

ACERCA DEL DISCURSO POPULISTA PUNITIVO

Prof. Lic. Miguel Zamora Acevedo*

Profesor de la Facultad de Derecho de la UCR

SUMARIO: I. Introducción. II. Observaciones sobre el Lenguaje. III. Una visión errada: la búsqueda de un ideal de Seguridad ciudadana. IV. Ab Initio: El discurso populista punitivo. V. Algunas manifestaciones concretas del discurso Punitivista Punitivo en Costa Rica, según el discurso garantista. 1. Incremento de las Penas. 2. Endurecimiento de sistema penitenciario: Limitaciones a los beneficios carcelarios. 3. Contracara: visión del renacimiento de las víctimas y limitaciones a las soluciones alternas del proceso: a. Concesión de derechos en el control del proceso y el ejercicio de la acción penal. b. Protección de testigos en las fases del proceso. C. Aumento de los plazos de la prisión preventiva. VI. Post Scriptum. VII. Bibliografía.

RESUMEN: A partir de la construcción de los distintos niveles del discurso jurídico, se analiza el discurso del populismo punitivo, a la luz de la las tesis filosófica de la modernidad, y a su vez, proyectar su incidencia práctica en la problemática de la seguridad ciudadana.

PALABRAS CLAVE: Discurso jurídico, Populismo punitivo, seguridad ciudadana, Proceso Penal, víctimas, política criminal.

ABSTRACT: The discourse of punitive populism and its practical impact on the issue of public safety is analyzed from the construction of the different levels of legal discourse, in light of the philosophical theses of modernity.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, profesor de la Universidad de Costa Rica en la Cátedra de Sistema de Investigación y Razonamiento Jurídico, profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Centroamérica.

KEYWORDS: legal discourse, punitive populism, public safety, criminal procedure, victims, criminal policy.

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Un fantasma recorre Costa Rica y no es precisamente las ideas de Marx y Engels, sino la dicotomía de los discursos sobre el proceso penal. Otrora quedó atrás las ideas de la seguridad ciudadana y ahora surgen con fuerza las ideas contrarias a las garantías del proceso penal, eso que algunos llaman populismo punitivo.

Muchos se rasgan las vestiduras antes dicho fenómeno, el cual parece que viene a exterminar con todas las garantías del proceso penal, y con ello incluso el sistema democrático costarricense.

En este dilema, surge la necesidad de clarificar que se debe entender por tales ideas populistas, ya que generalmente se confrontan respecto a su némesis: el discurso garantista y aunque no se pretende analizar este segundo (sería necesario otro trabajo), se toma como marco de referencia y a modo de confrontación, al igual que la característica de los valores²³⁸.

²³⁸ La polaridad es una característica principal de un valor: “mientras que las cosas son lo que son, los valores se presentan desdoblados en un valor positivo y un valor negativo. Así, a la belleza se le opone la fealdad; lo malo a lo bueno; lo injusto a lo justo, etcétera...” Frondizi, Risieri. **Que son los valores**. Editorial Fondo de Cultura Económica. México DF. 2010, p. 19.

Estas ideas, constituyen un discurso novedoso y/o en proceso de construcción o en su defecto es simplemente la idea subyacente de viejas doctrinas ahora recicladas?, presuponen en verdad algún peligro para el Estado de Derecho y las garantías del proceso penal?

La respuesta a estas preguntas son el fundamento de la necesidad de replantearse críticamente el significado de tales arengas, las cuales predominan en los medios de comunicación colectiva y en especial en el discurso jurídico y político.

Para ello, se sigue como marco de referencia, las ideas de la modernidad de Sousa Santos y la función de derecho penal²³⁹ en la actualidad como “respuesta” ante las interacciones sociales.

Además de reconocer desde ya como cierta la crítica que Waller sostiene: *“Por desgracia, los criminólogos se han preocupado más por la ciencia que por aplicar sus conocimientos, y la clase política se ha dedicado a seguir su ejemplo a pesar de su ineficiencia”*²⁴⁰

Se comparte la tesis de Waller porque en los manuales o tratados de Criminología se observa una verdadera línea temática e histórica que prácticamente no varía en los puntos medulares de estudio. Es decir, las discrepancias son más puntos reducibles a una definición que a una idea contraria o tesis antagónicas.

Lo anterior, es compartido también por Muñoz Conde y Hassemer: *“Sabemos poco de la criminalidad. Lo que en los libros de Criminología se*

²³⁹ Cf. Salas, Minor. **Los Rostros de la Justicia Penal**. Editorial Isolma. San José. 2012, p.73.

²⁴⁰ Waller, Irvin. **Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia**. Editorial Ubijus, INACIPE, ILANUD. México DF. 2008, p.43.

*expone es la historia de la criminología misma, pero no la historia de criminalidad como tal*²⁴¹

Por ello, retomando la idea, hablar de modernidad como fenómeno o como un paradigma y su influencia para el derecho, hace obligatorio referirse a Boaventura de Sousa Santos. No solo por la basta bibliografía que tiene este autor respecto al tema²⁴², sino por el análisis crítico que para el Derecho establece en tratándose de dicha cuestión.²⁴³

En este sentido, por modernidad se debe comprender un concepto filosófico, histórico y sociológico, que propone un mundo moderno en el cual cada persona propone sus metas según su propia voluntad, con lo cual hace evidentemente el individualismo²⁴⁴.

En esta idea, las propuestas o sueños se alcanzan de una manera lógica y racional, es decir sistemáticamente se da un sentido a la vida, basado en tres valores que emergen de la Ilustración: libertad, igualdad y fraternidad²⁴⁵, todo ello por medio de la razón, como elemento emancipador, al decir de Sousa Santos, “la caída del *ángelus novus*”²⁴⁶.

²⁴¹ Muñoz Conde, Francisco y Hassemmer, Winfried. **Introducción a la criminología y el Derecho Penal**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1989, p. 33.

²⁴² De Sousa Santos, Boaventura. Sociología jurídica crítica. **Para un nuevo sentido común en el derecho**. Editorial Trotta, Madrid, 2009.

²⁴³ De Sousa Santos, Boaventura. **De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad**. Editorial Siglo del hombre. Bogotá, 2012, p. 193.

²⁴⁴ Cf. Baumann, Zygmunt. Modernidad y Ambivalencia. En: Berian, Josetxo. **Las consecuencias perversa de la modernidad**. Editorial Anthropos, Barcelona, 1996, y Baumann, Zygmunt. **Modernidad y Ambivalencia**. Editorial Anthropos, Barcelona, 2005.

²⁴⁵ Es claro que el único principio que no se desarrollo, ni siquiera de manera incipiente es la fraternidad.

²⁴⁶ De Sousa Santos, Boaventura. **El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política**. Editorial Trotta. Madrid, 2011, p. 153.

Uno de los puntos medulares de la tesis de Sousa Santos sobre la Modernidad, -en tratándose de un análisis sociológico del derecho- se basa en una lapidaria afirmación y tres preguntas esenciales sobre la humanidad²⁴⁷. La afirmación hace referencia a que la época actual (modernidad) es tiempo de preguntas fuertes y de respuestas débiles.

Para ello, se debe comprender por débil, todo aquello que como una solución (respuesta, o medida) no venga a resolver o reducir la complejidad del problema, sino más bien contribuye a aumentarlo y agravarlo.

En la visión del mencionado autor, establece claramente que la respuesta que se presenta mediante el Derecho, es una respuesta que no viene a contribuir en la solución o disminución del conflicto, sino más bien en su agravante. Dentro de esta postura es que aquí se sitúa el análisis del discurso del populismo punitivo.

En este orden de ideas, entre esas tres preguntas, corresponde analizar a efectos de investigación, la tercera, la cual indica: *“si la legitimación del poder político se asienta en el consenso de los ciudadanos, ¿cómo garantizar este*

²⁴⁷ Las 3 preguntas y sus respuestas son las siguientes:

1. Si la humanidad es solo una, ¿por qué hay tantos principios diferentes en torno a la dignidad humana; Todos son la pretensión de ser únicos, y porque a veces son tan contradictorios entre sí? Para esto, se responde que se debe recurrir a los Derechos Humanos.

2. No habría una alternativa para un mundo en el que los 500 individuos más ricos obtienen más beneficios que los 40 países más pobres de la tierra, o lo que es lo mismo, 416 millones de personas, y donde el colapso ecológico es una posibilidad cada vez menos remota? Las respuestas para lo anterior siempre han sido: desarrollo y ayuda al desarrollo.

3. si la legitimación del poder político se asienta en el consenso de los ciudadanos, ¿cómo garantizar este último cuando se agravan las desigualdades sociales y se tornan más visibles las discriminaciones sexuales, étnico-raciales y culturales? La respuesta es: democracia y Derecho.

último cuando se agravan las desigualdades sociales y se tornan más visibles las discriminaciones sexuales, étnico-raciales y culturales?”²⁴⁸

La respuesta inmediata a ello, refiere el autor es la democracia y el Derecho, siendo éstas respuestas evidentemente débiles.

Estas respuestas débiles, sigue indicando el autor son producto de la modernidad, que se han instrumentalizado al servicio de dicho paradigma²⁴⁹, por lo que aquí se agrega que en materia penal las respuestas débiles se concentran en todo el movimiento del populismo punitivo y en la doctrina de la seguridad ciudadana, éstas vienen a ser ideas disuasivas y profilácticas de los problemas sociales y su correctivo por medio del derecho penal.

En el caso costarricense, dicho movimiento se ha manifestado en el creciente aumento de la penalidad en la delincuencia convencional, restricción de beneficios carcelarios, incluso llegando a punto de buscar una verdadera inocuización y una participación preponderante de la víctima en el proceso penal. La solución para todo problema social esta en la ley, y si es penal mejor, entiéndase si tiene como sanción una pena de prisión²⁵⁰.

Así las cosas, la modernidad es un trueque ontológico del modo de regulación de la Edad Media al presente, de manera que la reproducción social es la base de la legitimidad, de manera que no se llega a la modernidad con el

²⁴⁸ De Sousa Santos, Boaventura. **Sociología jurídica crítica**. Op. Cit. p. 14.

²⁴⁹ Se usa aquí el término paradigma para designar un ejemplo o un modelo. Y siguiendo a Kuhn, y en referencia a todo el ámbito científico, religioso u otro contexto epistemológico, el término paradigma puede indicar el concepto de esquema formal de organización, y ser utilizado como sinónimo de marco teórico o conjunto de teorías. Kuhn, Thomas. **Las estructura de las revoluciones científicas**. Editorial Fondo de Cultura Ecnómica. México. 2004, p.80.

²⁵⁰ Cf. Tedesco, Ignacio. **El Castigo como una forma compleja institución social: El Pensamiento de David Garland**. En: Rivera Beiras, Iñaki. **Mitologías y discursos sobre el castigo**. Editorial Anthropos. Barcelona. 2004, p.235.

fin de la Edad Media en el siglo XV (1453), sino tras la transformación de la sociedad preindustrial, rural, tradicional, en la sociedad industrial y urbana moderna; que se produce con la Revolución industrial y el triunfo del capitalismo y el liberalismo.

En la modernidad el porvenir reemplaza al pasado y racionaliza el juicio de la acción asociada al Hombre (en sentido genérico claro esta); Es la posibilidad política reflexiva de cambiar las reglas del juego de la vida social, es también el conjunto de las condiciones históricas materiales que permiten pensar en la “emancipación”;²⁵¹ Conjunta de las tradiciones, las doctrinas o las ideologías heredadas, y no problematizadas por una cultura tradicional, en síntesis, la modernidad representa una verdadera “*revolución científica*”²⁵² que vino a cambiar el paradigma basado en el entorno adorador de la fe y el determinismo inspirado en las ideas religiosas.

Sin embargo, tras los acontecimientos de las guerras mundiales²⁵³ en el siglo XX vino a cambiar la mentalidad y las conciencias así como otros profundos cambios sociales²⁵⁴ que derivaron en cambios políticos, caracterizado por el fenómeno de la globalización, pero especialmente el triunfo de capitalismo.²⁵⁵

Por lo anterior, tomando como premisa la respuesta que indica De Sousa Santos, y analizando las últimas reformas de la legislación penal costarricense, es que se plantea como objetivo general, analizar dentro del paradigma de la

²⁵¹ Baumann, Zygmunt. **Modernidad y Ambivalencia**. Editorial Anthropos, Barcelona, 2005, p. 11.

²⁵² Kuhn, Thomas. **Las estructura de las revoluciones científicas**. Editorial Fondo de Cultura Ecnómica. México. 2004, p. 149.

²⁵³ Polanyi, Karl. **La gran transformación. Crítica al liberalismo económico**. Ediciones la Piqueta. Madrid. 1989, p. 52

²⁵⁴ Cf. Rivera Beiras, Iñaki. **Política Criminal y Sistema Penal**. Editorial Anthropos. Barcelona. 2005, p. 169.

²⁵⁵ Cf. Ibídem, p. 350

modernidad, la tesis del discurso del populismo punitivo para conocer si las reformas procesales penales tienden hacia la ideología de dicho discurso²⁵⁶.

OBSERVACIONES SOBRE EL LENGUAJE

Unos de los problemas de todo análisis jurídico lo constituye la definición, como decía Copi “el lenguaje es un instrumento muy complicado²⁵⁷”, además de contener los vicios del lenguaje como lo es la vaguedad y la ambigüedad.

Saber de qué se habla, se dice o se argumenta, para no estar en planos o categorías del discurso totalmente diferentes o no para quedarse en una simple “discusión de palabras” a decir de Vaz Ferreira²⁵⁸ resulta primordial.

En este punto, se va utilizar como definición una serie de proposiciones que tratan de exponer de manera unívoca y con precisión la comprensión de un concepto o término. Definir es por consiguiente hacer una descripción de un complejo de estado de las cosas o circunstancias que quedan unidas por medio de un establecimiento de una zona de validez. Es lacónicamente dicho, darle significado a un término, en este caso al discurso del populismo punitivo.

²⁵⁶ En este caso, se acepta como función del discurso las tesis de Giménez: “La concepción de discurso como práctica social significa por lo menos estas tres cosas a la vez:

- a) todo discurso se inscribe dentro de un proceso social....
- b) Todo discurso remite implícita o explícitamente a una “premisa cultural”...
- c) Todo discurso se presenta como una práctica socialmente ritualizada y regulada por aparatos en el marco de una situación coyuntural determinada....” Giménez, Gilberto. **Poder, Estado y Discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico.** Editorial de la Universidad Autónoma de México. México DF. 1989, p. 145

²⁵⁷ Copi, Irving. **Introducción a la lógica.** Editorial EUDEBA. Buenos Aires, 1967, p. 92.

²⁵⁸ Vaz Ferreira, Carlos. **Lógica Viva. Moral para intelectuales.** Edición Homenaje de la Cámara de Representantes de Uruguay. Montevideo. 1962, p.7

Por ello, se entiende en lo presente por populismo punitivo²⁵⁹ –sin pretender ser una definición estipulativa y en aras de disminuir la ambigüedad²⁶⁰- la tendencia de las autoridades estatales a realizar acciones rápidas y eficientes –materializadas en reformas penales mediante la vía rápida- tendientes a brindar una respuesta aparentemente a la percepción de inseguridad por parte de la sociedad²⁶¹ y el supuesto crecimiento de los fenómenos delictivos, para ello se fundamenta principalmente en incrementar las penas privativas del libertad de quienes cometen un delito, lo cual pretenden hacer ver que es la solución y engrandecen los resultados de los operativos de las fuerzas policiales, - generalmente por medio de los medios de comunicación- para demostrar que sí se está atendiendo el problema de inseguridad²⁶² y se están dando soluciones.

Se aclara que no se pretende dar una noción desconocida ni mucho menos mostrar un fenómeno novedoso, sino expresar el uso actual de dicho discurso, ello pretende evitar las advertencias que ya Andreski señalaba: “A

²⁵⁹ Cf. Zamora, Miguel. **El problema de la reincidencia. Un vestigio etiológico del delito.** Revista Acta Académica. Editorial de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Número 52, Mayo, 2013, p.325.

²⁶⁰ Cf. Copi, Irving. **Introducción a la lógica.** Editorial EUDEBA. Buenos Aires, 1967, p. 92 y ss.

²⁶¹ Un ejemplo de ello se encuentra en la justificación del proyecto de ley 17997 de Reforma al Código Penal, que busca penalizar el maltrato animal:

“Como lo han demostrado los medios de comunicación y las redes sociales de Internet, en Costa Rica se está dando una gran movilización de agrupaciones, asociaciones e individuos, vinculados con el bienestar y la protección animal, con el fin de que la normativa que existe como consecuencia jurídica al maltrato de los animales sea modificada. La colectividad ha manifestado que las sanciones actuales son obsoletas y vanas, aparte de que la pena no es proporcional al valor que tienen los animales para la sociedad.” Dicha reforma lo que viene es a agregar un nuevo artículo que indica: “Artículo 398 bis.- Se impondrá de doscientos a trescientos sesenta días multa a quien maltratare, molestore o causare la muerte de animales sin necesidad o causa justificada; propiciare o ejecutare peleas entre animales de cualquier especie; sometiere animales a trabajos manifiestamente excesivos.” **Expediente Legislativo 17997**, 2012.

²⁶² Diario Al Día, **primera plana, 29 de abril de 2012.: Detienen en Costa Rica a jefe policial por aparente alianza con narcotráfico. Noticias como la anterior son frecuentes en los medios de comunicación tanto escritos como televisivos o radiales.**

veces las sustituciones verbales enmascaradas como contribuciones al conocimiento son tan ineptas y groseras que es difícil aceptar que sus autores realmente crean estar revelando verdades nuevas (como seguramente ocurre) y no que están riéndose con disimulo de la credulidad de su audiencia.”²⁶³.

Dentro de este orden de ideas, se pretende con dicha definición evitar algunas dificultades propias del lenguaje y a que su vez constituyen limitaciones como puede ser:

-Un naturalismo lingüístico: No se pretende darle alguna atribución empírica a las palabras que se establecen como populismo punitivo, tampoco cambiar la realidad por medio de la transformación de dichos conceptos, sino su utilidad como forma de transmisión de ideas y las acciones con las que esta entretrejo. Esto es, -siguiendo a Wittgenstein- “juegos del lenguaje”.²⁶⁴

-El mito del único significado: Al ser el lenguaje un instrumento convencional, no se pretende establecer un único significado de las palabras, en este caso, populismo punitivo, sino situarlo en las diversas categorías del discurso y su utilidad.

III. UNA VISIÓN ERRADA: LA BÚSQUEDA DE UN IDEAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

Sobre este punto, es importante recalcar que si bien es cierto algunos estudios científicos han establecido una leve alza en el problema de

²⁶³ Andreski, Stanislav. **Las ciencias sociales como forma de brujería**. Editorial Taurus, Madrid. 1973, p. 78.

²⁶⁴ Wittgenstein, Ludwig . **Investigaciones filosóficas**. Editorial Crítica. Barcelona, 2012, p. 25.

inseguridad²⁶⁵, las cifras confrontadas con la realidad no son coincidentes²⁶⁶ y eso se establece básicamente porque los juicios y opiniones no se ajustan a la realidad, en parte porque son severamente afectados por las representaciones que crean los medios de comunicación masiva -en especial en su vertiente noticiosa, por ejemplo un análisis como el Quinto Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD sobre Seguridad, Venciendo el temor -que vino a estudiar la percepción del delito-, no se ha vuelto a realizar, incluso el más reciente sería el proyecto POLSEPAZ. (PNUD, Polsepaz, 2012), sin embargo dista mucho del mencionado Quinto informe del PNUD.

Por otro lado, estudiando la problemática no se puede decir que existe o no un aumento del fenómeno criminal, sin embargo, es importante analizar si se parte de la premisa de que aumentó; Cabría preguntarse si es una aumento porcentual o simplemente numérico²⁶⁷, ya que año a año las cifras oficiales van a crecer, no solo por el crecimiento poblacional sino por la variable de la creación de nuevos tipos penales que entran a regir año con año, circunstancias bastante difíciles de establecer como variable.

Bajo esta premisa es que la mayoría de constructos legales tendientes al análisis de la seguridad parten del calificativo de “ciudadano” como un factor más de un discurso cotidiano y/o emotivo que teórico. Como bien indica Anitúa: “...esto lo que viene es a remarcar y aumentar el poder del Estado pero en el aspecto policial y penal porque se comprende como seguridad lo que nos causa o puede causar perjuicio, de manera que si solo analizamos como peligro la

²⁶⁵ Kliksberg, Bernardo. **Mitos y realidades de la criminalidad en Latinoamérica.** Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, FIIAPP. San José, 2007, p. 5

²⁶⁶ “Pero hay más: los hallazgos del informe indican que el temor entre la población aumenta a un ritmo que no corresponde con el incremento en las tasas de delictividad o con los riesgos que verdaderamente enfrentan las y los habitantes del país.” PNUD. **Programa del Estado de la Nación.** San José, 2006, p. 448)

²⁶⁷ Cf. (Andreski, 1973, p.151)

delincuencia convencional, únicamente se podría combatir con una política de represión policial, por ende solo se puede bajo una noción de seguridad ciudadana para que cobre sentido.” (Anitúa, 2006)

En este sentido, resulta importante mencionar que el estudio más próximo del fenómeno y materia prima de las políticas del presente Gobierno, se encuentran en el Plan Polsepaz antes señalado, el cual establece como uno de sus principales objetivos:

“La Política Nacional Integral y Sostenible de Seguridad Ciudadana y Promoción de la Paz -POLSEPAZ- es un instrumento de política dirigido a orientar la actuación del Estado costarricense en materia de seguridad ciudadana y promoción de la paz. Pretende atender los fenómenos de los que emerge la violencia y dirigirse a sus manifestaciones concretas. (PNUD, Polsepaz, 2012)

Por consiguiente y como correspondencia a los objetivos, la definición que sigue POLSEPAZ es: “En este enfoque, por seguridad ciudadana se entiende “la condición personal, objetiva y subjetiva, de encontrarse libre de violencia o amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros” (PNUD, Polsepaz, 2012) Por lo que la crítica sobre tipo de discurso es muy evidente y no admite mucha resistencia. Es decir, sigue el mismo discurso de la seguridad, como seguridad ciudadana.

De manera que las orientaciones actuales de lo que se podría llamar política criminal costarricense en el discurso político, se puede decir que siguen una tesis de únicamente sostener como necesidad de las personas, hacia la seguridad ciudadana (como el correctivo de delitos, en especial la delincuencia convencional), obviando múltiples estudio teóricos y de Derechos Humanos que hacen referencia a que la seguridad ciudadana no es un objeto autónomo sino que depende de una noción mucho más amplia (PNUD, 1994).

Por ello, la característica principal de populismo punitivo, a nivel de discurso es obviar los argumentos serios sobre determinado problema social y

en cambio brindar respuestas a la sociedad masificada para satisfacer la visión emotiva de los acontecimientos.

En palabras de Garland: “Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad «de la gente», del sentido común, de «volver a lo básico». La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufriendo y mal atendida, especialmente la voz de «la víctima» y de los temerosos y ansiosos miembros del público.”²⁶⁸

IV. AB INITIO: EL DISCURSO POPULISTA PUNITIVO

Primero, una especulación; En no pocas ocasiones parece que en todo problema argumentativo o en su gran mayoría, sin importar que sea académico o cotidiano, se le puede aplicar una clara distinción del nivel²⁶⁹ de sus explicaciones y motivaciones²⁷⁰, los cuales se les puede ver como categorías o niveles de razonamiento, para identificarlos de alguna manera.

Aunque la clasificación es arbitraria, se toma como punto de partida en vista del discurso que se proyectan bajo análisis, además para los fines propuestos, resulta útil -aspecto conceptual- y por los fines del lenguaje que generalmente se les asigna en la literatura mayoritaria, aunque no se desconoce que admita aplicar un principio de falsación²⁷¹.

²⁶⁸ Garland, David. **La cultura del control**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2005, p. 49.

²⁶⁹ Foucault, Miche. **La verdad y las Formas Jurídicas**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2003, p. 13.

²⁷⁰ Cf. Haba Muller, Pedro. **Metodología (Realista) del derecho**. Tomo I. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José. 2012, p.73.

²⁷¹ Cf. Popper, Karl. **Los dos problemas fundamentales de la Epistemología**. Editorial Tecnos. Madrid. 1978, p. 474.

Sin embargo, valga la aclaración, la distinción entre los mismos no presupone que uno de ellos sea el correcto y los restantes no, tampoco significa que uno u otro tenga un mejor criterio de veracidad o falsedad respecto a los restantes, todos pueden ser válidos y para los efectos presentes se analizan desde dicha perspectiva, recordando a Victoria Camps, “ninguna interpretación sea(es) absoluta y completamente correcta...”²⁷².

Ahora bien, lo que sí se puede establecer es analizar el grado de conveniencia o no en el respectivo nivel de razonamiento donde se expone la idea o ideas en cuestión.

La visión de los niveles apunta, hacia el hecho de que el tema discutido puede ubicarse --en distintos momentos y circunstancias-- en diferentes niveles de pertinencia (Cicerón, Sf, p. xxxv), los auditorios" que llama Perelman en su Nueva Retórica (Perelman & Olbrichts-Titeca, 1989, p. 55).

Por lo que se puede reducir, sin ánimo de establecer una clasificación estipulativa y de forma arbitraria para efectos de la presente investigación²⁷³, dos niveles o categorías según la conveniencia del discurso:

Una Categoría que puede llamarse derecho de lo social, sea el discurso de la opinión del lego, basado en el conocimiento del saber cotidiano y en algunas que otras veces en lo emocional: Aquí la posición adoptada obedece básicamente a una convicción, a una fe o en su defecto a un principio axiológico y categórico de quienes discuten, por antonomasia en el derecho la idea de justicia²⁷⁴.

²⁷² Camps, Victoria. **Ética, retórica, Política**. Alianza Editorial. Madrid. 1995, p. 37

²⁷³ Bajtin sostiene: “podría parecer que la diversidad de los géneros discursivos es tan grande que no hay ni puede haber un solo enfoque para su estudio, porque desde un mismo ángulo se estudiarían fenómenos tan heterogéneos como las réplicas cotidianas constituidas por una sola palabra, una novela en muchos tomos...” Bajtin, Mijaíl. **Estética de la creación verbal**. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires, 2013, p. 246.

²⁷⁴ Salas, Minor. **Los Rostros de la Justicia**. Editorial Isolma. San José. 2012, p.25.

En el caso del populismo punitivo y de la seguridad ciudadana, el mensaje de algunos de sus defensores²⁷⁵, éste se ubica precisamente en ese nivel. El cayado del mensaje no es un argumento. Es una simple imagen de las ideas donde no se apela a la racionalidad, sino a la afectividad y al sentimiento (como una falacia del todo²⁷⁶, “los ciudadanos, los costarricenses, “el país” etc), que se maximiza con el calificativo de ciudadano, lo cual conlleva a la representación de sujeto con el objeto para hacerlo propio, ello constituye la legitimación del sistema que se traduce en los votos o “resultados políticos” a decir de Garland.²⁷⁷.

Sin embargo, esto no puede hacer incurrir en una especie de falacia intelectualista. En este sentido, hay que reconocer que los mensajes de menos violencia o mayor combate a la delincuencia es algo apasionante, y lo es, por una razón de peso: porque es maravilloso que se conozca de una manera tan dinámica los procesos que se gestan en la investigación y combate a la

²⁷⁵ Mensaje de las agencias del Estado que forman parte del Control Social, políticos, organizaciones privadas de defensa de los derechos de las víctimas, y medios de comunicación.

²⁷⁶ Esta “falacia consiste en una tendencia dominante en el análisis social (y en el pensamiento ordinario de las personas) a agrupar bajo unidades conceptuales o bajo categorías generales, fenómenos de muy diversa y heterogénea índole” Salas, Minor. **La falacia del Todo: Claves para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas**. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. Número 10,. año 2006/2007, p. 1)

²⁷⁷ Garland, David. **Crimen y Castigo en la modernidad tardía**. Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y la Pontificia Universidad javeriana. Bogotá. 2007, p. 208.

delincuencia máxime cuando es televisado²⁷⁸ y son noticias²⁷⁹ que trascienden y mejor aún cuando se logra el objetivo²⁸⁰: los malos son atrapados²⁸¹.

Esta categoría del discurso, con mucha frecuencia se discute de manera informal. Con lo cual puede suceder que esas afirmaciones sean correctas o incorrectas si se examinan con más cuidado. Pero lo cierto del caso es que ellas son bastante representativas o simbólicas, pues ahí salen al paso eventualmente y de vez en cuando, toda clase de prejuicios y pre-concepciones valorativas²⁸².

Aquí, se puede decir emergen, en suma las más arraigadas convicciones y creencias íntimas, las cuales juegan un papel bien distinto a las convicciones teóricas y en general todos los juicios de valor que se puedan emitir, a decir de Ferrajoli "*en todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio*"²⁸³. Se trata de eso que en sociología se denomina "teorías de la cotidianidad"²⁸⁴, pero lo que interesa es reconocer en que nivel de pertinencia se esta situado con el discurso.

En esta categoría es que se presenta el conocimiento popular de la sociedad y que se manifiesta en encuestas, en la televisión y en general en todos

²⁷⁸ Es curioso ver como las diligencias de detención y allanamiento muchas veces son televisadas y las imágenes de los detenidos puestas en primera plana con una simple raya negra de distorsión de los ojos.

²⁷⁹ Sobre este punto, con mayor marketing las series de televisión estadounidenses logran una gran proyección.

²⁸⁰ Cf. Elbert, Carlos. **El populismo penal en Costa Rica**. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 3, año 2011, p. 3. www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr.

²⁸¹ Cf. Goffman, Irving. **Estigma. La identidad deteriorada**. Editorial Amorrurtu. Buenos Aires. 2010, p. 13.

²⁸² Haba Muller, Pedro. **El Espejismo de la interpretación literal**. Tomo II. Editorial Vlamarán, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia. San José, 2003, p.67.

²⁸³ Ferrajoli, Luigi. **Derecho y Razón**. Editorial Trotta. Madrid. 1995, p. 57.

²⁸⁴ Goffman, Irving. **La presentación de la persona en la vida cotidiana**. Editorial Amorrurtu. Buenos Aires. 2009, p. 272.

los medios de comunicación, redes sociales, etc, lo que Ferrajoli llama “*la fábrica del miedo*”²⁸⁵ las cuales vienen a reproducir ese temor del delito del cual la clase política utiliza como uno de sus caballos de batalla en las propuestas electorales.

La segunda categoría, es la **teorética**²⁸⁶: Igual, se le puede llamar técnicamente como la categoría metateorética o de metalenguaje. Presupone unos análisis más rigurosos de las proposiciones gramaticales que se emiten, incluidas claro esta los mensajes de los programas de Gobierno.

Aquí se trata de unos razonamientos metódicos, en los cuales los argumentos no necesariamente coinciden con aquellos que sí son pertinentes en el ámbito de la categoría del conocimiento cotidiano, verbigracia, el sentimiento de inseguridad ciudadana con los índices delictivos formales y las tasas oficiales el cual parece ser la característica del discurso del populismo punitivo.

No está de más señalar que desde esta óptica, el razonamiento de las nociones de seguridad ciudadana y populismo son elementos emotivos y cotidianos, nunca teoréticos, por lo que es claramente una propuesta pura y simple sin ningún tipo de elementos empíricos y rigor lógico para que establezca su posibilidad de ejecución o pertinencia en aras de contribuir en la sociedad respecto a la ideas que supuestamente lo inspiran. Por ello, se puede deducir algunas consideraciones preliminares:

²⁸⁵ Ferrajoli, Luigi. **El populismo penal en la sociedad del miedo**. En: Zaffaroni, Raul, Ferrajoli, Luigi, otros. **La emergencia del Miedo**. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2012, 58.

²⁸⁶ Cf. Foucault, Michel. **La Arqueología del saber**. Editorial Siglo XXI. México DF. 1978, p. 75.

- A partir de unos datos puramente emotivos, se extraen conclusiones valorativas. Se incurre consecuentemente en lo que se ha denominado un naturalismo lingüístico.²⁸⁷

- Se extraen, mediante una inferencia inválida, conclusiones consecuentemente erróneas, como por ejemplo, cuando se dice que: Entre mayor represión penal, menos delincuencia.²⁸⁸

A partir de ello, se puede considerar algunos elementos que distinguen el discurso populista en manifestaciones concretas del ordenamiento jurídico costarricense, por medio de sus agencias representantes del control social, el cual va *indisolublemente asociados*²⁸⁹ y a su vez permitirían analizar en cual categoría del discurso –según su pertinencia vista- se pueden situar dicho discurso.

Siendo así, se puede bosquejar que para el discurso garantista, las siguientes ideas, serían propias del populismo punitivo, entre otras.

²⁸⁷ Salas, Minor. **Magia Verbal. La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social.** Nómadas. Revista Crítica de ciencias sociales y jurídicas. Servicios de Publicación de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2006, p. 95.

²⁸⁸ Wacquant, Loic. **Las cárceles de la miseria.** Editorial Manatíal. Buenos Aires. 2004, p. 57.

²⁸⁹ Bustos Ramírez, Juan. **Control Social y Sistema Penal.** Editorial Promociones Publicitarias Universitarias. Barcelona. 1987, p. 475.

V. ALGUNAS MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL DISCURSO POPULISTA PUNITIVO EN COSTA RICA, SEGÚN EL DISCURSO GARANTISTA

Incremento de las Penas: Algunas propuestas se acercan a la reclusión de por vida.

Desde inicio de la vida en sociedad, se ha tratado de adecuar la conducta de los individuos aplicándoles castigos severos de muy diversa índole²⁹⁰, para de esta manera tratar de adecuar la conducta de dichos individuos con el fin de mantener el orden social imperante, hasta llegar a la imposición – modernamente- de la privación de la libertad.

Por lo que, desde la época moderna se puede decir que aplicación del castigo penal por excelencia ha sido la prisión. En Costa Rica no es la excepción, así el código penal establece que la pena principal es la prisión -código penal, Art 51-, y en la mayoría de las reformas penales lo único que buscan es el incremento de las penas de prisión.

Un ejemplo en este apartado resulta ilustrativo, y que actualmente se discute en la Asamblea Legislativa mediante proyecto de ley número 18169 Reforma al código penal para endurecer las penas, en cual en su justificación indica:

“Este proyecto tiene como fin principal endurecer las penas establecidas en el Código Penal actual, para que estos agresores no aprovechen su condición de familiares, tutores, etc, o peor aún la condiciones de indefensión que manifiestan estas personas, es evidente que la imprudencia y la falta al debido respeto por condiciones culposas nos deben también preocupar, existe un claro irrespeto por la vida de nuestros semejantes y más por aquellos que al encontrarse en estado de indefensión ven como aquellos sus agresores, sus

²⁹⁰ Cf. Malinowski, Bronislaw. **Crimen y Castigo en la Sociedad Salvaje**. Editorial Planeta Agostini. Barcelona. 1985, p. 49.

verdugos los castigas sin ningún sentimiento de culpabilidad, de ahí la idea que modificar el tipo penal cuando existan condiciones de culpa dentro de la acción del infractor”²⁹¹.

Como se puede apreciar de la simple lectura, El Estado en la utilización del monopolio de la represión de los delitos parte casi de forma exclusiva con políticas represivas mediante el artificio de la elevación de penas, tomando como punto de partida una clara política de prevención general negativa y respecto al imputado simplemente la inocuización.

Endurecimiento de sistema penitenciario: Limitaciones a los beneficios carcelarios. Congruente con lo anterior, también esta manifestación del discurso punitivista en el sistema penitenciario entra con mucha fuerza, agregando que en el caso costarricense no solo en la elevación de la sanción por cumplir, la disminución de los beneficios, sino que también en la búsqueda de obligar a los reclusos a trabajar para contribuir con su alimentación (Expediente Legislativo 17575, 2012)²⁹² e incluso en la reparación civil de las víctimas (Proyecto de Ley 17142, 2012)²⁹³.

Ello, evidentemente busca reformar los beneficios carcelarios, que en Costa Rica se regulan en el artículo 55 de código penal.²⁹⁴

²⁹¹ Asamblea Legislativa, **Expediente Legislativo 18169**. 2012.

²⁹² **Asamblea Legislativa, El expediente 17575**. Proyecto de ley para modificar el artículo 55 del código penal. El cual indica en su justificación: El presente proyecto de ley, pretende adicionar disposiciones a dicho artículo con el fin de que todos los condenados o indiciados tengan la obligación de trabajar sea favor de la Administración Pública, de las instituciones autónomas del Estado o de la empresa privada, sin que signifique que ha sido cedido a estas últimas.

²⁹³ **Asamblea Legislativa, Expediente. 17142**. Proyecto de ley para facilitar el acceso de las víctimas a la reparación de los daños y perjuicios derivados de un delito.

²⁹⁴ **Código Penal de Costa Rica**. 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

En esta misma línea, en la Asamblea también se discute otro proyecto de ley, aunque más avanzado por cuanto ya se le dio una votación a favor de las dos necesarias para que se convierta en ley de la república, que pretende reducir la posibilidad del beneficio de ejecución condicional de la pena por una lista taxativa de delitos, con lo cual prácticamente, a ciertas infracciones se les aplicaría una clara prevención especial negativa.

Este proyecto tiene como fin excluir una lista de delitos, que vulneran los bienes jurídicos más fundamentales, en los cuales no será posible aplicar la ejecución condicional de la pena.

Dichos delitos comprenden todos aquellos con acciones antijurídicas dolosas contra la vida e integridad física de las personas; los delitos relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores; el secuestro extorsivo. Además incluye en los delitos contra la propiedad; todos aquellos delitos que atenten contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley general de policía y la policía judicial y delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado.²⁹⁵

Como se puede observar, la modificación propuesta, permite que entren en lista prácticamente cualquier delito.

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”

²⁹⁵ **Asamblea Legislativa, Expediente.** 17489. Proyecto de ley para limitar la ejecución condicional de la pena.

Por ultimo agrega dos formas más de exclusión del beneficio, a quien sea sentenciado por delinquir contra cualquier cuerpo de policía y quien atente contra la propiedad.

Como resulta patente, los redactores dejaron muy pocos tipos penales por fuera aunque podrían entrar en la premisa de la criminalidad organizada, pareciera que solo quedarían los delitos culposos. Por lo que en la práctica, la propuesta busca la abolición de la libertad condicional como beneficio carcelario.

Contracara: La visión del renacimiento de las víctimas y limitaciones a las soluciones alternas del proceso.

El surgimiento de la víctima como una manifestación del populismo punitivo tiene su fundamento en la idea de que el sistema de justicia penal tiene como objetivo castigar los actos contrarios a derecho que constituyan delitos, con lo cual el Derecho Penal está orientado hacia y contra el imputado, por lo que se dice que *la "víctima queda en una situación marginal o imitada a la participación como testigo en el investigación penal"*²⁹⁶ (Molina Arrubla, 2010, p. 23), obviando todo el proceso de victimización: Es decir, la problemática de comprender los hechos y por qué además del realizar sus derechos de acceso a la justicia, de restitución, reparación y de restauración con la debida asistencia y de representación en todo el proceso.

Este surgimiento, incluso ha sido incluido en muchas declaraciones de derechos a nivel internacional²⁹⁷, lo cual no es lo criticable, sino la inclinación de

²⁹⁶ Molina Arrubla, Carlos Mario. **La Víctima en el Proceso Penal**. Editorial Jurídica Diké. Bogotá. 2010, p. 23.

²⁹⁷ La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General. Aprobada por la Asamblea General en su sesión plenaria 96ª, el 29 de noviembre de 1985.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General). Aprobada por el Consejo Económico y Social en su sesión 15ª del 24 de mayo de 1989. Solo para citar dos ejemplos de vieja data. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. **Proceso Penal Comentado**. Editorial Jurídica Continental, San José, 2009, p.199.

la balanza y la mayor preponderancia hacia la víctimas²⁹⁸, lo cual conlleva en algunos casos incluso a volver casi a la venganza privada.

Por que, en resumen las consecuencias propias del punitivismo se pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

Concesión de derechos en el control del proceso y el ejercicio de la acción penal: Siguiendo con las ideas del discurso punitivo, entre las formas de intervención que se establecen a la víctima y que vienen a ser una manifestación punitivista, se pueden indicar las siguientes:

1. Solicitar, en los casos en que proceda, la conversión de la acción pública en privada (art 20 CPP), Con lo cual, a pesar del monopolio de la acción penal, existe la posibilidad de “decisión ” de la víctima para que continúe el proceso penal.
2. Convenir sobre la petición de suspensión del procedimiento a prueba (art 25 CPP), lo cual en la redacción original y entrada en vigencia del Código Procesal Penal no existía, sin embargo en el año 2001, mediante ley 8146 del 30 de octubre se vino a cambiar el derecho de Audiencia por el derecho a convenir en la suspensión del proceso a prueba.
3. Delegar la acción civil en el Ministerio Público(art 39 CPP); Figura novedosa en el código procesal penal vigente, con lo cual se permite la persecución, no solo de la acción penal, sino también la civil a favor de la víctima.
4. La facultad de denunciar y de instar la acción (art 17 y 18 CPP);

²⁹⁸ Salas, Ricardo. **En Busca del paraíso Perdido. En: Política Criminal En el Estado Social de Derecho. Libro Homenaje a Enrique Castillo Barrantes.** Editorial Jurídica Contiental. San José. 2010, p. 155.

5. Solicitar y obtener la pronta devolución de los objetos secuestrados (art 200 CPP);
6. Solicitar protección mediante medidas cautelares a cargo del agresor(art. 244 y 248 CPP);
7. Presentar objeción ante el Tribunal el archivo fiscal de las actuaciones, ofreciendo pruebas que permitan individualizar al imputado(art 298 CPP);
8. Poder controlar la conclusión del procedimiento preparatorio por el Ministerio Público(art 300 CPP);
9. Conocer la acusación previo a que el Ministerio Público la presente ante el tribunal correspondiente (art 306 CPP);
10. Solicitar, asistir y participar en la audiencia de conciliación (art 36 CPP);
11. Exponer sobre los hechos en la clausura del debate (art 358 CPP);
12. Manifestar su criterio en cuanto a la procedencia del procedimiento abreviado (art 374 CPP);
13. Solicitar al Ministerio Público a que interponga los recursos que sean pertinentes (art 441 CPP);
14. Impugnar la sentencia absolutoria, siempre que el Ministerio Público decida no hacerlo (art 44 CPP);
15. Derecho al auxilio judicial previo incluso en delitos de acción privada (art 381 CPP);
16. Derecho a la privacidad en las audiencias públicas, cuando se le afecten el pudor, la vida privada y otros (art 330 CPP);

17. Si se constituye en querellante o actor civil, tiene además derecho a: ofrecer prueba para el juicio (art 334 CPP);
18. Derecho a desistir de la acción o de su participación como querellante en cualquier estado del proceso y conciliar (art 78, 79 y 383 CPP);
19. Dar lectura a la querrela en el juicio y ampliar la acusación (art 341 y 347 CPP);
20. Poder interrogar al imputado y a los testigos en la etapa de debate (343 CPP);. Entre otras.

El objetivo de establecer estos derechos es para indicar que no todas las garantías concedidas a la víctimas son una manifestación del populismo punitivo, sino aquellas que tienden a establecer un rol preponderante en el proceso y en perjuicio de la parte acusada, como lo es la necesidad de manifestación en el proceso abreviado, o la posibilidad de estar justificando el Estado mediante el Ministerio Público las razones para apelar o no una decisión, e incluso ir más allá y suplantar la autoridad de la Fiscalía y impugnar la misma víctima.

Protección de testigos en las fases del proceso: Este tópico se establece como una norma de derecho vigente, ya que es ley de la república, conocida como ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal (Ley 8720).

En lo que interesa esta ley vino a establecer medidas de protección de la víctima y testigos que vienen a vulnerar seriamente el derecho de defensa, en concreto en las medidas de protección procesal, las cuales se establecen:²⁹⁹:

²⁹⁹ Ley 8720. Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al código procesal penal y código penal. Artículo 11.

Protección procesal: cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida, su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la víctima o el testigo tendrán derecho a que se reserven los datos de su identificación, tales como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y a que no consten esos datos en la documentación del proceso; además, en los casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado ni por las demás partes, sin perjuicio del derecho de defensa. Para asegurar el testimonio de la persona y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles, como la videoconferencia o cualquier otro medio similar que haga efectiva la protección acordada, tanto en el juicio como cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba.

Como se puede apreciar, según las circunstancias se podrían estar en un proceso con testigos sin rostro y desconocidos totalmente sin poder tener elementos para cuestionar su deposición o motivaciones para declarar, aunque la jurisprudencia³⁰⁰ ha indicado que dicha protección no se aplica en sede de juicio, aunque no deja de ser preocupante en las fases previas que precisamente le dan sustento al acervo probatorio y que normativamente se podría incluso aplicar en juicio o esta que esté firme la sentencia, según el artículo 304 del CPP.

Curiosamente dicha norma el máximo tribunal constitucional le dio el visto bueno de constitucionalidad, casi desde su misma fecha de promulgación mediante resolución 17907-10, aunque los argumentos indicados son más de índole genérico que técnicos en cuanto a los puntos en discusión como lo es la protección de testigos.

³⁰⁰ Sala Tercera, votos, 1371-10 y 27-11 entre otros.

Para ello sostiene la Sala Constitucional:

“...hay que tomar en consideración, que las nuevas tendencias mundiales en materia penal buscan rescatar el papel de la víctima y el damnificado a través de mecanismos que les permitan defender sus intereses en forma adecuada, dentro y fuera del proceso penal, aún sustituyendo al Ministerio Público en los casos en que este -por razones de oportunidad o legalidad- estime que no debe continuarse con la investigación de la acción atribuida. Si la función primordial de la justicia constitucional es la de buscar la solución más justa interpretando y aplicando las normas dentro del contexto de un sistema democrático de derecho, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona e igualdad de trato y oportunidad, no puede más que fallarse este caso, a favor de los intereses de la víctima u ofendido, para concederle la oportunidad de ejercer, en un plano de igualdad, los recursos tendentes a lograr la defensa de sus intereses. Además el artículo 41 de nuestra Constitución, según lo ha expuesto ya la jurisprudencia constitucional, establece un conjunto de principios básicos a los cuales los individuos y el Estado deben ajustar su actuación en el ámbito de la justicia y como señala que las personas han de encontrar reparación para las injurias o daños, claramente se está disponiendo que las leyes deben orientar la tutela de los derechos quebrantados mediante normas que, por una parte regulen o amparen el derecho de cada uno, y por otra, establezcan los instrumentos procesales adecuados para que las personas tengan acceso a la justicia y la obtengan de comprobarse el agravio.”

Aumento de los plazos de la prisión preventiva: El último de los puntos por señalar, se refiere a la problemática de la prisión preventiva.

Como manifestación del punitivismo las reformas penales han venido a establecer prácticamente la privación de libertad como una regla y la libertad la excepción; Con razón Benjamín decía en su octava tesis de la filosofía de la

historia que “la tradición de los oprimidos nos enseña entretanto que el estado de emergencia en que vivimos es la regla”³⁰¹.

Esto porque en tratándose de la detención provisional, se ha establecido plazos realmente amplios que conllevan a una verdadera pena del banquillo para los imputados.

Las últimas reformas convertidas en legislación constituyen verdaderas medidas automáticas de largo plazo en perjuicio de los derechos de los imputados, por ejemplo en tratándose de delincuencia organizada se establece un plazo ordinario de hasta veinticuatro meses.³⁰²

Lo paradójico de esto es que para que sea delincuencia organizada basta que se dé “un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves....

Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará, exclusivamente, a las investigaciones y para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.³⁰³”

Como se puede observar, lleva razón don Walter Antillón cuando establece: “*Todas estas leyes apuntan claramente en una dirección: expandir el poder punitivo del Estado y reducir correlativamente las garantías de defensa*

³⁰¹ Benjamín, Walter. **Angelus Novus. Tesis de Filosofía de la Historia**. Editorial Comares. Granada. 2012, p. 40.

³⁰² Ley 8754 Sobre delincuencia organizada. Art. 7.- Plazo de la prisión preventiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos a) y b) del artículo 257 del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594, el plazo originario de la prisión preventiva será hasta de veinticuatro meses.

³⁰³ Ley 8754 Sobre delincuencia organizada. Art. 1.

*del imputado en el proceso, con el objetivo no aparente (pero principal en mi criterio) de disuadir o sofocar la oposición democrática...*³⁰⁴

En igual sentido, por medio de la Ley de protección a víctimas y testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, número 8720 de 4 de marzo de 2009, surge en el sistema Procesal Penal costarricense un procedimiento especial para el juzgamiento de delitos cometidos en flagrancia.

Por dicha reforma, en el Código Procesal Penal en el artículo 430 regula el dictado de la prisión preventiva en el procedimiento de flagrancia, cuando señala que:

“cuando el fiscal considere la conveniencia de la imposición de la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar, lo podrá solicitar así al tribunal de juicio, desde el inicio del proceso.”(art 430 CPP)

Sigue indicando dicho artículo que *“para todo aquello que no se indique expresamente en este artículo, regirán las reglas de la prisión preventiva que se regulan en esta normativa procesal penal.(ibidem)”*

De dicho artículo se deduce respecto a la prisión preventiva, que todo aquello que no se regule en materia de prisión preventiva en el procedimiento de flagrancia, se rige por las reglas generales de la prisión preventiva del Código Procesal Penal.

Sin embargo, cuando se revisa las normas generales sobre la apelación de la prisión preventiva del Código Procesal Penal, se establece que se procede el recurso de apelación contra la prisión preventiva, únicamente contra lo resuelto durante las etapas preparatoria e intermedia del proceso, dichas etapas son las que viene a eliminar el proceso de flagrancia por lo que la prisión

³⁰⁴ Antillón, Walter. **El Proceso Penal. Ensayos.** Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José. 2012, p. 27.

preventiva en dicho proceso carece de curiosamente del recurso alguno contra la prisión preventiva por el principio de taxatividad de los recursos.

Incluso dicha posición es avalada por el máximo tribunal constitucional, cuando éste ha sostenido que no hay violación alguna en dicho proceso por parecer de recurso para ello, sostiene:

“... Sobre el particular, debe decirse que no existe un derecho irrestricto a la doble instancia, y el hecho de que no se establezca en forma expresa la posibilidad de plantear el recurso de apelación, no violenta el debido proceso. El derecho a recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.8.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, está previsto en relación con la sentencia condenatoria y no en relación con todas las resoluciones del proceso...”³⁰⁵ Por lo que actualmente, las personas que son juzgadas mediante el procedimiento en flagrancia y se les dicta prisión preventiva, no tienen acceso a que dicha resolución sea revisada por un órgano superior.

Ante lo cual cabe preguntarse, doble instancia es sinónimo de derecho a recurso como parece comprender el tribunal constitucional?, igualmente, resulta curioso que sustenten el principio de taxatividad de los recursos como criterio absoluto cuando no lo es: primero por determinación de la misma ley, vía de la idea del gravamen irreparable; Segundo, por la misma jurisprudencia constitucional y los principios pro libertate³⁰⁶.

³⁰⁵ Sala Constitucional, Corte Suprema de Costa Rica, voto 11099-09.

³⁰⁶ Véase los argumentos emitidos por Sala Constitucional, entre otros, en los votos, 282-09, 300-90, 856-01, 8591-02 entre otros.

VI. POST SCRIPTUM

La célebre frase de García Borés ilustra el imaginario social del discurso populista punitivo respecto al proceso penal y en especial a la pena de prisión:

*“Uno de los primeros aspectos que afloran al profundizar en el imaginario social en torno a la delincuencia, en el significado del crimen, es que éste se encuentra asociado a un número muy determinado de delitos...”*³⁰⁷

Así, una primera inferencia, la cual se erige en un discurso muy cautivador, el de los buenos, los sufridos y en general, de las víctimas pero de la delincuencia convencional. Difícilmente en el imaginario social, cotidiano y emotivo alguien pueda ir contra de ello, más cuando es retransmitido una y otra vez por los medios de comunicación y redes sociales.

Sin embargo, este discurso carece de todo componente teórico o empírico. Mas bien, es claro que como se proyectó al inicio del presente escrito, queda manifiesto que las respuestas débiles son las que imperan a nivel del sistema penal cuando se presenta la disyuntiva de la criminalidad en el discurso, y éste a su vez, resulta más ser de categoría emocional y cotidiano que teórico ya que no viene a establecer ninguna solución, por lo que es otra respuesta débil -a decir de Sousa Santos- frente a un pregunta fuerte.

Una segunda inferencia se puede establecer en la falacia del pensamiento por deseos, la que se traduce en la necesidad de suplir la seguridad física por medio del Derecho sancionador, un problema del ser, resuelto según el populismo punitivo, mediante el deber ser.

Lo cierto del caso es, que el populismo punitivo es hijo y razón de ser –en la rama jurídica- de la modernidad, sin embargo esto no significa aceptar que

³⁰⁷ García Borés Espí, Josep. **Castigar la única ocurrencia**. En: Rivera Beiras, Iñaki. **Contornos y Pliegues del Derecho. Libro Homenaje a Roberto Bergalli**. Editorial Anthropos. Barcelona. 2006, p. 204, 205.

sea novedoso, “sino que se trata en realidad de un fenómeno que ha sido utilizado desde antiguo –y siempre para los mismos e idénticos fines-...”³⁰⁸. Lo que en un inicio se vio como un gran paso de la humanidad, -la emancipación siguiendo nuevamente a De Sousa Santos- se vino a convertir en una excesiva regulación en el sentido foucaultiano en una verdadera sociedad disciplinaria³⁰⁹, No hay ciencias liberadoras, las ciencias son todas disciplinarias.

El sujeto de la modernidad se constituye en el molde del Panóptico. El método del panóptico es el examen pero no es un instrumento de saber-poder (sino, véase las reformas, carentes de un mínimo análisis de razonabilidad antes señaladas), por ello se dice que se vive en un control político³¹⁰ y éste se legitima con su discurso punitivo, emotivo y cautivador.

Cuando se pasó a un sistema de heterocomposición, se pensó en la eliminación de la venganza privada, circunstancia ante la cual pareciera lleva hoy en día el discurso que sustenta el movimiento punitivista, como una vuelta al pasado.

Todas las acciones, tanto reformas como proyectos de ley tienen un núcleo en común, potenciar los principios nacidos con la revolución francesa, los cuales precisamente fueron los puntos arquimédicos de la modernidad, aunque el principio de fraternidad es el olvidado, contrario al desarrollo de la igualdad y la libertad, por lo que resulta congruente como se ha indicado en este trabajo: la fraternidad no cabe en el discurso punitivista.

³⁰⁸ Torres, Gabriel Ignacio. **Derecho Penal de Emergencia**. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 2008, p. 107.

³⁰⁹ Foucault, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Editorial Gedisa. Barcelona. 1995, p. 95.

³¹⁰ Morrison. Wayne. **Criminología, Civilización y nuevo orden mundial**. Editorial Anthropos. Barcelona. 2012, p.1.

En realidad siguiendo con ello a Garland no se está ante un nuevo fenómeno de respuesta criminal³¹¹, sino que se está en presencia del producto que el paradigma de la modernidad ha construido; Ninguna propuesta del discurso punitivista es novedosa, incluso se puede decir que son de tiempos muy lejanos³¹².

Ahora bien, pareciera pertinente, antes de uno enfrascarse en una discusión, examinar, si es posible; si el interlocutor que departe con uno se encuentra en el mismo nivel de razonamiento y sobretodo conocer que se espera del mismo. En este caso, al discurso punitivista se les exigiría propuestas serias y concretas, por lo que su discurso debería estar en el nivel teórico.

De no ser así, algo que se dijo y resulta pertinente en una categoría puede bien no serlo en la otra. Se cae así en un diálogo de sordos (técnicamente, en una discusión ilimitada).

El ejemplo clásico lo es, los debates de las políticas de seguridad ciudadana impulsadas por la clase política costarricense, los cuales son fiel reflejo del discurso punitivista.

Decía Wacquant que “la criminalidad no ha cambiado tanto como la visión que tiene la sociedad sobre algunas ilegalidades³¹³” (Wacquant, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, 2009, p. 32), por ello, se

³¹¹ Garland, David. **La Cultura del Control**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2001, p. 91.

³¹² No sería totalmente descabellado pensar que en tiempos remotos, mientras se iba aplicar un castigo, alguien opinara que merecía un mal mayor. Un ejemplo clásico esta en el interrogatorio de Sócrates a Meleto, y en general en la apología de Sócrates. En este caso y guardando las distancias no sería llamado hoy un populista punitivo a Meleto y garantista a Sócrates?. Jenofonte. **Recuerdos de Sócrates, Económico, Banquete y Apología de Sócrates**. Editorial Gredós. Madrid, 1993, p. 371 y ss.

³¹³Wacquant, Loic. **Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social**. Editorial Gedisa. Barcelona. 2009, 32.

puede decir que el fenómeno delictivo, no es el objeto final que tienda hacia una verdadera política de seguridad, salvó la que se le califique de ciudadana, por lo que es claro que éste discurso entra en la categoría de ser simplemente emotivo y cotidiano. Tiende más a congraciarse con las personas desean escuchar que a brindar verdaderas soluciones.

Por lo que la lleva razón Salas en su conclusión respecto a la función del Derecho Penal:

“La función Principal del derecho penal es, por ende y en lo principal, una función simbólica: ofrece consuelo o la posibilidad latente de éste a los grupos humanos en dificultades. Y si no es consuelo que sea al menos la posibilidad de venganza.”³¹⁴

Como puede verse, un discurso de seguridad ciudadana, no abarca solo con el análisis de fenómeno delictivo (seguridad personal) sino con los otros elementos que conforman el análisis de la seguridad humana, los cuales son tanto igual o superior en importancia al problema delictivo.

Lo anterior, porque las políticas públicas, una de ellas las de seguridad humana, casi siempre están alejadas del ser humano. La persona en concreto no se le consulta sobre qué hacer o no hacer.

Así entendida entonces, es claro que la seguridad ciudadana es un síndrome, o un conjunto de fenómenos, más que un concepto que designe a una cosa analíticamente distinta a otras. Por lo que un discurso pensado en este concepto esta fuera de todo nivel teórico, más bien solo serviría para “provocar sentimientos, no estados intelectuales”³¹⁵.

³¹⁴ Salas, Minor. **Los rostros de la justicia**. Op. Cit. 177.

³¹⁵ Kolakowski, Citado por: Nieto, Alejandro. **El arbitrio Judicial**. Editorial Ariel. Barcelona, 2000, p.354.

Por lo que es claro que el populismo punitivo, -a pesar de su representación ideológica en las reformas penales señaladas en los presentes apuntes-, como discurso es un simple pensamiento por deseos, el cual no tiene nada de novedoso y actual, por cuanto no es sino, una forma más del discurso cotidiano ya que pretende pasar ser una solución (discursiva) a un componente empírico, lo cual conlleva a dos cosas: constituir un ejemplo de una falacia naturalista y ser una proyección más de la misma línea temática, ahora con el ropaje de una etiqueta: populismo punitivo, pero no es sino, más de los mismo; El discurso de insatisfacción frente a las políticas estatales en relación al delito.

VII. BIBLIOGRAFIA

Andreski, S. (1973). *Las ciencias sociales como forma de brujería*. Madrid: Editorial Taurus.

Anitúa, I. (2006). *Pensamiento Penal*. Recuperado el 20 de febrero de 2012, de www.pensamientopenal.com.ar

Antillón, W. (2012). El discurso de la seguridad ciudadana en las recientes reformas procesales. En *Reflexiones jurídicas frente al populismo punitivo en Costa Rica*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Bajtín, M. (2013) *Estética de la creación verbal*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.

Baumann, Z. (1996). Modernidad y Ambivalencia. En J. Beriaín, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Baumann, Z. (2005). *Modernidad y Ambivalencia*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Benjamín, W. (2012). *Angelus Novus*. (H. Murena, Trad.) Granada: Editorial Comares.

Bustos Ramírez, J. (1987) *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: Editorial Promociones Publicitarias Universitarias PPU.

Camps, Victoria.(1995) *Ética, Retórica y Política*. Madrid: Editorial Alianza.

Cicerón, M. T. (Sf). *Diálogos del Orador*. (M. Mélenz Pelayo, Trad.) Madrid: Editorial Gredós.

Código Penal. (2012). *Código Penal*. San José: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas.

De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica*. (C. Lema Ayón, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.

De Sousa Santos, B. (2011). *el Milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. (A. Barreta, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.

De Sousa Santos, B. (2012). *De la mano de Alicia*. (C. Bernal, & M. García Villegas, Trads.) Bogotá: Editorial Siglo del hombre Editores.

Elbert, C. (2011) El populismo penal en Costa Rica. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 3, año 2011, p. 3. Recuperado de: www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr. Consulta 2 feb, 2012.

Expediente Legislativo 17575, A. L. (2012). *Asamblea Legislativa*. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa: www.asamblealegislativa.go.cr

Expediente Legislativo 17997. (2012). Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa de Costa Rica: www.asamblealegislativa.go.cr

Expediente Legislativo 18169, A. L. (2012). *Asamblea Legislativa*. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa: www.asamblealegislativa.go.cr

Ferrajoli, L. (2012). El populismo penal en la sociedad del miedo. En R. Zaffaroni, L.

Ferrajoli, S. Torres, & R. Basílico, *La emergencia del Miedo* (A. Barbieri, & A. Catoira, Trads.). Buenos Aire: editorial Ediar.

Foucault, M. (1978). *Arqueología del saber*. (A. Garzón del Camino, Trad.) Mexico DF: Editorial Siglo XXI.

Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: editorial Gedisa.

García Borés Espí, J. *Castigar: La única ocurrencia*. En: Rivera Beiras, I. (2004) *Contornos y Pliegues del Derecho. Libro Homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Garland, D. (2001). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. (M. Sozzo, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.

Garland, D. (2005). *La cultura del control*. (M. Sozzo, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.

Garland, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. (M. Iturralde, Trad.) Bogotá: Editorial Siglo del Hombre Editores.

Goffman, I. (2009). *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.

Goffman, I. (2010). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.

Haba Muller, P. (2003). *El Espejismo de la interpretación literal. Tomo II*. San José: Escuela Judicial, Corte Suprema de justicia de Costa Rica.

Haba Muller, P. (2012). *Metodología (Realista) del derecho. Tomo I*. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Jenofonte.(1993) *Recuerdos de Sócrates, Económico, Banquete y Apología de Sócrates*. Madrid: Editorial Gredós.

Kliksberg, B. (2007). *Mitos y realidades sobre la criminalidad en latinoamerica*. San José: Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y políticas Públicas. (FIIAPP).

Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas*. México DF.: Editorial Fondo de Cultura Económica.

Nieto, A. (2000). *El arbitrio Judicial*. Barcelona: Editorial Ariel.

Llobet Rodríguez, J. (2009). *Proceso penal comentado*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Malinowski, B. (1985). *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*. Barcelona: Editorial Planeta-Agostini.

Molina Arrubla, C. M. (2010). *La víctima en el proceso penal*. Bogotá: Editorial Diké.

Morrison, W. (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. (A. Piombo, Trad.) Barcelona: Editorial Anthropos.

Perelman, C., & Olbrichts-Titeca. (1989). *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. (J. Sevilla Muñoz, Trad.) Madrid: Editorial Gredós.

PNUD. (1994). *Informe sobre el Desarrollo Humano: Nuevas dimensiones de la Seguridad Humana*. PNUD. Mexico DF: Fondo de Cultura Económica.

PNUD. (2012). *Polsepaz*. Recuperado el 2 de noviembre de 2012, de PNUD: www.pnud.or.cr

Polanyi, K. (1989). *La gran transformación*. (J. Varela, & F. Álvarez Uría, Trads.) Madrid: Editorial La Piqueta.

Programa del Estado de la Nación, P. (2006). *V Informe del Progrma Estado de la Nación*. Recuperado el 10 de enero de 2008, de PNUD: www.pnud.or.cr

Proyecto de Ley 17142, A. L. (2012). *Asamblea Legislativa*. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa: www.asamblealegislativa.go.cr

Proyecto de ley 17489, A. L. (2012). *Asamblea Legislativa*. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de Asamblea Legislativa: www.asamblealegislativa.go.cr

Rivera Beiras, I. (2005) *Política Criminal y Sistema Penal*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Salas, M. (2006). Magia Verbal: La manipulación del lenguaje en el discurso jurídico, político y social. *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas* (14).

Salas, M. (2006/2007). La falacia del todo. Claves para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas. *Revista Telemática del Filosofía del Derecho* (10).

Salas, R. (2010). en busca del paraíso perdido (Apuntes sobre el populismo penal). En *Política Criminal En el Estado Social de Derecho*. Libro Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José: Editorial Jurídica Continental.

Tedesco, I. *El Castigo como una forma compleja institución social: El Pensamiento de David Garland*. En: Rivera Beiras, I.(2004) *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona: Editorial Anthropos.

Torres, G. (2008). *Derecho Penal de Emergencia*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. (H. Pons, Trad.) Buenos Aires: Editorial Manantial.

Wacquant, L. (2009). *Castigar a los pobres.El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. (M. Polo, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa.

Wittgenstein, L. (2012). *Investigaciones filosóficas*. (A. García Suarez, & U. Moulines, Trads.) Barcelona: Editorial Crítica.

Zamora, M. (2013) *El problema de la reincidencia. Un vestigio etiológico del delito*. Revista Acta Académica. San José: Editorial de la Universidad Autónoma de Centroamérica.