

PROF. MARIO ZAMORA CORDERO. LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD NACIONAL Y SU ACTUAL IMPACTO EN EL DERECHO PENAL LATINOAMERICANO. 123-139. REVISTA CENIPEC. 25. 2006. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. MARIO ZAMORA CORDERO

**LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD NACIONAL
Y SU ACTUAL IMPACTO EN EL DERECHO PENAL LATINOAMERICANO**

Fecha de recepción: 17/10/2005. Fecha de aceptación: 27/01/2006

LIC. MARIO ZAMORA CORDERO
Comisión de Derecho Internacional Humanitario
San José - Costa Rica
marzaco@usal.es

Resumen

El artículo analiza el fenómeno de traslación del eje del campo de la seguridad nacional al campo de la seguridad ciudadana en Latinoamérica como consecuencia del fin de la “Guerra Fría” y la emergencia de situaciones críticas en el campo de la seguridad pública. Advirtiendo que en dicho proceso subsiste el riesgo que de manera subterránea y no visible (re)emerja la Doctrina de la Seguridad Nacional en el acontecer Latinoamericano. El artículo analiza la necesaria convergencia que debe de existir entre Derechos Humanos y Derecho Penal a través de los principios garantistas que deben de informar al Sistema de Control Social de una Democracia moderna a efectos de que la actuación de las agencias estatales en materia de justicia y policía se comporten de conformidad con las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho.

Palabras clave: Derecho penal, política criminal, derecho penal internacional, doctrina de la seguridad nacional, doctrina de la justicia y la defensa nacional, violencia social.

The doctrine of national security and its current impact on criminal law in latin america

Abstract

This article examines the movement from the realm of national security to the field of public safety as a result of the ending of the Cold War and the emergence of critical situations in the field of citizen safety. In this process, there is the risk that the Doctrine of National Security (re)emerges as a hidden component in Latin American policy and politics. The article also studies the necessary convergence between criminal law and human rights, which should be achieved through legal guarantees that are built into social control in modern democracies, so that state agencies specializing in justice and policing behave as they should under the social and democratic rule of law.

Key words: criminal law, crime policy, international criminal law, Doctrine of National Security, Doctrine of Justice and National Defense, social violence

La doctrine de la sécurité nationale et son impacte actuel dans le droit pénal latinoaméricain.

Résumé

Cet article analyse le phénomène de translation de l'axe du cadre de la sécurité nationale au cadre de la sécurité citoyenne en Amérique Latine, comme conséquence de la fin de la « Guerre Froide » et la résurgence des situations critiques dans le cadre de la sécurité publique. On avertit que dans ce processus le risque de réapparition de la Doctrine de la Sécurité Nationale, de façon souterraine et non visible, subsiste dans le quotidien latino-américain. De la même façon, on analyse la convergence nécessaire qui doit exister entre les Droits Humains et le Droit Pénal à travers des principes garants qui doivent informer le Système de Contrôle Social d'une démocratie moderne, afin que l'actuation des agences étatiques en matière de justice et police soient de conformité avec les exigences de l'État Social et Démocratique de Droit.

Mots clefs: Droit pénal, politique criminelle, droit pénal international, doctrine de la sécurité nationale, doctrine de la justice et la défense nationale, violence sociale.

A doutrina da segurança nacional e seu impacto atual no direito penal latinoamericano.

Resumo

O presente artigo analisa o fenômeno de translação do eixo do campo da segurança nacional ao campo da segurança do cidadão na América latina como consequência do final da "Guerra Fria" e o surgimento de situações críticas no campo da segurança pública. Advertindo que em tal processo subsiste o risco que de forma subterrânea e não visível (re)surja a Doutrina da Segurança Nacional no acontecer latino-americano, de igual maneira analisa a necessária convergência que deve existir entre os Direitos Humanos e o Direito Penal a través dos princípios que garantem que se deve informar ao Sistema de Controle Social de uma Democracia Moderna a efeitos que a atuação das agências estatais em matéria de justiça e polícia se comportem de conformidade com as exigências do Estado Social e Democrático de Direito.

Palavras chave: Direito penal, política criminal, direito penal internacional, doutrina da segurança nacional, doutrina da justiça e da defesa nacional, violência social.

El presente artículo no constituye un trabajo definitivo sobre Política Criminal¹, ni siquiera comporta un estado de la cuestión sobre esta importante tema; es, por tanto, un limitado esfuerzo académico por resaltar la imprescindible vinculación, que en el debate jurídico iberoamericano, debe darse entre el marco ontológico emanado del Estado Social y Democrático de Derecho² para con las tareas de formulación de políticas públicas en materia criminal³ y su ejecución

¹ En doctrina, la política criminal se define como “aquel sector de la política que guarda especial relación con la forma de tratar la delincuencia: Se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación político criminal y esta se expresa a través de una política criminal concreta. En este sentido la Política Criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica. Si se utiliza el modelo de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en el una dimensión de “norma”, otra de “hecho” y una tercera de “valor”, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, La Criminología como hecho y la Política criminal como valor”. Siguiendo a V. Liszt le podemos definir, en un primer momento, como el compendio sistemático de los medios eficaces de lucha contra el delito; para concluir llamándola ciencia de la valoración y crítica del Derecho penal vigente y de las propuestas de Derecho penal futuro. Luzón Peña, por su parte define la política criminal como aquella ciencia que trata de determinar, con arreglo a diversos criterios, no sólo técnico-jurídicos, sino políticos en sentido amplio (lo que permite considerarla una disciplina científica en buena medida autónoma respecto a la dogmática penal), los medios que son posibles, necesarios, eficaces y adecuados de emplear para prevenir delitos. Examinando, con arreglo a esos criterios Fundamentales, los medios jurídico-penales ha emplear; pero también otros medios no penales, jurídicos o extrajurídicos, que pueden contribuir a esa tarea. Por consiguiente, es una ciencia del Derecho penal, pues ese es fundamentalmente su objeto, aunque se ocupe de otros medios preventivos de delitos: su misión básica es la valoración crítica, la creación y modificación del Derecho penal, e incluso la contribución a su elaboración dogmática. A este respecto, Miguel Polaino Navarrete ha ahondado sobre la relación de conexidad entre Política criminal y Derecho penal, advirtiendo que aquella ejerce un efecto directo sobre este, en tanto le determina al establecimiento o no de sanciones penales para concretos comportamientos típicos, antijurídicos y culpables, en función de la necesidad de la pena y de la prevención delictiva. Pero a su vez, el Derecho penal condiciona y limita el campo de actuación y validez de la Política criminal en virtud de que sus postulados, tendientes a preparar y dirigir la legislación del ordenamiento punitivo, quedan supeditados a la naturaleza instrumental de dicho ordenamiento. Señala este autor que la Política criminal se refiere a las causas del delito, tratando de constatar las formas de realización de las sanciones jurídico-penales y examinando hasta qué límite puede el legislador extender el ordenamiento punitivo a fin de poder prevenir con eficacia las lesiones del Derecho, por lo tanto, la proyección funcional de la política criminal se orienta al ámbito de la selección de los medios jurídicos más eficaces, al servicio del legislador ordinario, para la solución justa de aquellos supuestos de contradicción típica al Ordenamiento penal. Vid, Zuñiga Rodríguez, Laura, Política Criminal, Editorial Colex, Madrid, 2001. Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Política Criminal Comparada, Cuadernos de Derecho Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 1990.

² Vid. Schwabe, Jürgen, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, Colombia, 2003, pp. 87, 349-350, 358-359 y 361.

³ La tendencia a sustentar las políticas públicas en criterios criminológicos implica la examinación de esta Ciencia del Ser en su papel de fuente del Derecho Penal vigente y de fuente de la Política Criminal adoptada por un Estado, por lo que en dicho marco de análisis resulta de especial recibo su definición a efectos de señalar el contexto científico para su correcto tratamiento: En este contexto, José Antón Oneca (Catedrático de la Universidad de Salamanca y Madrid), definía el concepto de criminología en los siguientes términos: “Ciencia empírica de carácter interdisciplinario, que estudia el delito en la vida del individuo y de la sociedad, la personalidad del delincuente, la personalidad de la víctima, la criminalidad como fenómeno colectivo y la aplicación práctica y eficaz de la pena”. La base real que otorga la criminología al Derecho Procesal Penal constituye una garantía de carácter democrática que permite la adaptabilidad de las normas jurídico penales

por parte del sistema institucionalizado de Control Social del Estado, a efectos de construir una Justicia inequívocamente Democrática e Igualitaria⁴.

En forma subsidiaria pretendemos también señalar la amenaza que representa para la Justicia la predominancia que determinados mitos y estereotipos (propios de la Guerra Fría) tienen en la construcción de las percepciones sociales⁵ que con respecto a la criminalidad son elaboradas y reelaboradas en sede legislativa⁶, a efectos de modificar en términos represivos el marco legal que rige al Sistema Penal así como el devenir institucional de las agencias que integran el aparato de

a la realidad social vigente mediante su permanente perfeccionamiento de cara a la función instrumental que por naturaleza está llamado a cumplir. En este sentido la finalidad de la Criminología, tomando en consideración que es una ciencia eminentemente práctica, consiste en la influencia sobre el Poder en aras de lograr soluciones al problema criminal. En pos de este cometido, la Criminología desarrolla un conjunto de tareas: 1- Explicación Teórica de la realidad criminológica (Elabora teorías sobre el comportamiento humano en torno al delito), 2- Control de la Delincuencia, (A partir del estudio de su génesis y funcionamiento), 3- Informar sobre el problema criminal (Aportando conocimientos científicos sobre el problema y la solución criminal a través de la prevención del delito a la sociedad y a los poderes públicos), 4-Prevención Eficaz del Delito (El estudio sobre la génesis y la dinámica de la criminalidad y sus variables debe conducir a la intervención sobre la realidad social a efectos de anticipar al delito) mediante la Prevención Primaria (Estrategias Preventivas basadas en una política cultural-social dirigidas a todos los habitantes a efectos de influir en forma pre-inicial, antes de que tengan lugar las causas del delito), la Prevención Secundaria, (Prevención Inicial frente al Delito mediante el reconocimiento temprano de circunstancias criminógenas y la atención sobre delincuentes potenciales) y la Prevención Terciaria (Representada por la lucha jurídico-penal contra la reincidencia, su foco de atención está centrado sobre los sujetos delincuentes a efectos de evitar la reiteración de conductas y comportamientos criminales. Finalmente, 5- La resocialización del delincuente (Mediante: 5.1. El estudio del impacto real de las penas; 5.2. Controlar que las penas privativas de libertad no incapaciten a quien ha ido a la cárcel a retornar a la sociedad; 5.3. Diseñar programas concretos de reinserción y, 5.4., sensibilizar al conjunto de la sociedad de que el crimen es un problema de Todos, no únicamente del Sistema Penal. En este sentido la finalidad de la Criminología, tomando en consideración que es una ciencia eminentemente práctica, consiste en la influencia sobre el Poder en aras de lograr soluciones al problema criminal. En pos de este cometido, la Criminología se vincula con la Política Criminal, entendida como el conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Así, cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación político criminal y expresa una concreta política criminal. en este sentido la política criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica, que responde al modelo político en que se desarrolla. vid. garcia-Pablos de Molina, manual de criminología (introducción y teorías de la criminalidad), Espasa-Calpe, Madrid, España, 1988. criminología, tirant lo blanch, Valencia, España, 1992.

⁴ reconociendo el valor que la seguridad y la seguridad jurídica otorgan al gobernado para efectos de articular una convivencia fundada en el derecho, también es dable crear los mecanismos jurídicos para que el ciudadano pueda actuar ante las desviaciones que frente al ordenamiento jurídico puedan tener los propios órganos estatales a efectos de garantizar la voluntad del pueblo, es decir, “querer vivir desde la libertad fundada en derecho, que anule y haga imposible la arbitrariedad y la violencia en las relaciones humanas; un querer que el poder no destruya la libertad, sino que la establezca y garantice”. Fernandez-Miranda, torcuato, estado y constitución, editorial espasa-calpe, madrid, españa, 1975, p.317.

⁵ vid Barrios, olga, realidad y representación de la violencia, ediciones universidad de Salamanca, España, 2002.

⁶ Vid, Koonings, Kees y Kruijt, dirk, las sociedades del miedo: el legado de la guerra civil, la violencia y el terror en américa latina, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2001.

Control Social del Estado⁷. Este marco crítico⁸ nos permite señalar como hipótesis de trabajo la pretensión de constatar la amenaza que para el Estado Social y Democrático de Derecho implica: la adaptación e incorporación al campo de la Seguridad Ciudadana⁹ (y por este medio, al escenario jurídico penal) de la *Doctrina de la Seguridad Nacional*¹⁰ que gobernó en clave antidemocrática y lesiva para los Derechos Humanos, las políticas de seguridad de la mayor parte de naciones latinoamericanas durante la época de la *Guerra Fría*¹¹.

⁷ Bajo esta influencia, como han reconocido distintos estudios de entidades internacionales y ONGs, los entes represores del delito y del delincuente, violan, con más frecuencia y agresividad, el marco legal existente a efectos de “combatir” a la criminalidad. Para ello cuentan con el consentimiento tácito de lo “Opinión Pública” mayoritaria y con el apoyo ideológico de los Medios de Comunicación de Masas, generándose una presión social proclive al castigo y no a la atención de las causas sociales generadoras de la criminalidad. Vid, Barbero Santos, Marino y Diego Díaz-Santos, María del Rosario (Coordinadores), *Criminalidad, Medios de Comunicación y Proceso Penal*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

⁸ Vid, Romero Soto, Julio y Romero Alvarez, Rocio, *Delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1983.

⁹ Vid, Fernández Entralgo, Jesús, Portilla Contreras, Guillermo y Barcelona Llop, Javier, *Seguridad Ciudadana*, Editorial Trotta, Federación de Juristas Progresistas, Madrid, España, 1993.

¹⁰ “La idea de la seguridad nacional es la expresión de un discurso determinado. Este discurso, invocado tanto en el Norte como en el Sur, en el Este como en el Oeste, es de naturaleza conservadora: busca preservar el estado de cosas existentes dando por sentado que ello es viable, deseable y necesario. Es además un discurso que pretende otorgar certezas: intenta precisar, medir y predecir eficazmente las amenazas, las vulnerabilidades, el tipo, grado, origen, dimensión, foco y alcance del peligro y las estrategias más convenientes y efectivas para superarlo y así evitar el conjunto de riesgos, sorpresas, y dificultades vitales que ponen en entredicho valores precitados para una comunidad dada. Asimismo conjuga un discurso orientado a imágenes: esclarece u oscurece, según el caso, el perfil del adversario, del contrincante, del enemigo y su eventual futuro comportamiento y mediante ello deposita (...) (en determinados órganos) la capacidad de identificarlos y actuar en consecuencia (...) la idea de la seguridad nacional en el contexto hemisférico está asociada a la denominada Doctrina de la Seguridad Nacional surgida al calor de la Guerra Fría y estimulada (...) (al tenor de ese conflicto) significando el mayor esfuerzo latinoamericano para militarizar el concepto de la seguridad. El gran enemigo externo -el comunismo- pasó a mimetizarse a nivel doméstico y, con esto, el papel de las fuerzas armadas adquirió preponderancia ya que la corporación militar se autoidentificó ideológica y prácticamente como la única institución capaz de salvaguardar los valores nacionales, garantizar la estabilidad política, robustecer el desarrollo social, y facilitar el progreso económico de un país. Este sello doctrinario dependiente y distintivo de la seguridad nacional en América Latina se encuentra en un proceso de redefinición y transformación y aún gravita de modo sobresaliente en diversos casos continentales (...) (ya que ésta (SIC) le puede eventualmente brindar protección y defensa a las clases gobernantes, pero inseguridad e incertidumbre a los ciudadanos”.

Tokatlian, Juan Gabriel, *Drogas, Dilemas y Dogmas*, Editorial Tercer Mundo, Bogotá, 1995, pp. 11-15.

¹¹ “Durante las décadas anteriores (Años setentas y ochentas), los conflictos sociales y políticos internos de los países centroamericanos, exacerbados por la Guerra Fría, fueron percibidos por los gobiernos de la región como amenazas al Estado mismo y tratados, erróneamente, como un problema de seguridad nacional cuya solución se reducía a una solución militar. Todos los demás problemas, entre ellos el de la criminalidad, quedaban subsumidos al de la seguridad nacional (...) (esta tendencia, pese a los esfuerzos vertidos, no fue desactivada o descontinuada en la posguerra, por el contrario, el peso de la seguridad nacional no ha podido ser suplantado por un concepto de seguridad democrática, primero, o de seguridad humana, después, dadas las posibilidades de conversión y adaptación al escenario de la seguridad ciudadana). Chinchilla, Laura, *Seguridad Ciudadana y Reforma Policial en Centroamérica*, En: *Documentos de un Proceso de Reforma Policial en Centroamérica*, Taller Regional sobre Seguridad Ciudadana y Capacitación Policial, Unión Europea, San José, Costa Rica, 1997, p.92.

En distintos países latinoamericanos es apreciable la conversión de postulados propios de la Seguridad Nacional, y más concretamente de la Doctrina de la Seguridad Nacional, al ámbito de la Seguridad Ciudadana a través de la instauración de códigos de equivalencia entre “*el guerrillero de antaño y el delincuente de hoy*”. Este proceso de traslación del eje de la seguridad del campo de la seguridad nacional al campo de la seguridad ciudadana impregna a este último escenario lógicas operacionales desarrolladas bajo coordenadas de guerra política o guerra psicológica que posicionan a la criminalidad común¹² en el papel de: “Nuevo enemigo sistémico” que en otrora ocupaban los grupos *subversivos*. Este proceso de construcción simbólica permite imponer fórmulas de descalificación y etiquetamiento social negativo tendientes a la generación de una base social de apoyo, necesaria e imprescindible, para lograr el aumento en el poder coactivo que ejerce el Sistema Penal así como de las potestades de sus agencias a efectos de contener, “por los medios que sea”, a éstos nuevos: “Enemigos del Sistema” que son hoy en día los delincuentes.

El temor social generado a partir de la percepción general de la criminalidad justifica y legítima (en razón de la alta peligrosidad percibida por todos) el uso de “todos” los medios y recursos sistémicos, legales e ilegales, para lograr el mayor de los éxitos en el combate y erradicación de esta amenaza social. El objetivo *nacional* que procuran las tendencias de seguridad y justicia que mediante este artículo criticamos son el resultado de la conjunción entre la Teoría del Etiquetamiento Social¹³ y la Doctrina de la Seguridad Nacional¹⁴, en el marco que brinda el campo de la Seguridad Ciudadana¹⁵ y que impactan el ámbito de la Justicia Penal a través del recrudecimiento de las tendencias más represivas e inquisitoriales del Derecho.

¹² Vid, Gil villa, Fernando, La Delincuencia y su circunstancia (Sociología del crimen y la desviación), Tirant lo blanch, Valencia, España, 2004.

¹³ En este contexto, la teoría del “Labelling Approach” ha sido una herramienta criminológica indispensable para comprobar la incorrecta operación del Sistema Penal a través del comportamiento institucional de sus agencias. Así, “la intervención legislativa -agravando y aumentando penas-, la intervención policial -agravando la violencia sobre sectores sociales constitutivos de la clientela criminal- la intervención judicial -recibiendo y reproduciendo la violencia preseleccionada por las instancias policiales- y la intervención penitenciaria -degradando a las personas que caen en sus redes y sirviendo de factor reproductor de la delincuencia-, son, en la práctica, mecanismos que exacerban la conflictividad y violencia sociales”.

¹⁴ Vid, Chaves, Paul, Solo para los ojos del Presidente: Introducción al estudio de la inteligencia y de los servicios de inteligencia, Editorial Edisa, San José, 1998.

¹⁵ Vid Velásquez de Avilés, Victoria Marina, La Seguridad Ciudadana, la Policía Nacional Civil y los Derechos Humanos, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos-PNUD, San Salvador, 1997.

El uso expansivo e inflacionario del Derecho Penal, como fórmula de contención de los problemas sociales¹⁶, está inmerso dentro del proceso general de cambio y transformación social que hoy afronta América Latina en su conjunto, por lo cual resulta oportuno visualizar la necesidad de profundizar en el inconcluso e interminable debate científico político sobre el papel del Derecho Penal como apéndice o no de la Seguridad Pública. Contrarrestar la propuesta que sobre el papel inquisitivo del Derecho Penal han elaborado desde la especulación y el uso del temor social determinados sectores y conglomerados de intereses (empeñados en el aumento de las potestades represiva de los órganos encargados del control social y de un Derecho Penal cruento y represivo), sólo puede hacerse desde la objetividad e integralidad que brinda la Política Criminal. Ya que es en este ámbito concreto en donde se debe fraguar la normativa que interrelacione los postulados garantistas emanados de la dogmática penal¹⁷ para con los principios que comporta el concepto de seguridad democrática¹⁸, a fin de que el Derecho Penal y el Sistema Institucionalizado de Control Social respondan a criterios propios de una Justicia Democrática¹⁹.

Discutir respecto de los niveles y grados de protección penal respecto de bienes jurídicos tutelados²⁰ debe constituir el eje central sobre el cual verificar un debate nacional tendiente a definir los parámetros sobre los cuales debe operar la construcción normativa²¹ de los tipos penales, y sobre esta base, el papel de las

¹⁶ Vid. Waldman, Peter (Editor), *Justicia en la Calle: Ensayos sobre la Policía en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), Instituto de Investigación sobre España y América Latina (ISLA), Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996.

¹⁷ Vid. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

¹⁸ Zamora Cordero, Mario, *Modelos de Seguridad en América Latina: El caso del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica*, Tesis de Maestría, Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Salamanca, 2001.

¹⁹ Vid. Bustos Ramírez, Juan, "Manual de Derecho Penal: Parte General", 3^o Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989. Luzón Peña, Diego-Manuel, "Curso de Derecho Penal: Parte General I", Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996. Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal: Parte General", 4^o Edición, Reppertor S.L., Barcelona, 1996. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, "Derecho Penal: Parte General", 2^o Edición, tirand lo blanch libros, Valencia, 1996. Polaino Navarrete, Miguel, "Derecho Penal: Parte General" Tomo I, 3^o Edición, Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona, 1996.

²⁰ Vid. Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.

²¹ Respecto de la construcción normativa cabe tomar en consideración la crítica vertida por el hoy Presidente de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica: "No es cierto que sea de aplicación real el principio de legalidad (porque están tipificadas como criminales una serie de conductas a las que debería dárseles otro tratamiento y respuesta desde el Derecho u otras disciplinas, y porque, al contrario, no están tipificadas como delictivas conductas de una gran dañosidad social); tampoco se aplica en la práctica el principio de igualdad ante la ley (porque el sistema capta sólo ciertas formas de delincuencia convencional,

agencias encargadas del control social a través de la contención del delito y el tratamiento del delincuente²². En tal proceso resulta indispensable que sea el legislador y no la presión social a través de él, quien esgrima y defina el papel del Derecho Penal en sociedades en transición y por tanto expuestas a un uso negativo de ese Derecho²³. El uso simbólico e instrumental de la figura del Delincuente²⁴ crea las condiciones justificantes (condición suficiente) para efectos de hacer recrudescer la intervención del Derecho Penal²⁵, y por esta vía, del control social

perpetradas por miembros de las clases marginales, y deja, totalmente por fuera, las formas de delincuencia no convencional, perpetradas desde sectores con poder económico como político); de igual manera el debido proceso es violentado constantemente en la cotidiana aplicación del ordenamiento jurídico penal (las garantías fundamentales de los ciudadanos son atropelladas en su derecho de defensa, en la liberalidad con que se acuerda la encarcelación preventiva o el abusivo monto de las penas de prisión etc.); por supuesto que son negados también el principio de inocencia (dándose como regla su opuesto, la presunción de culpabilidad del acusado), el non bis ídem (castigándose doblemente a quienes guardan prisión a través de los reglamentos disciplinarios) y desprotegiéndose por completo la garantía de legalidad durante la ejecución de las sentencias (sobre todo la ejecución de la pena privativa de libertad). Además de todo lo dicho, está claro que uno de los aspectos donde con mayor transparencia se refleja lo que se ha dado en llamarse “el fracaso del derecho penal” es en la declarada finalidad resocializadora de la pena de prisión, propósito para el que no hacen falta más investigaciones científicas, pues la mera observación empírica nos lleva al convencimiento de que la cárcel, lejos de resocializar, desocializa al prisionero y sirve de centro de reproducción de la criminalidad convencional.” Arroyo Gutiérrez, José Manuel, “Función Instrumental y función Simbólica del Derecho Penal”, En: *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, Comisión Nacional para el mejoramiento en la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José, 1997.

²² Nuñez Paz, Miguel Angel, *Lecciones de Criminología*, Escuela de Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, España, octubre-febrero, 1998-1999.

²³ André Hauriou, a principios de los años sesenta, señalaba que la crisis de la función promocional de la igualdad que se indicaba como referente legitimador del Estado ha sido incumplida en medida nada escasa. La consiguiente conflictividad social se traduce no sólo en una variación cuantitativa de la demanda de justicia sino en una transformación cualitativa de la misma. No se trata solamente de la aplicación de la norma. Es precisamente el fracaso de ésta lo que determina el surgimiento del conflicto. Se pretende suplir con el momento jurisdiccional la incapacidad del momento político para satisfacer la demanda social y la evitación del conflicto.

²⁴ Vid. García Ramos, Jesús, *Lenguajes Marginales*, Dirección General de la Policía (España), División de formación y perfeccionamiento, Madrid, 1994.

²⁵ “El Modelo de enjuiciamiento penal inquisitivo se afianza, a partir del siglo XIII, ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminan conformando los estados nacionales. Surge, entonces, como ejercicio del poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendra. (...) La idea de pecado (bajo este contexto histórico) es central: el pecado, un mal absoluto, debe ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal no es ya un daño provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de infracción como lesión frente a Dios y a la persona del Rey. Este fundamento, sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en que el poder político se encuentra centralizado, este fundamento autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito, y que refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los individuos, no logra ser quebrantado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días”. Bovino, Alberto, “La Participación de la Víctima en el Procedimiento Penal”, pags. 202-203. EN: “*Sistemas Penales y Derechos Humanos*”, Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente – Unión Europea, San José, 1997.

ejercido a través de su medio, generándose como efecto directo, no colateral, de dicho proceso una seria limitación de derechos y libertades ciudadanas en la medida en que las entidades adscritas al sector justicia y policía incrementan sus potestades más allá de los límites establecidos por el Estado Social y Democrático de Derecho²⁶. Dicho debate, pese a su magnitud y trascendencia, ha sido invisibilizado en medio de la discusión político-criminal hoy vigente en el subcontinente latinoamericano. Esta deficiencia o déficit en el tratamiento de un tema clave para las sociedades en transición y en proceso de consolidación evidencia los temores e incapacidades para hacer de la Justicia y la Seguridad pilares en el proceso de construcción de la Democracia en Latinoamérica²⁷.

La instrumentalización del miedo, a partir de la alarma social provocada por la inseguridad ciudadana, ha servido de base para generar la legitimación necesaria para que las agencias de control social (Policía, Fiscales, Funcionarios Penitenciarios) incrementen sus potestades dentro de la “Sagrada” y “Nacional” lucha contra la Criminalidad y la Delincuencia. Este fenómeno jurídico ha afectado a toda la Región en su conjunto mediante el desarrollo de dos tendencias concretas: la primera, consistente en el aumento y extensión del espacio social sujeto a control penal (esta expansión se da mediante el incremento de conductas constitutivas de delitos; es decir, mediante el establecimiento de nuevos delitos); mientras la segunda se estructura sobre la base de la intensificación del control sobre conductas ya penadas (a través del aumento de penas y la ampliación de las facultades investigativas de los entes públicos encargados de su persecución y procesamiento) lo cual pasa a ser una de las características de mayor relevancia en las sociedades latinoamericanas contemporáneas.

²⁶ Los límites que impone el Estado de Derecho al Sistema Penal (Jueces, Fiscales, Policías, Funcionarios Penitenciarios) son tanto límites máximos como límites mínimos, es decir, así como se debe evitar el uso de la violencia legal que le otorga el ordenamiento jurídico a los órganos encargados de ejercer el control social a través del Derecho Penal, también es igualmente indispensable que la normativa penal no deje de cumplirse y aplicarse (Impunidad) por mera discreción de las autoridades en quienes está delegada la misión de garantizar el cumplimiento de la Ley.

²⁷ El Derecho en Democracia demanda que la intervención del Derecho Penal, en su rol de instancia coercitiva de tutela y protección de Bienes Jurídicos mediante la aplicación de la sanción penal, deba acatar y respetar los principios rectores que emanan del Estado Social y Democrático de Derecho. Entre los límites que se preceptúan para el ejercicio del “ius puniendi” sobresalen, entre otros, el Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, el Principio de Ultima Ratio y el Principio de aplicación fragmentaria del Ordenamiento Jurídico, para efectos de que el ejercicio de la coerción legalizada no termine por emular la violencia social que en principio pretende erradicar.

La presión social (estimulada por los medios de comunicación colectiva) dirigida a incrementar el control social ejercido desde el Sistema Penal se corresponde con la producción de normativa penal, en sede legislativa, que así lo avala; lo cual permite constatar la existencia de un *corredor de influencia* (corredor ideológico) que demuestra que aún y cuando las ciencias penales constituyen un componente intrínseco que sirve como contrapeso al condicionamiento extrínseco generado por la presión social²⁸, la predominancia de este elemento en última instancia (dada la conformación y diseño democrático del Sistema) potencia el desarrollo y consolidación de un Derecho Penal de prima fase y no de última ratio²⁹.

La sociedad postcolonial Latinoamérica aún guarda de sus orígenes una acentuada estratificación social y sus formas de reproducción del poder vigente incidían en la aplicación condicionada del Derecho Penal³⁰ bajo el principio: “*Para los amigos todo, para los enemigos, la ley*”³¹. Hoy, la sociedad latinoamericana de post-guerra (Guerra Fría) y de inicios de siglo, atestigua la vigencia de nuevos condicionamientos que se suman a los preexistentes como lo demuestra el hecho de que el moderno Derecho Penal latinoamericano se haya elaborado y reelaborado bajo la premisa: *Todo contra el infractor; nada contra la infracción*; (es decir, contra las causas que genera la realización de conductas infractoras y que se explican a partir de las condiciones de inequidad y desigualdad social prevalecientes y que sitúan a esta parte del mundo como el lugar del planeta con mayores diferencias entre los que más tienen y los que menos tienen) y, en consecuencia el Derecho Penal dominante, así como lo hace el Ejército, la Policía y el resto de instituciones adscritas al control social institucionalizado, siguen cumpliendo un rol resguardador del statu quo.

²⁸ Esser, Albin, Hassemmer, Winfried, y Burhardt, Björn, (Coordinadores de la versión alemana, Francisco Muñoz Conde, Coordinador de la versión española), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

²⁹ Vid. Marín Castán, Francisco, *Control democrático y legitimación del Poder Judicial*, En: *El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, p.104.

³⁰ Vid. Abarca Vásquez, Carlos, *Poder Político y Sanción Penal en Costa Rica (1750-1880)*, Zeta Servicios Gráficos, San José, 2001.

³¹ La situación surgida entre el gobernador de la ciudad de México y la polémica surgida con el presidente mexicano Vicente Fox que condujeron a la renuncia del Fiscal general evidencia la tendencia a utilizar el derecho penal como un apéndice de la política por parte de quienes ejercen el poder.

En este contexto puede identificarse la existencia de un Derecho Penal de nuevo cuño que acrecienta el control social neocolonial sobre el que están, solidamente estructuradas, las sociedades latinoamericanas. Es así como el Derecho Penal latinoamericano entra en contradicción frente a los postulados provenientes del Derecho Penal Continental Europeo, que le sirve de referencia y fundamento, en la medida en que responde a un modelo de aplicación autoritario del poder y cuyo ejercicio demanda dejar de responder a su lógica interna (lógica dogmática, lógica jurisprudencial), para pasar a administrar y canalizar, a través de la fuerza (pena y el uso simbólico de la sanción), los niveles de frustración social sobrevenidos de las desigualdades sociales y las sensaciones de venganza asociadas a estas.

El Derecho Penal latinoamericano, a través de la represión y su faz inquisitorial, acude en salvaguarda del sistema, generando una nueva legitimidad ante la pérdida de credibilidad en que han incurrido los actores tradicionales (Partidos Políticos, Iglesia, Autoridades Administrativas, etc.), convirtiéndose sus agencias (Policías, Fiscales, Jueces) en actores sociales de nuevo cuño³². Este cambio no resulta casual si se toma en consideración que las contradicciones sociales que históricamente afloran en el escenario de lo político, han comenzado a manifestarse en el escenario de lo penal a través de nuevas formas de criminalidad y nuevas conductas disfuncionales. En síntesis, el postulado totalizante que gobierna el Derecho Penal Latinoamericano en clave de represión se estructura a partir de la definición que se ha hecho de la lucha contra la criminalidad como una lucha de *todos*, contra *todos* los delincuentes o posibles delincuentes (que además son enemigos de *todos*) a efectos de ser ejercida a través de *todos* los medios y con *toda* la fuerza y contundencia que tiene a su haber el Sistema Penal. Así, el avance, real o percibido, de la delincuencia por parte de la ciudadanía, gracias a la acción de la prensa y muy especialmente, al de la prensa amarillista, genera la alarma social necesaria a efectos de generar la base social de apoyo para que el control social que ejerce el Derecho Penal (en defensa de todos) se dé incluso más allá de los límites que estipula el Estado de Derecho³³.

³² Sin embargo, ante la imposibilidad de que la actuación jurisdiccional erradique el sentimiento generalizado de insatisfacción, se la responsabiliza de una ineficacia que sólo es atribuible a otros centros de poder.

³³ A este respecto, Llobeth ha señalado que tanto el cuestionamiento que se hace de las garantías procesales desde la perspectiva de la seguridad ciudadana, y la respuesta que se da en defensa de dichas garantías, reviste caracteres ideológicos, estando íntimamente relacionados con lo que se ha llamado el concepto

A manera de Conclusión:

En América Latina, frente a un Derecho Penal de última ratio prevalece un Derecho Penal expansivo, inflacionario, en franco crecimiento, más cruento, más duro, más selectivo y discriminatorio. Y con ello, los principios político-criminales de carácter democrático sufren un serio menoscabo y deterioro³⁴, dándose su suplantación, por postulados propios de regímenes autoritarios. En suma, la Política Criminal vigente en Latinoamérica, así como sus tendencias más fuertes, están asentadas en el autoritarismo totalitario de corte reactivo que promueven a toda costa el combate y enfrentamiento represivo del fenómeno criminal, mediante las respuestas violentas de las agencias que integran el sistema institucionalizado y formal del Control Social; y no, en postulados democráticos que bajo un enfoque pro-activo velen por su disminución mediante la actuación sobre las causas estructurales que a nivel social e individual potencian el desarrollo del fenómeno criminológico.

ideológico de la presunción de inocencia, cuya crítica llevó al positivismo criminológico, al fascismo, al nacionalsocialismo y al estalinismo a negar dicho principio. Llobeth Rodríguez, Javier, "Garantías Procesales y Seguridad Ciudadana", En: *Sistemas Penales y Derechos Humanos*, Op. Cit., p. 104.

³⁴ En este sentido, la presente monografía pretende evidenciar el riesgo que para la consolidación democrática de las sociedades en transición de la América Latina y para sus Sistemas Penales comporta la Doctrina de la Seguridad Nacional a través del patrón de influencia que esta ideología desarrolla sobre el funcionamiento de las agencias estatales encargadas de la contención y tratamiento de la criminalidad a efectos de que esa misión institucional se desarrolle más allá del marco establecido por el Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, esta crítica no se circunscribe dentro de posiciones abolicionistas ni tampoco elude el hecho de que un segmento importante de la población padece un notable aumento en la violencia con la que opera la criminalidad en el país y que se corresponde, en términos perceptivos, con un aumento en la atención de víctimas por parte del sistema hospitalario nacional. En este contexto, la crítica acá señalada permite generar los insumos para el desarrollo de un debate sociojurídico que ausculte los aspectos clave sobre los cuales debe versar un renovado proceso de reforma judicial, que dote de eficiencia a la operación del sistema penal ante las demandas ciudadanas en esta materia desde una óptica garantista y de justicia penal democrática. Sin mitos ni dogmatismos afronte con la misma decisión y empeño el combate a la impunidad y la ineficiencia judicial en los mismos términos que se impiden los excesos así como el uso del Derecho Penal más allá de los límites que impone el Estado de Derecho y cuya trasgresión constituye causa primera para la pérdida de legitimidad y confianza social para el Poder Judicial en su conjunto. Por ello, este debate debe partir del reconocimiento de la inoperancia policial, judicial y penitenciaria para efectos de encarar los retos, que a la sociedad costarricense, depara el complejo espectro delictivo que se yergue sobre el país y ante el cual solo es dable contemplar la cárcel como último recurso a efectos de que la prisión quede reservada para tratar al núcleo duro de la criminalidad, (evitando así que personas primerizas sean antisocializadas mediante la deformación carcelaria que generan nuestros centros de reclusión). En este escenario el tema de la reincidencia criminal se ubica como el gran reto al cual hacer frente en razón de las graves limitaciones que tiene nuestro sistema penal para efectos de detectar, enjuiciar y resocializar a quienes han hecho de la delincuencia una forma habitual de vida. Zamora Cordero, Mario, *La Hora del Fiscal*, Periódico La Nación, 20 Nov. 2003

Finalmente, la concepción del Estado Democrático de Derecho, como síntesis de las anteriores, legítima el Derecho Penal en tanto sea -estrictamente- necesario para la protección de los intereses esenciales de los ciudadanos, es decir, de los bienes jurídicos que representan posibilidades de participación de los ciudadanos en la vida social, pero aquí hay intereses tanto individuales como colectivos. Ello supone una democratización del Derecho penal y, en su caso, acentuación de la participación ciudadana en su configuración: democratización de la selección de los tipos penales protectores de bienes jurídicos (...) y con eventual participación ciudadana en la justicia penal a través del jurado; y de la ejecución de las sanciones penales atendiendo a las necesidades sociales y a los condenados y con participación de éstos y de las instituciones representativas del interés social (Jueces y fiscales de vigilancia) en el tratamiento. Pero también deben respetarse los derechos de las minorías y cumplirse escrupulosamente las garantías jurídico-constitucionales de los derechos y libertades fundamentales de los individuos (inculpados y penados). Y en cuanto a las sanciones, esta orientación puede compatibilizar la concepción preventivo-general y la preventivo-especial de las mismas, aún dejando abierta la interpretación sobre la prioridad que respectivamente se les conceda³⁵.

La amenaza de que el Derecho Penal pueda ser utilizado como antítesis de las tesis democráticas que componen su núcleo central, sirve para hacer un llamado para el ejercicio de un debate social comprometido sobre un tema crucial para el desarrollo y consolidación de la Democracia en las sociedades latinoamericanas de transición, en las que el Derecho Penal, surgido del Estado Social y Democrático de Derecho, debe fijar la pauta para ver al infractor (Justicia con rostro humano) y sobre todo incidir sobre las causas que generan y promueven la comisión de infracciones en nuestras sociedades a partir de la desigualdad y la inequidad social que les sirven como caldo de cultivo; y, en cuya resolución, descansan también las respuestas que servirán como mecanismos efectivos, justos y democráticos de contención del creciente fenómeno de inseguridad ciudadana que enfrentan la mayor parte de las naciones del subcontinente latinoamericano.

³⁵ Luzón Peña, Diego-Manuel, "Curso de Derecho Penal: Parte General I", Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996, pag. 117.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abarca Vásquez, C. (2001). Poder Político y Sanción Penal en Costa Rica (1750-1880), Zeta Servicios Gráficos, San José.
- Armijo Sancho, G. (1998). “Nuevo Proceso Penal y Constitución”, Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José.
- Arroyo Gutiérrez, J. (1997). “Función Instrumental y función Simbólica del Derecho Penal”, EN: Sistemas Penales y Derechos Humanos, Comisión Nacional para el mejoramiento en la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José.
- Barrios, O. (2002). Realidad y Representación de la Violencia, Ed. Universidad de Salamanca.
- Bovino, A. (1997). “La Participación de la Víctima en el Procedimiento Penal”, en: “Sistemas Penales y Derechos Humanos”, Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente – Unión Europea, San José.
- Bustos Ramírez, J. (1989). “Manual de Derecho Penal: Parte General”, 3º Edición, Ed. Ariel S.A., Barcelona.
- Chaves, P. (1998). Solo para los ojos del Presidente: Introducción al estudio de la inteligencia y de los servicios de inteligencia, Ed. Edisa, San José.
- Chinchilla, L. (1997). Seguridad Ciudadana y Reforma Policial en Centroamérica, En: Documentos de un Proceso de Reforma Policial en Centroamérica, Taller Regional sobre Seguridad Ciudadana y Capacitación Policial, Unión Europea, San José.
- De Molina, G. (1998). Manual de Criminología (Introducción y Teorías de la Criminalidad), Espasa-Calpe, Madrid.
- _____ (1992). Criminología, tirant lo blanch, Valencia.
- Eser, A./Hassemer, W./Burhardt, B. (Coordinadores de la versión alemana-Francisco Muñoz Conde, Coordinador de la versión española), (2004). La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio, Editorial Tirant lo blanch, Valencia.
- Fernández Entralgo, J., Portilla Contreras, G. y Barcelona Llop, J. (1993). Seguridad Ciudadana, Ed. Trotta, Federación de Juristas Progresistas, Madrid.
- Fernandez-Miranda, T. (1975). Estado y Constitución, Editorial Espasa-Calpe, Madrid.
- Ferrajoli, L.(2001). Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid.
- García Ramos, J. (1994). Lenguajes Marginales, Dirección General de la Policía (España), División de formación y perfeccionamiento, Madrid.
- Gil Villa, F. (2004). La Delincuencia y su circunstancia (Sociología del crimen y la desviación), Tirant lo blanch, Valencia.
- Julián Ríos, C. (1995). “Guía Jurídica del Psicólogo”, Ed. Pirámide S.A., Madrid.

- Koonings, K. y Kruijt, D. (2001). *Las Sociedades del Miedo: El legado de la guerra civil, la violencia y el terror en América Latina*, Ed. Universidad de Salamanca.
- Luzón Peña, D. (1996). "Curso de Derecho Penal: Parte General I", Ed. Universitas S.A., Madrid.
- Llobet Rodríguez, J. "Garantías Procesales y Seguridad Ciudadana", en: *Sistemas Penales y Derechos Humanos*. Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente – Unión Europea, San José.
- Marín Castán, F. (1989). *Control democrático y legitimación del Poder Judicial*, EN: *El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Mir Puig, S. (1996). "Derecho Penal: Parte General", 4º Ed. Reppertor S.L., Barcelona.
- Muñoz Conde/García Arán, M. (1996). "Derecho Penal: Parte General", 2º Ed. tirando lo blanco libros, Valencia.
- Núñez Paz, M. (1998). *Lecciones de Criminología*, Escuela de Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca.
- Polaino Navarrete, M. (1996). "Derecho Penal: Parte General" Tomo I, 3º Ed. Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona.
- Schwabe, J. (2003). *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, Medellín.
- Romero Soto, J. y Romero Alvarez, R. (1983). *Delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Penal Parte General*, Ed. Civitas, Madrid.
- Tokatlian, J. (1995). *Drogas, Dilemas y Dogmas*, Ed. Tercer Mundo, Bogotá.
- Velásquez de Avilés, V. (1997). *La Seguridad Ciudadana, la Policía Nacional Civil y los Derechos Humanos*, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos-PNUD, San Salvador.
- Waldman, P. (Ed.) (1996). *Justicia en la Calle: Ensayos sobre la Policía en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), Instituto de Investigación sobre España y América Latina (ISLA), Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín.
- Zamora Cordero, M. (2001). *Modelos de Seguridad en América Latina: El caso del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica*, Tesis de Maestría, Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal, Salamanca.
- _____ (2003). *La Hora del Fiscal*. Periódico La Nación, 20 Nov.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2001). *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid.