

POPULISMO PUNITIVO, MAYORÍAS Y VÍCTIMAS

MAURICIO MARTÍNEZ*

RESUMEN

El trabajo aborda la forma en que se ha asentado la manipulación, por parte del Estado, del miedo de la población frente al delito. Ello permite la enconada persecución de los crímenes de mayor impacto en la población, aumentando desproporcionadamente las penas. En un contexto de consolidación de la democracia luego de la Segunda Guerra Mundial, resulta paradójico que el Estado explote el miedo de la población para así restringir sus propias libertades fundamentales.

Palabras clave. Política criminal, democracia, manipulación social, derechos fundamentales.

ABSTRACT

This paper studies how the State manipulates the fear of the society to the crime activity, in order to increase the persecution and the punishment. Although the democratic system has consolidated its influence since World War II, the government is restricting fundamental rights under the excuse of violent crimes.

Key words. Criminal policy, democracy, social manipulation, fundamental rights.

1. LA PERVERSIÓN DEL SISTEMA PENAL POR VIRTUD DEL POPULISMO PUNITIVO

Mientras en la teoría política y jurídica no ha logrado consolidarse la redefinición del concepto de democracia surgido de los Estados constitucionales posteriores a la II Guerra Mundial, abogado por el neoconstitucionalismo y el garantismo de los derechos, en materia de política criminal se ha impuesto, sobre todo con la llamada lucha contra las drogas, contra el terrorismo, y contra la perversión sexual, gobernar manipulando el miedo de la población frente al delito. Por esto las campañas electorales se centran en la búsqueda de consenso entre los gobernados para ofrecer seguridad y

* Doctor en Derecho Penal, Universidad de Roma, Doctor en Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Magíster en Política Criminal, Institut für Rechts und Sozialphilosophie, Universidad del Saarland-Alemania. Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Coordinador del Foro Latinoamericano sobre la cuestión criminal y los derechos humanos.

erradicación del delito, que es la encarnación de la maldad, reemplazando así los debates sobre los problemas sociales generados por el modelo económico neoliberal surgido en los años 90 principalmente en los países centrales de Europa y Estados Unidos, pero trasladados por los políticos de profesión a contextos como el latinoamericano: en dicho miedo al delito se sustenta el nuevo modelo de control social denominado populismo punitivo contemporáneo o *Governing Trough Crime* que han estudiado SIMON¹ y GARLAND² y con él se construye el nuevo Derecho Penal de Enemigo, que parece una especie de Derecho Penal mágico³, manipulado por brujos para exorcizar fantasmas.

El nuevo caramelo que se ofrece en las campañas electorales es un veneno que puede matar pero que es aceptado por una población presa del pánico y que lo acepta porque es presentado como un remedio para aniquilar monstruos de un zoológico en el cual se incluyen principalmente terroristas, narcotraficantes o violadores de mujeres y de niños y por eso el populismo punitivo parece tener base social para el ofrecimiento de penas altas, el cambio de la utopía resocializadora por la inocuización de la maldad a través de penas degradantes y la reivindicación de las víctimas para contraponerlas a los derechos de los seleccionados como malos, la privatización de las tareas de control al delito, señalamiento a los operadores judiciales del fracaso del combate a la criminalidad, defensa de paradigmas manageriales y actuariales para el estudio de los problemas del delito, es decir, centralización de costes y beneficios, tablas de riesgos, etc.

Dos enfoques criminológicos contemporáneos, desarrollados principalmente en el llamado primer mundo, se han ocupado de defender académicamente esta nueva explicación del problema delictivo: son la llamada criminología *of the everyday life* dedicada a especular sobre riesgos y oportunidades de ser víctima del delito (FELSON, WILSON, KELLING) y la llamada criminología *of the other* que concibe el delito como una epidemia producto de la degradación moral, frente a lo cual hay que responder con "tolerancia cero" (BENETT, DI IULIO, WALTERS). Son dos enfoques que más que defender tesis para construir una teoría parecen una colección de titulares y de eslóganes de prensa amarillista haciéndole propaganda a una película de terror⁴.

¹ Cfr. SIMON, Jonathon, *Governing Throug Crimen*, en: FRIEDMAN, L. y FISCHER, G., *The Crimen Conundrum*, 1977.

² GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.

³ Cfr. al respecto MOCCIA, Sergio, *Seguridad y sistema penal*, en: CANCIO MELIA, Manuel y GÓMEZ JARA, DIEZ, *Derecho Penal de Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Madrid, B de F, 2006.

⁴ Un importante estudio de la obra de GARLAND dedicada al problema se encuentra en el Estudio Preliminar hecho por MANUEL ITURRALDE a la obra del autor *Crimen y Castigo en la Modernidad tardía*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.

Y como se trata de ganar consensos y votos este populismo tiene como destinatario principal a las masas y mayorías presentadas como potenciales víctimas.

Veamos en qué forma esta tendencia se contrapone al modelo de Estado constitucional que sigue en mora de consolidarse en los países latinoamericanos.

2. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Mientras en el Estado de derecho liberal las decisiones de las autoridades se consideran democráticas por ser representativas de la voluntad de las mayorías, o de sus representantes, en el Estado social del constitucionalismo lo son por sus contenidos sustanciales, porque satisfacen los derechos fundamentales de todos; es decir, derechos que ninguna autoridad o mayorías pueden dejar de decidir o de respetar: el principio de la democracia política relativo a quién decide, típico del anterior modelo de Estado, se subordina al principio de la democracia social que se relaciona con aquello sobre lo que no es lícito decidir y sobre lo que es lícito dejar de decidir. Consecuencia de esto es la redefinición de la democracia constitucional.

En este sentido en el nuevo modelo de Estado social el poder público está limitado en sus decisiones y en la disponibilidad normativa; mientras en el Estado legislativo la sujeción a la ley expresaba el respeto a la voluntad popular, en el nuevo modelo dicho sometimiento es válido pero respecto de todo el ordenamiento y sobre todo del orden objetivo de los derechos, impuesto por la supremacía constitucional, aún independientemente de dicha voluntad general; en otras palabras, la integridad y realización digna del ser humano precede axiológicamente a la voluntad política de las personas o lo que es lo mismo los derechos fundamentales tienen precedencia axiológica respecto de los principios de organización política democrática⁵.

Por lo anterior “sería inadecuada e incompleta una definición de la democracia que no especificara que el sufragio universal y el principio de las mayorías son sus condiciones solo formales, esto es, relativas a la forma y al método (al “quien” y al “cómo”), y por tanto no dijera nada acerca de la sustancia o de los contenidos (el “qué”) que no es lícito decidir a ninguna mayoría. Sería una definición insuficiente para dar cuenta no solo de las actuales democracias constitucionales, sino de la propia democracia política o formal, cuyo funcionamiento y cuya supervivencia requieren cuando me-

⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 65.

nos que no sea lícito a las mayorías decidir la supresión de las minorías o en último término las reglas mismas de la democracia política”⁶.

Para los defensores del garantismo es claro que este modelo no siempre es compatible con el de democracia formal: en efecto, constitucionalismo y democracia son conceptos diferentes y virtualmente opuestos: *constitucionalismo* como el ideal del gobierno limitado y dividido, mientras *democracia* expresa poder ilimitado del pueblo. Por ello deben entenderse el primero como *constitucionalismo democrático* y el otro como *democracia constitucional*: son conceptos que ponen límite a las generaciones futuras, para poder garantizar el futuro de la democracia y de los derechos fundamentales “y con ello precisamente, cualquier cosa que signifique este término de la ‘soberanía popular’ de las generaciones futuras: atando las manos, es cierto, a las generaciones en cada momento presentes, a fin de impedir que sean ellas las que amputen las manos a las generaciones futuras”⁷. Por lo anterior en los nuevos modelos de Estado constitucional la voz del pueblo no es la voz de Dios en temas relacionados con el delito y su control.

3. VOX POPULI NO ES VOX DEI

En el modelo teórico de Estado legislativo clásico el poder está sometido al derecho, que a su vez es considerado legítimo por tener origen en la voluntad general; de esta manera la ley es la garantía máxima frente al poder y el pueblo, las mayorías representan la voz que crea el derecho; la voluntad

⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p.103. Para el mismo autor, “...la dimensión política es solo una de las dimensiones de la democracia –la dimensión formal, relativa a las formas representativas (del quién) y mayoritarias (del cómo) de la producción normativa– a la que el constitucionalismo rígido ha añadido una dimensión sustancial: precisamente la de los límites y los vínculos dictados por derechos fundamentales, en relación con los contenidos de las normas producidas, esto es, lo que no debe y lo que debe ser decidido por cualquier mayoría. Bajo este aspecto los derechos fundamentales... son ciertamente un límite a la democracia política y a la soberanía popular: el límite de lo indecible (qué y qué no)”.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo...*, p. 107. Así mismo el autor está de acuerdo con Kelsen en que el concepto de “soberanía popular” debe ser eliminado: “Ello es así porque la soberanía es *potestas legibus soluta*, esto es, poder absoluto, no sometido a límites ni reglas, y por tanto incompatible con el modelo del estado de derecho, que excluye la existencia de poderes absolutos, y en mayor medida incompatible con el del estado constitucional de derecho... Pero si queremos seguir hablando de “soberanía popular” debemos entenderla por un lado como “el conjunto de los poderes y contrapoderes que son los derechos fundamentales, atribuidos a todos y cada uno de los sujetos, esto es, al pueblo entero, como otros tantos fragmentos de soberanía; y de otros, y sobre todo, como una garantía negativa contra el despotismo, en el sentido de que la soberanía, como dice por ejemplo el artículo 1 de la Constitución italiana, “pertenece al pueblo”, o sea, a nadie más que al pueblo, y por tanto, nadie, ni siquiera sus representantes, puede legítimamente apropiarse de ella”, p. 108.

del pueblo, como antes la del Monarca, es como un dios que todo lo puede, incluso desconocer los derechos e intereses de los que conforman el pueblo mismo. Pero dicho modelo no pudo resistir al ser inocultable el divorcio entre el formalismo, con la presunta sujeción de todos los poderes a la ley y la praxis social y económica, así como la evidente falta de neutralidad del derecho respecto de los conflictos sociales, y ser producto de una mayoría dirigida, interesada y dispersa, en lugar de, como se pensaba, una sociedad homogénea y pacífica, de hombres libres e iguales⁸.

Con el Estado constitucional, el sometimiento a la ley se transforma en sometimiento al derecho y a los derechos, pero no solo sometimiento de los poderes públicos, sino de la ley misma y de la voluntad general que la encarna, es decir, del pueblo mismo y de las mayorías y minorías que lo conforman. En el nuevo modelo de Estado se revisa, entonces, el principio de mayorías que pasó a ser manejado al antojo del Estado legislativo, así como de los regímenes autoritarios en supuesto respeto de la *vox populi* como *vox dei*. El neoconstitucionalismo no oculta la contraposición entre democracia y Constitución, y por eso replantea la legitimación de los jueces, incluido el juez constitucional, es decir, percibe al Poder Judicial como “poder contramayoritario”, teniendo en cuenta que los jueces no cuentan con legitimación democrática, o sea, no pueden decidir según las coyunturas sociales o políticas⁹.

4. LA JUDICATURA COMO PODER CONTRAMAYORITARIO Y EL POPULISMO PUNITIVO

Queda planteada así la nueva legitimación de la jurisdicción, para lo cual el constitucionalismo contemporáneo no teme enfrentar las pretensiones de las mayorías: en ella la legitimidad constitucional se obtiene en relación con su carácter vinculado, como todo poder, y su rol garantista de los derechos fundamentales. En el modelo constitucional lo vinculan ya no a la ley en cuanto norma vigente o eficaz, sino en cuanto subordinada a los principios y derechos constitucionales interpretados por él mismo pero en consonancia con la autoridad suprema pero antimayoritaria, como están llamados a operar los tribunales constitucionales; y su rol garantista, relacionado con la defensa que tiene que asumir de los derechos, respecto del

⁸ Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía...*, pp. 227 ss.

⁹ Ha sido este también el sentido que se le ha dado en la doctrina alemana a las limitaciones y facultades del juez. Véase por ejemplo LARENZ, Karl, *Der Richter als Gesetzgeber?*, en: ROXIN Claus (ed.) *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin 1974, pp. 31 ss. Igualmente DREHER, Eduard, *Das schlechte Gewissen des Strafrichters*, en: KAUFMAN Arthur (ed.), *Festschrift für Paul Bockelman*, Munich, 1979.

control penal, neutralizando las tendencias vengativas informales de la voluntad popular y del desbordamiento de los poderes de mayorías.

Ello porque la función de los jueces no consiste en materializar en los fallos la voluntad popular y más bien en una especie, como lo llama GARZÓN VALDEZ, de 'inspector de calidad'¹⁰, debe poner límites no solo a las actuaciones inconstitucionales de quienes representan a las mayorías, sino directamente a estas cuando con su omnipotencia desconocen derechos fundamentales. Pero en el modelo constitucional contemporáneo los jueces no pueden, para oponerse a las mayorías, decidir discrecional y libremente como proponía el positivismo ante la ausencia de normas para regular un caso concreto, ya que ella ahora está limitada o condicionada a los principios y valores axiológicos de las Constituciones, que deben ser aplicados como cartas de triunfo sobre los caprichos de las mayorías, como establece un neoconstitucionalista como DWORKIN.

En el modelo neoconstitucional los jueces no pueden, por tanto, ser llamados a "responder democráticamente" como en cambio sucede con el Ejecutivo y el Legislativo, pues su legitimación no se puede medir en las urnas; su confiabilidad la determinan, 1) la adecuación de sus fallos a principios y derechos vigentes, para cuyas reformas debe actuar directamente el constituyente, e igualmente 2) la forma de designación, por ejemplo ausente de manipulación partidista, cuya omnipotencia deslegitima también a otros poderes y no solo al Judicial¹¹, y por selección de altísima calidad ética y académica.

De esta manera la judicatura se pone a salvo de la manipulación social y política, de singular importancia cuando con sus fallos se debe limitar o suprimir derechos fundamentales como sucede con el control punitivo. En efecto, para esta delicada actividad la judicatura se debe sustraer de la *vox populi* pues, como ha sido demostrado, para hacerle cumplir funciones simbólicas al sistema penal, mediante las campañas de seguridad ciudadana y la utilización de los sentimientos de inseguridad y del miedo al delito en las campañas electorales se saca provecho de la tendencia del ser humano a retirarse de las sombras que lo atormentan.

Para el neoconstitucionalismo garantista la sustracción de los derechos fundamentales del mercado de la política y de las campañas de manipulación ciudadana, que convierten a las llamadas mayorías en masas anónimas, es fundamental para garantizar la democracia constitucional. Como ha sido

¹⁰ GARZÓN VALDEZ, Ernesto, "El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia", en: *Jueces para la Democracia*, N° 45 (2002), p. 46.

¹¹ Para el pensador alemán Bachof no tiene mucha fuerza la acusación de que el Poder Judicial es antidemocrático por no tener mandato directo del pueblo, pues no todos los gobiernos o sus funcionarios lo tienen; incluso el Parlamento ha perdido la inmediatez, pues su composición está de hecho mediatizada por los partidos: *Op. cit.* p. 59.

señalado, cuando las mayorías actúan como *masas* son fácil sustento del autoritarismo y de violación de los derechos fundamentales, pues está verificado que el individuo en dicho contexto pierde su identidad: “El individuo “en masa” está protegido por la invisibilidad, afirma ZAGREBELZKY. Actúa como si nadie pudiese verlo y así adquiere, por el hecho del número que esconde las unidades, un sentimiento de potencia invencible y de exención de toda rendición de cuentas. El sentido de responsabilidad que frena a los individuos, en la masa puede reducirse hasta desaparecer...”¹².

¿Por qué las masas tomadas como opinión pública, que en verdad es más bien opinión publicada en encuestas y medios de comunicación de masas anónimas y no de ciudadanos, son tan punitivas y peligrosas para los derechos fundamentales? Además de los análisis del psicoanálisis ya referido, en el sentido de que poseemos tendencias inconscientes a proyectar nuestros miedos en chivos expiatorios para no parecernos a los seleccionados como malos, para la criminología crítica la exigencia irracional de castigos ilimitados corresponde al grado de ansiedad en que se encuentra el individuo aisladamente considerado, producido por sus incertidumbres frente al futuro, sus carencias y deprivaciones, y como dichas carencias son más extendidas en lo que son las mayorías, estas son proclives a matar el miedo y la ansiedad que generan la presencia de monstruos contruidos socialmente como la fuente de todos los males y por eso las tendencias punitivas son también mayoritarias.

En el modelo de Estado legocentrista el legislador, argumentando representar la voluntad mayoritaria, en materia punitiva tenía libertad absoluta para seleccionar conductas y bienes jurídicos, establecer penas, sacrificar derechos, etc., en cambio, en el modelo constitucionalidad o constitucionalismo de los derechos al legislador le corresponde la carga de la argumentación sobre la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de suprimir derechos mediante el castigo para lograr la convivencia, aunque los tribunales constitucionales siguen concediendo libertad al legislador para configurar la política criminal sin ponderación de bienes o derechos, o sea, sin determinar previamente la utilidad, subsidiariedad o idoneidad de las penas.

Asimismo, apelar al pueblo para ejercer la democracia y para hacer justicia sigue siendo una práctica frecuente para deslegitimar las decisiones del poder más vulnerable, principalmente en materia penal; es el mejor mecanismo de legitimación del sistema punitivo como sistema de defensa social o de la voluntad del pueblo, como formularon los nazis en Alemania, con cuya paranoia el pueblo se identifica con los buenos y amigos y por tanto con las víctimas de los malos o enemigos, mediante el mismo mecanismo de proyección de los temores y de la maldad en el otro, como expusieron Freud y los

¹² ZAGREBELZKY, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 98.

psicoanalistas¹³ con la teoría del chivo expiatorio en su denuncia contra la selectividad del sistema penal. Así terminan siempre quienes se consideran víctimas cuando se confunden con las masas, pidiendo, como lo expone ZAGREBELZKY¹⁴ en el análisis del juicio a Jesucristo, la crucifixión o la muerte del victimario, o mejor, del seleccionado como tal. Por el contrario, en el neoconstitucionalismo garantista el “pueblo” es un concepto preconstitucional; nunca puede expresar unitaria y unánimemente su apoyo a la Constitución: “...un pueblo (el mítico *demos*), ... no existe como sujeto unitario anterior a la constitución, sino que es generado por la constitución misma en cuanto pacto de convivencia mediante el cual se estipula la igualdad en derechos fundamentales, y por tanto la igual identidad y dignidad de cada uno de sus miembros como persona y como ciudadano”¹⁵.

5. LOS MALOS Y ENEMIGOS COMO MINORÍA CONTRA LA MAYORÍA DE LOS BUENOS Y FIELES

Para el neoconstitucionalismo y el garantismo resulta claro que democracia –como expresión de las mayorías– y derechos fundamentales en materia penal no siempre son compatibles. Bien sabemos que en materia punitiva los seleccionados como delincuentes son presentados como una pequeña minoría de seres malos y, con el funcionalismo penal, de infieles, en permanente acecho contra los buenos que serían las mayorías, o en las sociedades industrializadas de los extranjeros pobres del Tercer Mundo contra los nacionales del Primero, y frente a lo cual solo el patriotismo constitucional, el nacionalismo jurídico y el Derecho Penal de Enemigo se imponen, dando lugar a un nuevo momento constitucional¹⁶. Por esto las mayorías presuntamente no delincuentes son identificadas con las víctimas de los delitos, para provocarlas a que irracionalmente exijan o disfru-

¹³ Cfr. ALEXANDER F., y STAUB H., *Der Verbrecher und sein Richter*, en: Alexander MITSCHTERLICH, *Psychoanalyse und Justiz*, Frankfurt, 1971

¹⁴ *Ibidem*, p.7: “...la condena popular de Jesús sería un argumento –un argumento definitivo– solo para quien está seguro de la verdad. Solo bajo esta condición –el conocimiento de lo verdadero y de lo falso, del bien y del mal–, el *¡crucifícale!* de la muchedumbre podría convertirse en prueba irrefutable de la estupidez de la democracia. Efectivamente, lo verdadero y lo falso, el bien y el mal, no pueden depender de la cantidad y de las opiniones...”

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo...*, p. 109.

¹⁶ Sobre esta tendencia en el mundo en los últimos años, que comienza en EE.UU. a raíz de los atentados del 11 Sept. 2001, cfr. PISARELLO, Gerardo y DE CABO, Antonio, “La larga sombra de Sacco y Vanzetti (Excepción, extranjería, terrorismo)”, en: *Jueces para la Democracia*, N° 44 (2002), pp. 15 ss. El “nuevo momento constitucional” con repercusiones en el sistema penal es caracterizado por los autores, siguiendo a Ackerman, por un cambio en las fuentes del derecho y en los criterios de interpretación de las normas utilizados por los tribunales, un alarmante crecimiento del poder punitivo, el fortalecimiento del Ejecutivo, etc.

ten con la violación de los derechos fundamentales de los inculcados. En este sentido, así como la voz del pueblo sería la voz de Dios, la voz de las víctimas, de las mayorías y de los nacionales, también lo sería; desde esta perspectiva resulta justificada la violación de las garantías procesales de los imputados, la intervención selectiva y la sobrerrepresentación de extranjeros en las diferentes fases procesales, por así aceptarlo supuestamente las mayorías.

En el nuevo lenguaje del Derecho Penal de Enemigo, asumido por la legislación antidroga y antiterrorista, impulsado por el funcionalismo y el decisionismo, se trataría de una minoría autoexcluida como no persona, que ha declarado una supuesta guerra contra la gran mayoría de los incluidos, los sujetos-persona por ser fieles al sistema normativo¹⁷.

Todas estas categorías han sido también rechazadas en España por el pensamiento garantista en relación con la legislación antiterrorista, por considerar que los hechos imputados no ocurren en un conflicto bélico, ni entre bandas o contra un Estado opresor; en suma, por no poderse utilizar en un sistema de verdadero derecho penal¹⁸. Y en general por los defensores del modelo de Estado que estamos exponiendo, entre otras razones por considerar que la sola denominación representa una contradicción en los términos, la negación del derecho penal, pues la figura del enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del derecho, así como el derecho es la negación de la guerra, representando más bien la criminalización del enemigo y la militarización de la justicia. Por ello a los defensores del llamado Derecho Penal de Enemigo se les ha llamado más bien los enemigos del derecho penal¹⁹.

¹⁷ Cfr. JAKOBS, G., *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; MARTÍNEZ, Mauricio, *La necesidad de pena en el derecho penal alemán*, Bogotá, 2002.

¹⁸ CANCIO MELIA, Manuel, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000, en: *Jueces para la democracia*, N° 44 (2002), pp. 19 ss.

¹⁹ Cfr. ZAFFARONI, Raúl, *Los enemigos del Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2005. Igualmente FERRAJOLI, Luigi, "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho", en: *Jueces para la democracia*, N° 57 (2006), pp. 3 ss. (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez). Desde la perspectiva garantista se niega toda eficacia a este derecho, pues, por el contrario, produce los efectos, más bien, que los terroristas quieren: "la guerra con sus inútiles devastaciones—incluidas las redadas indiscriminadas, las torturas, los secuestros, en definitiva, todo lo que es propio del derecho penal de enemigo— solo puede agravar, como gasolina en el fuego, los problemas que pretende resolver. Puede satisfacer la sed de venganza pero en perjuicio de las víctimas inocentes. Puede galvanizar y movilizar a las opiniones públicas y ofrecer así un contingente de apoyo a las políticas de excepción de los gobiernos. Pero ciertamente no sirve para golpear a las organizaciones terroristas, sino que, por el contrario, tiene el efecto de reforzarlas alimentando el caldo de cultivo de fanatismo. En efecto, la provocación de la guerra es, precisamente, el objetivo de todo terrorismo, dado que él mismo se propone, simétricamente, como guerra y como tal quiere ser reconocido", p. 8.

Es el mismo peligro que se advertía desde el garantismo frente a las propuestas abolicionistas que llamaban a sustituir la justicia formal por la intervención de la comunidad. En efecto, esta propuesta era criticada en la medida en que la llamada comunidad puede ejecutar linchamientos colectivos contra los escogidos como monstruos, sentido en el cual las masas son más represivas e irracionales que el Estado mismo porque representa, como lo sostenía ANIYAR DE CASTRO, el Estado multiplicado en millones de cabezas²⁰.

Desde la perspectiva garantista, sin embargo, las víctimas asumen un rol importante históricamente negado por el sistema penal tradicional que siempre ha tratado de presentar la criminalidad como problema de orden público, es decir que concierne primero al poder público constituido. Ello no significa autorizar a las víctimas a desconocer el derecho penal como conjunto de garantías, significa más bien exigirle al derecho penal que las tenga en cuenta para que el restablecimiento de sus derechos, su indemnización y reparación orienten al proceso penal, pero nunca para que la dimensión punitiva limitada y racionalizada primero por el iluminismo y ahora por el neoconstitucionalismo sea programada por la ira de una de las partes del conflicto y mucho menos por las mayorías manipuladas por el poder para justificar el cadalso, la hoguera, la tortura o las prisiones modernas como centros de contención de los conflictos sociales y de presunta inocuización de la maldad de los infieles, o mejor de los contruidos y seleccionados como tales.

Aquí es preciso señalar, como lo ha hecho el garantismo, que el derecho penal no puede representar la prolongación de la venganza, sino como sistema de garantías, para arrebatarse al inculpatado de las manos del sistema punitivo ilimitado y de las víctimas y de las mayorías que en su irreparable dolor o instrumentalizadas por oscuras campañas, pueden ser más ofensivas y catastróficas que el delito mismo.

Conceder el poder acusatorio a las mayorías y a las víctimas, como resulta de la sustitución de los procedimientos y las sanciones establecidos por las que aquellas quieran, significaría negar el carácter público del derecho penal y de la acusación, que antes de Beccaría estaba en manos de poderes privados y luego en el Monarca que lo ejercía a su antojo. Como nos lo recuerdan los neoconstitucionalistas²¹ el derecho penal nace cuando se sustituye el poder privado de las víctimas; cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que la

²⁰ ANIYAR DE CASTRO, Lolita, *Criminología de la Liberación*, Maracaibo, Universidad de Zulia, 1987, p. 111; igualmente MARTÍNEZ, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1991, pp. 83 ss.

²¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 334.

autoridad judicial es un tercero imparcial que no representa ni a las víctimas ni a los victimarios.

En fin, si algún derecho penal es legítimo, frente a la incertidumbre de que se acusa en relación con la prevención de los delitos, es aquel que se construye para minimizar la reacción contra el delito, comprendida la reacción irracional de las víctimas particulares o de las mayorías; por ello desde la perspectiva neoconstitucional y garantista que aquí hemos defendido el sistema penal se legitima cuando defiende a esa inmensa minoría que representa la persona humana seleccionada por dicho sistema, contra la cual ninguna mayoría está legitimada para actuar. Por esto al sistema penal que resulta de esta teoría lo legitiman fines como el de la prevención de las reacciones de mayorías o minorías contra la integridad del seleccionado como delincuente y enemigo, que pueden asumir la forma de ejecuciones extrajudiciales, así como la prevención de penas ilegales irrogadas por el propio poder constituido. Son entonces los derechos fundamentales los que constituyen el eje cardinal de este modelo teórico no solo en materia constitucional, sino también en materia penal.

6. EL CONTROL CIUDADANO Y LA CRÍTICA CIENTÍFICA

El modelo de derecho y de justicia que aquí hemos expuesto requiere la vinculación de los poderes mediante el respeto a la legalidad constitucional, pero sobre todo requiere la garantía social de vigilancia de los ciudadanos. La transformación social que implica la puesta en práctica del constitucionalismo actual, principalmente en relación con la realización de aspiraciones de tipo social y político desborda las ilusiones normativistas, en cuanto ningún derecho sobrevive sin el apoyo de las luchas civiles por su realización.

Por eso se termina justificando la propuesta en el sentido de que solo a través de la lucha por los derechos, por su ejercicio a pesar de todos los obstáculos, amenazas o violaciones, se pueden garantizar, pues, como es sabido, derecho que no se ejercita y que no se defiende está fatalmente destinado a ser desaparecido, pues la efectividad de los derechos individuales o sociales no está garantizada como una gratuita concesión legal, sino que son históricamente el resultado de dolorosas conquistas²².

Este modelo de justicia, además de las diferentes formas de responsabilidad jurídica en que puedan incurrir los operadores, es garantizado en la medida en que sus decisiones estén sometidas al ojo crítico de la sociedad y de la ciencia jurídica. Pero si las decisiones se toman sujetas al principio de

²² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, p. 942.

estricta jurisdiccionalidad y a través de este se construye la verdad fáctica y se expone y defiende la verdad jurídica, no olvidemos que ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso o viceversa, así como ninguna mayoría puede pedir la absolución o la condena cuando ellas son contraevidentes en relación con lo que existe en el proceso.

Permitir, entonces, y recapitulando, que las mayorías condicionen las decisiones judiciales es una de las formas de negar la independencia judicial, que también defiende el constitucionalismo contemporáneo, el cual concibe precisamente la justicia como poder legitimado por la protección de derechos, a diferencia del Ejecutivo y del Legislativo que son poderes de mayorías. En efecto, para los estudiosos del problema²³, las presiones de las mayorías son también un factor de violación de la independencia judicial, teniendo en cuenta que hoy se individualizan cuatro formas de dependencia de la justicia: la dependencia de los poderes políticos, la dependencia de la propia estructura judicial, la dependencia de poderes económico-militares o de los medios de comunicación y la dependencia del clamor popular o de la voluntad de las mayorías.

Al juez y a los neoconstitucionalistas, entonces, ¿en qué sentido le deben interesar las mayorías? Para que las mayorías y las minorías tengan participación en las decisiones de la justicia se requieren los mismos presupuestos sociales e institucionales que requiere la democracia constitucional²⁴: la preparación y madurez civil y política de los ciudadanos en torno a los problemas del poder y de la justicia; su interés y participación en la vida pública de un país, su compromiso y solidaridad con los derechos fundamentales; su opción por los sectores más débiles y necesitados; su denuncia y control permanente al ejercicio del poder, que en muchos países latinoamericanos ha convivido con el crimen organizado, etc. Y los gobiernos progresistas que en el continente han podido consolidarse, considero, están éticamente obligados a reducir las exigencias punitivas de las mayorías, mediante la reducción de los niveles de ansiedad que generan las condiciones de represión y de deprivación que han heredado de los regímenes precedentes; desde ningún punto de vista pueden seguir aprovechando el miedo frente al futuro y frente al delito con el mismo populismo punitivo de los gobiernos que han sustituido.

Del mismo modo, el sistema de penas que también les corresponde aplicar en defensa del Estado constitucional, sobre todo frente a los violadores de derechos fundamentales y de los causantes de la violencia estructural heredada, debe estar limitado y racionalizado como lo propone el

²³ Cfr. GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 230 ss.

²⁴ Cfr. en este sentido FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, p. 602.

garantismo y el neoconstitucionalismo. No pueden olvidar que la presencia de las mayorías y de las víctimas en el proceso penal desde una perspectiva neoconstitucionalista y garantista debe tener solo la finalidad de lograr el restablecimiento de los derechos conculcados, la reparación, la garantía de la no repetición y la aplicación de la justicia que no puede ser equiparada con la venganza ni con la eliminación del inculcado como enemigo de guerra.

7. LA NEUTRALIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Como lo ha denunciado la criminología contemporánea²⁵ en los tiempos actuales, el manejo del delito, ante el fracaso del sistema penal para combatirlo, está dirigido más bien a lograr réditos de gobernabilidad y éxitos electorales. Esto, que se ha denominado populismo punitivo, tiene entre otros componentes el aumento de la penalidad, la renuncia a la resocialización y la recuperación del protagonismo de las víctimas.

Por esto es necesario tener en cuenta que en un Estado constitucional la participación de las víctimas, y de las mayorías o comunidades que las acompañan, está condicionada en los siguientes sentidos²⁶, todo lo cual es efecto del principio penal y constitucional de *neutralización de las víctimas*:

- a. Su colaboración para hacer justicia, para lo cual son llamadas permanentemente por el poder constituido buscando respaldo popular, no puede convertirse en oleadas satisfactorias de venganza contra los enemigos del pueblo;
- b. Las campañas de prevención del delito deben respetar al operador natural establecido para ello por el derecho penal y policivo; a la sociedad civil le corresponde su participación en la prevención y transformación de las condiciones sociales y políticas que generan delincuencia y sobre todo abuso y connivencia del poder con ella;
- c. Su participación en la fase de creación de leyes no puede caer en la trampa de quienes utilizan el delito en forma populista con fines electoreros, aprovechando los sentimientos de inseguridad y de dolor, para tipificar solo las conductas de ciertos sectores y con penas altas y crueles, por ejemplo en delitos relacionados con niños y mujeres. Se debe tener presente que el sistema penal es selectivo y generalmente caza a los

²⁵ Cfr. LARRAURI PIJOAN, Elena, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", en: *Jueces para la democracia*, N° 55 (2006), pp. 15 ss.

²⁶ Cfr. en similar sentido en el pensamiento crítico español: DIEZ RIPOLLES, José Luis, "La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal", en: *Jueces para la democracia*, N° 57 (2006), pp. 33 ss.

sectores más vulnerables de la sociedad, no a los que ocasionan mayor daño social; toda iniciativa legislativa sobre el tema debe ir precedido de un debate ciudadano con expertos y defensores de derechos humanos en el sistema punitivo;

- d. Si la ciudadanía siempre ha defendido al juez imparcial, que haga justicia de conformidad con el ordenamiento constitucional e internacional de los derechos humanos, no puede pretender que como víctima represente a ese tipo de juez, pues es comprensible que actúa emocionalmente y que tenga interés en el asunto. Por tanto no puede desconocer los avances del derecho penal, como especie de cruz roja en la “guerra contra la delincuencia”, para que sean los jueces los que determinen la responsabilidad y miden racional y teleológicamente la pena aplicable;
- e. Tiene derecho a exigir protección que garantice su participación y colaboración para el esclarecimiento de los hechos y para evitar que termine siendo criminalizada, pues sin su presencia no es posible determinar objetivamente los daños que deben ser reparados ni consolidar sentimientos de confianza y seguridad de que las ofensas no van a repetirse. Derecho igualmente a la protección frente a las retaliaciones eventuales por el descubrimiento de la verdad y en general por el desenvolvimiento del proceso formal y la ejecución final de la pena;
- f. Si la victimización es fruto de su exclusión social, a diferencia de las víctimas con poder social o político en cuyo nombre se han inaugurado plazas, puentes, etc., por contar con respaldo institucional, el proceso es una oportunidad para tomar conciencia de la violencia estructural que lo margina y para buscar la solidaridad de sus congéneres e involucrarse en el futuro en el proceso de transformación que su nacionalidad, región o clase y la sociedad misma requieren.

Aunque el garantismo nace para deslegitimar el sistema penal, sus fundamentos son defendidos en relación con todo el ordenamiento²⁷. Esta versión

²⁷ Es el mismo Ferrajoli el que considera válida la extensión del garantismo a todo el ordenamiento: “el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él. Estos elementos no valen solo en el derecho penal, sino también en el de los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente, es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad —de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral— estructuralmente análogos al penal aquí elaborado”, en: *Derecho y Razón*, p. 854.

del neoconstitucionalismo ha sido la de mayor acogida tanto en España como en Latinoamérica, no solo a nivel de los científicos del derecho, sino, y ello es de suma importancia, entre los operadores de la justicia, como resulta de los trabajos de las organizaciones de jueces. Para uno de sus voceros más representativos como Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ²⁸, quien ha sido un baluarte en la recepción para la justicia española de la doctrina de FERRAJOLI, ella nace también en terrenos penales para denunciar la divergencia entre Constitución y legislación de emergencia, es asumida por los jueces progresistas asociados en Magistratura Democrática y luego, como teoría de los derechos fundamentales, es extendida a todos las áreas del ordenamiento y de la vida política como modo de profundizar la democracia.

Lo mismo ha sucedido en Latinoamérica²⁹, continente en el que la legislación de emergencia, aducida principalmente para combatir el narcotráfico y, en algunos países, el “terrorismo”, se ha “normalizado” habiendo sido legitimada con el argumento de la provisionalidad: por esto son citados permanentemente los textos de los neoconstitucionalistas para contraponer tanto 1) las teorías autoritarias del funcionalismo de Jakobs que sacrifica al hombre para proteger al sistema normativo, y mide las penas según la fidelidad de las sociedades al derecho, pero así mismo 2) las riesgosas teorías de la justicia comunitaria, que piden sustituir la justicia formal por la comunidad o la autodefensa-paramilitarismo que termina apoyada clandestinamente por las mismas autoridades legales, porque su primer objetivo es la protección y conservación del *establecimiento*, tal como se ha demostrado en diversas condenas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁸ IBÁÑEZ, Perfecto A., *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, en: Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.). Madrid, Trotta, 2005. Reconoce el autor que esta versión del neoconstitucionalismo, “Nació en terrenos penales y así fue recepcionada en España por Magistratura Democrática, luego tardó poco en dar paso a una concepción más compleja y con proyección en otros campos de la experiencia jurídica política...De este modo, frente al terrorismo como negación de la democracia, y frente a la involución autoritaria de esta, debida a las leyes de emergencia, se postula una estrategia basada, en concreto, en el respeto de las reglas constitucionales del juego en materia penal y procesal, y, más en general, en el establecimiento de un régimen de garantías para la totalidad de los derechos fundamentales como modo de profundizar la democracia...”, p. 60. En Latinoamérica no son pocas las decisiones de las autoridades públicas, especialmente judiciales, fundamentadas en los textos de Ferrajoli o Alexy. Sobre la recepción en dicho continente del Garantismo, primeramente en terrenos penales y criminológicos véase ZAFFARONI, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1990; igualmente MARTÍNEZ, Mauricio, *Qué pasa en la Criminología Moderna*, Bogotá, Editorial Temis, 1991; Id. *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*, Bogotá, 1991.

²⁹ ZAFFARONI, Raúl, “La rinascita del diritto penale liberale o la “Crocce Rossa” giudiziaria”, en: GIANFORMAGGIO, Leticia (ed.), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, 1993, pp. 381-393.

BIBLIOGRAFÍA

- ANIYAR DE CASTRO, Lolita, *Criminología de la Liberación*, Maracaibo, Universidad de Zulia, 1987.
- CANCIO MELIA, Manuel, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000, en: *Jueces para la democracia*, N° 44 (2002).
- DIEZ RIPOLLES, José Luis, "La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal", en: *Jueces para la democracia*, N° 57 (2006).
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, 132 pp.
- GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, 462 pp.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto, "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", en: *Jueces para la Democracia*, N° 45 (2002).
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- IBÁÑEZ Perfecto A., *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*, en: *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.). Madrid, 2005.
- JAKOBS, G, *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", en: *Jueces para la democracia*, N° 55 (2006).
- LARENZ, Karl, *Der Richter als Gesetzgeber?*, en: ROXIN Claus (ed.), *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin 1974, pp. 31 ss. Igualmente DREHER, Eduard, *Das schlechte Gewissen des Strafrichters*, en: KAUFMAN, Arthur (ed.), *Festschrift für Paul Bockelman*, Munich, 1979.
- MOCCIA, Sergio, *Seguridad y sistema penal*, en: CANCIO MELIA, Manuel y GÓMEZ JARA, DIEZ, *Derecho Penal de Enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Madrid, B de F, 2006.
- MANUEL ITURRALDE a la obra del autor *Crimen y Castigo en la Modernidad tardía*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.
- MARTÍNEZ, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1991.
- , *Qué pasa en la Criminología Moderna*, Bogotá, Editorial Temis, 1991.
- PISARELLO, Gerardo y DE CABO, Antonio, "La larga sombra de Sacco y Vanzetti (Excepción, extranjería, terrorismo)", en: *Jueces para la Democracia*, N° 44 (2002).

- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- SIMON, Jonathon, *Governing Throug Crimen*, en: FRIEDMAN, L., y FISCHER, G., *The Crimen Conundrum*, 1977.
- ZAFFARONI, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Bogotá, Temis, 1990.
- , “La rinascita del diritto penale liberale o la “Croce Rossa” giudiziaria” en: GIANFORMAGGIO, Leticia (ed.), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, 1993.
- , *Los enemigos del Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2005. Igualmente FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, en: *Jueces para la democracia*, N° 57 (2006).
- ZAGREBELZKY, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996, 126 pp.