

Populismo y castigo penal

Romina Frontalini Rekers¹

“Se trata solo de un eslabón, si bien el más significativo y peligroso, de esa cadena de manifestaciones patológicas de la sociedad que solemos agrupar bajo la denominación comprensiva de *proletariado*. Mendigos y vagabundos, individuos de ambos sexos dedicados a la prostitución y alcoholizados, fulleros y sujetos de vida equívoca, degenerados física y espiritualmente, todos ellos concurren para formar el ejército de los enemigos capitales del orden social, ejército cuyo *estado mayor* está formado precisamente por los delincuentes habituales”

Franz Von Liszt, *La idea de fin del Derecho penal*.

El debate entorno al uso del poder coercitivo del Estado, parece no encontrar fin o perder importancia en la filosofía política. Resulta difícil hablar sobre la justificación del castigo si asumimos que consiste en la intención de causar sufrimiento como consecuencia de algo que estuvo mal hecho (ver, por ejemplo, Hart 1968), o si al menos aceptamos que el daño es un elemento esencial del castigo (Bedau 1991)². Es por tal motivo que resulta relevante preguntarnos sobre la justificación del castigo y las posibles respuestas que nos brinda la filosofía política.

En las últimas décadas se incorporó al debate la perspectiva del populismo punitivo³ como concepto que denota las medidas represivas alimentadas por la demagogia de la inseguridad y el miedo. El miedo al otro ha sido siempre un recurso del poder político: puede producirlo él mismo, como en los regímenes abiertamente autoritarios, o servirse de él, secundándolo o alimentándolo con objeto de obtener consenso y legitimación⁴.

Las actuales políticas de seguridad, en especial en materia de terrorismo, inmigrantes y violencia de género, se inscriben en este último enfoque y han significado, según veremos, la violación de numerosas garantías penales consagradas en las constituciones liberales y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

A continuación intentaré dar argumentos en apoyo a la afirmación según la cual la función del castigo en este tipo de leyes, es decir, la respuesta a la pregunta “por qué existe

¹ Córdoba. Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica en la Facultad de Derecho y Cs.Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Becaría en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Fac. Derecho y Cs.Sc. UNC. Miembro del equipo de investigación en Derecho, ética y política de SECYT-UNC. Ex becario e investigadora junior del Instituto de Estudios Comparados Penales y Sociales (INECIP). Miembro responsable del proyecto de cooperación internacional “promoción de Derechos Humanos en materia de Código de Faltas”- UNC-UR/España. Mail: rominarekers@hotmail.com.

² Gargarella, Roberto *Material de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política: De la Justicia Penal a la Justicia Social*, (Parte 1), p.1.

³ Esta política de seguridad ha sido llamada “populismo penal” por el jurista francés Denis Salas (2005), término acuñado en 1995 por Bottoms, A. en “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”.

⁴ Ferrajoli Luigi, *Poderes Salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, Ed. Minina Trotta, Madrid 2011, p.67.

pena”, no se corresponde con las respuestas que nos brindan las doctrinas de justificación del castigo acerca de “por qué debe existir pena”. Sin embargo, tal afirmación no puede ser interpretada como refutación de alguna de las doctrinas de justificación, presentadas en proposiciones normativas, sino sólo como una descripción de casos donde el castigo no cumple la función asignada por el Estado secular de prevenir delitos, es decir, un fin reconocible y compartido por todos como un bien extrajurídico.

La función asignada al castigo en el populismo punitivo está vinculada a intereses electorales, como el reconocimiento de la medida como adecuada y eficaz frente a la inseguridad, pero deja sin resolver el fin de prevención y no reconoce los límites que supone aceptar alguna de las doctrinas de justificación. Para ello enunciare algunas de las características del populismo punitivo y su vinculación con otras categorías analíticas desarrolladas recientemente por la dogmática penal, a saber, el derecho penal del enemigo y el derecho penal simbólico⁵.

Previamente, con el fin de brindar una herramienta a quien no conoce las doctrinas de justificación del castigo y sin pretender agobiar a quienes me preceden en estos análisis, describiré brevemente los enfoques dominantes dentro de las posturas justificacionistas⁶, a saber: utilitarismo y retribucionismo. Estas doctrinas dan respuesta a la pregunta de si ¿existen y, si las hay, cuáles son las razones que hacen justo, o justificado, o aceptable moral y/o políticamente que a la violencia ilegal representada por el delito se le añada esa segunda violencia legal puesta en práctica con la pena? ¿Y cómo se justifica el ejercicio de una violencia organizada, que ve alinearse a una multitud de sujetos contra una persona?⁷ .

Enfoques

A continuación analizaré las distintas tesis justificacionistas de la pena, quedan excluidas las posturas abolicionistas por no resultar aptas para alcanzar el objetivo aquí propuesto, a saber, describir la función del castigo para el populismo punitivo y enunciar su correspondencia o no correspondencia con las razones ético políticas tenidas en cuenta por las diferentes doctrinas de justificación de la pena.

1. Retribucionismo

⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel- JAKOBS, Günter *Derecho penal del enemigo*, Ed.Civitas, 2003.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989, p. 247 y ss, en el mismo se distinguen las doctrinas justificacionistas, en tanto y en cuanto justifican los costes del derecho penal con fines, o razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. Las respuestas negativas... las llamadas doctrinas abolicionistas, que no reconocen justificación alguna al derecho penal y propugnan su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al coste de la triple constricción que produce.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989, p.247.

Son consideradas teorías absolutas pues consideran al castigo como un fin en sí mismo. En consecuencia no admiten que el castigo aparezca como un medio por tratarse de un deber metajurídico que posee un valor axiológico intrínseco. En este sentido mientras las teorías utilitaristas admitirían la no aplicación del castigo en los casos de falta de necesidad de la pena, los retribucionistas no ven esta opción como posible. Sólo la pena justa es legítima, aunque no sea útil. De la misma manera una pena útil, pero injusta, carecerá de legitimidad⁸. A favor de las teorías absolutas se sostiene que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales o especiales, y se puede rescatar su sentido limitador.

Un primer distingo dentro del retribucionismo se refiere a éste como venganza o como expiación⁹. El primer supuesto se remonta a la *lex talionis* que solo está prevista para ciertos supuestos y funciona en el marco de una estrategia utilitaria de disuasión¹⁰. La segunda es abarcativa de la expiación por el dolor y la expiación por la compensación. La expiación a través del dolor no es una noción exclusivamente religiosa sino también secular cuando se refiera a la reconciliación del criminal con el orden social y, a diferencia de la venganza, permite la transacción por un valor equivalente al dolor causado.

Hegel intentó clarificar la confusión entre retribución y venganza, a través de una exigencia de justicia, distinguiendo lo particular propio de la venganza de lo universal propio de la retribución, es decir, del castigo en el contexto de los tribunales.

A su vez las teorías retribucionistas se dividen entre aquellas que le asignan un valor moral, y aquellas que le asignan un valor jurídico a la retribución. La primer opción, de origen Kantiano, es posible en la medida en que la ley penal es considerada un imperativo categórico¹¹. La segunda tiene origen en Hegel y justifica el castigo como reparación jurídica del orden legal violado. Ambas concepciones se basan en la necesaria relación entre culpa y castigo, por lo que resulta insostenible por un Estado liberal pues dan lugar a un moralismo o sustancialismo jurídico, en Kant, y un legalismo o formalismo ético, en

⁸ BACIGALUPO, Enrique, *Principios del Derecho penal parte general*, Akal/Iure, 1998, p.9.

⁹ MARÍ, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, 1983, p.100 a 105.

¹⁰ Tal es el caso del falso testimonio en el Deuteronomio 19- 19.21: Al que “había dado falso testimonio contra su hermano le castigarán haciéndole a él lo que él pretendía se hiciese contra su hermano; así quitarás el mal de en medio de Israel. Los otros al saberlo temerán y no cometerán esa mala acción en medio de ti, no tendrá tu ojo piedad, vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie”, en MARÍ, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, 1983, p.101.

¹¹ Es posible distinguir el imperativo hipotético, representado como una acción práctica de una acción posible que aparece como medio para la realización de otra cosa que se quiera, del imperativo categórico, que representa una acción por sí misma objetivamente necesaria sin referencia a ningún otro fin. “La moralidad se relaciona con el imperativo categórico, con las acciones interiormente inspiradas en el deber, la legalidad con el imperativo hipotético, con las acciones exteriormente conforme a deber, pero inspiradas en un motivo utilitario”. MARÍ, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, 1983, p.108.

Hegel¹², que resultan favorables a modelos autoritarios de Derecho penal Máximo. Estas aspiraciones quedan desacreditadas si reconocemos la confusión señalada por H.L.Hart entre la justificación del castigo que es siempre utilitaria y la distribución del castigo, es decir su forma de aplicación, que tiene base retribucionista.

Tomando en cuenta la necesidad de distribución equitativa del castigo propuesta por Hart como elemento limitador, Von Hirsch intentó establecer cómo la pena debe ser distribuida conforme a criterios retribucionistas, reconociendo incluso que la justificación general del castigo (sea prevención general positiva o negativa), es relativamente indiferente para la determinación de la pena¹³. Esta tendencia desarrollada a partir de los años 70 en EEUU aparece como oposición a las políticas de rehabilitación (prevención especial positiva) y a la discrecionalidad judicial que posibilitaba la discriminación racial y de clase. Las políticas “re” permitían la aplicación de penas diametralmente diferentes frente a iguales hechos basándose para ello en criterios de peligrosidad. Esta corriente significó la revitalización del principio de proporcionalidad a través de directrices para el dictado de las sentencias¹⁴. Las consecuencias negativas de estas políticas se vieron en la abolición de respuestas alternativas (condenación condicional) y la prohibición de la reducción de las penas a partir de pautas como la educación, el trabajo, las responsabilidades familiares, etc.

2. Utilitarismo

La prevención como justificación del castigo resulta de la aplicación de la máxima utilitarista a la ley criminal. La única función que se le puede reconocer a la ley penal es la de excluir el daño como opuesto contradictorio a la felicidad. Si consideramos a la pena como un mal sólo puede estar justificada, para el utilitarismo, en la medida que sea necesaria para evitar daños mayores. Esto implica que si no resulta útil para prevenir el delito la pena, en principio, estará injustificada. El reconocimiento empírico de la adecuación entre medios y fines aparece como una condición necesaria pero no suficiente¹⁵.

¹² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989, p.257.

¹³ VON, Hirsch, *Doig Justice*, 1976 en MILTON PERALTA, José, *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008)

¹⁴ Según Barbara HUDSON “los teóricos del merecimiento, como Von Hirsch en los Estados Unidos y Ashworth en el Reino Unido han argüido que su enfoque es más liberal, menos punitivo que el modelo de “control del crimen” propugnado por el lobby a favor del endurecimiento de las penas. Ellos han indicado que el propósito de las sentencias debe ser castigar justamente, de asegurar que la seriedad del crimen se refleje adecuadamente en penas, y de asegurar que la injusticia legal no termine siendo agregada a cualquier injusticia social sufrida por los agresores o las víctimas fuera de la sala de la corte” (Hudson 2005,63) en GARGARELLA, Roberto *Material de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política: De la Justicia Penal a la Justicia Social*, (Parte 1), p.5.

¹⁵ Condición necesaria: a) para que la legitimación externa de la pena sea separada de su legitimación interna, es decir, para que asegure la separación entre el derecho y la moral que excluye la autolegitimación del primero prescindiendo de sus contenidos; b) para que sea posible responder, además de a la pregunta ¿por qué castigar?, a la pregunta preliminar ¿por qué prohibir?, que evidentemente remite a finalidades externas a la pena y a la prohibición consideradas en sí mismas; c) para que resulte posible replicar de un modo pertinente y convincente a las tesis abolicionistas del derecho penal, mediante la conmensuración de los costes de las

El modelo económico de Bentham supone como punto de partida un actor racional y hedonista guiado por el propósito de maximizar el placer y minimizar el dolor. La decisión del sujeto frente al delito se basa en un cálculo de ventajas y posibles pérdidas, de la posibilidad de ser atrapado por las consecuencias del mismo o de zafarse. El propósito del castigo criminal, conforme a este modelo, es salir al cruce de la decisión incorporando al cálculo una suficiente expectativa de pérdida o dolor como para anular el atractivo de la posible ganancia¹⁶.

2.1 Prevención especial negativa

Las teorías de la prevención especial ponen en el lugar del destinatario del castigo al autor del hecho prohibido por la ley penal. En contraposición a las teorías contractualistas e iusnaturalistas de la época de la Ilustración, que expresaban la exigencia liberal y revolucionaria de la tutela del individuo contra el despotismo del viejo estado absoluto, estas doctrinas reflejan las vocaciones autoritarias del nuevo y ya consolidado estado liberal y las totalitarias de los regímenes que resultaron de su crisis¹⁷.

Hablamos de prevención especial negativa cuando nos referimos a las teorías que asignan a la pena la función de neutralización o eliminación del sujeto infractor. Encuentran sustento teórico en el modelo Garofaliano de sociedad para el cual la ésta funciona como un organismo humano, de tal manera que frente a la disfunción o síntoma que significa la inferioridad bio-psicosocial de una persona, la pena aparece como un remedio que elimina o neutraliza el peligro. Esta tesis resulta a primera vista contraria a cualquier idea de igualdad, al suponer que el delincuente es una persona inferior en algún sentido, y a la premisa kantiana según la cual el hombre no podría ser utilizado como medio para el cumplimiento de metas sociales. La pena funciona como un tratamiento que se añade a la privación de la libertad en la medida que no es aceptado libremente por el condenado.

2.2 Prevención especial positiva

La prevención especial positiva propugna la readaptación o reeducación del condenado. Esta a su vez se dividen en tres doctrinas: la primera, la de la enmienda ve en el reo un sujeto inmoral que podrá redimirse a través de la pena, esta propuesta es desarrollada por Platón y retomada por Santo Tomás. Son consecuencia de su aplicación la indeterminación de la pena en cuanto a su duración (en función del grado de inmoralidad del reo), la admisibilidad de la pena de muerte cuando se trata de una persona irrecuperable y su utilización para el control del orden público. Esta concepción parte de la falta de distinción entre derecho y moral. Esta doctrina recobra importancia cuando Giambattista

penas que aquellas ponen de manifiesto y de los daños que se producirían sin las penas. En FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989, p.258.

¹⁶ MARÍ, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, 1983, p.95.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989, p.264.

Vico justifica la pena como una sanción diferenciada prevista para el reo en razón de su ignorancia. Las segundas propugnan la defensa social y fueron desarrolladas por la escuela positivista italiana, estas consideran al delincuente como un ser antropológicamente inferior. En contraposición a las pedagogías de la enmienda, que como las retribucionistas y las de la intimidación general suponen el principio de libre albedrío, estas teorías son la versión penal y criminológica de del determinismo positivista, es decir, de una concepción opuesta pero igualmente metafísica del hombre, considerado como entidad animal carente de libertad y completamente sujeta a leyes de la necesidad natural¹⁸. Finalmente las posturas teleológicas, basadas en la individualización y diferenciación de acuerdo a la personalidad del reo. De la mano del programa de Marburgo de 1882 Franz Von Liszt aparece como el representante de esta tendencia. El objetivo de la diferenciación conllevó a la subjetivización de todos los tipos penales a través de los tipos de autor, otorgando una discrecionalidad a los jueces que implicó la defensa del orden social con el derecho penal, reforzando la estructura de clases.

Se puede afirmar que en cualquiera de sus versiones las teorías de la prevención especial positiva son teorías perfeccionistas¹⁹. El argumento de que la pena no se impone tanto por la conducta ilícita, como por la culpabilidad personal moral del delincuente, ofrece apoyo al perfeccionismo en su preocupación por la persona²⁰. Esta tendencia también se encuentra presente en concepciones comunitaristas, como en políticas punitivas de corte populista, que buscan el perfeccionamiento de quienes son considerados enemigos de la comunidad.

2.3 Prevención general negativa

La prevención general hace hincapié en la amenaza de la pena para disuadir que se dirige a toda la sociedad. El representante más destacado de esta tesis es Feuerbach, quien sostuvo que era “una preocupación del Estado, que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas se vea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias”²¹. En este sentido Carlos Nino piensa que el efecto

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989, p. 267.

¹⁹ FLETCHER sostiene que “ello equivale a promocionar la moralidad sobre la legalidad, la culpabilidad sobre la licitud”, y cita cuatro ejemplos “que da KANT de cómo el imperativo categórico se aplica en la práctica” para afirmar que “La primacía del bien sobre el Derecho se apoya frecuentemente en una errónea interpretación de la teoría de KANT sobre moral y derecho. Tal como Concibió KANT en su sistema, la teoría jurídica define los límites del Estado; la teoría moral se dirige a los individuos actuando con libertad interior, ausente el estado de coerción. Pero también es siempre posible tomar la moral como guía de las actividades legislativas del Estado. Así, por ejemplo, el Estado puede reforzar estructuras morales como la prohibición del suicidio, o el mantenimiento de promesas, el perfeccionamiento del talento o el deber de ayudar a los demás. En *Gramática del Derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde, ed.Hammurabi, Buenos Aires 2008, p.246 y 247.

²⁰ FLETCHER, George P., *Gramática del Derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde, ed.Hammurabi, Buenos Aires 2008, p.248 7y 249.

²¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, I, P.43, en BACIGALUPO, Enrique, *Principios del Derecho penal parte general*, Akal/Iure, 1998, p.10.

disuasivo de las condenas justifica la práctica general de castigar siempre que el castigo haya sido asumido por el reo y que satisfaga un segundo paso que consiste en el cumplimiento del ideal kantiano de justicia vinculado a la idea de merecimiento²².

A favor de esta doctrina se predica que trasladan la mirada del delincuente al hecho delictivo y que refuerza la importancia del principio de estricta legalidad y de materialidad de los delitos. La prevención sólo será efectiva si existen supuestos típicos claramente determinados por la ley. Por otro lado sólo es posible prevenir comportamientos exteriores y no pensamientos o estados de ánimo, excluyendo la existencia de tipos penales de autor. Estos son límites que junto al principio de culpabilidad y de responsabilidad personal parecen hacer de ésta una doctrina de derecho penal mínimo. Sin embargo, expone Ferrajoli, la trivialidad de esta doctrina al “decir que la prohibición penal tiene la función de disuadir es como decir que la prescripción tiene la función de persuadir”²³. La eficacia de las leyes es un fin formal que no puede justificar externamente el derecho penal.

Prevención general positiva

Según esta concepción, el fin del Derecho penal radica en primer lugar, en la internalización y fortalecimiento de los valores plasmados en las normas jurídico-penales en la conciencia de los ciudadanos²⁴. Así para Welzel, precursor en esta clase de argumentación, “la misión del Derecho penal es la protección de los valores ético-sociales elementales de la actitud jurídica, y sólo dentro de éste la protección de los bienes jurídicos concretos”²⁵.

La prevención procede a través del ejercicio del reconocimiento de la norma. El contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado²⁶. A su vez el concepto de norma puede referirse el valor contenido de cada norma (ej. medio ambiente) o la norma entendida como ordenamiento jurídico.

Estas doctrinas propician el legalismo y estatismo ético²⁷ desde que le atribuyen a la pena la función de integración social a partir del reforzamiento de la fidelidad al derecho y en consecuencia al Estado. De tal manera la autoconservación del sistema político se

²² NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, 1980, Astrea, p.197-269.

²³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989, p.277 y sigue diciendo que aunque un fin semejante justifique la pena como medio para asegurar la eficacia de las prohibiciones penales, no justifica las prohibiciones mismas y por consiguiente no puede basta... para justificar el derecho penal como tal.

²⁴ ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal: liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, ad-hoc 2001, p.49.

²⁵ WELZEL, Hans, *Strafrecht*, en ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal: liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, ad-hoc 2001, p.50.

²⁶ JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, 1983, .7 y ss, en BACIGALUPO, Enrique, *Principios del Derecho penal parte general*, Akal/Iure, 1998, p.10.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989, p.274.

produce a través de la autolegitimación del Derecho penal que desplaza cualquier justificación, o no justificación, externa.

3. Populismo punitivo

El populismo punitivo puede definirse como un conjunto de medidas legislativas de corte penal que privilegian las demandas mayoritarias expresadas por la opinión pública, las víctimas y los sectores sociales que se identifican como potenciales víctimas, por sobre los límites normativos consagrados en las constituciones liberales. Se distingue de otras formas de uso del poder punitivo por adoptar como meta el apoyo electoral que se deriva de privilegiar los intereses y opiniones de algunos grupos en detrimento de las garantías de quienes resultan destinatarios de la aplicación de las penas. Estas medidas pueden consistir en la creación de nuevas figuras delictivas (vr. Femicidio, asociación ilícita terrorista 2007), en el agravamiento de las penas en el caso de figuras delictivas ya existentes (vr. La pena para el secuestro extorsivo en nuestro CP desde la reforma Blumberg de 2003, segunda ley antiterrorista 2011), o la eliminación o flexibilización de determinadas garantías o beneficios del imputado (derogación del advenimiento 2012).

Tales leyes configuran interferencias arbitrarias desde que representa una forma de dominación, aquí tomare como marco el concepto de libertad como no-dominación de la filosofía política republicana, lo contrario importa la necesidad de que dicha interferencia, la no arbitraria, está controlada por los intereses y opiniones de los afectados y es requerida para servir esos intereses de manera conforme a esas opiniones²⁸, son el resultado de la creación de una elite política, que actúa o reclama actuar en nombre de la mayoría²⁹. Estas iniciativas se identifican con campañas de “ley y orden”, en donde los expertos aparecen como objeto de sospecha y las decisiones legales resultan fuertemente influidas por los medios de comunicación aquello a lo que se denomina opinión pública, u- más impropriamente aún- la opción mayoritaria o democrática. Este tipo de reacciones, normalmente aparecen asociadas a los movimientos neo-conservadores y neo-liberales, y a políticas de “mano dura” (Garland 2002, 145-46)³⁰. La función de esta ideología es ocultar la situación real y mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo³¹.

Las políticas criminales de este siglo parecen estar sesgadas por una fuerte tendencia global orientada a privilegiar los intereses de las mayoritarias por sobre los límites que suponen los valores consagrados en las constituciones liberales. Esta tendencia desconoce el primer objetivo exigido por las doctrinas de justificación del castigo de base utilitarista, a saber, la prevención de delitos, y a través de ello la protección de los bienes jurídicos. Las políticas de mano dura aparecen como un instrumento de negociación con las mayorías con la única finalidad de la conservación del poder político.

²⁸ PETTIT, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Ed. Paidós, 1999, p.56.

²⁹ GARGARELLA, Roberto, *Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)*, p. 103.

³⁰ *Idem*.

³¹ H.KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, 1945, p.346.

La idea de que el legislador al sancionar estas leyes está dando lugar a intereses mayoritarios y asegurándose el apoyo electoral parece referirse a una cuestión subjetiva a la que sería difícil acceder para mostrar este punto de vista. Sin embargo podemos tratar de enunciar cuatro características objetivas que aparecen como condiciones necesarias para predicar de una ley su función populista punitiva:

1) Estas medidas tienen como único objetivo la conservación del poder político y no la promoción de valores públicos.

2) estas leyes no son sancionadas en el marco de una deliberación democrática sino en el contexto de una negociación con ciertos sectores de poder que se arrogan la representación de la mayoría o el pueblo.

3) estas políticas dan lugar a la negociación sobre las garantías penales liberales consagradas en la constitución, valores que deberían ser defendidos para la conservación de la comunidad política.

4) Estas importan la potencial fractura de la comunidad política que supone negociar los valores plasmados en la constitución, podemos sostener esto si tenemos en cuenta que esta clase de medidas populistas se basan en la construcción de otro/enemigo.

La primera afirmación supone una interpretación del contexto social, político y discursivo en el que estas leyes son sancionadas. La demanda de seguridad, entendida como seguridad ciudadana³², tomó un lugar prioritario entre las exigencias del electorado y por otro lado las reivindicaciones o conflictos de toda clase encuentran en el derecho penal el terreno propicio donde imponerse. Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país, las leyes antimigratorias y de violencia familiar en España dan cuenta de ello, en este sentido no resulta difícil aceptar que todos nuestros fenómenos estructurales de poder deben ser interpretados en el marco de la dependencia, o sea que es un gravísimo error considerarlos como originarios³³.

Que las mayorías de las campañas electorales y gestiones gubernamentales tomen la seguridad como una propuesta central de la que depende el éxito electoral, muestra que existe una demanda real de seguridad y que hasta el momento las políticas públicas estatales han sido ineficaces en la reducción de la incertidumbre a la que se ven sujetos quienes son víctimas del delito. Esta incertidumbre es padecida también por quienes son considerados delincuentes o potenciales delincuentes, quienes viven presos de la

³² como contracara de la seguridad Humana entendida por Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, 1995, Copenhague, como “La dignidad humana, todos los derechos humanos y libertades fundamentales, la igualdad, la equidad y la justicia social son los valores fundamentales de todas las sociedades. La adhesión, la promoción y la protección de esos valores, entre otros, son la base de la legitimidad de todas las instituciones y del ejercicio de la autoridad, y promueven un entorno en el que los seres humanos son el núcleo del desarrollo sostenible y tienen derecho a disfrutar de una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza”.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Roma, 1990, p.68.

arbitrariedad estatal que supone la flexibilización o anulación de las garantías fundamentales, siendo víctimas de un proceso de exclusión y cosificación. Al ser desplazado el valor seguridad a la posición de un instrumento de negociación desaparece cualquier posibilidad de política pública real orientada a la protección de bienes jurídicos, lo que fomenta el dictado de leyes simbólicas³⁴. Sin embargo, como ha señalado Hassemer "quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos, simbólicos, puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado"³⁵.

Si bien el objetivo de la prevención aparece de manera manifiesta en las campañas electorales, discusiones parlamentarias, en el listado de políticas llevadas a cabo en la gestión de algún funcionario político, subyace lo latentes, es decir, la búsqueda de apoyo electoral. Los investigadores políticos, sociólogos y criminólogos norteamericanos ya desde la década de los sesenta han analizado que la política no es sólo cuestión de poder e intereses, sino que también abarca la provisión y defensa de símbolos³⁶ los cuales sólo tienen una relación vaga con la realidad preexistente, y con ello desarrollan una capacidad de crear una nueva realidad aparente y ficticia³⁷. El Derecho penal simbólico describe la oposición que existe entre lo manifiesto y lo latente, tomando como característica central el engaño, ello desde que cabe esperar que realice a través de la sanción de la norma y su aplicación otros objetivos que los descriptos por ella. Cabe aclarar que con este concepto no se intenta remarcar los objetivos e intenciones reales del legislador, es decir no se busca interpretar las finalidades que quedan reservadas para su subjetividad. El Derecho penal simbólico surge de cualidades objetivas de la norma y del proceso de formación de las mismas. Las funciones latentes se sobreponen a las manifiestas, las últimas están constituidas por la regulación de casos particulares a los que resulta aplicable la norma protectora del bien jurídico tutelado por esta. Las funciones latentes son diferentes y van desde la complacencia de una exigencia popular hasta la exaltación de un Estado como fuerte y eficaz.

³⁴ Ha sido especialmente Peter Noll quien se ha preocupado extensamente de la "promulgación de leyes simbólicas". Y en *gesetzgebungslehre* había advertido de forma cautelosa que "leyes de carácter exclusivamente simbólico" no son "excesivamente infrecuentes". Posteriormente desarrolló este tema de forma monográfica y adoptó las enseñanzas de la "teoría del comportamiento"; ésta estudia las "reacciones de sustitución" y se refiere con ello a los comportamientos animales que se agotan en actitudes de combate o amenazantes porque no están en condiciones de llevar a cabo la batalla real: del mismo modo también en el caso de las leyes simbólicas existe una exigencia de regular sin que al propio tiempo existan condiciones para su aplicación y ejecución. En HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en Varios Autores «Pena y Estado», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p.2.

³⁵ NSTZ, 1989, Págs. 553 y s.s (P y E 1, 1991, Págs. 23y s.s).

³⁶ HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en Varios Autores «Pena y Estado», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p.1.

³⁷ Idem

Las leyes penales populistas responden a una forma simbólica del derecho que tiene origen en una negociación de valores y que consisten en respuestas sustitutivas del legislador: leyes que sirven de coartada, leyes de crisis (Ejemplo: leyes en contra del terrorismo con el objeto de por lo menos tranquilizar el miedo y las protestas públicas)³⁸. Sin embargo, sostiene Hassemer un Derecho penal simbólico que ceda sus funciones manifiestas a favor de las latentes traiciona los principios de un Derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de los bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la administración de justicia.

La segunda característica advierte que las leyes populistas son sancionadas en el marco de una negociación por la conservación del poder político y no en una deliberación. La ansiedad que supone estar sujeto a las arbitrariedades ajenas aumenta la ansiedad de las personas, esta percepción de la inseguridad es en cierta medida real, en el sentido que afecta a todos los ciudadanos, y en cierta medida una falsa percepción posibilitada por el discurso de los medios de comunicación dominados por el poder económico. La noción de inseguridad que toman en cuenta los partidos políticos y los gobiernos en su mayoría parten de la división entre “víctima buena” y “víctima mala”, es decir que frente a dos casos de inseguridad, el del joven secuestrado y luego muerto por su captor y el del joven víctima del gatillo fácil de la policía o de penas ilegales como la prisión preventiva o la violencia en lugares de encierro, incluyendo en la negociación sólo la primer clase de casos. Las “víctimas buenas” parecen ocupar posiciones privilegiadas de poder económico, social, etc, que les permite negociar desde un mejor lugar con los legisladores, mientras que las “víctimas malas” por lo general terminan siendo destinatarias de la incertidumbre y de las interferencias arbitrarias de leyes que reflejan un proceso de negociación en el que su moneda no vale. Contrariamente a lo que ocurre en una democracia deliberativa, las normas siguen siendo aquí el producto de una elite que, en todo caso, invoca el estar actuando en el nombre de la voluntad popular; son creadas en ausencia de -o descuidando la importancia de- una discusión colectiva equitativa; y emergen en un contexto caracterizado por la fragmentación social y la desigualdad económica- lo que implica normalmente un proceso de comunicación pública que resulta básicamente dependiente del dinero³⁹.

La tercera característica hace referencia al retroceso que suponen las leyes populistas que violan los acuerdos mínimos en los que se asienta nuestra comunidad posibilitando la dominación de las elites de poder. El populismo punitivo lleva al terreno de la negociación las garantías penales, que constituyen también derechos humanos reconocidos por nuestra constitución, y sujeta a los resultados de las mismas su vigencia. A la eliminación o flexibilización de las garantías se suma el hecho de su aplicación selectiva direccionada a quienes no son tenidos en cuenta en el proceso de negociación, es decir, los sectores excluidos. La mayoría de las leyes penales de corte populistas responden

³⁸ HASSEMER, Winfried, «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», en Varios Autores «Pena y Estado», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p.1.

³⁹GARGARELLA, Roberto, Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II), p. 103.

a un derecho penal de autor porque toman como punto de partida los estereotipos difundidos por los medios de comunicación. En este sentido a la inseguridad de ser víctima de un delito se suma la inseguridad de ser víctima de un sistema penal autoritario lo que multiplica las situaciones de dominación.

El desconocimiento de las garantías penales, que pueden ser consideradas valores públicos que el Estado debería promover en lugar de socavar, es una consecuencia de la despersonalización del sujeto que trae como consecuencia el populismo punitivo. Uno tiene que considerar también el modo en que el discurso populista desplaza el antagonismo y construye el enemigo⁴⁰. Hay pocas dudas de que construir un enemigo que pueda ser externalizado, dentro o fuera de las fronteras, cohesiona y disciplina⁴¹, en el caso de nuestras leyes penales populistas el enemigo es interno y su identidad se corresponde con la delincuente o sujeto peligroso. Reconocer un enemigo interno supone la fragmentación de la comunidad política y el desconocimiento de un estatus de persona a quienes son cualificados de tal manera. Estas leyes se convierten en derecho penal del enemigo o en un no- derecho, sus presupuestos son: 1) adelantamiento de la barrera de punibilidad, 2) desproporcionalidad de las penal, 3) limitación de las garantías. También se encuentra presente una cuarta característica que lo identifica como un Derecho penal de autor, como consecuencia de un proceso de demonización que contribuye a resaltar la selectividad del sistema penal.

En consecuencia, la función del Derecho penal del enemigo hay que verla en la creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión/demonización. La pena no lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino solo al mantenimiento de la realidad social⁴². El expulsado o enemigo del derecho penal no forma parte de la sociedad sino del entorno, no es persona para el derecho y en consecuencia no le resulta aplicable la categoría de ciudadano, es considerado un ente peligroso.

Bibliografía

⁴⁰ ZIZEK, Slavoj, *Against the Populist Temptation*, en *Critical Inquiry*, año 32, primavera 2006, p.555, en Ernesto Laclau, *Debates y combates, por un nuevo horizonte de la política*, Fondo económico de cultura, 2008, p. 15.

⁴¹ KESLER, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad*, Ed. Siglo XXI, p.34

⁴² Jakobs, *Revista Poder judicial* 47(1997), p.163. En Cancio Meliá Manuel, “Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto”, Ed. Reus, Madrid 2010, p. 51.

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal: liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, ad-hoc, 2001
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios del Derecho penal parte general*, Akal/Iure, 1998
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “*Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*”, Ed. Reus, Madrid 2010
- CANCIO MELIÁ, Manuel- JAKOBS, Günter *Derecho penal del enemigo*, Ed.Civitas, 2005
- FERRAJOLI Luigi, *Poderes Salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, Ed. Minina Trotta, Madrid 2011
- FLETCHER, George P., *Gramática del Derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde, ed.Hammurabi, Buenos Aires 2008
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid 1989
- GARGARELLA, Roberto *Material de lectura del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política: De la Justicia Penal a la Justicia Social*, (Parte 1)
- GARGARELLA, Roberto, *Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)*
- HASSEMER, Winfried, «*Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*», en Varios Autores «*Pena y Estado*», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 1945
- KESLER, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad*, Ed.Siglo XXI, 2009
- MARÍ, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, 1983.
- MILTON PERALTA, José, *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,31 (2008)
- NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Astrea, 1980
- LACLAU, Ernesto *Debates y combates, por un nuevo horizonte de la política*, Fondo económico de cultura, 2008
- PETTIT, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Ed. Paidós, 1999
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Roma, 1990