



El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB.

Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia [Creative Commons - Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador](#)



Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal

Ramiro Ávila Santamaría

Fecha de contribución: 7 de septiembre de 2010

Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario

I. Introducción. **II.** La inseguridad ciudadana y la legitimación del poder punitivo. **III.** La mirada de los derechos humanos. **IV.** Deconstrucción del discurso securitista. **4.1.** La inseguridad ciudadana: una percepción perversa. **4.2.** Todo conflicto social debe tener solución. **4.3.** La solución de la violencia no puede ser reducida al tipo penal y a una persona. **4.4.** El falso dilema eficiencia y garantismo. **4.5.** El garantismo el único derecho que permite el estado constitucional de derechos. **4.6.** El funcionalismo promueve normas y prácticas inconstitucionales. **4.7.** La trampa del poder punitivo. **4.8.** El poder punitivo nunca tutela derechos humanos violados. **V.** ¿Un nuevo derecho penal? Lineamientos para la investigación penal crítica. **5.1.** Derecho penal integral. **5.2.** Derecho penal interdisciplinario. **5.3.** Derecho penal reparador. **5.4.** Derecho penal intercultural. **VI.** Conclusiones. **VII.** Bibliografía.

I. Introducción

El poder punitivo ha sido una de las características esenciales del estado nacional moderno y el derecho penal ha brindado justificaciones, no siempre satisfactorias, a su uso y permanencia. De igual modo, el poder punitivo se ha legitimado por las demandas sociales ante la inseguridad ciudadana e incluso por los requerimientos de grupos emancipatorios como un mecanismo para reivindicar derechos. Sin embargo, la realidad nos demuestra que el poder punitivo siempre es violento, arbitrario, no resuelve conflictos sociales y sobre todo es profundamente discriminatorio. Al parecer, al derecho penal y a los discursos legitimantes del poder punitivo no les interesa observar la realidad. En este divorcio entre derecho penal y su aplicación, existen seres humanos que sufren cotidianamente la crueldad del poder punitivo y que además son los peor situados en la sociedad. Urge, en este contexto, repensar al derecho penal y conviene plantearse algunas preguntas: ¿Cuál es el discurso que sustenta un derecho penal que tiende a su expansión y cuál podría ser un discurso alternativo que le pueda resistir? ¿Puede el discurso de los derechos humanos brindar una posibilidad para transformar el poder punitivo o, al contrario, es un discurso más que lo legitima? ¿Puede existir un derecho penal distinto que se acerque hacia su reducción y camine hacia su abolición y qué características tendría?

Para contestar estas preguntas hemos dividido este ensayo en cuatro partes. En la primera, se abordará el tema real del incremento del fenómeno delictivo y los argumentos que sustentan la existencia y la expansión del poder punitivo. En la segunda, intentaremos mirar el fenómeno del poder punitivo a la luz de la doctrina de los derechos humanos. En la tercera, se pretenderá deconstruir los discursos legitimantes del poder punitivo. En la cuarta y última parte, delinearemos los ejes de un derecho penal propio de un estado constitucional que pone como centro y fin a los seres humanos y a sus derechos.

I. La inseguridad ciudadana y la legitimación del poder punitivo

Nadie puede negar que, en los últimos años, en Latinoamérica existe un aumento de los hechos delictivos¹. Incluso se afirma que es la región más violenta del mundo². También es

1 Organización Panamericana de la Salud, "Informes anuales sobre el estado de la salud en las Américas", en Mauricio Benito Durá, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 132; véase Fundación Seguridad y Democracia, en Mauricio Benito Durá, *op. cit.*, p. 141.

cierto que nosotros mismos o personas cercanas han sido víctimas de actos violentos.

El fenómeno delictivo ha sido uno de los temas importantes dentro de las agendas de los medios de comunicación. No existe periódico ni canal de noticias que no tenga una sección que reporte sobre los incidentes delictivos. De alguna manera, todas las personas se sienten víctimas o potenciales víctimas de infracciones penales.

Ante esta creciente demanda por medidas para combatir la inseguridad, la clase política, particularmente la relacionada con sectores conservadores —aunque la izquierda no es la excepción—, han prometido “mano dura” para combatir la delincuencia. No hay país de Latinoamérica en el que el tema de seguridad, en las campañas presidenciales, no haya estado compitiendo con los problemas de desempleo y pobreza. Las promesas de campaña se han concretado en el aumento del presupuesto para seguridad y en las iniciativas de carácter legislativo. El primero se ha manifestado en el aumento del número de policías y de equipamiento; las segundas, se han encaminado a reformas y contrarreformas penales y procesales penales.

En la misma línea que la clase política —paradójicamente— movimientos emancipatorios, como las personas feministas (esencialistas), GLBTTIQ, niñas y adolescentes, ecologistas, migrantes promueven la utilización del derecho penal en sus luchas reivindicatorias. En unos casos proponiendo nuevos tipos penales (el acoso y el abuso sexual) y, en otros, aumentando considerablemente las penas (en la violación o trata de personas). Algunas personas activistas recurren a la imagen del poder simbólico del derecho penal. Se dice que al penalizar una conducta que se considera reprochable, se envía un mensaje claro a quienes utilizan su poder patriarcal, y se considera una conquista jurídica al pensar que el estado se movilizaría para combatir con severidad conductas violatorias de derechos.

La dimensión del problema delincencial se hace mayor si se consideran aspectos de la criminalidad contemporánea que han recibido difusión masiva para demandar de la comunidad internacional mayor seguridad global. La agenda global contra la delincuencia, promovida particularmente por los Estados Unidos, tiene entre sus puntos centrales: lucha contra las drogas, trata de personas, criminalidad organizada, lavado de dinero y terrorismo. En cuanto a este último aspecto, hay gente que piensa que hay un antes y después de los ataques del 11 de septiembre del 2001 en New York. El miedo al terrorismo tuvo dimensiones globales, que se manifestaron por medio de las guerras preventivas en Irak y en Afganistán y de un sinnúmero de controles que han restringido tanto la libertad de movimiento como la privacidad, bajo la premisa de que es necesario restringir ciertos derechos para combatir estos graves delitos³.

Estos hechos explican la expansión de poder punitivo en nuestra región, que se sustenta en consensos internacionales que obligan a los estados a adecuar sus sistemas jurídicos⁴: los tipos penales se han multiplicado (medioambiente, drogas, lavado de activos, trata de personas, pornografía infantil...) y las penas han aumentado en toda la región. De la mano de estas reformas, la reincidencia ha vuelto a estar en el orden del día y se ha determinado que sea una causal para la agravación penal y hasta para la imposición de la prisión preventiva.

En el aspecto procesal, los trámites penales se han modernizado, adoptando sistemas orales y modelos de gestión más eficientes. Para lograr sus fines, además, se han introducido instituciones propias del derecho anglosajón (*plea bargaining*), que se les ha denominado juicio abreviado o simplificado, que promueven la declaración del procesado para conseguir penas más rápidas y menos severas. La prisión preventiva, vistas las estadísticas regionales,

2 Mauricio Benito Durá, *op. cit.*, p. 131.

3 Véase Juan Ramón Capella, *Entrada en la barbarie*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 207-214.

4 Véase, por ejemplo, Convenio sobre la ciberdelincuencia; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convención Internacional contra el Terrorismo; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

en las que aparece que en promedio en más de la mitad de los casos se la dicta, es la regla⁵. Se ha introducido excepciones para que algunos delitos sea obligatoria su imposición. Paralelamente, se ha introducido formas de investigación excepcional, del tipo agentes encubiertos y delaciones, que conducen a buscar verdades procesales a toda costa. Finalmente, se ha recurrido con frecuencia, por fenómenos delincuenciales, a estados de excepción, expandiendo de este modo el poder de la policía en la definición de las personas que entran al sistema penal.

La justificación para la expansión del poder punitivo no sólo es fáctica, mediática, política o normativa sino también teórica. La teoría penal que sustenta lo que se ha venido a conocer como funcionalismo penal o doctrina penal de la defensa social, no es nueva. Los argumentos los encontramos en el positivismo penal y conviene sintetizar sus principales postulados. El funcionalismo penal sostiene que hay dos tipos de personas en la sociedad: aquellos que ejercen sus derechos en el marco de la ley y otros, “los enemigos”, que violan la ley o pretenden violarla. A estos últimos se les puede privar de los derechos porque ellos han renunciado a vivir de forma civilizada. Los estados tienen el derecho de anular o eliminar a las personas que provocan daños graves⁶. La exclusión mediante la privación de libertad (y en algunos casos la muerte o ejecución extrajudicial) es una forma efectiva de evitar que la persona vuelva a delinquir. El funcionalismo ha resucitado la teoría del peligrosismo, propia del positivismo penal, por el que se debe usar el derecho penal para prevenir infracciones por medio de medidas de seguridad contra las personas que, natural o socialmente, podrían cometer infracciones. El análisis actuarial, propio del derecho de seguros que requiere de información estadística sobre los riesgos, es una de las aplicaciones de esta teoría. En los Estados Unidos, mediante cálculos actuariales, se determinan las zonas de riesgos criminales; de esta forma, ciertas zonas, normalmente marginales, se convierten en lugares de control penal preventivo.

En este contexto, no es difícil entender el porqué la gente común y corriente apueste a la violencia del estado como forma única y más efectiva para combatir la delincuencia, ni tampoco sea difícil apreciar una tendencia expansiva del poder punitivo del estado. Sin embargo, ¿tiene sentido seguir alimentando este sentido común⁷ y esta tendencia penal? ¿El discurso de los derechos humanos avala la expansión penal? Intentaremos mirar estos fenómenos desde la doctrina de los derechos humanos.

III. La mirada de los derechos humanos

La relación entre derecho penal y derechos humanos no es pacífica. Por un lado, (1) si se cumplen ciertas condiciones, el discurso de derechos humanos permite la aplicación del derecho penal. Por otro lado, (2) el ejercicio del poder punitivo siempre restringe, limita y muchas veces anula el ejercicio de los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos gravemente lesionados pueden ser “protegidos” por el derecho penal y, al mismo tiempo, los derechos humanos pueden ser gravemente lesionados por el uso del derecho penal. En el ámbito penal se disputan el derecho a la tutela efectiva de las víctimas y el derecho al debido proceso de los supuestos victimarios. Desarrollemos cada una de estas posturas.

(1) Sin duda, el discurso de los derechos humanos podría legitimar no sólo al sistema

5 Véase sobre las estadísticas del uso de la prisión preventiva en la región, Cristian Riego y Mauricio Duce (editores), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2008.

6 Este discurso, por ejemplo, lo ha manejado el Fiscal General del Ecuador: “Estamos frente a un estado de emergencia delictiva. El sistema garantista de protección tiene que aplicarse a la ciudadanía y no a los que cometen delitos” (Washington Pesántez), en diario El Comercio, “la seguridad es fracturada por los armados”, 1 enero 2010, p. 12.

7 Sobre el sentido común y el complejo artefacto cultural alrededor de la cuestión criminal, véase Ignacio Tedesco, “Hacia la civilización del Derecho Penal”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 576.

penal sino también su expansión. Por un lado, (a) el sistema de protección de derechos promueve la tipificación de ciertas violaciones de derechos humanos, y (b) establece condiciones para la imposición de penas. Por otro lado, (c) en la misma línea, las Constituciones contemporáneas dibujan las líneas que configuran el poder punitivo del estado.

(a) Existen instrumentos jurídicos internacionales que directamente disponen la tipificación de delitos. Por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes determina que “Todo estado parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”⁸. En la Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio se establece que las Partes se comprometen a “establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio”⁹. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de igual modo, hace un llamado para que los estados ejerzan su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, que constituyen una amenaza para la paz, seguridad y bienestar de la humanidad¹⁰. Esto por mencionar algunos instrumentos, lo importante es destacar que la lucha por los derechos humanos también implica el uso del derecho penal.

(b) Los instrumentos generales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la capacidad punitiva del estado y le ponen condiciones. Así, por ejemplo, el Pacto de San José determina que toda persona inculpada de un delito tiene derecho, en plena igualdad, a que se presuma su inocencia, a la defensa, a recurrir, a no inculparse, entre otras¹¹. Semejantes garantías se establecen a nivel del instrumento pertinente de Naciones Unidas¹².

(c) Por su parte, las Constituciones contemporáneas tienen una parte que se denomina “dogmática”, en las que encontramos las garantías al debido proceso en lo penal, proporcionalidad de las penas y hasta finalidad del sistema penal. Incluso, como es el caso de la Constitución ecuatoriana, encontramos mandatos de tipificación con relación a graves violaciones a los derechos humanos¹³. En la parte orgánica podemos encontrar también lineamientos en relación con la función judicial, fiscalía, defensa pública y la organicidad relacionada con la ejecución de penas.

El derecho penal está, en pocas palabras, legitimado por el derecho internacional de los derechos humanos y también por el derecho constitucional. Sin embargo, dicha legitimación es condicionada. En primer lugar, existe reserva de ley para toda regulación de carácter penal. En segundo lugar, los derechos humanos son intrínsecamente normas limitadoras de todo poder. Desde esta perspectiva, el derecho penal no admite regulación a nivel reglamentario (además atentaría contra el principio de legalidad), que es una garantía formal, ni tampoco puede ser maximalista, que es una garantía sustantiva.

(2) El derecho, en general, restringe y limita derechos cuando regula las relaciones humanas. En el ámbito civil se restringe el derecho a la propiedad; por ejemplo, cuando se incumple un contrato, una jueza o juez puede ordenar una garantía que puede significar la restricción del ejercicio de algún derecho de propiedad. En el ámbito penal, la situación suele ser más dramática, porque se puede restringir la libertad personal y muchos derechos más relacionados con la libertad, que son severamente amenazados en regímenes de encierro, y que a veces ni siquiera constan como penas en las leyes de la materia.

8 Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Art. 4.

9 Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio, Art. V.

10 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo.

11 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8 (2).

12 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14 (3).

13 Constitución del Ecuador, 2008, Art. 80: “Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que ordenó ni al subordinado que la ejecutó”.

No puede dejar de mencionarse, además, la comparación entre la cantidad de delitos cometidos por funcionarios de estado y por delincuentes comunes. De largo, el dolor humano provocado por agentes de estado es mayor. Todos los genocidios, guerras entre países (y sus variaciones tales como guerra al comunismo, guerra al narcotráfico y guerra contra la delincuencia) han sido propiciados o tolerados por el estado. Nadie ha ejecutado, desaparecido, torturado, detenido ilegalmente como lo ha hecho el estado o quienes operan con su aquiescencia. La historia de la humanidad demuestra, en todos los períodos, que quien tiene el poder y las armas debe estar rigurosamente limitado por el derecho.

Frente a esta constatación, no nos podemos quedar con la idea de que el discurso de derechos humanos permite la creación y la aplicación del derecho penal. Siempre tenemos que recordar que el discurso de los derechos humanos podría ser utilizado tanto para legitimar el sistema penal como para deslegitimarlo. La tendencia actual es utilizarlo para lo primero. Conviene, como sugiere el profesor Boaventura de Souza Santos, estar siempre alertas y tener una posición crítica frente al potente discurso de los derechos humanos, que pueden controlar o pueden emancipar¹⁴. Desde el control, el discurso de los derechos humanos expande el poder punitivo. Desde la emancipación, el discurso de los derechos humanos tiene que encaminarse a diseñar técnicas de contención de un poder inmanentemente violador de derechos, hacerlas vinculantes y eficaces para lograr dos fases en la evolución del derecho penal: la una, minimizar al máximo su utilización y, la otra, abolirlo.

Esta es precisamente la perspectiva que debe prevalecer cuando uno mira al derecho penal. Con esta mirada, intentaremos deconstruir el discurso penal securitista o maximalista.

IV. Deconstrucción del discurso securitista

Los discursos crean realidades. No son sólo palabras los postulados que sustentan el funcionalismo penal. Tampoco son sólo palabras los textos prescriptivos que constan en el derecho penal. La teoría que fundamentan las leyes penales, y éstas que generan competencias a agencias punitivas del estado, llenan las cárceles con personas de carne y huesa que sufren las consecuencias de una teoría, de una ley y de una autoridad que ordenó su privación de libertad. Por ello, al discurso hay que combatir con discursos alternativos que, a su vez, sustenten leyes ponderadas y que restrinjan los poderes discrecionales de las autoridades que tienen la potestad de encerrar a alguien. Conviene, entonces, deconstruir todos y cada uno de los postulados que sustentan la expansión del poder punitivo.

4.1. La inseguridad ciudadana: una percepción perversa

De la mano del aumento de la criminalidad, los medios de comunicación han magnificado la realidad al punto de que las personas creen que existen más delitos de los que realmente existen¹⁵. La distorsión es tan grande que quienes perciben ser las personas más vulnerables, no lo son, y quienes creen estar en situaciones de mayor seguridad, son más proclives a ser víctimas de infracciones¹⁶. En este sentido, las mujeres creen estar más expuestas a la criminalidad y estadísticamente son las personas que menos sufren por el cometimiento de delitos; por el contrario, los hombres jóvenes son numéricamente más víctimas que otros grupos poblacionales y se perciben como menos expuestos a la criminalidad¹⁷. De igual modo, por la cobertura de la prensa, que semanalmente nos reportan los éxitos policíacos en

14 De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002, p. 211.

15 Sobre la percepción ciudadana en los medios de comunicación en la región, véase <http://es.wordpress.com/tag/percepcion-de-inseguridad/>, Acceso: 2 febrero 2010.

16 Massimo Pavarini, "Por una política democrática de "nueva prevención", en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, FLACSO, Crearimagen, Quito, 2009, p. 259.

17 Enrique Gomáriz, *Violencia y castigo desde una perspectiva integral*, Nueva Sociedad, No. 208, marzo-abril de 2007, en Mauricio Benito Durá, *op. cit.*, p. 135.

la lucha contra las drogas, y por la población carcelaria existente, particularmente en los centros de privación de libertad femeninos, uno podría pensar que uno de los problemas más graves por los que atraviesa nuestra región es el del comercio y consumo de drogas. Sin embargo, cuando uno mira a su alrededor encuentra que quienes consumen drogas son personas normalmente aceptadas socialmente que, además, no generan inseguridad. El consumo de drogas en la región es relativamente bajo y no está dentro de las grandes preocupaciones de la ciudadanía.

Desde una perspectiva crítica, a través de los medios se distribuye artificialmente las inmunidades y las responsabilidades penales del mismo modo como se distribuye la riqueza¹⁸. Resulta que los medios difunden un estereotipo de criminal, relacionados con la delincuencia bagatela o con la criminalidad organizada, estigmatizada (drogas, guerrillas, trata de personas), que esconde la criminalidad que cometen las personas que tienen poder económico o político; de hecho, no existe estereotipo para este tipo de criminales¹⁹. La tutela por la seguridad de un grupo poblacional se la practica inversamente proporcional a la falta de tutela de otros grupos marginados de la sociedad. La política criminal y los códigos penales se construyen a partir de las percepciones de un grupo de interés y que operan contra un grupo mayoritario de personas en situación de vulnerabilidad.

Oscar Vilhena sostiene que las personas más pobres, tanto en sentido material como político (al estar lejanos de toda influencia en las decisiones que toma un estado), son invisibles o demonizados. Invisibles en tanto su marginalidad no despierta el más mínimo sentimiento de compasión o solidaridad y que, en consecuencia, no figuran como destinatarios de servicios públicos. De estos invisibles, cuando ejercen violencia contra la gente, se convierten en demonizados, dejan de tener imagen humana, se les aplica el poder punitivo, se los puede torturar, encerrar y hasta matar. Si alguien de la sociedad inflige daño a una persona demonizada queda legitimado y además inmune²⁰.

La percepción es perversa. Por un lado, demanda intervención policial y penal para proteger a las personas que se consideran honradas y que se benefician del *statu quo*; por otro lado, perdona a quien viola derechos humanos de los clasificados como delincuentes por el sentido común. La primera es víctima de la violencia social y la segunda no es víctima de la violencia estatal. A una persona le roban a mano armada en la calle un teléfono móvil, y se la considera víctima, y el hecho es una demostración de la inseguridad ciudadana. Le detienen al ladrón, le suben a patadas al auto de policía, le juzgan sumariamente o le ponen indefinidamente en prisión preventiva, y esta persona no es considerada víctima y este hecho es la forma de proporcionar seguridad. Sin negar que el primer fenómeno hay que abordarlo y darle soluciones concretas, eso no justifica que pueda dejar de llamarse violencia también cuando el sistema penal viola derechos.

La esquizofrenia generada y promovida por los medios de comunicación debe ser enfrentada y evitada. No cabe en sociedades democráticas que se reconozcan derechos de unos y se despojen los derechos de otros. A la postre, esta visión sesgada reproduce la violencia y no resuelve conflicto alguno. De lo que se trata, al final, es de conflictos sociales indeseables, que deben encontrar solución fuera del derecho penal.

4.2. Todo conflicto social debe tener solución

18 Massimo Pavarini, "Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad", en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, FLACSO, Crearimagen, Quito, 2009, p. 220.

19 En un documental de Michael Moore, *Roger and Me*, en una escena este director pregunta a un policía sobre cómo son los delincuentes y éste le describe al típico delincuente que uno proyecta desde el sentido común; cuando le pregunta sobre el estereotipo del delincuente de cuello blanco, el policía simplemente no pudo responder porque seguramente no tenía estereotipo.

20 Oscar Vilhena Vieira, "Desigualdad y Estado de Derecho", en *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, No. 6, Año 4, Brasil, 2007, p. 44.

Toda conducta que constituya una infracción penal es un conflicto social, pero no todo conflicto social debe ser penalizado. Para diferenciar estas dos situaciones se ha dicho que todo conflicto que no puede ser resuelto, debe ser penalizado; y si el conflicto puede ser resuelto, debe ser solucionado mediante el derecho civil, administrativo o constitucional. Por ello, el derecho penal es de *ultima ratio*. Este argumento ha sido esgrimido por muchos juristas progresistas para reducir al máximo el espectro de infracciones penales. Sin embargo, esta entrada siendo loable, no ha tenido el efecto deseado.

Esta distinción doctrinaria, además, en la práctica es artificial. En el catálogo de infracciones penales encontramos conductas que son evidentemente solucionables, como aquellas relacionadas con los delitos contra la propiedad o aquellas que son consecuencias de faltas administrativas (tomarse calles sin autorización, portar armas sin permiso, explotar recursos naturales sin los requisitos de ley, no pagar impuestos debidos). La propiedad — recordemos — es disponible por el dueño y puede ser usada por el poseedor; en consecuencia, nada impide que los delitos contra la propiedad sean solucionables por la mera voluntad de la víctima. Las infracciones por incumplimiento de deberes administrativos pueden solucionarse a través de medios coercitivos distintos al penal, como puede ser la multa o la suspensión de la actividad productiva en la que se produjo el fraude.

Por otro lado, a esta conclusión se puede llegar apreciando la forma como resuelven los conflictos con relevancia penal las comunidades indígenas²¹, todo conflicto podría tener solución no penal. Si aprendemos de la justicia indígena, podríamos apreciar que delitos contra la vida tienen sanciones más pragmáticas y menos dolorosas que la cárcel. A una viuda, por ejemplo, le interesará más una pensión vitalicia que el victimario pase veinte años en una cárcel. La pena excluye o elimina, como pretenden los funcionalistas, o genera cohesión e inclusión. Conviene, en ese camino para minimizar y abolir el derecho penal, ampliar nuestros horizontes de comprensión de los conflictos sociales para usar más cautelosamente o no usar el derecho penal.

En la práctica, el conflicto social con la intervención penal no se resuelve con una sentencia sino que se transforma en otro conflicto y más agravado²². Si con el cometimiento de un hecho considerado delictivo se violó un derecho, con la respuesta punitiva se menoscaban múltiples derechos de la persona victimaria y de sus seres cercanos, aunque formalmente se sostenga que la pena es individual y que se deben restringir solamente aquellos derechos taxativamente determinados en la ley. Enumeremos algunos derechos vulnerados: 1) la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar; 2) la intimidad; 3) la convivencia familiar; 4) la seguridad personal; 5) el acceso a servicios básicos; 6) la libertad sexual; 7) el libre desarrollo de la personalidad; 8) los derechos sociales; 9) el derecho a vivir en un medio libre de violencia; 10) el derecho a la integridad física (tortura y lesiones graves) y sexual (se obliga a las personas a tener relaciones homosexuales) y la lista puede continuar. Por otro lado, nada más lejano que afirmar que la pena es individual; la sufren la pareja, los hijos e hijas, la madre, el padre, los amigos²³.

Así como el sentido común suele apostar por el uso y el abuso del derecho penal para solucionar el problema de la seguridad ciudadana, también suele paradójicamente afirmar que las cárceles son una escuela para el crimen. Baratta sostiene que se cumplen dos objetivos en un régimen de encierro: se aprende a ser un buen criminal frente a la sociedad y un buen detenido frente a las autoridades penitenciarias²⁴. Si entendemos al crimen como un hecho

21 Un estudio ejemplar sobre la inutilidad de la pena en el derecho ordinario y la influencia perniciosa de los medios de comunicación se puede encontrar en Guillermo Padilla, “La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena”, en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Konrad Anenauer Stiftung, Colombia, 2008, pp. 151 y ss.

22 Alberto Binder, “Poder, violencia y conflicto”, en *Introducción al derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 17-32.

23 Mathiesen Thomas, *Juicio a la prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

24 Alessandro Baratta, “Cárcel y marginalidad social”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal*.

violento que debe ser combatido, entonces el sentido común en este aspecto acierta. La única forma de soportar el encierro es aprendiendo formas violentas de sobrevivencia o consumiendo sustancias estupefacientes para evadir su realidad. La consecuencia es que las personas en el encierro se tornan más violentas y corren el riesgo de caer en una adicción. Mientras más tiempo encerradas, más agudos los problemas personas. Esta persona, tarde o temprano, tiene que salir de la cárcel. Fuera de la cárcel encontramos a una persona más violenta que no hará otra cosa que reproducir la violencia aprehendida en el encierro. Al final, como quedó dicho, el conflicto no sólo que no se resolvió sino que se agravó.

4.3. La solución de la violencia no puede ser reducida al tipo penal y a una persona

Dos consecuencias fatales de la apuesta por el funcionalismo o maximalismo penal. La una se relaciona con (1) la reducción del problema de la seguridad ciudadana al delito; la otra con (2) la inutilidad del derecho penal como herramienta de abordamiento de un problema social.

(1) El problema de la seguridad ciudadana es plural, multiforme y polisémico²⁵, en el que intervienen múltiples actores, públicos y privados, tiene innumerables formas y se manifiesta mediante múltiples espacios (medios de comunicación, familia, estado, trabajo, escuela, calle). Reducir el problema sólo a la violencia definida por la ley penal, a una forma judicial y a una explicación jurídica (cometimiento de una infracción penal), no es adecuado porque no comprende la complejidad del fenómeno. No está por demás decir que hay violencias que ni siquiera es definida por el Código Penal, como la violencia emocional entre parejas o padres e hijos.

La psicología sistémica suele afirmar, cuando hay un problema de violencia intrafamiliar, que el victimario y la víctima son los actores identificados. Esto quiere decir que hay otros actores que los miembros de la familia invisibilizan, encubren o absuelven y que son considerados como si no fueran parte del problema. Desde una perspectiva de sistemas, todos los miembros de la familia tienen parte de la responsabilidad y también son parte de la solución; en otras palabras, todos son de alguna manera responsables y también víctimas. Abordar el problema desde los actores identificados, no resuelve problema alguno y es muy probable que se vuelva a repetir la conducta indeseada.

Lo mismo puede predicarse de la violencia social. El problema no es sólo de la víctima y el victimario, sino que es un problema mayor y más complejo. El derecho penal, por el concepto de culpabilidad y de personalidad de la pena, debe individualizar al responsable y suele invisibilizar a la víctima, que se convierte en un mero dato probatorio y con suerte en un sujeto procesal. El proceso penal es una especie de abstracción de la realidad y con categorías difíciles de entender transforma al conflicto social en un delito, al actor identificado en un “procesado” y luego “condenado”, a la víctima en un elemento de prueba. El contexto social, el pasado, las condiciones de vida, la interrelación con la víctima son secundarios y la mayor de las veces irrelevantes.

Desde una perspectiva sistémica, que nunca puede ser conciliada con el derecho penal, todos somos de alguna manera responsables. Remotamente cada uno de nosotros al tolerar una sociedad que mantiene y refuerza la exclusión social, el estado al no promover una organización social inclusiva, la familia y un montón de seres que hicieron o dejaron de hacer lo adecuado. Esta perspectiva, por supuesto, nos lleva al campo de las políticas sociales y al de la corresponsabilidad en los derechos de las personas.

Roberto Gargarella analiza esta situación en un maravilloso libro que es sugerente desde su título, *De la injusticia penal a la justicia social*²⁶, en el cual afirma que el derecho penal

Introducción a la sociología jurídico penal, Siglo del Hombre Editores, Buenos Aires, 2004, p. 195.

25 Carrión, Fernando, Jenny Pontón y Blanca Armijos, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, FLACSO, Quito, 2009, p. 10.

26 Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

adolesce de legitimidad al operar contra seres humanos a quienes se les ha privado de los servicios públicos más elementales y luego se les exige respeto a derechos, como el de propiedad, que nunca se les permitió ejercer.

(2) La supuesta y única solución al problema definido por el derecho penal es el encierro de una persona. Miremos ligeramente esta solución mágica y simbólica. El derecho penal es por esencia represivo y no reparador. De entrada, la víctima no tiene cabida. Al derecho represivo le interesa exclusivamente la persona responsable de una infracción definida como penal; contra esta el proceso penal y con esta las garantías del debido proceso; para esta, la pena que es personalísima. Resulta que uno de los actores del conflicto, la víctima, además quien sufrió la violación a sus derechos, es irrelevante y puede no intervenir. El daño ocasionado por el delito no se repara porque no es objeto del proceso ni de la condena. Si alguien cree que el problema se resuelve con el encierro del condenado, se engaña a sí mismo. El objeto robado puede no ser devuelto, la persona violada puede seguir con su trauma emocional, la torturada puede seguir con la lesión irreversible, el familiar sobreviviente sigue con su duelo independientemente del resultado del juicio penal, y así podríamos enumerar víctimas que, con suerte y mucha dificultad, apenas lograrán una indemnización de daños y perjuicios. El protagonista pasivo del conflicto no tiene beneficio de la solución penal ofrecida por el sistema de justicia.

Ahora veamos del lado del procesado y condenado, protagonista activo de la infracción penal. ¿Qué pasa con la persona durante su encierro, mientras la sociedad calma su sed de seguridad ciudadana? Hay muchas fuentes para saber la suerte de las personas presas. Una a la que me gusta recurrir, es la literatura. No es exagerado el juez Cançado Trindade cuando compara el caso Tibi con exquisitas novelas y escritos que tratan sobre la cárcel²⁷. Otra fuente es la investigación social²⁸ y las historias de vida²⁹. Pero hay otros informes, con más autoridad normativa, que también, con otro estilo, dicen lo mismo, como los informes de los sistemas de protección de derechos o las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁰. Lo cierto es que hay más de un estudio que determina los efectos alienantes de la privación de la libertad, que se agravan mientras más severas son las penas y prolongados los encierros. La cárcel genera daños físicos y trastornos emocionales, tales como soledad, depresión, ansiedad, afectación a la autoestima y distorsiones en la identidad³¹. El profesor Baratta afirma que científicamente se ha demostrado que la cárcel no tiene efectos positivos en el encerrado, sino más bien que estabiliza y profundiza lo que se considera como criminalidad³². En suma, nada aleja más de la figura de ciudadano que la personalidad que se adquiere en el encierro.

Hay otro indicador para medir la eficacia de la cárcel y es la reincidencia. La

27 Franz Kafka, *El proceso*; Antonio Gramsci, *Cartas de la cárcel*; Oscar Wilde, *De Profundis*; Albert Camus, *El extranjero*; Fëdor Dostoievski, *Recuerdos de la Casa de los Muertos (1862)* en Cançado Trindade, “Voto Razonado”, Caso Tibi contra Ecuador (2004), párrs. 1-8.

28 Véase Elías Carranza (coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas Posibles*, Siglo Veintiuno Editores- ILANUD, segunda edición, México, 2007.

29 Véase Gilbert Dufour, *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Editorial Trama, Ecuador, 2009.

30 [Véase Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú. Sentencia de 2 de agosto de 2008](#), [Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004](#), [Corte IDH. Caso Caesar vs Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo de 2005](#), [Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros \(Retén de Catia\) vs Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006](#), [Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” \(Paniagua Morales y otros\) vs Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998](#), [Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004](#).

31 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Séptima Edición, Madrid, 2005, p. 414. Véase, sobre los sustentos que tiene Ferrajoli para sostener que la pena para los delitos más graves no puede ser mayor a 10 años, el pie de página No. 179, que consta en la p. 455.

32 Alessandro Baratta, *op. cit.*, p. 194.

reincidencia para el funcionalismo es la demostración de la peligrosidad del individuo y, en consecuencia, la justificación para afilar los dientes del sistema penal. En cambio, para el garantismo, la reincidencia es la demostración del fracaso del sistema penal. La persona definitivamente no se rehabilita y hace en libertad exactamente lo que aprendió en el encierro. La persona devuelve la violencia que aprendió privado de libertad. Desde la perspectiva jurídica garantista, la reincidencia es una regresión del positivismo jurídico. El cumplimiento de la pena debe cancelar el delito y la persona recupera su estado de inocencia. Resulta inconsistente, desde el derecho penal de acto, agravar una pena u obligar a una prisión preventiva, valorar un hecho ya sancionado, superado y castigar dos veces por un hecho pasado³³.

Al final, todos pierden, procesado, víctima y sociedad. La pena de privación de libertad, desde cualquier punto de vista, es inútil³⁴. Por ello conviene replantearse las soluciones jurídicas a las violaciones de los derechos. El profesor Owen Fiss sugiere cambiar el esquema de lucha litigiosa que busca la represión por una que encuentra la reparación. En esta segunda forma de entender la justicia, la víctima es protagónica y la solución es útil³⁵. Esta propuesta no es una locura, en particular cuando cada vez más las acciones de protección de derechos de carácter constitucional, abren sus puertas a los conflictos entre personas privadas cuando una de ellas ejerce algún tipo de poder que somete o discrimina, como es el caso de los delitos. Esta vía sin duda se abrirá cuando la sociedad y los jueces y juezas dejen de pensar que cada vez que hay un delito, debe de haber un ser humano encerrado.

4.4. El falso dilema eficiencia y garantismo

Ninguno de los países de la región es ajeno a reformas que han privilegiado la eficiencia a la garantía de derechos, como si este fuese un dilema real e inevitable. Los efficientistas sostienen que para combatir la inseguridad y la impunidad hay que obtener sentencias rápidas y ejemplificadoras. Es como una carrera en la que gana el que llega más rápido. Se dice, en cambio, que los garantistas protegen a los delincuentes y que se les ha reconocido tantos derechos que nunca se provoca una condena y todos acaban saliendo pronto de las cárceles. Este es el dilema puesto en el tapete. El dilema, tal como se plantea, se resume en una opción política: condenar a todo culpable aun a costa de condenar a un inocente, o evitar la condena de un inocente, aun a costa de absolver a un culpable. La tendencia en Latinoamérica parece que apostar por la primera opción, que se manifiesta en dos instituciones, el juicio abreviado y la prisión preventiva, que producen dos realidades que son manifiestamente violatorias a derechos humanos: (1) el juicio sin proceso, y (2) la pena sin condena.

(1) El juicio sin proceso, conocido como juicio abreviado o simplificado (en el sistema anglosajón a esta institución se le conoce como *plea bargainig*³⁶). El juicio abreviado rompe y viola todas las garantías del debido proceso conquistadas en más de doscientos años de derecho penal liberal. Ahora se puede condenar en un juicio sumario, se admite la famosa máxima que era propia del derecho civil: “a confesión de parte, relevo de prueba”, se atenta contra el principio que fue la principal arma contra la tortura en el proceso, que es la prohibición de autoinculpación³⁷.

33 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 507.

34 Véase Marta Nercellas, “Desigualdades en la balanza socioeconómica y sistema penal”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp. 462 y 467.

35 Véase Owen Fiss, “The forms o Justice”, en *The Law, as it could be*, New York University Press, 2003, pp. 1-47.

36 El 95% de las causas en los Estados Unidos se tramitan mediante el *plea bargainig*, que en la práctica significa que la mayoría de las personas juzgadas en este país no gozan del derecho a ser condenadas después de un juicio. Véase John H. Langbein, “Tortura y *plea bargaining*”, en Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (compiladores), *El procedimiento abreviado*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2005.

37 Véase Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (compiladores), *op. cit.*

(2) La pena sin condena, que es la prisión preventiva utilizada como regla, que se sustenta en tres requisitos que gozan del consenso doctrinario entre procesalistas penales y que, desde un discurso crítico a partir de los derechos humanos, son fácilmente deslegitimados. El primer requisito es que tiene que haber supuestos materiales para dictarla, esto es que tiene que haber suficientes elementos de prueba para sostener que existió la infracción y que la persona es la responsable. El estándar es tan alto, que realmente se debe tener elementos para condenar a una persona y esto sólo se consigue con una investigación seria y adversarial. ¿Por qué no juzgarla en lugar de mantenerla procesada? En la práctica es una mera formalidad la fórmula para dictarla y basta la noticia del crimen o un parte policial.

El segundo requisito tiene que ver con la posible obstrucción de la investigación por parte del procesado. Dos comentarios. Nada pone en mayor desventaja de defensa que quitando las posibilidades de actuación. Es como si un partido de fútbol, para evitar que se cometan faltas, se juegue con los futbolistas en la banca. Además, ¿qué hace pensar que el fiscal no obstruya o altere los elementos de prueba para obtener una acusación sustentada en datos falsos? En estos casos, ¿por qué no encerrar al fiscal? Así —ambas partes en el proceso (encerradas o en libertad)—, se conseguiría una auténtica igualdad de armas.

Finalmente, el peligro de fuga. Estoy seguro —y esto sólo se puede afirmar a partir de lo que sucede en los juicios no penales— que la fuga se produce no tanto porque la pena pueda ser grave, sino porque existe la certeza de que hay encierro preventivo. El temor de la cárcel durante el proceso es lo que motiva la fuga³⁸. Si la regla absoluta fuese la libertad, las personas comparecerían a juicio y se defenderían de forma intensa. Además, tanto en este requisito como en el anterior, a la persona se le priva de la libertad por un hecho que no ha sucedido (alteración de pruebas o fuga) y que es imposible demostrarlo. Siempre se presumirá y esa presunción es contraria a la de inocencia, que pregonan la Constituciones y los tratados de derechos humanos.

Este fenómeno contemporáneo ha sido considerado por el maestro Zaffaroni como “el capítulo más triste de la actualidad latinoamericana y el más deplorable de toda la historia de la legislación penal en la región, en que políticos intimidados por la amenaza de una publicidad negativa provocan el mayor caos legal autoritario, incomprensible e irracional”³⁹.

En suma, el eficientismo en la práctica no es otra cosa que una máscara que esconde violencia cruda y dura contra las personas procesadas. No se puede tolerar que un problema de violencia se resuelva con la restricción de derechos, que es otra forma de ejercer violencia. Desde el análisis constitucional y de los derechos, como afirma el profesor Maier, la respuesta es clara y la discusión debería estar cerrada, sin embargo el funcionalismo gana la partida⁴⁰.

4.5. El garantismo el único derecho que permite el estado constitucional de derechos

El garantismo tiene sustento jurídico en las constituciones conocidas como fuertemente materializadas por la incorporación de múltiples derechos de las personas y colectividades. Los derechos establecen vínculos y límites al Estado. Por los vínculos, el Estado tiene obligaciones prestacionales, tales como establecer judicaturas con suficiente número de servidores judiciales adecuadamente capacitados; por los límites, el Estado tiene prohibiciones específicas que no puede romper a menos que incurra en graves violaciones a

38 Hay una institución que se denomina la “necesidad de cautela”, por la que se exige prueba para demostrar el arraigo y no dictar la prisión preventiva. Esta institución es perversa, porque sólo una minoría, que es la que puede demostrar que tienen familia, trabajo y domicilio fijo, se beneficiaría de esta figura, cuando es sabido que la gran mayoría de presos son población marginada, y no tiene familia, es desempleado y no tiene vivienda. Véase Diego Zalamea, “Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador”, en Cristian Riego y Mauricio Duce, *op. cit.*, p. 311.

39 Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Ibañez, Colombia, 2006, p. 103.

40 Julio B. Maier, “La privación de libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 405.

los derechos humanos, tales como torturar, no sancionar sin un debido proceso, no discriminar. El maestro Ferrajoli sostiene de manera categórica que el único modelo de derecho penal que el Estado Constitucional demanda se llama “garantismo penal”, entendiéndolo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones”⁴¹. Por este modelo, se distinguen tres tipos de garantías: las sustanciales, las procesales y las orgánicas⁴². El garantismo penal permite brindar una justificación a la existencia del derecho penal, al regular y minimizar la violencia punitiva; al establecer el parámetro de legitimación del Estado en el uso de su poder sancionador; al adecuarse a un modelo de democracia sustancial propia de un Estado constitucional de derechos y justicia. En este punto final conviene detenerse un momento.

La democracia que demanda una Constitución fuertemente materializada como las latinoamericanas no es la democracia formal o aquella en la que simplemente importa *quién* decide y *cómo*. La voluntad de la mayoría inevitablemente se orienta hacia formas de derecho penal autoritario o máximo en términos de represión. La mayoría tiende a concebir al derecho penal —como nos recuerda Ferrajoli y como se constata en el debate público de nuestros políticos latinoamericanos— esencialmente como un instrumento de defensa social⁴³, en el que se piensa que existe una parte de la población que no es desviada y es a la que hay que proteger, y otra parte de la población que es una minoría de desviados. La defensa social nos lleva no sólo a desconocer la Constitución, sino al terrorismo penal. La democracia, entonces, no sólo puede ser la voluntad del pueblo sino que esa voluntad debe estar restringida por los derechos. En la democracia sustancial sí importa *quién* y *cómo* se decide, pero también *qué* se decide⁴⁴. En el Estado Constitucional de Derechos existe una esfera que no es decidible por las mayorías y que, por tanto, se sustrae de la voluntad mayoritaria. En el ámbito penal, en concreto, ¿qué es lo que no se puede decidir?: todas las personas, desviadas y no desviadas, debemos ser consideradas y tratadas de forma igualitaria y se nos debe respetar la vida y la libertad personal.

Los derechos humanos no se pueden sacrificar por el sentimiento de inseguridad pública, por el bien común, por el orden público o por cualquier otra consideración mayoritaria. De ahí surge el carácter democrático del derecho penal: no es un derecho de las mayorías para las minorías desviadas, sino que es un derecho de todas las personas y destinado también a todas las personas. En suma, como concluye el maestro Ferrajoli, “no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”⁴⁵. De ahí se deriva también la legitimidad de los jueces y juezas de poder resolver contra la presión de la opinión pública o de personas influyentes ajenas al poder judicial. Las juezas y los jueces tutelan los derechos aun contra las mayorías, al aplicar el derecho que emana de la Constitución y la ley.

4.6. El funcionalismo promueve normas y prácticas inconstitucionales

41 Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, México, 2008, p. 27.

42 Garantías sustanciales: principio de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad; garantías procesales: contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad; garantías orgánicas: independencia interna y externa de los jueces y juezas, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural.

43 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 21.

44 Juan Pablo Morales, “Democracia sustancial, sus elementos y conflictos en la práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría (editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Tomo I, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas, Quito, 2008.

45 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 24.

El debate sobre la necesidad de combatir a las teorías y prácticas funcionalistas no son pacíficas. El profesor Zaffaroni sostiene que en Latinoamérica simplemente no hay teoría que justifique lo que él llama un estado policial (por oposición a un estado democrático); las reformas penales que han expandido el *ius puniendi* son manifestaciones de poder que no tienen sustento en el derecho penal en el contexto de estados constitucionales y democráticos⁴⁶. De hecho, para Zaffaroni toda teorización del derecho penal es por esencia garantista (de ahí que no cabe la reiteración de “derecho penal garantista”) y, por ende, no cabe reflexión contraria. Por su parte, el profesor Ferrajoli sostiene que no tiene sentido el debate sobre lo que se conoce como funcionalismo, que es la teoría más sólida para justificar la expansión del poder punitivo, porque su sustento ha sido ampliamente rechazado por la academia⁴⁷ y el debate lo único que logra es publicitar una teoría inaceptable. Sin embargo, con buen sentido político, el profesor Pavarini sostiene que hay que aprovechar todos los espacios para argumentar sobre el funcionalismo y que nunca será suficientemente agotado el tema mientras sus postulados sigan influyendo en el diseño de políticas criminales, particularmente en América Latina⁴⁸.

El funcionalismo, alimentado por el sentimiento de inseguridad ciudadana, y el maximalismo penal que la provoca, atenta contra tres pilares del estado constitucional: (1) la dignidad, (2) la igualdad y (3) la libertad. Al establecer normas penales constitutivas, por medio de las cuales no media el comportamiento sino la personalidad desviada, se castiga al ser (derecho penal de autor) y no el hacer (derecho penal de acto), que marca la diferencia entre un estado autoritario de uno democrático.

(1) La dignidad entendida como la prohibición de utilizar a otros como meros medios para satisfacer los fines de otros⁴⁹, se pierde cuando se utiliza la figura del “chivo expiatorio”, que es propia del derecho penal. La sociedad lo que quiere es tener presos, a como de lugar, para convencerse que los delincuentes estén encerrados, sin importar si son culpables o no. La alarma social, la inseguridad, el orden público, justifican que la policía encierre sospechosos y que los jueces no los dejen salir.

(2) Uno de los derechos que más llama la atención y que es cotidianamente vulnerado por el sistema penal es la igualdad y no discriminación. Cuando uno mira la sobre-representación de ciertos grupos humanos en las cárceles, como la población afrodescendiente o las clases sociales menos beneficiadas de los servicios públicos, y compara con la sub-representación en espacios de poder político o económico, lo menos que puede hacer es sospechar que hay una práctica discriminatoria y excluyente.

La criminología crítica denominó a este fenómeno como el *labelling approach* o teoría del etiquetamiento⁵⁰, por la que se denunció la selectividad marginadora del sistema penal. Nadie duda que el sistema penal, por eficiente y grande que fuere, tiene que ser selectivo. No toda conducta tipificada en la ley podrá ser perseguida ni todos los delitos serán denunciados. El problema es que la selección del derecho penal suele ser irracional y discriminatoria: sólo la criminalidad más torpe, relacionada con las personas más pobres o peor situadas de la sociedad, entran cotidianamente al sistema. No es casual que los grupos humanos excluidos

46 Zaffaroni sostiene que existe una “huelga de pensamiento” o pensamiento nulo, “porque al menor soplo de pensamiento se implosionaría”. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Ibañez, Colombia, 2006, p. 100.

47 Sobre la extensa bibliografía que ha tratado el tema véase un listado en el pie de página No. 386 en Eugenio Raúl Zaffaroni, *op. cit.*, p. 205.

48 Massimo Pavarini, “La guerra a las ‘no personas’”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, FLACSO, Crearimagen, Quito, 2009, p. 173.

49 Immanuel Kant, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000, pp. 261-263.

50 Alessandro Baratta, “El nuevo paradigma criminológico: el *labelling approach* o enfoque de la reacción social. Negación del principio del fin o la prevención”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Siglo del Hombre Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 83 y ss.

de la sociedad sean los que habitan mayoritariamente en las cárceles (población afrodescendiente, indígenas, desempleados, inmigrantes). Este fenómeno, denominado criminalización, es profundamente discriminatorio⁵¹, que además garantiza la impunidad de los delitos más atroces cometidos en la sociedad⁵². En segundo lugar, no se garantiza el debido proceso⁵³.

En términos colectivos, cuando se aplica el cálculo actuarial para determinar los lugares o barrios peligrosos, mediante el mayor número de noticias criminales formalmente reportadas, como se lo hace en Estados Unidos, lo que se hace es caer en los estereotipos y en las generalizaciones. Entonces, el sospechoso, el grupo humano naturalmente proclive a cometer delitos y que está en la mira de los agentes del sistema penal, como los musulmanes, el vago, el pobre, el desempleado, el inmigrante, es población que puede ser criminalizado no por lo que hace sino por lo que es.

(3) Finalmente, se afecta a la libertad, tanto negativa como positiva. Las personas no pueden ejercer su libertad de movimiento porque serán detenidas, procesadas y condenadas. Las personas no podrán desarrollar al máximo sus potencialidades porque tanto dentro de una cárcel como fuera de ella, no tendrán todos los medios para desenvolverse como personas.

4.7. La trampa del poder punitivo

Los movimientos sociales emancipatorios han tenido estrecha relación con el derecho. Sus luchas comienzan o terminan con el reconocimiento de derechos en las normas jurídicas; en algunos casos se consiguen reformas constitucionales, en otros nuevas instituciones y lastimosamente también en el establecimiento de tipos penales. Este último reconocimiento reivindicatorio es contraproducente, particularmente si se lo analiza desde el objetivo de la lucha de los movimientos por mejores condiciones de vida, por la inclusión y por el establecimiento de sociedades más igualitarias.

La trampa del poder punitivo consiste en luchar contra la discriminación utilizando el derecho penal que es el instrumento más discriminatorio de todos. El profesor Zaffaroni sostiene que la confianza en el poder punitivo tiene dos efectos indeseables. Por un lado, neutraliza el discurso antidiscriminatorio de quien lo propugna, que pueden ser mujeres, niños, indígenas o cualquier otro grupo marginado de poder, y, por otro, legitima un poder discriminatorio que se sostiene en tres vigas: el patriarcado, la confiscación del conflicto a la víctima y la búsqueda de la verdad por medios violentos⁵⁴.

La primera tarea del poder dominante es subordinar y la segunda es disciplinar. El poder patriarcal, adultocéntrico, especificista, racista y demás usa medios persuasivos y sutiles, cotidianos y eficaces, que se transmiten por intermedio de la familia, los medios de comunicación, la religión, la escuela... en todos los espacios sociales se “educa” fortaleciendo el modelo paradigmático dominante, evitando el cambio estructural, reproduciendo y aceptando la realidad, legitimando el *statu quo*, negando y desvalorando las diferencias, en suma fomentando la discriminación⁵⁵. Si los métodos de persuasión no funcionan y las

51 Sobre el perfil de las personas privadas de libertad, véase el análisis cualitativo de Alejandra Ramm, *Imputados*, Ediciones Diego Portales, Chile, 2005.

52 Lola Aniyar de Castro, “Derechos Humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo”, en Eugenio Raúl Zaffaroni, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (primer informe)*, IIDH, Depalma, Buenos Aires, p. 243.

53 La detención suele ser arbitraria, sin formalidades o sin flagrancia, no hay lectura de derechos ni abogados desde el primer interrogatorio. En un gran porcentaje de casos existe tortura, declaraciones autoinculpatorias, abusos de privaciones preventivas de libertad, juicios dilatados, ausencia de defensa técnica, sentencias no motivadas adecuadamente, entre otras.

54 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (compiladora), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Editorial Biblos, 2000, p. 19.

55 Abraham Magendzo, “Dilemas y tensiones en torno a la educación en Derechos Humanos en

personas excluidas persisten en sus discursos y prácticas emancipatorias, entonces opera el sistema penal. Si no por las buenas, por las malas. No es casual que uno de los primeros instrumentos jurídicos que han aparecido para controlar a las mujeres es un libro fundamental para la ciencia penal, que se llama el *Malleus Meleficarum*, en el siglo XV, también conocido como *El martillo de las brujas*. El poder punitivo alimenta toda discriminación y es una herramienta indispensable para mantener el *statu quo*.

El utilizar el derecho penal como parte de una lucha emancipatoria produce otros efectos contraproducentes. En primer lugar, reduce la lucha de un movimiento a una lucha procesal, cuyos protagonistas normalmente son agentes que forman parte de la cultura patriarcal (policía, fiscales, jueces, guías penitenciarios). En segundo lugar, neutraliza el discurso antidiscriminatorio al encasillarlo en tecnicismos y ritualismos procesales. En tercer lugar, fragmenta la lucha al usurpar el dolor y el conflicto a la víctima. En cuarto lugar, el poder punitivo se burla de los discursos antidiscriminatorios al repartir vulnerabilidades y definir estereotipos. Al ser un poder discriminatorio por excelencia y esencia, siempre estará al servicio del más fuerte (poder económico o político) y por lo tanto, a la postre, no provoca ningún cambio en la sociedad.

Por esas razones y muchas más, Zaffaroni sugiere que no hay que apropiarse del discurso penal sino que, al contrario, hay que neutralizarlo y luchar por la transformación del poder punitivo que, a la postre, también es la lucha por la transformación de la sociedad⁵⁶.

Al final, como resultado, el estado fortalece el uso del poder más violento que es el penal. Cada vez que se crea un tipo penal, se abre una puerta más para que la policía y la fiscalía puedan intervenir en la vida social de un país. Cada vez que se aumenta una pena, detrás puede haber un ser humano que pase un dolor no previsto por el Código Penal. Atrás de cada demanda de encierro, alrededor de quien sacia la sed de justicia, giran mujeres, niños y personas que también son afectadas.

Ahora bien, el efecto simbólico de la penalización también es un discurso tramposo además de utilitario. El mismo recurso retórico se puede usar para legitimar tipos penales como el aborto, por parte de sectores conservadores, tener latente la amenaza del encierro. Igual sucede con la penalización de las drogas y el temor que se quiere infundir a los consumidores y comerciantes de drogas ilegales. La verdad es que, después de tanta historia del derecho penal, se puede demostrar que el uso de la violencia jamás ha controlado y eliminado la libertad de los seres humanos como tampoco sus luchas por mundos distintos⁵⁷. Ya viene siendo hora de que pensemos en algo mejor que el derecho penal para buscar sociedades más justas.

4.8. El poder punitivo nunca tutela derechos humanos violados

¿Realmente existe una tutela jurídica de bienes jurídicos mediante el derecho penal? En las clases tradicionales de Derecho Penal se enseña que el *Derecho Penal* tutela bienes jurídicos que han sido reconocidos y violentados por el cometimiento de un delito. El derecho penal, en la práctica, no tutela derechos por dos razones. En primer lugar reprime y no repara. En segundo lugar se preocupa del victimario y no de la víctima. Esta afirmación se confirma si analizamos el rol de las víctimas en los diseños procesales penales de la región. Las víctimas no tienen titularidad para ejercer la acción, que corresponde a un órgano estatal de acusación (fiscales o ministerio público), aparecen como objeto de prueba y tienen que intervenir por

democracia”, en *Estudios básicos de Derechos Humanos VI*, IIDH, Costa Rica, 1996, pp. 505-517.

56 Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (compiladora), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Editorial Biblos, 2000, p. 36.

57 La mejor historia del poder penal que he podido leer, en la que se demuestra sus fracasos y arbitrariedades, se la encuentra en Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

intermedio de un abogado privado para tener pretensión procesal. Por ello, no con poca ironía, se ha dicho que el estado ha usurpado el conflicto a las víctimas.

El maestro Zaffaroni sostiene que la teoría del bien jurídico tutelado distorsiona el uso que se puede dar al derecho penal, porque “si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debe haber una ley para tutelarlos y —como vivimos— en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas”⁵⁸. Por eso hay que hablar de bien jurídico lesionado o, mejor aún, de acuerdo con los estándares constitucionales, de bien jurídico ponderado⁵⁹.

La verdad es que el derecho penal no puede tutelar derecho alguno al ser un mecanismo represivo y sancionador, salvo que se crea en la ilusión de que una persona encerrada satisface la necesidad de una víctima, que en este caso estaríamos hablando del sistema penal como un instrumento de venganza privada. En términos de eficacia, el derecho penal ha demostrado no tutelar y, aun considerando su potencial simbólico, comienza a ser percibido como incapaz de tutelar⁶⁰. Al final, “delincuentes y víctimas, todos víctimas”⁶¹.

¿Resuelve el conflicto social un mecanismo que genera otros conflictos? ¿Resuelve una violación de derechos un sistema que no repara dicha violación sino más bien que aborda el problema violando otros derechos? El derecho penal y todos los actores que lo construyen, lo legitiman o lo critican, debemos mirar la realidad, dejar de ser ingenuos y construir un derecho crítico y a la altura de los derechos reconocidos en nuestros estados.

V. ¿Un nuevo derecho penal? Lineamientos para la investigación penal crítica

La resistencia y la lucha por un derecho penal basado en un discurso de derechos humanos emancipador es ardua y actúa en contracorriente a los medios de comunicación, cultura violenta y sentido común. Este derecho penal debe tener algunas características: (1) Debe verse como un sistema holístico y se debe regular tanto el derecho sustantivo, adjetivo como ejecutivo penal; (2) el modelo debe ser integrado entre las ciencias, no se debe separar la dogmática, de la criminología (ciencias sociales y políticas) y del análisis multicultural; por tanto, debe ser interdisciplinario. (3) El derecho penal debe ser coherente con el programa constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en este sentido debe ser un derecho penal mínimo y restaurador, que no debe perder de vista la abolición de la privación de libertad como forma de abordar un conflicto social y para ello no debe descansar en denunciar su inutilidad social y su potencial destructor de vidas humanas. (4) El derecho penal debe nutrirse e inspirarse de la interculturalidad.

5.1. Derecho penal integral

Una de las razones de la permanencia del sistema penal es precisamente no verlo como un sistema. Las facultades de derecho lo analizan desde sus tres componentes como si fueran entidades autónomas y, de hecho, así funcionan. El sustantivo penal tiene su dogmática penal, el adjetivo es meramente instrumental y el ejecutivo, el más marginal, ni siquiera merece análisis. Lo curioso es que un jurista que se considera penalista no es procesalista y ni uno ni otro es ejecutivista. La ciencia del derecho y las agencias de gobierno no llegan a establecer los vínculos entre estas tres ramas del derecho penal. Un primer esfuerzo debe llevar a pensar

58 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 111.

59 Luis Prieto Sanchís, “La limitación en el campo penal”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 261-298.

60 Massimo Pavarini, “Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, FLACSO, Crearimagen, Quito, 2009, p. 215.

61 Lolita Aniyar de Castro, “Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas”, en Lolita Aniyar de Castro y Elsie Rosales, *Cuestión criminal y derechos humanos: la perspectiva crítica*, Instituto de Ciencias Penales, Venezuela, p. 19.

en todos los componentes del derecho penal como un sistema global, buscar sus interrelaciones y analizar sus inconsistencias. El fracaso de uno de los componentes compromete a los otros dos subsistemas. Si se considera, por ejemplo, que la ejecución penal ha fracasado en toda la región —y esto se puede medir con la simple constatación de los índices de reincidencia— no se debería fortalecer la eficiencia procesal o el perfeccionamiento de la dogmática penal. Como constata el profesor Zaffaroni: “Si bien con frecuencia se declara la necesidad de legislar las materias procesal y ejecutiva cuando se sanciona un nuevo código penal, con pareja frecuencia esta declaración asume el carácter de un elemento histórico y queda reducida a una buena expresión de deseos, con el consiguiente fracaso del código sancionado”⁶². Si se analizaría integralmente el sistema, el camino hacia su minimización sería más viable porque respondería a un esfuerzo mancomunado de estructuración.

5.2. Derecho penal interdisciplinario

El derecho penal no sólo está compartimentalizado entre sí, sino también que está aislado. El derecho penal está dividido y solo. La herencia de un derecho “puro” se manifiesta en la separación entre la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. El positivismo jurídico produjo una teoría en la que separaba conceptual y metodológicamente al derecho de otras ciencias e incluso de la moral. Si bien consiguió elevar al derecho a categoría de ciencia y subir la autoestima de quienes la cultivamos, también logró una ciencia autorreferencial, que se basta a sí misma y que no requiere para su comprensión y reproducción de otras ciencias. No es casual, entonces, que el objeto de estudio sea la ley penal y que el método de aproximación sea el exegético. El problema de este enfoque es que la realidad, que supuestamente es donde la ley despliega sus (d)efectos, no es motivo de análisis en la enseñanza del derecho, en la preparación de propuestas normativas ni en la aplicación por parte de abogados y abogadas. La brecha entre la ley y la realidad es enorme. Por una parte, la ley y los profundos tratados de dogmática penal tienen niveles incomprensibles de abstracción, en los que se ejemplifican los detalles más minuciosos y exquisitos de la interpretación de la ley. Por otra parte, la realidad no se compadece con postulado alguno de la ley: la ley se aplica selectivamente contra los más pobres, los plazos procesales no se cumplen, la dogmática no cuenta para determinación de una pena, la ejecución penal es un espacio de violencia y corrupción. Si el derecho penal comprendería a la realidad de su (in)aplicación, las leyes tendrían otro contenido y la realidad posiblemente podría ser modificada.

El profesor Alessandro Baratta abogaba, ya a finales del siglo pasado, por la creación de un modelo integrado para el análisis del derecho penal⁶³. En el modelo, el análisis de la ley no podría ser separado de las ciencias penales, sociales y políticas. Baratta sostenía que el estudio del derecho penal debía estar estrechamente ligado a la criminología crítica y, por su intermedio, a las ciencias sociales. Para afirmar que el derecho penal es un instrumento de poder que tiene impacto en la perpetuación de sociedades intrínsecamente excluyentes y que fomenta la violencia, requerimos de otros objetos de estudio y otros métodos de investigación. En primer lugar, la sociología nos diría que requerimos analizar la realidad carcelaria y el fenómeno de la estigmatización efectuada por la criminalización secundaria. En las cárceles encontramos a las personas más débiles y vulnerables de la sociedad, y que representan a grupos humanos contrarios totalmente al *optimo iure*: pobre, afrodescendiente, analfabeto, desempleado. En segundo lugar, la ciencia política nos evidenciaría que el derecho penal es un instrumento de poder, quizás el más efectivo en términos simbólicos, para mantener una

62 Eugenio Raúl Zaffaroni, “Presentación del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador”, en Ramiro Avila Santamaría (coordinador), *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, la Constitucionalidad del Derecho Penal*, en Serie Justicia y Derechos Humanos, N. 17, V&M Gráficas, 2010.

63 Alessandro Baratta, “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y sistema penal*, Bdf editores, Buenos Aires, 2006, pp. 168-198.

sociedad sustentada en la desigualdad. Finalmente, la filosofía tendría un reto enorme en intentar fundamentar la legitimidad del derecho penal, que es hartamente abstracta y poco satisfactoria, en sociedades excluyentes⁶⁴. Sólo mirando la realidad objetivamente se podrá nutrir al sentido común de nuevos elementos para modificar y transformar al sistema penal.

5.3. Derecho penal reparador

El derecho penal ha sido represivo por esencia. Los modelos de derecho penal han propugnado el aumento de la capacidad represiva del estado, su limitación o su abolición. La abolición propugna la eliminación del poder punitivo y afirma la posibilidad de afrontar los conflictos sociales derivados de los hechos delictivos mediante formas no violentas. Esta posibilidad parecería no tener viabilidad política en los actuales momentos y requerir una sociedad distinta, al menos en valores y apreciaciones sobre los hechos violentos. La promoción y aumento del poder punitivo responde a un modelo autoritario de estado, que no compartimos. Finalmente, la limitación del poder punitivo por medio de los derechos y del derecho penal mínimo, mediante la distinción de las formas de abordar los conflictos sociales. Los conflictos seleccionados para ser canalizados por el derecho penal, por los efectos que produce, deberían ser muy pocos, con el único objeto de evitar la venganza y la desproporción de las penas privadas. Los conflictos, que ahora son catalogados como solucionables, se abordarían por intermedio del derecho civil o administrativo. De esta forma, el poder punitivo tendría una esfera de aplicación mínima necesaria. Entre los conflictos solucionables sin la represión estarían todos aquellos derivados de la propiedad privada, bajo la premisa de que son derechos disponibles y condicionantes que no compiten con la libertad de movimiento que, en sociedades democráticas, deberían tener un valor superior. Sin embargo, en sociedades liberales-capitalistas, la remisión de los delitos contra la propiedad al derecho civil, al igual como otros delitos tales como los económicos o de drogas, sería inviable.

Un camino intermedio entre abolicionismo y derecho penal mínimo sería la introducción en el derecho penal de la justicia restauradora o civilizadora⁶⁵. La justicia restauradora consiste en buscar soluciones a los conflictos sociales seleccionados por el derecho penal sin recurrir a la privación de libertad, prestando atención al daño ocasionado a la víctima por el delito. El objetivo del derecho penal ya no sería exclusivamente la imposición de una pena privativa de libertad sino también, y a veces exclusivamente, la reparación del daño. Nada impediría que un acuerdo reparatorio entre víctima y victimario constituya una forma de pena. En términos prácticos, si no es posible políticamente derivar un conflicto penal al derecho civil, lo más práctico sería traer el derecho civil al derecho penal. El objetivo es claro: disminuir el potencial de dolor que genera el puro derecho penal represivo.

El abolicionismo penal, como ninguna otra perspectiva jurídica que ha abordado el funcionamiento del sistema penal, ha aportado con información sobre la realidad penitenciaria y sus consecuencias, que Mathiesen denominaba “padecimiento”⁶⁶. El fundamento fáctico aportado por el abolicionismo para demostrar la inutilidad y perversidad del sistema represivo penal, sirve también para sustentar la inclusión de la justicia restauradora y de penas no privativas de libertad. Esto del lado de la persona que ha entrado, como responsable o presunto responsable, al sistema penal.

Si pensamos en la víctima de un delito, la perspectiva de un derecho penal restaurador

64 Véase Roberto Gargarella, “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, ensayo compartido por el autor.

65 Ignacio Tedesco, “Hacia la civilización del Derecho Penal”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp. 589-590.

66 Véase el estudio sobre la privación de derechos en el sistema europeo y norteamericano que, sin duda, es menos dramático que en nuestros países de la región, Mathiesen Thomas, *Juicio a la prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

también tiene sentido. La víctima tendría una respuesta estatal adecuada al daño producido por el hecho delictivo. El derecho a la reparación integral podría ser reclamado en juicio penal, sin mayores formalidades y en cualquier momento. Desde esta perspectiva, la pena sería útil para las partes en conflicto. El estado de a poco devolvería el protagonismo del conflicto social a las personas que lo vivieron.

¿Contaminación del derecho penal con el derecho civil? Para algunas personas dogmáticas, el derecho penal se estaría desnaturalizando y se estarían mezclando dos esferas del derecho que no pueden relacionarse, porque la penal responde a la lógica del derecho público y la otra a la esfera del derecho privado. Sin embargo, la integración del derecho, gracias a la influencia del derecho constitucional y de los derechos humanos, cada vez es más evidente. Por un lado, las relaciones que antes se consideraban exclusivamente privadas han pasado a la esfera pública (violencia doméstica, honra de funcionarios públicos, restricción de la libertad de empresa por cuestiones de derechos de consumidor o ambiental), y la esfera pública se ha privatizado con la expansión del régimen neoliberal. Nada extraño, entonces, en la interrelación de las áreas del derecho siempre que conlleven un fin instrumental: el abordamiento más adecuado y menos violento de los conflictos sociales.

Los estados constitucionales tienen proyectos utópicos insertos en las partes dogmáticas de sus cartas políticas. La realización de los derechos humanos son prácticamente imposibles de cumplir y el germen de ilegitimación de los propios estados se encuentra en sus constituciones. El derecho a la libertad, a la tutela efectiva y a la seguridad se encuentra en la misma constitución y manifiesta tensiones en su realización. En términos también utópicos, la mejor forma de respetar los tres derechos es mediante la supresión progresiva de la respuesta penal al conflicto social.

5.4. Derecho penal intercultural

El derecho penal es una de las “joyas” del estado liberal y de la modernidad. Cuando hablamos de las nuevas tendencias a la expansión penal, nuestros doctrinarios progresistas nos suelen recomendar mirar a las conquistas logradas en el derecho penal liberal del siglo XVIII. Sin embargo, el derecho penal como parte del estado nacional del que surge, si bien impuso límites y vínculos al poder punitivo, es parte integrante de un estado que ignoró otros saberes, otras culturas y otras formas de afrontar los conflictos sociales. Las promesas del estado moderno no se cumplieron para muchos grupos humanos o simplemente les perjudicaron.

Cuando estados como el ecuatoriano y el boliviano se declaran como plurinacionales, el efecto no sólo tiene que ver con reconocer a otros grupos humanos y sus derechos específicos, sino que tiene relación profunda con el derecho: existen varios derechos, varias jurisdicciones y varios procedimientos. Emergen, para quienes cultivamos la cultura jurídica dominante, nuevos actores, nuevos imaginarios para la solución de conflictos, nuevas prácticas transformadoras, nuevas formas de organización y hasta nuevas formas de territorialidad.

El derecho penal frente a otros derechos sancionadores se encuentra ante tres posibilidades: 1. Negar su existencia, que no cabe en un régimen constitucional que promueve la diversidad; 2. Respetar la diferencia, permitir y promover la existencia de otros sistemas, marcar límites y solucionar los problemas de conflicto de competencias; 3. Aprender de los otros sistemas.

Esta relación entre derecho dominante y otros derechos no es pacífica ni tampoco ha sido adecuadamente resuelta por la academia ni por nuestros estados. Los derechos ancestrales han venido resolviendo conflictos que podríamos denominar penales de formas distintas a la privación de libertad y con otros métodos. La interrelación entre sistemas jurídicos, particularmente para los que han tenido una relación dominante, es saludable aunque no exenta de problemas teóricos y prácticos. Señalemos algunos de los aspectos de posible aprendizaje, en los que se aprecian las distancias enormes entre sistemas jurídicos: las

condiciones de la autoridad, el procedimiento, la relación entre víctima y victimario, la consideración del tiempo, la valoración de la sanción con la comunidad.

La autoridad en el sistema occidental es seleccionada mediante un procedimiento basado en concursos de merecimientos y se debe garantizar la imparcialidad de la juez o jueza de las partes en conflicto, el procedimiento es burocrático y con una fuerte tradición inquisitiva, la víctima está en una relación de diametral oposición al victimario y sus pretensiones son contrarias, el tiempo es lineal en el que la pena interrumpe la vida productiva de una persona, la sanción es pura privación de derechos y se enfoca en la represión y la persona condenada es excluida de la vida social y es hasta estigmatizada. Sin ánimo de idealizar la justicia indígena y reconociendo que de hecho pueden existir excesos, arbitrariedades y violaciones a los derechos humanos (como sucede en cualquier administración de justicia), en cambio, en ella encontramos una autoridad basada en el respeto, la sabiduría y la experiencia, el procedimiento es completamente oral, es conciliatorio y se basa en la escucha activa; las partes en conflicto, incluido el juzgador, son parte de la comunidad; el tiempo es circular y la sanción pretende purificar, respetar los ciclos de la vida y la paz⁶⁷. “Lo que está en juego no es la justicia que se debe aplicar a un individuo, sino la armonía que debe ser instaurada en el seno de una comunidad”⁶⁸. No menos importante es que la sanción de privación de libertad es desconocida en el derecho “penal” indígena, que son precisamente los caminos por los que parecería que el derecho penal va a recorrer, y que ya han sido recorridos por nuestros habitantes pertenecientes a comunidades indígenas. El derecho occidental tiene mucho que aprender de la forma de resolver sus conflictos, así como las personas indígenas han aprendido del sistema occidental y lo han adaptado de acuerdo con su cultura e historia⁶⁹. Si se quiere introducir la oralidad en los procedimientos penales, se mira la experiencia norteamericana o chilena, pero no la de los huaronis o quichuas; en cuanto a la pena, ¿qué es más humano: una pena que reafirma valores de una comunidad y recupera vínculos rotos, aun si se manifiesta mediante vulneraciones a la integridad física; o una pena que excluye, denigra y olvida por medio de la privación de la libertad? Este es un cuestionamiento que no lo hemos tomado en serio y más bien nos hemos apresurado a descalificar a la justicia indígena como salvaje o primitiva.

Señalemos, de igual modo, el punto problemático por excelencia: el reconocimiento de la norma, la estricta legalidad, la estricta jurisdiccionalidad y, en general, la apreciación de los derechos humanos. Desde la cultura jurídica occidental resulta importante la separación de derecho positivo con la moral y, para ello, la forma de verificar la existencia de la norma. El principio de estricta legalidad resulta complicado cumplirlo en la justicia indígena, dado que las normas no están escritas ni creadas de forma como conocemos nuestra democracia deliberativa. En la estricta jurisdiccional se exige debido proceso (pruebas, contradicción, acusación, argumentación fáctica y jurídica, sentencia motivada). En catálogo de penas la línea entre trato inhumano y degradante no es fácil de trazar, además que las penas dependen de las infracciones y no de la determinación de una norma. En fin, muchas interrogantes difíciles de contestar, pero que tenemos que afrontarlas si queremos buscar soluciones más humanas, más útiles y menos violentas.

¿El derecho penal, con estas características, es realmente nuevo? En términos teóricos, salvando el elemento cultural, todo se ha dicho, incluso de forma más radical. En términos prácticos, en cambio, el derecho penal sigue siendo (y parece que por mucho tiempo) un derecho penal atomizado, autorreferencial, violento, inútil, hegemónico y legitimado por el

67 Véase Raimon Panikkar, *Paz e interculturalidad, una reflexión filosófica*, Herder, España, 2006, pp. 112 y 116.

68 Jean-Godefroy Bidima, “La palabre. Une jurisdiction de la parole”, Michalon, Paris, p. 11, en Akuavi Adonon, “La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?”, en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales*”, Antropos, Colombia, 2008, p. 113.

69 Elisa Cruz Rueda, “Principios generales del derecho indígena”, en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales*”, Antropos, Colombia, 2008, p. 47.

sentido común, los políticos conservadores, los medios de comunicación y hasta por los movimientos sociales, y que responde de manera simbólica y torpe a las demandas provenientes de los sentimientos de inseguridad ciudadana.

Por ello, nunca hay que descansar en multiplicar las voces y en repetir y reactualizar los discursos para no olvidar los efectos perniciosos de la expansión del poder punitivo. El estado constitucional y democrático contemporáneo requiere teorizar, legislar y aplicar un derecho penal plural, diferente, integrado, más humano, interdisciplinario, legitimado por su respeto a los derechos humanos, conciliador, útil y plural.

VI. Conclusiones

1. El abordamiento de la seguridad pública no debe reducirse al derecho penal, que no contiene ni resuelve el problema. Sin embargo, el derecho penal tiene relación con parte de la percepción ciudadana. Urge producir información, discusión y formación ciudadana al respecto. La seguridad que cabe en un sistema constitucional de derechos es aquella que garantiza el mayor ejercicio de derechos de las personas y no el mayor uso del derecho penal. En consecuencia, el poder punitivo debe ser limitado por medio del derecho penal y los derechos humanos.
2. El derecho penal no puede ser compartimentalizado y su abordamiento teórico debe ser integral. No conviene perpetuar la división entre derecho sustantivo, adjetivo y penal, porque contribuye a la dispersión y a la perpetuación de un sistema inconsistente entre sí. La reforma del sistema penal, que incluye las definiciones precisas para la criminalidad primaria (tipificación), justicia penal y régimen penitenciario tienen que ir a la par de la universalización de los derechos sociales y servicios públicos.
3. Conciliar el estudio del derecho con las ciencias sociales. La mejor forma de desenmascarar el discurso legitimador del sistema es demostrando su funcionamiento real. La enseñanza del derecho penal no debe estar divorciado de los métodos de investigación social (cuantitativos, cualitativos y comparativos). No tiene sentido analizar una norma sin conocer su efectiva aplicación. Debemos producir doctrina penal interdisciplinaria.
4. Contextualizar al derecho penal dentro de la ciencia política. Sin duda un sistema penal excluyente demuestra una sociedad política también excluyente. Detrás de nuestros sistemas penales existen grandes decisiones u omisiones, que son funcionales a la reproducción de las diferencias sociales y a la conservación de la realidad social desigual.
5. El derecho penal debe mirar los derechos ancestrales no para inmiscuirse en las formas de solución de conflictos, sino más bien para aprender de ellas. Parecería que nuestro derecho no es digno de ser emulado y peor de ser impuesto; parecería, en cambio, que mucho tenemos que aprender de los otros sistemas que han resistido la hegemonía del derecho penal dominante. Para ello, primero tenemos que flexibilizar nuestras categorías jurídicas. El punto de equilibrio está en preservar la dignidad de las personas y de encontrar un derecho que emancipe en lugar de que controle o discipline.

VII. Bibliografía

- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Baratta, Alessandro, “Cárcel y marginalidad social”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Siglo del Hombre Editores, Buenos Aires, 2004.
- _____, “El nuevo paradigma criminológico: el *labelling approach* o enfoque de la reacción social. Negación del principio del fin o la prevención”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Siglo del Hombre Editores, Buenos Aires, 2004.
- _____, “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y sistema penal*, Bdf editores, Buenos Aires, 2006.
- Bidima, Jean-Godefroy, *La palabra. Une jurisdiction de la parole*”, Michalon, Paris, en Akuavi Adonon, “La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?”, en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales*”, Antropos, Colombia, 2008.
- Binder, Alberto, “Poder, violencia y conflicto” en *Introducción al derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- Capella, Juan Ramón, *Entrada en la barbarie*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Carranza, Elias (coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas Posibles*, Siglo Veintiuno Editores- ILANUD, segunda edición, México, 2007.
- Carrión, Fernando, Jenny Ponton y Blanca Armijos, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, FLACSO, Quito, 2009.
- Constitución de la República de Ecuador, 2008.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, [Corte IDH. Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs Perú. Sentencia de 2 de agosto de 2008.](#)
- _____, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.
- _____, Caso Caesar vs Trinidad y Tobago, Sentencia 11 de marzo de 2005.
- _____, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006.
- _____, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala, Sentencia de 8 de marzo de 1998.
- _____, Caso Tibi vs Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- Cruz Rueda, Elisa, “Principios generales del derecho indígena”, en Huber, Rudolf y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales*”, Antropos, Colombia, 2008.
- De Castro, Lolita Aniyar, “Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas”, en

- Lolita Aniyar de Castro y Elsie Rosales, *Cuestión criminal y derechos humanos: la perspectiva crítica*, Instituto de Ciencias Penales, Venezuela.
- _____, “Derechos Humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo”, en Eugenio Raúl Zaffaroni, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (primer informe)*, IIDH, Depalma, Buenos Aires.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 2002.
- Dufour, Gilbert, *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Editorial Trama, Ecuador, 2009.
- El Comercio, “la seguridad es fracturada por los armados”, Cuaderno 2, 1 de enero de 2010.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, México, 2008.
- _____, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Séptima Edición, Madrid, 2005.
- Fiss, Owen, “The forms of Justice”, en *The Law, as it could be*, New York University Press, 2003.
- Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.
- _____, “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, ensayo compartido por el autor.
- Gomáriz, Enrique, *Violencia y castigo desde una perspectiva integral*, Nueva Sociedad, N. 208, marzo-abril de 2007, en Mauricio Benito Durá.
- Huber, Rudolf y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Konrad Anenauer Stiftung, Colombia, 2008.
- Immanuel, Kant, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000.
- Langbein, John H., “Tortura y plea bargaining”, Julio B.J. Maier y Alberto Bovino (compiladores), *El procedimiento abreviado*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2005.
- Magendzo, Abraham, “Dilemas y tensiones en torno a la educación en Derechos Humanos en democracia”, en *Estudios básicos de Derechos Humanos VI*, IIDH, Costa Rica, 1996.
- Maier, Julio B., “La privación de libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- Maier, Julio B.J. y Alberto Bovino (compiladores), *El procedimiento abreviado*, Del Puerto Editores, Buenos Aires, 2005.
- Morales, Juan Pablo, “Democracia sustancia, sus elementos y conflictos en la práctica”, en Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Tomo I, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas, Quito, 2008.

- Nercellas, Marta, “Desigualdades en la balanza socioeconómica y sistema penal”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- Organización Panamericana de la Salud, Informes anuales sobre el estado de la salud en las Américas, en Mauricio Benito Durá, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14 (3).
- Panikkar, Raimon, *Paz e interculturalidad, una reflexión filosófica*, Herder, España, 2006.
- Pavarini, Massimo, “La guerra a las “no personas”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, FLACSO, Crearimagen, Quito, 2009.
- _____, “Por una política democrática de “nueva prevención””, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, FLACSO, Crearimagen, Quito, 2009.
- _____, “Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, FLACSO, Crearimagen, Quito, 2009.
- Prieto Sanchís, Luis, “La limitación en el campo penal”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid.
- Ramm, Alejandra, *Imputados*, Ediciones Diego Portales, Chile, 2005.
- Riego, Cristian y Mauricio Duce (editores), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, CEJA-JSCA, Chile, 2008.
- Tedesco, Ignacio, “Hacia la civilización del Derecho Penal”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- Thomas, Mathiesen, *Juicio a la prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2003.
- Vilhena Vieira, Oscar, “Desigualdad y Estado de Derecho”, en *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, N. 6, Año 4, Brasil, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Presentación del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador”, en Ávila Santamaría, Ramiro (coordinador), *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, la Constitucionalidad del Derecho Penal*, en Serie Justicia y Derechos Humanos, N. 17, V&M Gráficas, 2010.
- _____, *El enemigo en el derecho penal*, Ibañez, Colombia, 2006.
- _____, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (compiladora), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Editorial Biblos, 2000.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- Zalamea, Diego, “Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador”, en Cristian Riego y Mauricio Duce.