Buenos Aires, 2007.

Carlos Elbert-Fabián Balcarce: Exclusión y castigo en la sociedad global; BdeF, Montevideo, 2009.

María José Fariñas Dulce: Mercado sin ciudadanía; Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

ID. Globalización, ciudadanía y derechos humanos; Dykinson, 2004.

Jesús Fernández Entralgo et al.; Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera; Trotta, Madrid, 1993.

Luigi Ferrajoli: Derecho y Razón; Trotta, Madrid, 1995.

ID Garantismo. Trotta, Madrid, 2006.

ID Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia; Laterza, Bari, 2007; Tomo II.

Roberto Gargarella: Las teorías de la justicia después de Rawls; Paidós, Barcelona, 1999.

Franz Hinkelammert-Henry Mora: Hacia una Economía para la vida; Dei, San José, 2005

Javier Llobet: Proceso penal comentado. Continental, San José, 2009

ID. Maras y pandillas en Centroamérica, en “Homenaje a Francisco Castillo González., cit..

Javier Llobet-Alfredo Chirino: Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada; Areté, San José, 2000.

Peter Martin et al.: La trampa de la globalización. Taurus, México, 2000.

Manuel Miranda Estrampes: El populismo penal, en “Jueces para la Democracia”, N°58; Madrid, 2007.

George Rusche-Otto Kirchheimer: Pena y estructura social. Temis, Bogotá, 1984.

Jeffrey Sachs: El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo. Debate, 2006.

Ramón Sáez Valcárcel: La justicia penal en la estrategia de la exclusión social, en “Jueces para la Democracia N° 58; Madrid, 2007.

Amartya Sen: La idea de la justicia. Taurus, Madrid, 2010.

Joseph Stiglitz: El malestar de la globalización. Punto de Lectura, Madrid, 2001.

Joseph Stiglitz-Linda Bilmes: La guerra de los tres billones de dólares. Taurus, Madrid, 2008.

Jock Young: La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía. Pons, Madrid, 2003.

Eugenio Raúl Zaffaroni: El enemigo en el Derecho penal; Ediar, Buenos Aires, 2009.

Serena Zoli: El trabajo desmoviliza al hombre. Longanesi, Milán, 2008.

PENSAR EN UNA POLÍTICA CRIMINAL PARA LA SEGURIDAD HUMANA

PAULA XIMENA DOBLES

Profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la UNA

Recibido: 28 de abril de 2011.

Aprobado el 16 de noviembre de 2011

*Es honra de los hombres proteger lo que crece,
cuidar que no haya infancia dispersa por las calles,
evitar que naufrague su corazón de barco,
su increíble aventura de pan y chocolate,
transitar sus países de bandidos y tesoros
poniéndole una estrella en el sitio del hambre,
de otro modo es inútil ensayar en la tierra
la alegría y el canto,
de otro modo es absurdo
porque de nada vale si hay un niño en la calle.*

Armando Tejada Gomez⁶²⁹

Costa Rica. Socióloga y Psicóloga social. Maestría en Derechos Humanos. Directora fundadora de la Cátedra Latinoamericana de Criminología y DDHH Alessandro Baratta.. Especialista en diseño, ejecución, coordinación, investigación y evaluación de proyectos sociales y DDHH, con énfasis en niños, niñas y adolescentes en condición de vulnerabilidad psicosocial. Diseño Dirección de proyectos académicos, de investigación y de gestión social. Capacitación y diseño de metodologías de abordaje para población en conflicto social (violencia, delito, uso indebido de drogas). Experiencia en investigación y estudios diagnósticos de la problemática social. Coordinación de grupos interdisciplinarios. Construcción y manejo de base de datos de diversa temática sociopolítica y criminológica. Enseñanza en métodos y técnicas de la investigación social.

⁶²⁹ Armando Tejada Gomez. Del Poema *Hay un niño en la calle*. Libro de Poemas Cosas de niños. Editorial Letra Buena .1991

La Política Criminal se ha dicho que es un arte. En realidad, es la aplicación y activación de valores en una realidad social determinada que se quiere transformar. Es, pues, una labor de ingeniería social y política.

*Lola Aniyar de Castro*⁶³⁰

RESUMEN: Un nuevo modelo criminológico que se quiere impulsar desde este espacio de reflexión, investigación y análisis, está basado en el marco de los derechos humanos, la seguridad humana y un modelo de control social democrático para conformar un modelo de desarrollo humano sostenible, que propone un desarrollo comunitario sustentable para la seguridad humana sin **exclusión y discriminación**, lo cual significa una política criminal basada la democracia participativa y que por ende contribuye a la libertad.

Toda estrategia de prevención y control del delito, entendido éste como manifestación de violencia o de conflicto con la ley, busca modificar las situaciones de vulnerabilidad (violación de derechos humanos) mediante programas tendientes a crear condiciones de vida que aumenten las oportunidades de comportamientos que disminuyan el conflicto social y por ende permitan un mejoramiento en la calidad de vida en las estrategias de supervivencia. Es necesario prever legalmente la posibilidad de actuación plena e integrada de la comunidad, la policía e instituciones del Estado y, según los niveles pertinentes de la prevención, que conlleven necesariamente a la integración comunitaria. La Constitución debe definir expresamente un concepto de seguridad ciudadana, enmarcado dentro del más amplio concepto de Seguridad Humana. Por supuesto, con las limitaciones que ponen los derechos fundamentales, pero según la nueva concepción propuesta por la criminología crítica (particularmente Baratta), en la que se incluyan los riesgos y daños que sufren mujeres y niños en el sector privado, los atropellos policiales, los delitos ecológicos, los de corrupción y concusión, y las desviaciones criminales en el interior de órganos civiles, policiales y militares del Estado

⁶³⁰ Aniyar Lolita. Venezolana. Criminóloga y penalista. Una de las principales representantes de Criminología Crítica en América latina.

Sólo superando la concepción tradicional de la seguridad, podemos aspirar a una Política Criminal que sea humanista, histórica y profundamente democrática. Para esto, por supuesto, se requiere también de una sociedad profunda y totalmente democrática; pero, principalmente, políticamente informada de sus derechos y de los riesgos que significa, para todos, una Política Criminal que no lo sea.

PALABRAS CLAVE. Política Criminal, Derechos Humanos, Seguridad Humana, Prevención del Delito .

ABSTRACT: A new criminological model you want to drive from this space of reflection, research and analysis is based on the framework of human rights, human security and democratic model of social control to form a model of sustainable human development, which proposes a sustainable community development for human security without exclusion and discrimination, which means a criminal policy based participatory democracy and thus contributing to freedom. Any strategy to prevent and control crime, understood as a manifestation of violence or conflict with the law, seeks to change the situations of vulnerability (violation of human rights) through programs designed to create living conditions that increase opportunities for behavior that reduces social conflict and thus allow an improvement in the quality of life in survival strategies. It is necessary to provide the possibility of operating legally and fully integrated community, police and government institutions and, as appropriate levels of prevention, which necessarily lead to community integration. The Constitution should expressly define the concept of public safety, part of the broader concept of human security. Of course, the limitations put fundamental rights, but under the new concept proposed by critical criminology (particularly Baratta), which include the risks and damages suffered by women and children in the private sector, the police assault , environmental crime, the corruption and extortion, and criminal deviations within civilian agencies, state police and military Only by overcoming the traditional conception of security, we aspire to a criminal policy that is humanistic, historical and deeply democratic. For this, of course, also requires a

deep and fully democratic society, but mainly politically informed of their rights and the risks that, for all, a criminal policy which is not.

KEYWORDS. Criminal Policy, Human Rights, Human Security, Crime Prevention.

Un nuevo modelo criminológico que se quiere impulsar desde este espacio de reflexión, investigación y análisis, está basado en el marco de los derechos humanos, la seguridad humana y un modelo de control social democrático para conformar un modelo de desarrollo humano sostenible, que propone un desarrollo comunitario sustentable para la seguridad humana sin **exclusión y discriminación**, lo cual significa una política criminal basada la democracia participativa y que por ende contribuye a la libertad.

Seguridad humana (Fuentes, 2003) en su naturaleza integradora y su foco en las personas. A diferencia de los conceptos tradicionales, este surge desde la sociedad civil en un intento por proteger a los individuos y las comunidades, más allá de la preocupación por la defensa del territorio y el poder militar. En este sentido, la seguridad humana se basa en la noción de seguridad de la gente, en el entendido que tanto el Estado como los actores no estatales y la persona humana son responsables y deben participar en la elaboración de políticas y medidas que fortalezcan la seguridad de la colectividad. Por tanto esta noción comporta una dimensión ética y otra normativa.

La Constitución debe definir expresamente un concepto de seguridad ciudadana, enmarcado dentro del más amplio concepto de Seguridad Humana. Por supuesto, con las limitaciones que ponen los derechos fundamentales, pero según la nueva concepción propuesta por la criminología crítica (particularmente Baratta, en Delito y Seguridad de los Habitantes. Pág. 84. 1997), en la que se incluyan los riesgos y daños que sufren mujeres y niños en el sector privado, los atropellos policiales, los delitos ecológicos, los de corrupción y concusión, y las desviaciones criminales en el interior de órganos civiles y militares del Estado.

En una teoría correcta de la constitución de los Estados Sociales de Derecho, el concepto de la política social corresponde a una concepción integral de la protección

y de la seguridad de los derechos y tienen la misma extensión normativa que el campo de los derechos económicos, sociales y culturales en su integridad. Es fundamental no caer en el engaño de criminalizar la política social, con políticas específicas hacia poblaciones vulnerables por su posible peligrosidad, siendo concebidos estos grupos sociales como objeto y no sujetos de derechos, típica concepción de las políticas de la reacción social y la llamada nueva prevención.

Sólo superando la concepción tradicional de la seguridad, podemos aspirar a una Política Criminal que sea humanista, histórica y profundamente democrática. Para esto, por supuesto, se requiere también de una sociedad profunda y totalmente democrática; pero, principalmente, políticamente informada de sus derechos y de los riesgos que significa, para todos, una Política Criminal que no lo sea.

En Costa Rica, pese a las reiteradas exhortaciones de Naciones Unidas, hasta ahora no se ha incorporado eficientemente la política criminológica a los planes de desarrollo del Estado. Es manifiesta la discordancia entre los modelos de control social y los modelos de desarrollo económico, lo que ha determinado una imprevisión en los costos sociales, humanos y financieros de toda adecuación a las nuevas estructuras, determinando la necesidad de mejorar cualitativa y significativamente el tema de seguridad de los habitantes. Los efectos de las imprevisiones mencionadas y el resultado adverso en las estructuras de la administración de justicia, se han hecho recaer en un desplazamiento de responsabilidades sobre las estructuras más vulnerables del sistema de control social, especialmente notorio en la policía, el sistema penitenciario y el sistema de niñez y adolescencia en conflicto penal.

La vulnerabilidad social de los más desposeídos hace muchas veces imposible garantizar –autogestionariamente - los recursos mínimos para la subsistencia, que es buscada entonces en formas no aceptadas socialmente (como la mendicidad y el delito menor, entre otras). Pero es evidente que formas predisponentes a esta última opción se van generando a partir de episodios de violencia de distinto tipo, tales como la violencia doméstica, contra la mujer, maltrato infantil, etc. Estos, en buena parte, se corresponden con aumentos de la ansiedad e inestabilidad generada por problemas vinculares y sociales que deben ser encarados en formas adecuadas, con la aplicación

de nuevas metodologías de abordaje para la organización comunitaria, que sean eficaces para contener esas formas de vínculo generadoras de conflicto.

Toda estrategia de prevención y control del delito, entendido éste como manifestación de violencia o de conflicto con la ley, busca modificar las situaciones de vulnerabilidad (violación de derechos humanos) mediante programas tendientes a crear condiciones de vida que aumenten las oportunidades de comportamientos que disminuyan el conflicto social y por ende permitan un mejoramiento en la calidad de vida en las estrategias de supervivencia. Es necesario prever legalmente la posibilidad de actuación plena e integrada de la comunidad, la policía e instituciones del Estado y, según los niveles pertinentes de la prevención, que conlleven necesariamente a la integración comunitaria. Las acciones de prevención y control del conflicto social constituyen un recurso de protección a las poblaciones más vulnerables para promover en ellas una organización comunitaria que les permita integrarse efectivamente en el contexto social.

Distintas experiencias latinoamericanas demuestran que cuanto más represivo se vuelve el sistema de control social, más se elevan los indicadores de violencia institucional y delito. Por ello, hoy desde este espacio debemos reflexionar desde una criminología basada en los derechos humanos y que pretenda la seguridad humana de todos los habitantes como una política criminal que debe ser eficiente, moderna y rápida dentro de una política social integrada. Violencia e impunidad se relacionan directamente con la inequidad social y ésta se haya conectada con la corrupción estructural. Todos sabemos que sin niveles mínimos de equidad, no es posible disminuir el delito en franjas poblacionales que lo tienen como estrategia de supervivencia, operando, de hecho, como redistribución salvaje de la riqueza. Esto implica atender la pobreza restituyendo derechos, antes que reprimir o encerrar a algunos de los habitantes en pobreza extrema que, habiendo sido antes vulnerados, se han vuelto ahora peligrosos para la organización social.

En ese encuadre de la construcción de una estrategia de prevención del conflicto social (delito, la violencia, uso indebido de drogas). Aniyar (2009: 15) describe una estrategia dirigida hacia:

- 1- La búsqueda constante de incremento de la calidad de vida y de la felicidad para todos.
- 2- La consolidación democrática y construcción de ciudadanía para todos.
- 3- El Desarrollo Humano (PNUD, 1993, 1994).
- 4- Mejorar el sentimiento o sensación de seguridad
- 5- El respeto a los Derechos Humanos. Aunque el miedo genera una percepción de que se tiene “un derecho a la defensa”, debe manejarse el conflicto con recurso a medios institucionales inclusivos y de acuerdo a los principios garantistas.

En ese contexto, se comprende que la Prevención General, desde otras perspectivas conceptuales, prevención primaria, se desarrollará por medio de la Política Social, y se orientará a la inclusión e integración comunitaria con condiciones de óptima calidad de vida, respeto y rescate de derechos para todos, habrá Prevención Especial, específicamente dirigida cuando se dirija en forma particular a las poblaciones vulnerables. Hay que evitar que algunas formas de violencia respondan a motivos de supervivencia.

Por tanto se entiende la Seguridad Humana (PNUD, 1994) o Seguridad de los Habitantes, en su concepción integral (económica, alimentaria, habitacional, laboral, personal, sanitaria, comunitaria y ambiental); como en su dimensión política en tanto garantía del ejercicio de los derechos. En definitiva, el conjunto de lo que puede traducirse más como “Seguridad de los Derechos”. Estos son requisitos operacionales fuera de los cuales no puede entenderse el concepto de seguridad ciudadana, porque proporcionan una existencia satisfactoria, llamada a modelar y pacificar sentimientos, expectativas, proyectos de vida y motivaciones individuales. Y la Seguridad Ciudadana, la cual se refiere a la seguridad personal en cuanto perspectiva individual. Por lo tanto, como no existe Seguridad Ciudadana sin tomar en cuenta ese concepto amplio e integral, no puede entonces dejar de comprender la seguridad jurídica, la cual incluye el acceso real a la Justicia.

En esta estrategia es fundamental disminuir el sentimiento de inseguridad: el sentimiento de inseguridad es un elemento de fundamental importancia también para la gobernabilidad, la cual está debilitada cuando este sentimiento es muy fuerte y está muy extendido, independientemente de los factores que los hayan determinado, se debe trabajar y abordar los elementos de información psicológicos que contribuyen a fomentar y acrecentar esa sensación percepción de inseguridad. Este sentimiento determina en la población más demandas de policía y más represión. Así que la disminución de la ansiedad puede tener sus efectos en una disminución de la represión, Por ello, habrá que considerar tres vertientes de una estrategia de política pública en esta materia se pueda:

- a) Incidir en bajar la inseguridad desde sus orígenes, posibilitando el acceso a los ddhh para todos que significa prevención primaria o política social, de esta forma baja la vulnerabilidad psicosocial, por tanto la vulnerabilidad penal.
- b) diseñando políticas en seguridad con ddhh.
- c) disminuir el miedo al delito

Nuestros límites son los Derechos Humanos, los estándares internacionales de la Nueva Prevención rechazan las llamadas Políticas de Ley y Orden. Las prácticas como la basada en lo policial, militar e intimidatorio, es violatoria de los Derechos Humanos, como lo es el Plan Tolerancia Cero; se basa en acciones informales como las redadas y las ejecuciones extrajudiciales, dirigidas exclusivamente a las clases más débiles.

Presencia policial discreta significa que se debe educar, hacer participar e integrar a la ciudadanía para que se comprenda que es imposible, e innecesario, cubrir el espacio público con policías. Aún cuando esto sea lo que la gente solicite, hay que evitar que la mentalidad de pánico conduzca a acciones, peligrosas para la democracia, que incrementen la presencia, creación o extensión innecesarias de cuerpos policiales. Ya que, en vez de promoverse seguridad, se estaría abriendo la puerta a nuevas inseguridades.

Aclaremos que desde la perspectiva académica, se puede solamente ofrecer líneas estratégicas sobre las bases y experiencias en este trabajo, que es lo que nos proponemos hacer. Las mismas deben ser transversalmente conjugadas a través de un principio valorativo que, en un sistema democrático, no puede ser otro que el que atañe al respeto y promoción del principio: Acceso a los derechos para todos los habitantes. En resumen estos son los elementos y principios en los que debe basarse la estrategia de política pública para la seguridad humana, una política integral de prevención:

1- DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE, ORGANIZACIÓN COMUNITARIA Y SEGURIDAD HUMANA

Por ello debemos tomar tres ejes fundamentales en la nueva concepción de la criminología y los nuevos modos de control social anti-autocráticos y autoritarios, democráticos, participativos, horizontales para llegar a formas consensuadas solidarias.

El modelo de control social democrático debe formar parte de un plan de Desarrollo Humano Sostenible. En asuntos de seguridad, la unidad básica de análisis se ha ido haciendo más específica y precisa, en vez de realizar análisis a nivel estatal o de unidad territorial privilegiada: la ciudad (polis), su ámbito se extiende a la comunidad toda e incluso prioriza a grupos más vulnerables. Esto implica la acción de organización comunitaria en suburbios, villas, asentamientos, establecimientos humanos rurales, etc. Es decir, propone desarrollo comunitario sustentable para la Seguridad Humana *sin discriminación* en esfuerzos e inversión financiera y promueve prácticas vinculares efectivas y solidarias entre las personas que habitan en esas comunidades.

2- PREVENCIÓN PRIMARIA - ACCIÓN INTEGRAL Y NUEVO PACTO SOCIAL

Cuando la políticas públicas de política criminal sustentada en los DDHH centran el eje en la Seguridad Humana, surge un nuevo conjunto de prioridades –

trabajo infantil, desempleo, enfermedades infecto contagiosas, adicciones, violencia en todas sus formas, inmigraciones internas, delitos ecológicos, entre otros fenómenos— que necesariamente afectan la vida cotidiana de las personas y cobran prioridad en la prevención primaria de la población.

Actualmente se considera que el éxito de los esfuerzos por promover la seguridad humana, la prevención primaria, depende de que se formulen soluciones globales a ciertas amenazas específicas y muy complejas, que están relacionadas entre sí.

Toda tensión, conflicto o inequidad puede tener o tiene un impacto directo en la seguridad humana y muchos otros fenómenos y conductas nocivas para convivencia pacífica. Muchas de estas amenazas están vinculadas entre sí y ninguna es susceptible de una solución sencilla. Para combatirlas se necesitan acciones INTEGRALES de cooperación, de índole preventiva, y que comprometan a todos o la mayoría de los sectores de la sociedad en un nuevo *pacto social*, atendiendo situaciones puntuales de urgencia que se han generado en los últimos tiempos sin que hayan podido resolverse en forma adecuada. Sólo de ese modo se puede promover la confiabilidad en el aparato estatal.

Las disfunciones sociales están difundidas en todas nuestras comunidades y afectan a la familia, la educación, el trabajo, la cultura, las relaciones étnicas, las relaciones con jóvenes y adultos, el lugar de la mujer en la sociedad, la vivienda, el acceso a la tierra, etc. Y generar la vulnerabilidad psicosocial en los habitantes.

Se está reconociendo, al mismo tiempo y cada vez más, el hecho de que los problemas asociados con la violencia, el delito, y con su represión, sólo se resuelven adoptando un enfoque más amplio que tome en cuenta la seguridad humana en el sentido ya expresado y trascienda el ámbito de la mera respuesta policial, como forma única de “combatir” el delito.

• **3-PARTICIPACIÓN COMUNITARIA, VULNERABILIDAD Y PLANES DE DESARROLLO**

•

Una criminología basada en los derechos humanos permite consolidar la democracia participativa y por ende contribuye a la libertad. La misma requiere la participación comunitaria y el consenso para garantizar la seguridad humana.

Ésta es una condición necesaria para el Desarrollo Humano cuando se proporciona desde el marco de la organización comunitaria, sustentándose ésta en el derecho a la palabra, el derecho a la escucha y el derecho al disenso. En conjunto, Seguridad Humana y Desarrollo Humano son productores de libertad, cuando reducen el miedo a ser atacado y a la miseria, en sus distintas formas.

Ambos temores, que se constituyen en desafíos para la seguridad y la supervivencia de las personas, se han incrementado en las últimas décadas (por ejemplo, las enfermedades infecciosas, el analfabetismo, la deserción escolar, la inseguridad alimentaria, violaciones a los derechos humanos encarados exitosamente en Costa Rica y, últimamente para nuestros países, violaciones, asesinatos, encubrimientos en el tema de la drogadicción y el delito organizado).

El éxito o el fracaso de las acciones políticas tomadas en el sentido de proveer la seguridad humana y el desarrollo humano sustentable deben en ser evaluadas en función del impacto sobre las personas, su grupo de crianza y sus comunidades.

LA ANTÍTESIS: VULNERABILIDAD VERSUS PELIGROSIDAD

La violencia, en tanto estallido explícita situaciones silenciadas, no tramitadas, y se vuelve así un hecho aparentemente inexplicable y abrupto si no se la inscribe en la dinámica de la trama vincular del cotidiano. Sin embargo la violencia insidiosa y silente que influencia de forma decisiva en la construcción de subjetividad de quienes llevan a cabo acto violentos.

Así, no sería desacertado concluir que toda violencia, todo hecho violento, es violencia social. Esto remite para poder afrontarla con eficacia al concepto de vulnerabilidad social, que permite poner de manifiesto que todo acto de agresión sobre un semejante

nos obliga a preguntarnos por las condiciones que han impedido otras formas más elaboradas para manifestar la agresión en otra forma menos lesiva o para un control más eficaz de los impulsos. La violencia social se vuelve agresión física cuanto la situación desborda al sujeto en su capacidad de resistencia a lo que siente como un ataque externo o para una satisfacción indebida o no de una demanda que excede las pautas de la convivencia comunitaria. Esa falla en la síntesis subjetiva se produce cuando existen situaciones o hechos de fragilidad o daños previos: la vulnerabilidad psico-social (Domínguez, 1999, Universidad Nacional de La Plata.) .

Por tanto nadie es peligroso , sin haber sido antes vulnerable. Ninguna madre pare un hijo malo, como quieren hacer pensar esta nuevass corrientes biologists, viejas sombras lombrosianas.

Para completar la concepción anterior hacemos acopio de una reflexión de Raúl Zaffaroni.1990.

“Cuando una persona se coloca en situación de vulnerabilidad es cuando el sistema penal la selecciona y la instrumenta para justificar su propio sistema de poder.

Es el grado de vulnerabilidad al sistema penal lo que decide la selección y no la comisión de un injusto, porque hay muchísimos más injustos penales iguales y peores que dejan indiferente al sistema penal”

PLANES DE DESARROLLO Y POLÍTICA CRIMINAL

Todos los estudios de NN.UU. demuestran que aunque la indigencia no es la causa excluyente del delito, su incidencia representa un factor significativo, especialmente en los grupos infanto-juveniles. Estos grupos expresan frecuentemente su disconformidad consciente o inconscientemente mediante la violación a la normativa y deben ser objeto de una especial atención en la política social del Estado. Visto de este modo el tema, se evita caer en rápidas aseveraciones que desconocen la relación entre pobreza y criminalidad determinada desde el inadecuado financiamiento del estado en lo que hace a la asignación presupuestaria que se destina a la política social,

lo que termina generando políticas represivas que vuelve al sistema de control social formal punitivo más rígido aún. Esto produce la distorsión del diagnóstico situacional y, por ende, las formas de intervención. Lo que tiene como consecuencia una mayor criminalización de la pobreza. En este sentido, la O.N.U. y organismos internacionales como el Banco Mundial aconsejan “invertir” en atender a la pobreza antes que encerrar o castigar a los pobres en razón de ella.

Toda estrategia de prevención del delito, entendido éste como manifestación de violencia o de conflicto con la Ley, busca modificar las situaciones vulnerabilizantes (violación de Derechos Humanos básicos) a través de programas tendientes a crear condiciones de vida que aumenten las oportunidades de comportamientos que disminuyan el conflicto social y por ende permitan un mejoramiento en la calidad de vida en las estrategias de supervivencia.

Por todo ello no nos deben hacer olvidar las formas de delito complejo que en su organización sofisticada requieren generar en los dispositivos de control una tecnificación y capacitación imprescindibles para el desarrollo de tecnologías que lleven a la neutralización y represión de los mismos. Pero recordando que estos programas deben su éxito a la participación activa de la comunidad y al consenso de la misma en su aplicación.

Las Acciones de Prevención del Conflicto Social, entendidas éstas como políticas sociales, en el marco de una política criminal de los derechos humanos, constituyen un recurso de protección a las poblaciones más vulnerables, para promover en ellas una organización comunitaria que les permita integrarse efectivamente en el contexto social.

Es necesario prever legalmente la posibilidad de actuación plena e integrada de la comunidad, la policía e instituciones del Estado y, según los niveles pertinentes de la prevención, que conlleven necesariamente a la integración comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Aniyar, L. (2010). *Criminología de los derechos humanos*. Buenos Aires:Editores del Puerto.

Baratta, A. (1997). *Política criminal: entre la política de seguridad y la política social*. Delito y Seguridad de los Habitantes. México: Siglo 21.

Dobles, P (2002) *.Ensayo Fundacional Cátedra de Criminología y DDHH Alessandro Baratta*. Costa Rica: Universidad para la Cooperación Internacional.

Dobles, P. (2009). Seguridad Comunitaria y el rol de la Policía' en *Revista Latinoamericana de Derecho Humanos*. Costa Rica: Universidad Nacional. Volumen 10.

Domínguez. J C. (1999). Fichas de Cátedra Psicología Forense. Argentina.: Universidad Nacional de La Plata. .

Fuentes C et alter. (2003). 'La seguridad Humana: referencias conceptuales y aplicabilidad en Centroamérica y el Caribe', en *Seguridad y Democracia en Centroamérica*. Universidad para la Paz.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.(1994). *Informe sobre Desarrollo Humano 1994 – Nuevas dimensiones de la seguridad humana*. Nueva York: Oxford University Press.

Zaffaroni, R. (1990) *En Busca de las Penas Perdidas*. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal". Argentina: Editorial Temis.

POLÍTICA CRIMINAL, RIESGO E INSEGURIDAD. UN ANÁLISIS EN LAS ANTÍPODAS DEL DERECHO PENAL MODERNO⁶³¹.

ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales

Universidad de Costa Rica⁶³²

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Una política criminal democrática debería de ser punto de unión de diversos principios constitucionales, principalmente, del principio de protección de la dignidad humana, no sólo de víctimas y victimarios sino también de todos aquellos que tienen algún contacto con la justicia penal. Debe actuar conforme a los principios de ultima ratio y de proporcionalidad, no pudiendo comprometerse con un aumento del “Estado Policial”.

PALABRAS CLAVE. Política criminal, riesgo, inseguridad, Derecho Penal Moderno.

ABSTRACT: A criminal democratic policy should be point of junction of several constitutional principles, especially of protection of human dignity principle, not only of victims and perpetrators, but also all of those who have some sort of contact with the criminal justice system. They must act accordingly to the proportionality and ultima ratio principles, never committing with an increase of the "Police State".

KEY WORDS: Criminal policy, risk, insecurity, modern criminal law.

⁶³¹ Ponencia presentada al Segundo Seminario: “Proyección del Pensamiento del Maestro Alessandro Baratta. Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y Democracia”, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2011, San José, Costa Rica.

⁶³² Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica y Juez del Tribunal de Casación del II Circuito Judicial de San José.

1. EL DERECHO PENAL MODERNO FRENTE A LOS ESCENARIOS DEL RIESGO

La sola enunciación del constructo “derecho penal moderno” evoca la idea de que estamos hablando de algo novedoso, acorde con los tiempos, incluso deseable y, por qué no, de una meta a la que debería aspirarse para alcanzar cotas más altas de eficiencia en las operaciones del sistema de justicia penal, en su afán de atender los compromisos más urgentes en la consolidación de una vida de convivencia más segura, más cierta, más predeterminable. En suma, la apelación al “derecho penal moderno” podría funcionar, entonces, como una alusión al camino necesario y obligado de un derecho comprometido con las exigencias del presente y, por qué no, con las del futuro.

Acercarse de esa manera a la idea del derecho penal “moderno” implica entonces aceptar, en principio, que lo “moderno” alude a algo que sin duda tiene que ver con los tiempos que corren, con las circunstancias que agobian al mundo y que promete, hay que decirlo, respuesta a esos retos y circunstancias problemáticas que aquejan a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, este acercamiento es peligroso porque oculta la dosis de crítica que un concepto como este merece, no tanto en sus prometidos efectos de seguridad, que pueden ser deseables e incluso obligados en la coyuntura presente, sino en cuanto al método de su consecución, esto es, en la forma en que estarían predichos los caminos para realizar esa aspiración de certeza, de eliminación o reducción de riesgos y peligros, y de una sociedad menos convulsa y menos aquejada por los miedos cervales a la incertidumbre.

Bajo el título de “derecho penal moderno”, sin embargo, se han ido acumulando diversos temas, los cuales van desde la así denominada “flexibilización del derecho penal” en campos tan diversos como el tema del combate del narcotráfico y de la criminalidad organizada, hasta la problemática diversa proveniente de los grandes escándalos por estafas y fraudes de carácter económico o los impactos de la criminalidad ambiental. Estos escenarios criminales ofrecen diversos problemas a la dogmática penal, que han venido siendo planteados por autores que ofrecen un catálogo bastante abierto de soluciones, algunas de ellas incompatibles con un ideario

garantista o al menos con una perspectiva de derecho penal liberal. Es así que los denominados delitos “cumulativos”⁶³³ o la protección de bienes jurídicos en la esfera contingente de la lesión, hasta las decisiones político criminales para relativizar los criterios de imputación, ya forman parte de las modernas tendencias del derecho penal, pero no habían recibido un tratamiento unitario que les diera por lo menos un carácter clasificatorio que permitiera entender sus consecuencias más claramente.

Hassemer, a quien debemos los estudios más pormenorizados sobre este concepto, ya ha indicado que vivimos una “nueva dialéctica de la ilustración”, en referencia de continuidad con el famoso ensayo del mismo título de Max Horkheimer y Teodoro Adorno. En ese trabajo, estos representantes de la Escuela filosófica de Frankfurt, reflexionaban acerca de la razón por la cual la humanidad, en lugar de entrar en un nuevo periodo de racionalidad desembocó en un verdadero estado de barbarie manifestado, entre otros horrores, en el Holocausto.

También el uso de la ciencia para producir armas de destrucción masiva, el bombardeo atómico sobre Nagasaki e Hiroshima, así como el uso de la ciencia en el régimen nazi para buscar la raza perfecta y como herramienta para cumplir cualquier fin señalado por la política, hicieron necesario pensar en medios de sujetar a ciencia y a la técnica a criterios éticos, que preservaran a la humanidad de volver a cometer las tremendas violaciones a la dignidad humana que se vivieron durante la Segunda Guerra Mundial. Según la tesis expresada por estos autores, el fracaso de la Ilustración puede ser referido al tipo de razón instrumental que utilizaba. Mientras se intentaba

⁶³³ Se trata de un concepto elaborado por Kuhlen (GA 1986, pp. 289, 399 y ss.), que en su primera versión fue aplicado a los delitos medioambientales. Sin embargo, el concepto de delitos “cumulativos” ya resuena en otros ámbitos de la legislación penal, principalmente en el campo de la protección de intereses colectivos. Bajo este tipo de conductas penales se espera cubrir todo aquél tipo de comportamiento humano que visto en su consideración particular sería nimio o sin importancia o, finalmente, solo perseguible cuando alcance algún tipo de daño concreto, pero que, no obstante esa consideración particular, debe ser punido porque si un grupo importante de personas realiza tal comportamiento podría causar un grave daño al bien jurídico penalmente tutelado. Como puede verse, la razón del castigo de estas conductas no deriva de que se haya cometido ese conjunto de acciones penales prohibidas, de parte de un grupo importante de personas, sino que se castiga la acción en su individualidad en la pretensión de evitar las acciones que, acumuladas, generarían el daño importante al bien jurídico. Esta forma de considerar el castigo penal sin duda lleva a la pregunta, fundamental, de si se puede legítimamente justificar la pena en esos casos individuales donde aun no ha sucedido la “acumulación” solo para evitar que se produzca.

decir que había hecho de la “Razón” el punto de toque para generar un desencantamiento del mundo de la vida, es decir un dominio de lo natural y hasta del ser humano mismo, se había convertido dicha “Razón” en una mitología. Es por ello que la “Razón” a la que remite la Ilustración, es desde el punto de vista de Hokheimer instrumental y subjetiva. Para Adorno sería subjetiva o identificadora, o también unidimensional en el sentido de Marcuse⁶³⁴. Habermas, representante más reciente de la Escuela de Frankfurt, prefiere hablar de una racionalidad instrumental y estratégica. Sin embargo, todos los autores citados coinciden en que esa racionalidad desea un dominio de la naturaleza, un desencantamiento de sus secretos en la búsqueda de la autoconservación. No obstante, esta racionalidad subjetiva que construye el hombre tiene que ver solo con los medios y no con los fines, lo que implica que como todo queda en un cómo y no un hacia dónde, cualquier cosa resulta adecuada, cualquier método es aceptable, ya que su escogencia es plenamente irracional. Por ello, la razón subjetiva, carente de fines por considerarlos indiferentes, ha conducido a la humanidad a un verdadero estado de barbarie.

La dominación de la naturaleza es un fin en sí mismo, y cualquier método para alcanzarlo resulta aceptable. Hokheimer indicó que el olvido de la Ilustración consistió en dejar de lado la racionalidad objetiva, la cual pudo haber contribuido a generar fines deseables. Esta opinión la corregiría después postulando que también la racionalidad objetiva tenía aspectos negativos, toda vez que podría haber generado fines ilusorios y hasta irracionales. Por ello la propuesta sugerida por Adorno y Hokheimer de una solución dialéctica: la discusión de los pros y contras de ambos tipos de racionalidad, la objetiva y la subjetiva, para llegar a una síntesis dialéctica⁶³⁵.

La observación de Adorno y Hokheimer, que se debe principalmente a la explicación de la barbarie del holocausto, da razones suficientes para pensar también, que la Ilustración puede ser rescatada si ella entra en un proceso dialéctico, ya que la razón sobre todo, también tuvo momentos señeros como la enunciación de la libertad,

⁶³⁴ Marcuse, Herbert, *Industrialización y Capitalismo* en Max Weber, en: *La Sociedad Industrial y el Marxismo*, Buenos Aires, Editorial Quintaria, 1969, citado por: Fernández, Sergio Pablo, Habermas y la Teoría Crítica de la Sociedad, en: Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, ISSN 0717-554X, N° 1, 1997

⁶³⁵ Adorno, Theodor y Horkheimer, Max. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

la igualdad, la solidaridad y la justicia, que como valores sin duda fueron fundantes de las democracias procedentes de la modernidad, y que reportan una herencia de indudable trascendencia, por ejemplo, para el movimiento constitucionalista posterior. Sin embargo, la “reilustración” del proceso de la modernidad parte de ese esfuerzo dialéctico, analítico y crítico si se quiere, donde una síntesis de las racionalidades genere una nueva que permita reconstruir ahí donde fracasamos, ahí donde se produjo el punto de quiebra en un holocausto bárbarico, donde el hombre simplemente se opuso al hombre, donde la humanidad cayó en su punto más bajo.

La Ilustración debía liberarnos del miedo, hacernos señores del mundo, desencantando a ese mundo y convirtiendo a la naturaleza en objeto de estudio y de dominio. Podría pensarse que Adorno y Horkheimer con esta observación podrían haber sembrado el terreno para las teorías postmodernas que intentan eliminar los valores de la Ilustración, sin embargo, lo que pretendían era sugerir el método dialéctico para rescatar los aspectos benévolos de la Ilustración, pero sobre todo su herencia cultural. Se trataba de rescatar a la Ilustración de sus mitos, que terminan integrando en ella todo lo que aquella quería eliminar.

Con lo anterior, podemos entender que Hassemer alude con su apelativo a una “nueva dialéctica de la Ilustración” a un nuevo momento de la racionalidad instrumental, a una nueva “mitología”, ahora planteada por la “sociedad de riesgos”, una sociedad conmovida por la incertidumbre, y donde los propios descubrimientos científicos y la técnica desarrollada provocan nuevos escenarios de peligro y de angustia vital. Los escenarios de amenaza y de riesgo generan, injustamente, la esperanza de que el derecho penal se puede convertir en un medio de reducción de riesgos, también de combate del hombre como generador de riesgo e inseguridad: el hombre como enemigo del propio hombre y al derecho penal como la herramienta que generará seguridad. Una seguridad que se ha convertido, como en la dialéctica de la Ilustración, en un fin en sí mismo, a cualquier costo y por cualquier medio imaginable. Es el comienzo de la construcción sistemática de un verdadero “derecho penal a la seguridad”⁶³⁶.

⁶³⁶ El derecho penal de “seguridad” o de “prevención” no es más que la exaltación de un derecho penal que se adelanta al riesgo y al peligro. El diseño legislativo es el de una normativa

El derecho penal, nos lo recuerda Hassemer, se ha convertido en contraproductivo y anacrónico. En su afán de “modernidad” se prescribe a sí mismo una metodología empírica mediante la utilización de conceptos metafísicos. El uso de lo empírico se manifiesta, principalmente, en el uso de la “orientación a las consecuencias”, como un instrumento para medir la dirección de los medios empleados.

Este derecho penal moderno vive entonces de la emergencia. Los riesgos que van surgiendo son tan imprevisibles como las reacciones que desatarán, por ello el derecho penal debe ser dúctil para adaptarse adecuadamente a dichas condiciones de operación. Si no podemos calcular las condiciones causales o de imputación de nuevos riesgos, tendrá que haber formas de imputar responsabilidad por el hecho y no claudicar ante los anatemas del derecho penal clásico, como lo sería desistir de dicha imputación, ya que no es posible pensar en algún grado de previsibilidad de ciertos cursos causales.

La misma “epistemología del riesgo” nos obliga a plantearnos varias preguntas que resultan centrales en torno a la cuestión planteada de la imputación cuando la previsibilidad y la evitabilidad no están presentes: En primer lugar, habría que interesarse por indagar si es posible prever todos los resultados que se pueden derivar de un determinado curso de acción, sobre todo en aquellas actividades humanas complejas, que dependen de varias interacciones de diversos procesos, como en los modernos campos de la producción de fármacos y productos alimenticios. De aquí brota una segunda cuestión: ¿Qué responsabilidad tiene el actuar humano en la previsión de los resultados? En otras palabras, qué tanto de esa previsión es aun imputable al ser humano como sujeto actuante. Y, finalmente, qué incidencia tiene la responsabilidad social en la generación de una determinada cantidad de riesgo vital.

que apuesta al adelantamiento de los efectos punitivos, incluso allí donde no hay todavía una lesión a un bien jurídico. El resultado es un conjunto de tipos penales abiertos y difusos, sin bienes jurídicos concretos o concretizables y cuya función básica es permitir una amplia posibilidad de imputación de resultados. In extremis no es más que la traducción jurídico penal del denominado “derecho fundamental a la seguridad”. Sobre la pretendida existencia de un “derecho fundamental a la seguridad” que debe ser alcanzado mediante actividad del Estado, incluso en contra de la voluntad de los ciudadanos afectados, cfr. Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, 1983.

Observadas en su conjunto, estas preguntas aluden a una pareja de conceptos que están hoy en el centro de las discusiones sobre todo en el ámbito de la responsabilidad imprudente, como lo son, la evitabilidad y la previsibilidad⁶³⁷. Tal pareciera que la única conclusión posible a la que llevaría una toma de posición dogmática acerca de esas preguntas y sus respuestas posibles es negar la posibilidad de previsibilidad en una gran cantidad de actividades humanas, pero no por ello dejar de imputar responsabilidad penal.

Los escenarios del riesgo son muy cambiantes, como es vertiginosa la velocidad con la que se producen los nuevos descubrimientos técnicos y se desarrollan nuevos medios de producción industrial en diversos campos⁶³⁸. Los cambios son tan acelerados que el derecho apenas toma nota de alguna de las tendencias fundamentales, las que pretende regular mediante diversas operaciones de “soft-law” que en ocasiones genera normativa jurídico-penal que pretende resolver controversiales circunstancias fácticas. Este último *momentum* de la legislación penal ha provocado una notoria expansión de los tipos penales y un recrudecimiento de la dosimetría penal en campos muy variados de la Parte Especial de los Códigos Penales. Esta “expansión” del derecho penal no ha conducido a un fortalecimiento de esta rama jurídica, sino más bien a una verdadera crisis de legitimidad de grandes proporciones.

La justificación de este crecimiento normativo ha sido planteada a partir de los “retos” generados por la así denominada “sociedad de riesgos”, donde la técnica y los descubrimientos humanos han dejado en claro que muchos aspectos del quehacer humano gozan de una verdadera causalidad propia que coacciona al ser humano, impidiéndole casi dominarlos. El ser humano se convierte, entonces, en gestor de la misma inseguridad que su propio desarrollo tecnológico implica, provocando una verdadera circunstancia social de incerteza e inseguridad.

La noción de derecho penal “moderno”, como idea y planteamiento teórico, es producto de un desarrollo en donde confluyen diversas influencias y posturas. Entre estas tendencias puede reportarse, sin lugar a dudas, la que se interesa por la

⁶³⁷ Sobre el tema cfr. Castillo González, Francisco, Causalidad e Imputación del Resultado, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2003, p. 83 y ss.

⁶³⁸ Es esa velocidad rasante la que genera incluso la necesidad de considerar a nuestra sociedad una sociedad de riesgos. Cfr. Luhman, Niklas, Sociología del Riesgo, México, Universidad Iberoamericana, Tercera Edición en español, 2006, p. 131.

producción de riesgos de toda índole, tanto en el ámbito del medio ambiente, como también en la producción industrial, en el área de la ciencia y la investigación como también en la vida cotidiana.

La influencia quizá más señera se produce con las observaciones sociológicas sobre el derecho y la sociedad generadas a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado en Alemania⁶³⁹. Estas observaciones estuvieron inspiradas, principalmente, en una perspectiva que pretendía entender la compleja situación de riesgos y peligros generada en las sociedades postindustriales. El aporte de estas visiones, provocó un desenvolvimiento de ciertas posturas sobre el derecho penal que terminarían por tratar de agrupar fenómenos muy diversos, que van desde las preocupaciones por la reducción de los riesgos vitales de la mano de las normas hasta los desarrollos hacia un derecho penal de peligrosidad; desde los cambios reactivos en la política criminal de prevención hasta las recientes posiciones sobre el derecho penal del enemigo. Todos estos diversos fenómenos reflejan, sin embargo, la consolidación de un cierto discurso reactivo, que termina por posicionarse en la literatura, con diversas connotaciones. No obstante, aun se discute si esa presunta “modernidad” tiene que ver con un estado de las cosas que resulta invariable o si es más bien una anotación al margen de la situación social, pero principalmente política, en Europa y en los Estados Unidos⁶⁴⁰, que es mucho más proclive para acuñar una idea de “modernidad” de derecho penal, que lo vinculaba a cualquier cosa pero menos a los antiguos contextos garantistas de la Ilustración.

⁶³⁹ Beck, Ulrich, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986.

⁶⁴⁰ En este país, en especial, luego de los atentados en New York del 11 de septiembre de 2001, se ha reconfigurado la reacción frente al terrorismo. Contra este flagelo ningún instrumento procesal y ninguna herramienta investigativa pareciera innecesaria o desproporcionada. Desde sitios de encarcelamiento ajenos a todo control o garantía, la tortura y la delación o el uso de cualquier medio de seguimiento y rastreo, todo resulta adecuado en la guerra contra el terrorismo. Con una especial indicación de los “síntomas” de un derecho penal reactivo contra el terrorismo y su indudable característica de derecho de guerra, confrontar, con más detalles: Prittwitz, Cornelius, Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg. Wird nach dem “11. September” nichts mehr sein, wie es war?, en: Prittwitz, Cornelius; Baurmann, Michael; Günther, Klaus; Kuhlen, Lothar; Merkel, Reinhard; Nestler, Cornelius; Schulz, Lorenz (Editores), Festschrift für Klaus Lüddersen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Primera Edición, 2002, pp. 499-523.

Los aportes pretendidamente sociológicos del funcionalismo penal, pero sobre todo la observación consecuencial del derecho penal de riesgos⁶⁴¹, empezaron a dar configuración a un concepto de derecho penal que tenía más de psicología y de positivismo sociológico que de ciencia jurídica, y provocaron un debate intenso sobre las funciones que eventualmente debería de cumplir el derecho penal en una sociedad.

Así, el jurista intentó concentrarse en la interacción entre sujetos y entre éstos y su entorno, y así empezó el derecho penal a enrumbarse en diversos contenidos.

La literatura jurídico-penal empezó a dar a esos contenidos diversos nombres, todos eventualmente contenidos bajo el concepto “derecho penal moderno”. Así se habló en su momento de derecho penal “simbólico”⁶⁴², derecho penal de “riesgos”⁶⁴³ o, incluso, derecho penal de “prevención”. Estas nomenclaturas, sin embargo, poca luz arrojaban sobre lo que habría de entenderse, algunas de ellas además se concentraban o en las consecuencias de la tarea de la política criminal, la aspiración de sentido del derecho penal o en la función de protección de bienes jurídicos, en especial, de los así denominados bienes jurídicos de carácter supraindividual.

Hassemer, por su parte, logró captar la atención de la dogmática, indicando que el “moderno Derecho Penal” ha logrado desatarse de sus antiguos vínculos con el Estado de Derecho y las garantías que de él provienen, y pretendidamente ofrecer una mayor capacidad de solución de problemas en los panoramas existentes sobre evitación de peligros y experiencias de riesgos generados por la vida moderna⁶⁴⁴. Por ello, el derecho penal se ha convertido en parte de todas las recetas para la solución de

⁶⁴¹ Cfr. Prittwitz, Cornelius, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal, en: Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfried; Nieto Martín, Adán (Coordinadores), Crítica y Justificación del Derecho en el Cambio de Siglo, Cuenca, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, (Estudios: 91), 2003, disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf

⁶⁴² Hassemer, Winfried, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, en: Schönemann, Bernd; Roxin, Claus; Achenbach, Hans; Bottke, Wilfried; Haffke, Bernhard; Rudolphi, Hans-Joachim (Editores), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1003 y ss.

⁶⁴³ Cfr. Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.

⁶⁴⁴ Hassemer, Winfried, Interkulturelles Strafrecht, en: Zaczyk, Rainer (Editor), Festschrift für Ernst Amadeus Wolf zum 70. Geburtstag, 1998, p. 118.

problemas sociales. Esto lo ha alejado de su pretensión de ser ultima ratio, es decir, la última de las herramientas en manos del Estado para reaccionar frente al delito, para convertirse en la primera y más frecuente forma de reaccionar en los más diversos escenarios. Esta vocación de reducción de riesgos y de instrumento para la conducción de complejos escenarios globales, que en su epistemología de la sociedad de riesgos adoptó Ulrich Beck, tuvo, necesariamente consecuencias muy serias en la política criminal, pero también en la teoría del delito y, en concreto, en la teoría del bien jurídico, como bien lo apuntó Hassemer ya hace varias décadas⁶⁴⁵.

2. CARACTERES Y SINGULARIDADES. FOTOGRAFÍA DE UNA COYUNTURA

Por derecho penal “moderno” podríamos esperar, entonces, una explicación de un derecho penal no sólo deseable sino además adecuado al tiempo presente. En suma, un derecho penal “sostenible y amigable” con la coyuntura vital existente.

Sus características son, en primer lugar, la tendencia hacia la tutela de bienes jurídicos universales, bienes jurídicos vaporosos y supraindividuales cuya naturaleza y relación con una persona solo podría encontrarse de manera muy mediata. La tutela de estos bienes jurídicos universales, por ello, convierte al derecho penal en una forma de represión inmediata e inexorable. La condición de respetar el límite del daño o relación de lesividad a la que nos convoca el principio de protección de bienes jurídicos se trastoca de esa manera, permitiendo también la punición frente a lesiones meramente contingentes o lejanas.

Una segunda característica sería el apertrechamiento del derecho penal moderno con el vocabulario del derecho preventivista. Esta orientación no sólo permite

⁶⁴⁵ El artículo es de 1989, y ya hay varias traducciones al español, en Internet está disponible una en la revista electrónica “Neopanopticum” bajo el título “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, que fue a su vez tomado de la publicación de varios autores “Pena y Estado”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica CONOSUR, 1995, pp. 23-36, disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2>. La citación del artículo que aparece aquí corresponde, sin embargo, a una reciente obra donde se agrupan diversos artículos del autor, aparecida en el año 2000, gracias a la edición de la Editorial Nomos de Baden Baden, titulada “Strafen im Rechtsstaat”, pp. 170-188.

una mayor operativización simbólica del derecho penal sino también aumentar los catálogos punitivos y generar cambios muy profundos en el instrumentario disponible para la persecución penal. Bajo el lema “prevención” resulta posible incorporar a la ya muy abultada lista de posibilidades de intervención del sistema penal, otras relacionadas con el proceso penal. Al respecto, puede denotarse también un cierto grado de funcionalización del discurso de la víctima en el proceso penal, que dota al debate actual de no pocas razones para intentar “equilibrar” los derechos de víctimas y victimarios y por esa vía justificar un desmejoramiento integral del derecho de defensa y de ciertos institutos del derecho penal material orientados a la prevención especial positiva⁶⁴⁶. Acá podemos denotar otra característica del derecho penal moderno: su vocación hacia la prevención general en detrimento de la prevención especial.

Estos caracteres del derecho penal moderno permiten entender ciertos fenómenos bien descritos en la literatura. En primer lugar, hay una fuerte tendencia hacia la criminalización de hechos, incluso en la esfera contingente a la lesión de un bien jurídico, haciendo aflorar por doquier los delitos de peligro abstracto en todas sus denominaciones. Silva Sánchez acusa la “expansión” del derecho penal, la cual no sólo se caracteriza por la ampliación de los catálogos delictivos.

Además, el derecho moderno requiere de un proceso apertrechado técnicamente que permita una actuación eficiente. Podría decirse que junto a un derecho penal material reconstruido a los fines de la prevención a ultranza se construye también un derecho procesal hecho a la medida, que en muchos aspectos significa un abandono de las viejas ataduras de las formalidades del Estado de Derecho para implementar herramientas compatibles con el discurso de la eficiencia y la efectividad⁶⁴⁷.

El derecho penal se fuga, cada vez más rápido, de un núcleo básico de garantías, que Hassemer prefiere llamar “derecho penal nuclear”, y promover una

⁶⁴⁶ Al respecto, cfr. Chirino, Alfredo, El equilibrio entre víctimas e imputados. Una quimera dirigida contra las garantías “indisponibles” del proceso penal, en: Barros Leal, César y Yebra Núñez, René (Organizadores), Serie de Estudios de Ciencias Políticas y Derechos Humanos. En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo, Tomo I, Instituto Estatal de Ciencias Penales e Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Guanajuato, 2009.

⁶⁴⁷ Sobre ello, Albrecht, Die vergessene Freiheit, op. Cit. También es reconocible la tendencia en las reformas ya vividas por el derecho costarricense con la reforma procesal intentada a través de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos y la reciente Ley contra el Crimen Organizado.

ampliación de las categorías punitivas. En el proceso se rompe con el principio de fragmentariedad del derecho penal, que era tan caro a un derecho penal liberal contenido y limitado por el principio de legalidad. Ya se ha señalado, adicionalmente, que una excesiva utilización del derecho penal conduce, forzosamente, a la mera operatividad de fines simbólicos que no cuadran con una verdadera función “sostenible” del derecho penal en la sociedad⁶⁴⁸.

3. DERECHO PENAL MODERNO Y LA FUNCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES

El derecho penal “moderno”, así entendido, implica una huida de las tradiciones liberales que caracterizaron a este saber. El “espíritu de los tiempos”⁶⁴⁹ parece orientarse, decididamente, hacia la funcionalización del derecho⁶⁵⁰ y la instrumentalización de las garantías, de tal manera que resulten dúctiles y adecuadas a diversas operaciones del legislador. Esta “funcionalización” aleja al derecho penal de sus tradicionales principios limitadores, los que resultan, a la postre, demasiado rígidos, demasiado costosos para los resultados que se pretenden, en una utilización normativa de los instrumentos punitivos para atender un amplio espectro de problemas sociales⁶⁵¹. Las reglas de imputación subjetiva ya han empezado a funcionalizarse, y no ha faltado quien anuncie la existencia de delitos culposos cuya estructura responde

⁶⁴⁸ Es suficiente seguir el recuento histórico que hace Rosaura Chinchilla de los diversos proyectos de ley y reformas al Código Penal costarricense para darse cuenta que, en esencia, los fines alcanzados por la reforma penal son de carácter simbólico, se trata de objetivos que no alcanzan a crear verdaderas condiciones de operatividad del derecho penal sino una política criminal errática y lamentable. Cfr. Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans, Una errática política criminal, San José, Costa Rica, Juricentro, 2009, pp. 16 y ss.

⁶⁴⁹ Hassemer, Winfried, Bienes Jurídicos en Derecho Penal, en: A.A.V.V., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 64.

⁶⁵⁰ Cfr. Prittwitz, Cornelius, Funktionalisierung des Strafrechts, en: StV (Revista Strafverteidiger) Número 9, 1991, pp. 435-441.

⁶⁵¹ Ibid. Díez Ripollés critica, además, que el discurso garantista, con un cierto apego principialista, no ha permitido un acomodo a las necesidades sociales y a nuevos problemas que van surgiendo en la vida de convivencia. Cfr. Díez Ripollés, José Luis, De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 1, 2006, pp. 554.

únicamente a elementos objetivos. Las reglas de causalidad se generalizan frente a potenciales fuentes de riesgos donde dichas causalidades resulten problemáticas o poco claras, como sucede en las hipótesis de responsabilidad por el producto⁶⁵². El bien jurídico, de principio regulador, se convierte ahora en pretexto para habilitar nuevas reducciones de garantías y para, al menos formalmente, cumplir con la función de ubicar un ente de protección en tipos penales cada vez más abiertos y menos garantistas⁶⁵³. El derecho penal se convierte entonces en un instrumento al mismo tiempo represivo y simbólico, como nos lo recuerda con exactitud Moccia: represivo porque aumenta la población penal, y abarca un catálogo cada vez más riguroso de penas y consecuencias jurídico penales, y simbólico porque acude al “símbolo” a la propaganda de que algo se hace contra el delito y sus ejecutores, pero no pasan de ser “leyes-manifiesto”⁶⁵⁴, cuyo función real más parece un “exorcismo”, según lo indica elocuentemente Moccia, que una reacción justa y proporcionada frente al delito⁶⁵⁵.

El uso cada vez más frecuente de delitos de peligro manifiesta también una tendencia interesante en el momento actual. Como bien lo comenta Hirsch⁶⁵⁶, el fenómeno no es reciente, pues ya desde la Primera Guerra Mundial ya se empezaron a observar con más frecuencia delitos de tránsito en la legislación penal. Delitos cuyo carácter de peligro es incuestionable. En nuestro país, este tipo de delitos de tránsito hicieron su entrada triunfal con la Reforma a la Ley de Tránsito, que por su dimensión y consecuencias aun habrá necesidad de dedicar más tiempo a su análisis⁶⁵⁷.

Criticar la funcionalización del derecho penal también tiene que ver con el pregunta de la legitimación del derecho penal, como bien lo apunta Prittwitz⁶⁵⁸, que él

⁶⁵² Al respecto y con más detalle: Íñigo Corroza, María Elena, La Responsabilidad Penal del Fabricante por defectos de sus productos, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001, pp. 74 y 75.

⁶⁵³ Cfr. Hassemer, Bienes Jurídicos, op. Cit., p. 64.

⁶⁵⁴ Moccia, Sergio, Seguridad y Sistema Penal, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 2, 2006, p. 305.

⁶⁵⁵ Ibid.

⁶⁵⁶ Hirsch, Hans Joachim, Sistemática y límites de los Delitos de Peligro, en: Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, No. 1-2008, p. 9.

⁶⁵⁷ El trabajo de Chinchilla, Rosaura y Leandro, Hans, sobre esta legislación y algunas de sus consecuencias política criminales aporta una perspectiva sobre los problemas implícitos. Cfr. Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans, Una errática política criminal, San José, Costa Rica, Juricentro, 2009.

⁶⁵⁸ Prittwitz, StV 1991, p. 436.

relaciona directamente con la discusión sobre los fines de la pena, una cuestión realmente inacabable en el ámbito de los debates que se producen en el contexto del derecho penal. La cuestión adquiere ribetes más extremos si se observa la cuestión desde nuestro margen cultural, donde los acercamientos más conservadores y represivos se adornan con el discurso de la “política criminal democrática” para disfrazar un discurso proclive a la víctima que a la larga, solo es la justificación de una “flexibilización” de garantías con el objetivo de obtener una condena a cualquier costo, así como en términos eficientes congruentes con los términos de la querrela o acusación. Esa “flexibilización” adornada con los “*listones rosados*” de “amor” a la víctima, solo oculta la esperanza de transformaciones antidemocráticas, que permitan una mayor represión material, y justificar el activismo legislativo en el campo penal, en lo que se ha convertido la política criminal costarricense, de los últimos años⁶⁵⁹.

Si la cuestión de la “funcionalización” del derecho penal la observamos entonces desde el punto de vista de las funciones reales, es decir, las constatables en la práctica del sistema penal y aquellas que vienen predichas en la normativa constitucional y convencional, podemos decir que el distanciamiento entre unas y otras no hace posible un discurso de encuentro. Pensemos por ejemplo en la dificultad de armonizar los actuales objetivos de uso amplio y exorbitado de la prisión preventiva y los fines procesales “predichos” de aseguramiento procesal: La prisión preventiva funciona, desde cualquier perspectiva que se le mire, como una mera herramienta de adelantamiento de la pena para ciertos delitos “graves”⁶⁶⁰.

Si el derecho penal “moderno” es un vestido para la coyuntura que vivimos se trata, sin duda, de un vestido estrafalario y exuberante. Un vestido que califica no un “estado de cosas” sino una tendencia o proyección, de aspectos y criterios absolutamente deseables y, por supuesto, políticamente correctos, sobre la forma de

⁶⁵⁹ Analizaremos con más detalle esta circunstancia en el último acápite de este trabajo.

⁶⁶⁰ Resulta interesante al respecto la posición asumida por algunos de que se le debería eliminar a los jueces la obligación de fundamentación o determinación de los presupuestos legales para el dictado de una prisión preventiva y establecer legalmente supuestos precisos de “prisión preventiva automática”. Se trata de un intento de evitar la crítica social al dictado de “libertades alcahuetas” de delincuentes, que asombran a la sociedad y que la harían perder la confianza en una judicatura comprometida con la seguridad ciudadana. Sin duda una posición que llama a pensar urgentemente sobre el papel que se espera cumpla esa “judicatura democrática” en la sociedad costarricense de este siglo XXI.

solución de los problemas a los que suele dedicarse esta rama del derecho. Sin embargo, alcanzar una visión de tales características choca con diversas dificultades, pero sobre todo cuando se contraponen estos fines con los efectos “reales” de las proposiciones jurídico-penales.

Quien plantea el concepto de derecho penal moderno como su tema de estudio, entonces, choca sin duda con un panorama complejo, lleno de paisajes diversos, usos “prácticos” del instrumental jurídico y procesal del derecho represivo, un cierto uso “pragmático” de la política criminal y una coyuntura histórica que revela, en primer lugar, un retroceso en materia de garantías y principios jurídicos de verdadera naturaleza indisponible.

Es así como, aun cuando no pertenezca etimológicamente al constructo “derecho penal moderno”, podría pensarse en la caracterización del derecho penal para “enemigos” como otra forma de sublimación de los fines políticos coyunturales de este complejo siglo que apenas comienza. El derecho penal de enemigos también significa renuncia a derechos esenciales y fundamentales en la búsqueda de una respuesta al comportamiento abiertamente contraproducente de aquellos que han decidido ponerse en contra de la sociedad. Se trata de un derecho penal para la “emergencia” y utilizable mientras esta dure. Pero, ¿quién define la duración de esa “emergencia”? ¿No es acaso que las emergencias son mutables, políticamente organizables y, por qué no, útiles para ciertos acomodos y fines paralelos, no expresados?

En términos de costo habría que discutir de qué nos estamos desprendiendo para alcanzar esta presunta “seguridad”. Si realmente la pérdida del principio de fragmentariedad, de culpabilidad, de igualdad y de estricta legalidad realmente están justificados por los resultados prácticos de las operaciones legislativas de “nuevo” cuño.

Quizá el llamado de Hassemer de retornar a un derecho penal “nuclear” o “básico” resulte una opción de poca coyuntura y, por supuesto, políticamente incorrecta. Quien esto intente recibirá toda la imputación de las peores “herejías” del momento actual. Será llamado “garantista” o, peor aún, “abolucionista” y será enviado al ostracismo, al exilio del pensamiento, por intentar obstaculizar los fines de la inexorabilidad del castigo. La lucha entre “draconianos” y “garantistas” está planteada y los primeros ya

acusan los primeros éxitos, logrando la pena de silencio para los segundos. ¡Esperamos que por no mucho tiempo!

4. LA DISCUSIÓN DEL DERECHO PENAL “MODERNO” DESDE LOS FINES DEL DERECHO PENAL

Es evidente que el debate entorno a un derecho penal “moderno” que puede y debe enfocarse en nuevos escenarios de riesgo y peligro vital, parte de la idea de que el derecho penal tiene esa capacidad de rendimiento. Además, y esto aflora por sí mismo del planteamiento anterior, de que dicha capacidad de rendimiento viene dada por los instrumentos de los que está dotado el derecho penal, y si hacen falta algunos más, estos pueden ser proveídos por el legislador, en la confianza de que hay una capacidad de dirección social del sistema penal. Estos dos presupuestos, además, se basan en la hipótesis de que el derecho penal es el medio idóneo de reducción de riesgos, y que la tarea debe ser cumplida, aun aceptando, en tesis de principio, la función de tutela de bienes jurídicos que aun se entiende es el fin por antonomasia del derecho penal.

Lo que sucede con este punto de partida, es que hay una excesiva confianza en la función de dirección social del derecho penal, y que, además, es posible utilizar el derecho penal para hacer una “funcional” y “efectiva” tutela de bienes jurídicos, ahora supraindividuales y colectivos en ámbitos conflictivos de la vida de convivencia⁶⁶¹. Ya desde ese punto de partida, habría que conceder que la relación individual o personalista de los bienes jurídicos en juego (el medio ambiente, la economía del Estado, la salud pública, la seguridad ciudadana) se pierde en una síntesis colectiva, donde ya no hay un ofendido o víctima concretos sino más bien todos y todas somos víctimas de las infracciones, y en virtud de ello la intervención del Estado se hace más urgente y necesaria. El mecanismo de ocultamiento es sutil y sugerente: no se desiste de la idea de una vinculación personal de la idea de bien jurídico, pero solo como reflejo

⁶⁶¹ Crítico sobre esta visión del papel de los bienes jurídicos colectivos, Hassemer, Winfried, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Antes del Parágrafo 1, Número de Margen 258, Baden-Baden, Editorial Nomos. Crítico sobre esta posición de Hassemer acerca de estos bienes jurídicos supraindividuales cfr. Castillo, *Derecho Penal*, pp. 56-58.

de bienes colectivos que no están en cabeza de nadie sino de todos. Si esta protección resulta urgente lo es por la afiliación de un grupo indeterminado de afectados, que pueden sufrir ante la lesión colectiva representada por la acción peligrosa. La óptica no deja de ser interesante porque nos involucra a todos, pero la verdad no vincula a nadie en concreto. Casi se utiliza el mismo mecanismo justificador el delito económico en sí mismo: si se daña a muchos no se daña a nadie en concreto, y por ahí la justificación de que el Estado es la gran víctima está servida. No obstante, lo anterior no debe verse como una crítica de los bienes jurídicos supraindividuales, los cuales deben existir y de hecho existen en el ordenamiento jurídico. Lo que debe plantearse, más bien, es el mecanismo justificador de la intervención jurídico-penal. Esto último porque detrás de la propuesta de bienes jurídicos colectivos y de un derecho penal que busca la tutela preventiva, incluso contingente, de dichos bienes jurídico, se basa en teorías de la pena y de las funciones del derecho penal que ya no son tradicionales ni clásicas, sino que responden a otros intereses diversos.

Lo mismo puede decirse de la esperanza de que el derecho penal pueda ser un adecuado medio de dirección social. Mantener dicha esperanza solo es posible en un discurso blindado que no discuta las disfunciones del sistema penal y la propia crisis de las teorías de la pena hoy⁶⁶².

⁶⁶² En otras palabras, los sistemas normativos parten de una “realidad” en la que operan que no se corresponde con la verificación fáctica de dicha operación. La “realidad” operativa bien puede no coincidir, y de hecho no coincide, con la actividad cotidiana del sistema, violenta y selectiva. Sin embargo, los sistemas penales no se conmueven por el distanciamiento o la falta de coincidencia con los fines predichos normativamente y los que se alcanzan en la realidad. Pero la inconsistencia de estos ámbitos, solo contribuye a dar razón a aquellos que hacen hincapié en las disfunciones de observar el sistema penal solo desde la perspectiva de la programación normativa. Al respecto cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, EDIAR, 1989, p. 16. Como el mismo Zaffaroni indica, en los países centrales, de donde provienen las ideas del derecho penal “moderno”, habría que hacer algunas correcciones teóricas entre los ámbitos, pero en América Latina, donde las disfunciones y los distanciamientos son más groseros, salta a la vista la falta de correspondencia entre los fines predichos y la realidad de funcionamiento de los sistemas penales. Además, es evidente su incapacidad para alcanzar hasta los fines más clásicos de tutela de bienes jurídicos como la vida, dadas las coyunturas y circunstancias en la que viven los países. La enorme impunidad, señalada por muchos estudios regionales en Guatemala, refleja la incapacidad de ese sistema penal para siquiera proteger la vida de las personas o investigar las múltiples muertes que se producen a diario, en una tasa de muertes por 100000 habitantes que compite con países con guerras civiles y conflictos armados en curso. Por esa razón, hablar de fines normativos para

La imposición de las penas, además, tenía como punto de partida la lesión de un bien jurídico determinado. No obstante, se sabe que los bienes jurídicos sufren no sólo con la lesión directa, con la producción de un resultado determinado sino también con su puesta en peligro. Por ello, ha habido un desarrollo muy importante en el derecho penal reciente para justificar la imposición de penas por hechos que solo ponen en peligro distante o contingente un específico bien jurídico. La teoría del bien jurídico, sobre todo aquella anclada en una descripción puramente normativa, podría perder capacidad descriptiva y orientadora, si no se da cuenta de la distancia existente entre la pretensión legal de los bienes jurídicos que son tutelados y aquellos que “efectivamente” son protegidos por el derecho penal en su práctica. Esta “adormecimiento normativo” de la teoría del bien jurídico, la incapacitaría para servir de fuente de crítica a la práctica del derecho penal⁶⁶³.

La discusión adquiriría ribetes de más interés si se observa desde la perspectiva de los fines del derecho penal. Es evidente, que en torno a este problema surgen diversas posibilidades de acercamiento. Por una parte, sostener que el derecho penal es *ultima ratio* y que solo puede ser utilizado como el último medio en manos del Estado para establecer la protección de bienes jurídicos, luego de hacer una valoración de proporcionalidad de que no hay otros medios menos lesivos para generar la mencionada tutela. Desde esta perspectiva de *ultima ratio*, el derecho penal se ve confrontado, constantemente con un análisis constante de proporcionalidad.

En un acercamiento no crítico, conforme a los fines teóricos, podría decirse que un derecho penal que realice los objetivos normativos de un colectivo, y que desde esa perspectiva no discuta el contenido de las disposiciones penales, sino más bien los rendimientos de estas regulaciones en virtud de los fines de estabilización normativa y de recuperación de las expectativas perdidas por la trasgresión, podríamos considerar que entonces en ese sentido lo que realiza es el *status quo*, sea cual sea este y no las aspiraciones de un Estado Social y Democrático de Derecho.

alcanzar capacidad de dirección social en los países de nuestro margen normativo es, en el mejor de los casos, algo realmente imposible de aceptar.

⁶⁶³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, No. 5, Traducción de Walter Antillón, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>

5. LA REDUCCIÓN DE RIESGOS COMO OBJETIVO CENTRAL DEL DERECHO PENAL “MODERNO”. UNA ÓPTICA POSIBLE PARA LA POLÍTICA CRIMINAL “DEMOCRÁTICA” DE NUESTRO TIEMPO.

Más que el objetivo de reducción de riesgos, parece ser central para el derecho penal moderno la disolución de las formas jurídicas⁶⁶⁴. Hay para el sistema de justicia penal una suerte de “presión por la resolución” (“Erledigungsdruck”), es decir todo parece orientarse a obtener una pronta respuesta, agregamos nosotros, a cualquier costo, incluso de aquellas formas que existen para garantizar un debido proceso. Este “derecho ejecutivo” como lo designa con razón Albrecht, no es más que una manifestación más de las necesidades de mostrar eficiencia en escenarios cada vez más problemáticos, que van desde el derecho ambiental, hasta el derecho de bolsa, desde el derecho de subvenciones, desde el derecho tributario y de drogas hasta la regulación y combate de la criminalidad organizada. En todos esos ámbitos, el derecho penal debe demostrar no sólo capacidad de decisión sino también medios efectivos de promover procesos. El juez es sustituido por el fiscal y resulta fundamental dar un cariz cada vez más funcional al proceso, para obtener las ansiadas condenas. Todo hace parecer que el discurso políticamente correcto es aquél que promueve ese estado de cosas, no importa sus contenidos, no importa sus elementos justificativos o sus instrumentos.

La sola referencia a una “política criminal democrática” debería resultar esperanzadora y, por qué no, una instancia de tranquilidad en las agitadas aguas de la política simbólica de la actualidad. Sin embargo, si tomamos nota de quienes hacen la instancia para generar la mencionada política, y cuáles son sus fines y objetivos, la apelación ya no suena ni esperanzadora ni tranquilizante.

Solo podemos teorizar qué se pretende bajo el sospechoso concepto de la “política criminal democrática” si partimos de quienes la han venido sugiriendo. Pero

⁶⁶⁴ Representante de esta opinión Albrecht, Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit - Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Antithese europäischer Aufklärung: Freiheit durch Sicherheit, en: Humanistische Union, Dokumentation: Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat, Veranstaltung Berlin, 26 März 2003, disponible en: http://www.humanistische-union.de/themen/innere_sicherheit/sicherheit_vor_freiheit/albrecht/

comencemos pensando qué contenidos debería tener para nosotros, para después contrastarla con lo que algunos de sus cultores pretenden.

En primer lugar, una política criminal democrática debería de ser punto de unión de diversos principios constitucionales, principalmente, del principio de protección de la dignidad humana, no sólo de víctimas y victimarios sino también de todos aquellos que tienen algún contacto con la justicia penal.

Esta protección de la dignidad humana no es solo una postulación sino que debe ser una vocación firme y manifiesta para impedir que en virtud de alcanzar fines del proceso se trastoquen importantes protecciones de los derechos fundamentales de los afectados por el proceso penal, como lo serían, por ejemplo, los acusados. Una defensa a ultranza del principio de protección de la dignidad humana sometería a los análisis más férreos la solicitud por ejemplo, que se ha hecho en el pasado, de hacer páginas web con la información visual y datos de referencia de sospechosos o personas aun no condenadas por delitos graves o delitos sexuales, o someter a la población a la entrega de información genética con el solo propósito de guardarla de manera “preventiva” para eventuales comparaciones con rastros biológicos obtenidos en escenas del crimen de diversa especie.

La misma protección exigiría tematizar críticamente la solicitud que ya se ha hecho en Europa para autorizar, por ejemplo, la utilización de la tortura para obtener datos e informaciones conducentes a la averiguación de un hecho penal grave, con la única justificación del estado de necesidad en que se encuentran las autoridades encargadas de una investigación criminal.

La política criminal democrática debe fortalecer el papel de la víctima, protegerla de las amenazas de la delincuencia que la ha afectado y, por supuesto, atenderla en sus necesidades provocadas, principalmente, por el hecho biográfico del delito. Sin embargo, esto no puede significar que la orientación a las víctimas debe borrar todo el ideario constitucional y de garantías que ha sido construido para evitar que el Leviatán castigador y perseguidor que es el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* tenga ahora un eje adicional en la figura de la víctima, que ya no en busca de resarcimiento o de reconocimiento, ahora tenga condiciones para realizar una venganza que es totalmente incompatible con el diseño democrático del proceso. El proceso penal democrático no

está organizado para habilitar la realización de la venganza contra el delincuente, su función es muy distinta y las instituciones procesales que le dan sentido persiguen otras metas. Si se quiere hacer política con la víctima, el proceso es el peor lugar para comenzar. Más se haría si se toma en cuenta a la víctima en serios programas de atención psicológica y económica, que eviten la revictimización procesal y que generen confianza en estas de que el Estado las entiende y comprende. El problema de la víctima no se resuelve dándoles un púlpito a ellas y a sus representantes para que anatematicen a la justicia y a los victimarios, sino reconociéndoles su papel como seres humanos, que tienen una dignidad que debe ser respetada y atendida, y que merecen un trato de conformidad.

Una política criminal democrática debería de ser consecuente con el principio de subsidiaridad y de ultima ratio, y obligar a un ejercicio analítico intenso de todas las propuestas de reforma penal que signifiquen un aumento de la punibilidad o del ámbito de cobertura de los tipos penales, mediante el artilugio de tipos penales de peligro abstracto o con bienes jurídicos vaporosos e indefinidos.

También una verdadera política criminal democrática debería de mantener un estricto control del principio de proporcionalidad, obligando al legislador a examinar siempre la necesidad e idoneidad de las construcciones jurídico penales frente a las propuestas legiferantes que hacen los empresarios morales, sometiendo a discusión si son realmente oportunas o si responden simplemente a fines simbólicos.

Una política criminal democrática no puede comprometerse con un aumento del “Estado Policial”, en el sentido de crear condiciones para que aumente la represión de la disidencia, de las desviaciones o la simple persecución por “color” o estereotipos. Debe insistirse en la necesidad de la mejor formación de la policía para que esta aprehenda contenidos de derechos humanos y defina su actividad en la vida social a partir de estos parámetros. Para ello se debe, en primer lugar, luchar por la incorporación de la vivencia de los derechos humanos en la policía para que esta también pueda realizarlos y defenderlos en su actividad cotidiana.

La política criminal democrática debería, así es posible imaginarlo, “escribir” una política criminal para la policía democrática, pero eso no significa fortalecer el poder policial porque sí, como se pretendía en una fracasada reforma intentada en el siglo

pasado en nuestro país. Escribir esa política debe ser en términos de criterios objetivos de persecución, con claridad de las funciones y razones por las cuales debe establecer vigilancias y acciones preventivas y también las condiciones dentro las cuales se deben atender conflictos sociales y familiares con madurez y oportunidad. Esto implica fortalecer a los cuerpos policiales, esto es claro, pero en una dirección distinta a la pretendida. Su mayor intervención, su mayor presencia y sus mejores recursos, deben ir en consonancia con la necesidad de generar confianza en la población, de crear condiciones para que la sociedad vuelva sus ojos a un cuerpo que merece honor y reconocimiento, y que no se convierta simplemente en otra razón para nuestro miedo. Para hacerlo, este fortalecimiento de la policía, debe ir orientado a crear las bases normativas y fácticas que lo conviertan en un cuerpo a la altura de los tiempos, libre de corrupción y con una alta moral, dispuesta a enfrentar los riesgos de la persecución de los delitos y de realizar las aspiraciones de una sociedad que la necesita.

Los presuntos cultores de una “política criminal democrática” también quieren definir los criterios para la selección de jueces. Es posible imaginar cuáles serían los criterios que sugerirían para escoger a los miembros de la judicatura, y, es probable, que el primer requisito sea no ser “abolucionistas”. Por “abolucionistas” se entiende algo muy distinto a lo que se podría derivar de un estudio serio y ponderado de los teóricos de la crisis del derecho penal. Se trata más bien un apelativo genérico para aquellos que creen en las garantías constitucionales y del proceso penal. Que han sido anatematizados en la prensa y en las discusiones legislativas como representantes de una posición que es proclive al delito y a los delincuentes, que no tienen amor por la víctima y que en su aplicación del derecho penal privilegian tesis en pro de la impunidad.

Lo que este discurso encierra no es una apelación a la democracia sino una apelación a lo contrario. Se busca que la judicatura esté comprometida con el castigo inexorable de los delincuentes: que tantas denuncias provoquen un proceso implica que haya igual número de condenas. Que reducir la impunidad signifique, no importa la razón, la condena a ultranza de todo denunciado. Oponerse a esto es ser enemigo de la sociedad. Ya es posible imaginar entonces los criterios de selección de los jueces y magistrados, que deben pasar por el tamiz de sus ideas para que dejen en claro y sin

duda que su vocación de castigadores está presente y que es su mejor credencial para alcanzar una sociedad sin delito.

BIBLIOGRAFÍA

Adorno, Theodor y Horkheimer, Max. Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

Alcocer Guirao, Rafael, Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Primera Edición, 2004.

Albrecht, Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit - Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Antithese europäischer Aufklärung: Freiheit durch Sicherheit, en: Humanistische Union, Dokumentation: Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um die freiheitlichen Rechtsstaat, Veranstaltung Berlin, 26 März 2003, disponible en: http://www.humanistische-union.de/themen/innere_sicherheit/sicherheit_vor_freiheit/albrecht/

Beck, Ulrich, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986.

Castillo González, Francisco, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2009.

Castillo González, Francisco, Causalidad e Imputación del Resultado, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2003.

Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans, Una errática política criminal, San José, Costa Rica, Juricentro, 2009.

Chirino, Alfredo, El equilibrio entre víctimas e imputados. Una quimera dirigida contra las garantías “indisponibles” del proceso penal, en: Barros Leal, César y Yebra Núñez, René (Organizadores), Serie de Estudios de Ciencias Políticas y Derechos Humanos. En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo, Tomo I, Instituto Estatal de Ciencias Penales e Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Guanajuato, México, 2009.

Chirino Sánchez, Alfredo, La Seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza, en: Reyna Alfaro, Luis y Cuaresma Terán, Sergio (Directores), Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la Tensión entre Riesgos y Seguridad, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de F, 2008, pp. 17-52.

Díez Ripollés, José Luis, De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 1, 2006, pp. 553-602.

Donna, Edgardo Alberto, ¿Es posible el derecho penal liberal?, en: <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa4/112s.pdf>

Ferrajoli, Luigi, Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, No. 5, Traducción de Walter Antillón, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>

Hassemer, Winfried, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Antes del Parágrafo 1, Número de Margen 258, Baden-Baden, Editorial Nomos.

Hassemer, Winfried, Interkulturelles Strafrecht, en: Zaczyk, Rainer (Editor), Festschrift für Ernst Amadeus Wolf zum 70. Geburtstag, 1998, p. 118.

Hassemer, Winfried, Bienes Jurídicos en Derecho Penal, en: A.A.V.V., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 64.

Hassemer, Winfried, El derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo, en: Reyna Alfaro, Luis y Cuaresma Terán, Sergio (Directores), Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la Tensión entre Riesgos y Seguridad, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de F, 2008, pp. 181-196.

Hassemer, Winfried, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, en: Schünemann, Bernd; Roxin, Claus; Achenbach, Hans; Bottke, Wilfried; Haffke, Bernhard; Rudolphi, Hans-Joachim (Editores), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1003 y ss.

Hassemer, Winfried, Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, en: Revista Electrónica Neopanopticum, disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2>.

Hassemer, Winfried, Strafen im Rechtsstaat, Baden-Baden, Editorial Nomos, 2000.

Hirsch, Hans Joachim, Sistemática y límites de los Delitos de Peligro, en: Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, No. 1-2008, p. 9.

Íñigo Corroza, María Elena, La Responsabilidad Penal del Fabricante por defectos de sus productos, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001.

Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin, 1983.

Kuhlen, Lothar, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), en: Goldammer's Archiv, 1986, p. 389.

Luhman, Niklas, Sociología del Riesgo, México, Universidad Iberoamericana, Tercera Edición en español, 2006

Marcuse, Herbert, Industrialización y Capitalismo en Max Weber, en: La Sociedad Industrial y el Marxismo, Buenos Aires, Editorial Quintaria, 1969, citado por: Fernández, Sergio Pablo, Habermas y la Teoría Crítica de la Sociedad, en: Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, ISSN 0717-554X, Nº. 1, 1997

Moccia, Sergio, Seguridad y Sistema Penal, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 2, 2006, p. 305.

Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.

Prittwitz, Cornelius, Funktionalisierung des Strafrechts, en: StV (Revista Strafverteidiger) Número 9, 1991, pp. 435-441.

Prittwitz, Cornelius, Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg. Wird nach dem “11. September” nichts mehr sein, wie es war?, en: Prittwitz, Cornelius; Baurmann, Michael; Günther, Klaus; Kuhlen, Lothar; Merkel, Reinhard; Nestler, Cornelius; Schulz, Lorenz (Editores), Festschrift für Klaus Lüdderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, Nomos Verlagsgessellschaft, Primera Edición, 2002, pp. 499-523.

Prittwitz, Cornelius, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal, en: Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfried; Nieto Martín, Adán (Coordinadores), Crítica y Justificación del

Derecho en el Cambio de Siglo, Cuenca, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, (Estudios: 91), 2003, disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf

Schmidtz, Heinz-Gerd, Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen, Berlin, Duncker-Humblot, 2001.

Von Liszt, Franz, La idea del fin en Derecho Penal, Valparaíso, Chile, Primera Edición, 1994, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/991/pl991.htm>

Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, EDIAR, 1989.

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

FERNANDO CRUZ CASTRO

Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸⁶ Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁰⁴ Garland, David. Ob. cit. p. 160.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFLEXIONES FINALES SEGUNDO SEMINARIO: PROYECCIÓN DEL
PENSAMIENTO DEL MAESTRO ALESSADRO BARATTA, SEGURIDAD Y
DEMOCRACIA: POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURIDAD Y
DEMOCRACIA, DESARROLLADO LOS DÍAS 28, 29 Y 30 DE
SETIEMBRE 2011⁷²⁸

*HÉCTOR SÁNCHEZ UREÑA
Defensor Público*

*PAULA XIMENA DOBLES
Profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la UNA*

Recibido el 28 de octubre de 2011.

Aprobado el 16 de noviembre de 2011.

RESUMEN. Se hace un resumen de las intervenciones de los diversos expositores en el Seminario Seguridad y Democracia, políticas públicas de seguridad y democracia, organizado por la Cátedra Alessandro Baratta. Como uno de los aspectos fundamentales se consideró que la política criminal no puede ser un elemento aislado definido desde la contingencia sin ninguna clase de sustento técnico. Debe ser un componente más de la política social que comprenda todos aquellos aspectos que incidan en las condiciones de vida de las personas, del acceso digno y oportuno a los servicios públicos que se relacionan con los derechos fundamentales. Ha de constituirse en parte indispensable de una verdadera política pública que como concepto trasciende las meras reformas legales.

PALABRAS CLAVE. Seguridad, criminalidad, políticas públicas, política social, seguridad humana.

⁷²⁸ Hemos intentado en este documento unir todas las voces que participaron, a una sola voz, la coincidencia de principios, es por eso que debería llamarse todas las voces y una sola reflexión, el retorno al humanismo y a los ddhh . Además es un documento inacabado, porque, inmersos como estamos en esta praxis dialéctica, estamos en plena tarea.

ABSTRACT: The interventions of the various speakers at the Security and Democracy Seminar, public safety policies and Democracy, organized by the Chair Alessandro Baratta, are summarized here. As one of the fundamental aspects, it was considered that criminal policy cannot be a single element that can be defined from contingency, without any technical support. It should be another component of social policy that covers all aspects that affect the lives of people, worthy and timely access to public services, relating to fundamental rights. It must become a truly indispensable part of public policy, which as a concept, that goes beyond mere legal reforms.

KEY WORDS: Security, criminality, public policy, social policy, human security.

En su conferencia inaugural la profesora Lolita Aniyar decía, es más, advertía, algo que quizá muchos de nosotros ya sabemos y es por ello que este espacio, Cátedra Latinoamericana de Criminología y DDHH Alessandro Baratta, es y debe ser permanente para la reflexión, el análisis y el diseño de política criminal congruente con los derechos humanos, ella apuntaba que: *“El siglo XXI, que se nos ofreció lleno de progreso, solidaridad y humanismo, se nos presenta en la práctica como un período de regresión y crisis. Estamos frente al permanente espectáculo de guerras, de terrorismos, tribalismos y fundamentalismos, de violaciones masivas de los Derechos Humanos”*⁷²⁹

Por tanto nos proponemos contribuir a construir un nuevo modelo criminológico desde todo espacio de reflexión, investigación y análisis, basado en el marco de los derechos humanos, la seguridad humana y un modelo de control social democrático para conformar un modelo de desarrollo humano sostenible, que propone un desarrollo en el marco de la seguridad humana sin **exclusión y discriminación**, lo cual significa una política criminal basada la democracia participativa y que por ende contribuye a la libertad. Comprender el concepto de Seguridad humana en su naturaleza integradora y

⁷²⁹ Aniyar de Castro (Lolita) Siglo XXI: Propuestas para una política criminal vinculada a los derechos humanos o criminología del oprimido.) Ponencia presentada al Segundo Seminario: Proyección del Pensamiento del Maestro Alessandro Baratta. Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y Democracia”, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2011, San José, Costa Rica.

su foco en las personas. Este concepto que se genera desde la sociedad civil en un intento por proteger a los individuos y las comunidades, más allá de la preocupación por la defensa del territorio y el poder militar. En este sentido, la seguridad humana se basa en la noción de seguridad de todos y todas, los y las habitantes, en el entendido que tanto el Estado como los actores no estatales y la persona humana son responsables y deben participar en la elaboración de políticas y medidas que fortalezcan la seguridad de la colectividad. Por tanto esta noción comporta una dimensión ética y otra normativa y debe entonces, la Constitución, definir expresamente un concepto de seguridad ciudadana, enmarcado dentro del más amplio concepto de Seguridad Humana, con las limitaciones que ponen los derechos fundamentales, pero según la nueva concepción propuesta por la criminología crítica, eso obliga a una visión ética y humanista, y hará la diferencia en cualquier política que pueda y deba ser diseñada desde el Estado, un Estado Social de Derecho.

Es por ello que hemos concluido en nuestras reflexiones finales que:

El fenómeno de la criminalidad exige un análisis serio, permanente, multidisciplinario, que examine de manera integral su naturaleza multicausal. Su estudio no puede jamás ser dejado de la mano de intereses políticos sin fundamento científico ni de propuestas populistas de perfil meramente represivo; planteamientos enfocados que siempre han evitado a toda costa el reconocimiento de los orígenes del problema criminal y su relación con la dinámica socio-histórica, y en especial, su innegable vínculo con las condiciones de vida de los pueblos y el respeto de los derechos fundamentales.

De ahí que reiteramos como objetivo fundamental de nuestro trabajo generar espacios de discusión, formación, capacitación, asistencia técnica, profundización y reflexión de los diversos paradigmas para formular alternativas metodológicas para disminuir el conflicto social, preservando la plena vigencia de los derechos humanos desde una fundamentación teórico científica.

Sabemos que todo modelo de desarrollo crea sus propios mecanismos de control social. Así, en nuestro esquema económico la disidencia se vincula sin duda con la exclusión y la selectividad de los mecanismos represivos apunta a las conductas

consideradas delictivas estrechamente asociadas a las condiciones de vida de grupos específicos, mecanismo que de manera arbitraria invisibiliza comportamientos lesivos incluso en mayor grado. Desde esa premisa, sabemos que la delincuencia tradicional y sus índices tienen una relación directa con el tema de la inequidad, y nunca las iniciativas de corte represivo han logrado tener incidencia alguna para disminuir la primera. En palabras de Lolita Aniyar de Castro: *“De esta manera, el sistema se mantiene sobre las columnas morales de las palabras, las reformas legales oportunistas, y sobre el fluir histórico de las palabras, mil veces repetidas.”*⁷³⁰.

En el caso de Costa Rica las reformas al sistema penal tienen tres rasgos esenciales: el aumento en los límites abstractos de la pena de prisión, la criminalización o sobrecriminalización de conductas y el menoscabo de garantías procesales (y ciudadanas en general)⁷³¹. Como lamentable ejemplo de esas políticas erráticas, el país inició en 1994 una carrera hasta ahora sin freno promulgando dos reformas al Código Penal negativamente significativas: la primera aumentó el límite máximo de la pena de prisión de 25 a 50 años⁷³², y la segunda restringió la aplicación de los eventuales descuentos por trabajo o estudio para los privados de libertad, lo que implicó un aumento significativo en los periodos de permanencia en prisión.

A partir de ese momento ya sea mediante leyes especiales o reformas al Código Penal, se generan iniciativas similares que llevaron al aumento de los montos abstractos de penalidad de los delitos de más frecuencias, así como a verdaderas contrarreformas al modelo procesal de 1996, recuperando y agravando el carácter

⁷³⁰ Aniyar de Castro (Lolita) Siglo XXI: Propuestas para una política criminal vinculada a los derechos humanos o criminología del oprimido.) Ponencia presentada al Segundo Seminario: Proyección del Pensamiento del Maestro Alessandro Baratta. Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y Democracia”, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2011, San José, Costa Rica

⁷³¹ *“Pero en esto yo comparto con muchos estudiosos la convicción de que lo primero se explica por lo segundo; que la tendencia a socavar las garantías ciudadanas que hoy muestran los gobiernos oligárquicos con la ayuda de los grandes medios de comunicación de masas, es una de las múltiples consecuencias de la nueva fase del capitalismo globalizado que estamos viviendo”,* **ANTILLON** (Walter) Ponencia presentada al Segundo Seminario: Proyección del Pensamiento del Maestro Alessandro Baratta. Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y Democracia”, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2011, San José, Costa Rica.

⁷³² Pese a que la Sala Constitucional no lo haya considerado como pena perpetua, el régimen actual de condenas permite que existan privados de libertad cuyo cumplimiento de sentencia se dará luego de la edad promedio de la expectativa de vida, en algunos casos con más de cien años de edad.

represivo del Código de Procedimientos Penales del 1973, que se suponía derogado. Cada uno de estos lamentables cambios fue anunciado como solución al problema criminal y como el “fin de la impunidad”; tuvieron además otros denominadores comunes: la total ausencia de fundamento científico y su carácter populista, productos más bien de lo que modernamente conocemos como la criminología mediática.

Esa clase de iniciativas ha tenido su calado en la opinión pública y en las prácticas institucionales, que se reflejan desde lo judicial en la creciente recurrencia a condenas con los extremos mayores de las penas, en la invisibilización de los fines legítimos de la sanción penal, y el uso indiscriminado de la prisión preventiva; frente a una opinión pública que exige “mano dura” y “cero tolerancia”, frases sin contenido técnico, frecuentemente exclamadas a voz en cuello por algunos integrantes de la clase política, y desde los medios de comunicación.⁷³³

Hoy, casi 20 años después del inicio de esas promesas penales no cumplidas, vivimos la más seria crisis de indignidad en nuestras cárceles, los índices de criminalidad presentan aumentos sostenidos -pese que las cifras nacionales siguen siendo de las más bajas de América Latina- y tenemos unos de las mayores tasas de encierro de la región⁷³⁴, con 261 privados de libertad por cada cien mil habitantes, casi triplicando la cifra de 1994 (104 por cien mil habitantes).

En ese mismo periodo, de acuerdo con los estudios del Programa de Estado de la Nación, el país ha descendido 17 puestos en el ránkin mundial de equidad, y el modelo de desarrollo que propone, articula, defiende y ejecuta la clase política nos ha llevado a más vergonzoso grado de desigualdad social de nuestra historia. Hemos afirmado en el pasado la relación directa entre la violencia e inequidad social, una sociedad que no busque al menos niveles mínimos de equidad, fracasará una y otra vez si reduce su repuesta a estrategias represivas.

⁷³³ “Sin embargo, desde hace más de una década, pero sobre todo en los últimos tres años, en Costa Rica se ha orquestado desde los medios de comunicación un ataque sistemático a la doctrina y a la práctica del garantismo penal, a las que se atribuye la morosidad judicial, el aumento de los delitos, la impunidad de los criminales, etc.” **ANTILLON**, *ibid.*

⁷³⁴ “El miedo al crimen, o inseguridad subjetiva, no necesariamente coincide con el aumento de la inseguridad objetiva, o sea el riesgo real de ser víctima de un delito. Sin embargo, no puede negarse que se ha producido en Costa Rica un aumento importante de la criminalidad violenta. Así la tasa de homicidios ha ido en aumento y pasó de 4.9 homicidios por cien mil habitantes en 1993 a 5.4 en 1994, 6.5 en 1999, 8.2 en 2007 y 11.1 en 2008”. **LLOBET RODRIGUEZ** (Javier) *La prevención del delito en Costa Rica: el debate entre el populismo punitivo y el garantismo,*

Consideramos que la política criminal no puede ser un elemento aislado definido desde la contingencia sin ninguna clase de sustento técnico. Debe ser un componente más de la política social que comprenda todos aquellos aspectos que incidan en las condiciones de vida de las personas, del acceso digno y oportuno a los servicios públicos que se relacionan con los derechos fundamentales. Ha de constituirse en parte indispensable de una verdadera política pública que como concepto trasciende las meras reformas legales. En ese marco, la estrategia de prevención del delito, vista como manifestación de violencia o de conflicto con la ley, requiere apuntar a la modificación de las situaciones vulnerabilizantes (entendida como el irrespeto de Derechos Humanos de grandes sectores de población) para crear condiciones sostenidas de vida que a su vez disminuyan el conflicto social.⁷³⁵

Sabemos que desde los años ochenta, cada vez con más fuerza, la vida nacional se rige por las reglas del mercado, fenómeno paralelo a un proceso indiscriminado de desmantelamiento del Estado⁷³⁶, con la consecuente ampliación de las brechas sociales y la gestación de varias Costa Ricas, cada vez más lejana entre sí.

Como apuntamos, la represión desde lo penal (de fondo, procesal y en lo institucional), solo ha significado un espejismo en cuanto a sus promesas y un retroceso

⁷³⁵ *“Un nuevo modelo criminológico que se quiere impulsar desde este espacio de reflexión, investigación y análisis, está basado en el marco de los derechos humanos, la seguridad humana y un modelo de control social democrático para conformar un modelo de desarrollo humano sostenible, que propone un desarrollo comunitario sustentable para la seguridad humana sin exclusión y discriminación, lo cual significa una política criminal basada la democracia participativa y que por ende contribuye a la libertad” DOBLES, (Paula) Ponencia presentada al Segundo Seminario: Proyección del Pensamiento del Maestro Alessandro Baratta. Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y Democracia”, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2011, San José, Costa Rica*

⁷³⁶ *“Esas estrategias, que agrietan o retrotraen las teorías criminológicas florecidas en el último medio siglo, se basan en una nueva experiencia colectiva propia de lo que conocemos como “tardomodernidad” o “postwelfarismo”, que encuentra arraigo en las lecturas reaccionarias del delito, de la cultura y de la política que les son propias, construidas al calor del desmantelamiento del Estado de Bienestar y emparentadas con una mirada del presente en términos de crisis moral, incivildad y decadencia de la familia y otros núcleos de socialización primaria” Niño (Luis) “Políticas Criminales y Penales regresivas en el marco de la denominada sociedad de riesgo y de las teorías criminológicas tradicionales”. Ponencia presentada al Segundo Seminario: Proyección del Pensamiento del Maestro Alessandro Baratta. Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y Democracia”, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2011, San José, Costa Rica.*

absoluto en cuanto al respeto de los derechos fundamentales de las personas sujetas a algún tipo de control dentro del sistema de justicia penal.

Como hemos apuntado en otras oportunidades, es imperativo el análisis crítico de aquellos criterios criminológicos tradicionales que permanecen vigentes pese a sus notables fracasos y de los mecanismos del sistema penal, que han pretendido delegar en los subsistemas policiales, judiciales y penitenciarios la solución del conflicto social generado por el modelo de desarrollo que privilegió el Estado costarricense. Hoy más que nunca son visibles los fracasos de esas propuestas, y más alarmante aún su reiterada prédica como núcleo del discurso oficial.

El fortalecimiento continuo de un estado policiaco, la explotación mediática de la percepción de inseguridad, la demagogia oportunista de los políticos de turno y las ocurrencias legislativas de los últimos años no han traído beneficio alguno a la calidad de vida de nuestra sociedad, y una y otra vez han postergado la confrontación con las raíces de nuestra grave situación actual de creciente exclusión e inequidad.

Si bien existen voces fundadamente críticas en cuanto al fenómeno descrito, creemos que deben trascender los muros de la academia. Es imperativo que exista un debate equilibrado de un tema hasta ahora públicamente secuestrado por la demagogia y el oportunismo mediático-electorero, discusión que debe llevar a la sociedad como conjunto a entender el carácter errado y errático de nuestra política criminal, de las graves omisiones del estado y del descarado afán de falsedad que alimenta cada una de las propuestas y promesas referidas al sistema de justicia penal.

Reiteramos la necesidad de una política social criminológica, que no se escude y restrinja a la respuesta penal y que formule y fortalezca un modelo de intervención mínima que tenga como parámetro el cumplimiento cabal de los DDHH de los habitantes, entendido como único parámetro válido de democracia y de un Estado Constitucional de Derecho. Esto último no debería ser más que la afirmación cotidiana de respeto de los derechos fundamentales que se enuncian en los distintos instrumentos nacionales e internacionales que conforman el amplio abanico del ordenamiento jurídico costarricense.

La pauperización de los servicios públicos básicos genera y multiplica la situación de desigualdad, y seguirá llenando nuestras cárceles de seres humanos excluidos, nuestras calles de violencia y llevando a nuestra gente de desesperanza.

En lo que concierne a Costa Rica, y sin duda toda América Latina, es preciso que se conozca el fracaso de las políticas represivas de “cero tolerancia”, la caída evidente de los índices sociales, las condiciones de vida de todos los grupos, la vergüenza de nuestras prisiones, y el innegable aumento de la pobreza y la exclusión de las mayorías.

Apunta con claridad meridiana el maestro Luigi Ferrajoli: *“Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, no caen nunca del cielo, sino que llegan a afirmarse cuando se hace irresistible la presión de quienes han quedado excluidos ante las puertas de los incluidos”*.

Pues bien, que la pequeña Costa Rica incluida empiece a enterarse que la Costa Rica excluida es mayor cada mañana. Y que éste es un fenómeno que se cierne para muchos de nuestros países latinoamericanos.

Si cada modelo de desarrollo diseña un modelo de control social que le permite mantenerse y auto reproducirse, estamos ante una disyuntiva ética, como se trasluce a través de este documento, entonces o elegimos un modelo de dominación o un modelo de emancipación, uno que sea de exclusión y represión o uno que sea de integración social y participación, esto implica esa noción ética y normativa para el diseño de una política pública, que además debe ser una política de Estado.

En definitiva, este siglo trajo cosas nuevas que modifican los esquemas tradicionales de violencia y de controles. Es un comienzo que hay que empezar a analizar y organizar en categorías que nos permitan mejor entender las nuevas consecuencias, y a tomar precauciones para los Derechos Humanos que, como nunca, están en riesgo.