

Gino Ríos Patio

EL CRIMEN DEL CASTIGO

**La tarjeta de
presentación de
una sociedad**



“EL CRIMEN DEL CASTIGO”
La tarjeta de presentación de una sociedad

“EL CRIMEN DEL CASTIGO”

La tarjeta de presentación
de una sociedad

Dr. Gino Ríos Patio

Lima – 2020

Perú

EL CRIMEN DEL CASTIGO

La tarjeta de presentación de una sociedad

Gino Ríos Patio

Primera edición, Lima 2020

116 pp.

ISBN: 978-612-00-5487-1

Depósito Legal N° 2020-06065

Editor: Gino Ríos Patio

Domicilio legal del editor: Av. Alameda de la Molina Vieja N° 695, La Molina

Fecha de edición: Agosto, 2020

Disponible en:

https://www.researchgate.net/publication/378395536_EL_CRIMEN_DEL_CASTIGO

https://www.academia.edu/97868594/EL_CRIMEN_DEL_CASTIGO_LA_TARJETA_DE_PRESENTACION_DE_UNA_SOCIEDAD

<https://vlex.com.pe/source/el-crimen-del-castigo-la-tarjeta-de-presentacion-de-una-sociedad-32062>

El libro ha sido revisado por pares externos.

Reservados todos los derechos. Queda prohibida, sin la autorización escrita del titular del Copyright, bajo las sanciones establecidas en la ley, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluidos reprografía y el tratamiento informático.

ÍNDICE

Prólogo a la primera edición

Prólogo a la segunda edición..... 7

PROEMIO..... 10

CAPÍTULO I LA CONDUCTA DESVIADA Y SU

PUNICIÓN..... 15

Introducción..... 15

El crimen: Más allá del derecho penal..... 17

Una aproximación histórica al castigo..... 22

Una mirada penal y filosófica del castigo..... 28

Los fundamentos, implicaciones y organización social del crimen y el castigo..... 31

Perspectiva cultural contemporáneo del castigo..... 37

El castigo como institución social... .. 41

CAPÍTULO II LA MANÍA SOCIAL DEL CRIMEN Y EL

CASTIGO..... 42

Introducción..... 42

Significado de las medidas que se vienen adoptando... .. 44

La falta de credibilidad y el desprestigio de las agencias del sistema penal 49

Origen y evolución de la potestad estatal de administrar justicia penal... .. 50

Crítica de la nueva criminología al poder punitivo 54

Hacia una verdadera democratización de la definición, asignación y ejecución de la conducta desviada. La necesidad de justificar razonablemente el castigo..... 56

La gobernanza a través del delito... .. 59

| | |
|---|----|
| El castigo: Más allá del derecho penal..... | 71 |
|---|----|

**CAPÍTULO III LA TRASCENDENCIA DE LA EDUCACIÓN EN LA CUES
CRIMINAL 75**

| | |
|--------------------|----|
| Introducción... .. | 75 |
|--------------------|----|

| | |
|-----------------------------|----|
| Supuestos importantes... .. | 79 |
|-----------------------------|----|

| | |
|---|----|
| Dimensiones de los derechos humanos... .. | 80 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| Los derechos humanos en la historia... .. | 81 |
|---|----|

| | |
|------------------------------|----|
| La dimensión axiológica..... | 85 |
|------------------------------|----|

| | |
|--------------------------------------|----|
| El arte de existir y coexistir... .. | 89 |
|--------------------------------------|----|

| | |
|-------------------------------|----|
| El poder de la educación..... | 95 |
|-------------------------------|----|

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES101

| | |
|--------------------|-----|
| Conclusiones... .. | 101 |
|--------------------|-----|

| | |
|----------------------|-----|
| Recomendaciones..... | 105 |
|----------------------|-----|

ULTÍLOGO..... 108

ANEXO.....112

REFLEXIONES CRIMINOLÓGICAS EN CLAVE DE HUMOR..... 112

FUENTES DE INFORMACIÓN..... 116

PRÓLOGO

Recientemente tuve el honor de ir a Perú, donde pude visitar académicamente Huánuco y Lima; además del fin anterior, el doctor y amigo Gino Ríos, precursor de la Criminología Contemporánea en el Perú, tuvo a bien atenderme dispensándome un trato de verdadero amigo, lo cual agradezco. La labor que el Dr. Gino desempeña allá es como la Academia de Platón, donde rodeado de jardines e instalaciones que fomentan el pensamiento, inculca en sus alumnos la labor de pensar, algo que hoy día es muy difícil, en parte por la prisa de la vida cotidiana, donde todo debe ser exprés.

La información se genera con mucha celeridad, se divulga con prisa y se olvida muy rápido, me refiero a la información mediática, morbosa, exprés, dimes y diretes de figuras públicas, pero: ¿Y la información científica dónde queda? Igualmente hay medios más ágiles para publicar algún libro o revista, pero el que éstos tengan impacto, va más allá, Gino reúne a sus alumnos y juntos realizan la labor de: Pensar, sistematizar y redactar, para posteriormente, publicar.

En este viaje a Perú, me entero que el Dr. Gino ha sido quien luego de 20 años, publica una obra sobre Criminología, adicionalmente, es fundador y director de una revista cuyos índices de calidad van en crecimiento, así como las publicaciones en el tema, los grupos de investigación, intercambios locales e internacionales. En esta ocasión, nos presenta: “El castigo del crimen. La tarjeta de presentación de una sociedad”, del cual antecede algunas reflexiones publicadas en: “Una mirada diferente a la punición de la conducta desviada” y “La criminalidad en la realidad peruana ¿Qué hacer?”.

El título nos señala sobre la seguridad como un área de bienestar social, tal vez impensable para muchos; es decir: ¿La labor de un militar, policía, procurador, etcétera se percibe benéfica para la sociedad? ¿O se les da el carácter de castigadores crueles? En mis estudios de Trabajo Social, revisábamos diversas áreas que son esenciales para el desarrollo social de los seres humanos, las más cotidianas, atendiendo a los Derechos Humanos en lo laboral, salud, vivienda, niñez, adultos mayores, entre otros, pero cuando se llegaba al tema de la seguridad pública, parecía que entrábamos con cierta cautela...

Durante las clases de Doctorado en Derecho Penal, se abordó la seguridad pública como un área básica en el desarrollo humano y más allá de esta, la seguridad social como estabilizador de la sociedad, lamentablemente ocurre lo contrario, no hay empleo óptimo, no hay servicios de salud adecuados, el desarrollo urbano dificulta la vida ¿Y qué decir de garantizar un proceso de protección contra los sujetos que roban, lesionan, accidentan, asesinan, secuestran, etcétera? El problema, no podría ser del todo ellos o su existencia, es una responsabilidad compartida, desde mi punto de vista, el gobierno criminaliza a sus ciudadanos y los etiqueta como enemigos, siendo este el medio más eficiente para delegar la irresponsabilidad en los estigmatizados.

Tomando en cuenta la novela “Crimen y castigo”, nos relata un joven que desea estudiar (acción positiva), pero que ante la imposibilidad económica, debe renunciar (acción negativa), posteriormente, su madre y hermana hacen esfuerzos (acción positiva) por ayudarlo, pero toman medidas no del todo óptimas (acción negativa). Entre otros personajes, está Sonia, la prostituta (acción negativa), que es la única que da soporte a la familia (acción positiva). Del resumen de esta obra, me resaltan las condiciones sociales que empujan al crimen, una distorsionada percepción del desarrollo, gobierno y medios alternos de acceso a las necesidades.

En el libro del Dr. Gino, aparece una frase que viene a colación de lo anterior:

El Estado tiene por necesidad que proveer a la subsistencia del pobre

que ha cometido un crimen mientras sufre el castigo,

el no hacer lo mismo por el pobre que no ha faltado a la ley

equivale a premiar el crimen.

John Stuart Mill

Y es que al tomar el estado la tutela de diversos servicios de atención a las poblaciones, el omitir cubrir todas las necesidades y a toda la población, deja un área vulnerable, tal es la que se padece con el crimen, entonces ahora, el estado

debe crear órganos que combatan lo que en parte este mismo ha provocado. Si bien, el castigo es un medio que desde siglos ha existido, no se puede negar que, en nuestra época, la desigualdad social, presiona al crimen.

Gino hace múltiples reflexiones sobre la etiología de la criminalidad, para posteriormente hacer un análisis sobre los medios de actuación contra ésta, destaca el factor educativo como elemento para redireccionar la vida, aspecto en el que se está ampliamente de acuerdo. Por otro lado, muestra una empatía que compartimos, duele el crimen, duele la desigualdad, al respecto señalaba Averroes en su Decálogo del buen gobernante, las virtudes que éste debe tener:

- 1) Inteligente e inclinado al estudio;
- 2) Tener buena memoria;
- 3) Amar el saber;
- 4) Ser apasionado de la verdad;
- 5) Estar libre de apetitos sensuales;
- 6) Despreciar las riquezas;
- 7) Tener una mente abierta y amplitud de ideas;
- 8) Ser valeroso;
- 9) Tener fe en la razón e inclinación por el bien, y
- 10) Ser elocuente.

¿Existirán gobernantes así? Se lee imposible en el contexto actual, donde el dinero, poder y prestigio, pervierte a cualquiera. Depende de nosotros los ciudadanos el tener mejores condiciones, mediante el involucramiento y la exigencia de mejores condiciones de vida en igualdad y con solidaridad sociales.

Mtro. Wael Hikal
Sociedad Mexicana de Criminología capítulo Nuevo León
wshc1983.2013@gmail.com

México

PROEMIO

Sin seguridad no hay bienestar. Tampoco sin bienestar hay seguridad. Seguridad y bienestar son nombres de un mismo concepto. Se trata de asuntos interdependientes y complementarios. Y, sobre todo, esenciales en una sociedad, por eso son fines fundamentales para un estado y obligaciones inaplazables para un gobierno encargado de administrarlo. Pero tan importante como todo esto es la sinceridad, cordialidad, sencillez y confianza del ejercicio y praxis política, a través de la cual se conduce el gobierno y la oposición en la lucha política por el poder.

La cuestión criminal es un asunto de competencia de un proyecto nacional de política de estado, no de un plan de gobierno simplemente, no solo por la permanencia y estabilidad que exige, sino porque requiere de formar o reconstruir, según el caso, la cohesión social que no existe o que está quebrada o debilitada, y que se manifiesta en que cada individuo ha dejado de preocuparse por los demás individuos con los que conforma una sociedad y cree que él es lo único que importa, lo cual contrasta y contradice nuestra eminente e innegable naturaleza social y política. Un individuo solo no puede sobrevivir. Entonces ¿por qué nos creemos magníficos y sin pares?

Estamos confundidos porque la postmodernidad, el cambio de la sociedad tradicional a la sociedad actual ha quebrantado la organización cultural de la sociedad. En ese sentido, quienes tenemos más edad y hemos vivido más años, podemos observar cómo se han subvertido las pautas culturales, produciendo una separación entre los objetivos considerados legítimos y los medios para alcanzarlos que el proceso de socialización nos enseñó, pero que actualmente el cambio social piloteado por el neo liberalismo económico ha hecho que esa fuerza social externa que antes le exigía la cooperación y la solidaridad, hoy le muestra al individuo una peligrosa ausencia de límites y de normas con eficacia para mantenerlas con vigencia social y real.

De lo anterior descende el comportamiento impulsivo; hiper interesado en sí mismo; la conducta desconectada, sin continuidad ni sentido del deber -individual y social- ; la incomunicación, pese a que el individuo está inmerso en las redes sociales; las exaltaciones banales y los deseos fútiles; en fin la frustración íntima para proyectar una vida estable,

optando más bien por el inmediatismo, lo instantáneo y lo efectista, cuanto más ruidoso mejor, ya que todo lo que consigue le es insuficiente y siempre está detrás de algo desconocido que cree le proporcionará placer. Este apetito por lo nuevo en cosas y deleites desconocidos, por *tener* más cosas materiales y no por *ser* más, apenas los logra pierde su encanto para el individuo, de ahí que ante una mínima adversidad o demora en conseguirlos le sobreviene el desaliento y busca medios no permitidos para conseguirlo. Esto que podemos llamar la pasión por lo infinito, viene desequilibrando al individuo, anuncia un trastorno de personalidad o alguna sociopatía; y está destruyendo el matrimonio y la familia.

La familia primero y luego la sociedad deben integrar y regular apropiadamente a los individuos, señalando la forma como desarrollarán sus vidas; las normas a las que deben sujetarse; y los usos y costumbres a seguir para no ser excluidos. Si esto se cumple de una manera adecuada, entonces la sociedad presenta orden y seguridad; de lo contrario sobreviene el desasosiego y la intranquilidad, pues así como la post modernidad trae consigo un desarrollo individual y generación de fuentes de riqueza gracias a la complementación que exige la división y especialización del trabajo en una sociedad heterogénea, en la que todo se cuestiona porque no hay verdades inmutables, dando paso a la creatividad; también aparece ansiedad e impaciencia por la subjetividad e incertidumbre que la signan.

En efecto, de la sociedad tradicional y mecánica, en la que existía una conciencia colectiva surgida de una identidad en creencias, y en la que la diversidad era tomada como una amenaza de un ser desadaptado, merecedora de castigo penal, lo cual legitimó el clasicismo y el positivismo criminológico; la sociedad post moderna genera una solidaridad orgánica, basada en la indispensable complementariedad de sus miembros, que se saben diferentes e individuales, lo cual es positivo solo en la medida que produzca cohesión social, mas no para originar desigualdades incomparablemente ilimitadas, como vienen a ser las inmensas brechas sociales, económicas y culturales, que la dimensión política no logra reducir porque estando conformada y realizada igualmente por individuos de la misma sociedad postmoderna, adolecen de los mismos males.

En este escenario, la conflictividad y la violencia que se aplica para dirimir los conflictos inter subjetivos de intereses, son cotidianas y frecuentes, de ello surge la criminalidad y, por ende, la inseguridad , en donde la primera pareja criminal, el infractor y la víctima, son actores del mismo momento histórico social; y la segunda pareja criminal, el crimen y el castigo,

constituye desde su configuración penal la tarjeta de presentación de una sociedad francamente impresentable en este espacio y tiempo histórico definido por la consagración constitucional de los derechos fundamentales precisamente, lo que lo hace ser dramáticamente irónico.

Creo que no es una crisis circunstancial, sino estructural, por la que está atravesando nuestra sociedad, sin embargo, ello no debe amilanarnos, pues por encima de este descalabro y confusión es preciso lograr crear vínculos que nos importen, pertenezcan y comprometan, que sean idóneos para regular las nuevas relaciones.

Por cierto, esta no es una tarea solamente del estado, sino también de la sociedad en su conjunto y de cada uno de nosotros individualmente. Solo así podremos aspirar a tener bien claro cuál es nuestra función social y nuestros límites con nuestro conciudadano, eliminar la feroz competencia sin regulación, la ignominiosa y solapada discriminación y exclusión social, el ruin trabajo indigno, el declive de los controles y límites, la quiebra de los principios éticos, la traición de lo esencial, el desconcierto existente en la diferencia entre lo justo, lo injusto, lo legítimo, lo ilegítimo, en suma, reconstruir una sociedad descompuesta y segregada.

La criminalidad se ha normalizado en nuestra sociedad y reaccionamos ante ella con morbo, por un lado, y repudio, por otro lado, pero siempre clamamos venganza para el infractor, sin interesarnos por su resocialización; nos condolemos de la víctima, pero nada hacemos para reivindicarla. Recordemos que la disciplina tiene un beneficio social, pues funda y organiza la vida en común y salva el verdadero sentido de sus acciones, como es la solidaridad. La normatividad es indispensable socialmente, ya que una ambición desprovista de brida y medida será origen de comportamientos nocivos para todos. Basta ya de criminalidad abyecta, que se presenta a nivel de inter-clase -criminalidad de poder, de cuello blanco, económico financiera, corporativa, medio ambiental, entre otras modalidades- y también de intra clase, como lo verifican los delitos contra el patrimonio en agravio de pequeños negocios de puerta a la calle. Pongamos coto también a la corrupción, proterva forma criminal que nos asola inveteradamente, de la que en la sociedad tecnológica queda rastro visual o auditivo que nos deja desconcertados al escuchar o ver que, desde la clase política, la magistratura o la élite empresarial, en sus niveles más altos, se practica con absoluto desenfado exhibiendo posturas que dejan en la ciudadanía la sensación de impunidad para sus autores.

Empero, castigar no lo es todo. El castigo, como el crimen, son fenómenos culturales que hacen daño social, al causar deterioro al tejido de las relaciones entre los miembros de la sociedad. Es mejor prevenir el crimen, reduciendo drásticamente su ocurrencia; y replantear el castigo estatal para que el reproche social sea más efectivo y oriente la resocialización positiva del infractor, así como la reivindicación de la víctima, junto con la reparación y restitución a ésta. De lo contrario, solo se aplicará venganza, la cual genera siempre más violencia, lo que se advierte con el hiper punitivismo y la prisionización que generan, sin embargo, más criminalidad, pues las penas desproporcionadas, inhumanas y degradantes, no disuaden a ningún potencial infractor, sino que constituyen verdaderos crímenes de castigo. Los conflictos no se resuelven a golpes, pues por esa vía se sedimentan en el fondo de la sociedad y son campo fértil para la generación de más conflictos. Recordemos que unos cuantos ciudadanos conflictivos no hacen una sociedad conflictiva, es una sociedad con estructuras económicas inicuas, estructuras sociales excluyentes, estructuras políticas arbitrarias y estructuras culturales desiguales, son las que producen ciudadanos conflictivos.

Sí es posible erradicar esta proterva manía social del crimen en nuestra sociedad. La educación nos enseña que para percibir fruición en la actuación personal, es necesario saber que nuestra acción es útil para aproximarnos a la finalidad que aspiramos. Por ello, la formación y la información morales nos guían a establecer los límites de una relación adecuada con los demás. Los líderes sociales y dirigentes nacionales deben internalizar esta necesidad, que se manifiesta en altos grados de insatisfacción e incredulidad en las instituciones políticas, estatales y sociales.

El fenómeno de la criminalidad es plurifactorial, empero siendo una situación que surge en la sociedad, es evidente que debe resolverse desde ella con la participación de todos, no solo del estado, el cual únicamente reprime con violencia dejando irresuelto el conflicto a partir del cual castiga y creando más conflictos de los que pretende resolver.

Recordemos una vez más que la situación personal es la que hace sentir al individuo que la sociedad es injusta, caótica y perversa. El poder transformador de la educación nos revelará los secretos del arte de existir y coexistir, previniendo y reduciendo la criminalidad a niveles tolerables socialmente, sin necesidad de una respuesta estatal violenta, despiadada y selectiva.

Con este propósito, decidí compendiar algunos de mis artículos criminológicos que aparecen en repositorios internacionales, los cuales he actualizado y que guardan relación con los temas centrales referidos al crimen y el castigo; la normalización del crimen en nuestra sociedad; y el valor y utilidad social de la educación, para invocar en este libro que entrego al lector con humildad, pero al mismo tiempo con fe en el cambio social, partiendo de la transformación de nosotros mismos, su aplicación para contrarrestar la criminalidad. Su esfuerzo en leerlo, compartirlo y apreciar sus sencillos conceptos será una importante recompensa para su servidor.

El autor

CAPÍTULO I

LA CONDUCTA DESVIADA Y SU PUNICIÓN

La maldad del mundo se hace posible

sólo por la sanción que tú le das.

Any Rand

Introducción

Hoy en día la criminalidad envuelve nuestras vidas. Los medios de comunicación informan de los delitos cometidos con suma e innecesaria prolijidad; las estadísticas oficiales muestran los altos índices de criminalidad en distintas categorías; las películas de cine y televisión con mayor *rating* son aquellas que versan sobre temas verídicos o ficticios relacionados con violencia, crímenes, juicios y castigos a los delincuentes; la realidad nos expone a ser víctimas o testigos de crímenes con más frecuencia que antes y, en general, la criminalidad está en boca de todos, de una u otra manera, desde el ciudadano común y corriente hasta el político, lamentablemente sin que exista una política criminológica eficaz de prevención de la criminalidad. La criminalidad se ha extendido y la violencia que implica se ha naturalizado. Hay una especie de manía del crimen en la sociedad, ¿ya no podemos vivir sin crímenes?

¿Qué significa todo ello? Que el crimen, en cualquiera de sus modalidades, sea conducta desviada, infracción, delito, disturbio, situación problemática, conflicto; y el castigo, sea pena, sanción o como quiera llamárseles, son huéspedes infaltables en nuestra vida diaria, privada y pública, no son fenómenos aislados o periféricos. Excitan nuestro morbo y movilizan nuestro repudio o compasión, según se trate de la infracción, el infractor o la víctima, respectivamente. Ojalá motivaran nuestra solidaridad y determinaran nuestra acción como estado, sociedad y persona individual. Tendría sentido castigar desde el estado interviniendo positivamente en el infractor y hacerle sentir el reproche social, así como tendría objeto el amparo y la reivindicación debidos a la víctima.

Lastimosamente no ocurre así, pese a la omnipresencia y ubicuidad del crimen. Mayormente los ciudadanos adoptan medidas particulares, ya sean individuales o grupales, de carácter logístico en materia de seguridad; y los gobiernos creen que haciendo reformas en la legislación penal de incremento de penas, reducción de beneficios procesales y penitenciarios, construcción de cárceles y nombramientos de más policías, fiscales, jueces y agentes penitenciarios, cumplen con elaborar una buena política criminológica, fundamentándolo todo ello en conocimientos aparentemente especializados y discursos *pseudo* técnicos.

El origen de una actitud como la descrita anteriormente es el haber asumido que la presencia y permanencia del crimen y el castigo solo merece una explicación uni causal; y que la conmoción y el parecer del ciudadano común no deben ser tomadas en cuenta en el diseño de la política criminológica, sino antes bien excitadas, enardecidas, para ser perversamente utilizadas en la producción de más criminalización y punitivismo, en lo que se ha venido en llamar expansionismo penal y populismo punitivo, que corresponden a una gobernanza a través del crimen..

Desde la criminología clásica, el positivismo criminológico, la Escuela Sociológica, la Escuela Psicológica y la Escuela Ecologista, entre otras teorías criminológicas, siempre se consideró que una sola causa elucidaba acerca del crimen y el castigo, sea la libertad humana, las aberraciones cromosómicas o defectos biológicos, las alteraciones mentales, la interacción del hombre con ambientes deprimidos, la diferencia entre las aspiraciones y oportunidades de la persona humana, y el conflicto social, respectivamente. Y, entonces, había que castigar mediante la justicia estatal ejemplarmente al anormal, monstruo, enfermo o desviado, categorías con las que se calificaba -etiquetándola y estigmatizándola- a toda persona que desviaba su comportamiento.

Contemporáneamente, la denominada nueva criminología razona en torno al crimen y castigo en términos de conflicto social y excluyente orden económico, afirmando que uno -el crimen- es el resultado de las causas estructurales de la sociedad y el otro -el castigo- el mecanismo de control social, selectivo y discriminador, por excelencia, que se dirige a las clases vulnerables y a algunos pocos que han perdido poder, para mantener el dominio y la hegemonía de la clase dominante, utilizando el etiquetamiento y la estigmatización de infractores y de víctimas. La

visión, entonces, ya no es unilineal ni positivista, sino pluri causal y política, en el mejor sentido del término. No es micrológica sino macrológica.

En vista de la ineficacia del derecho penal que es evidente a la luz de los índices de criminalidad que se incrementan incesantemente; y de la criminología positivista que le sirvió de discurso legitimador, en la lucha contra la criminalidad a lo largo del proceso histórico; creo que se impone una nueva perspectiva para mirar y encarar el problema de la inseguridad integral –no solo de la inseguridad ciudadana- más allá de la ideología del control que caracteriza los tiempos actuales. Se trata de gestionar positivamente el conflicto, como corresponde a una sociedad democrática, no de reproducirlo ni de agravarlo. También se trata de humanizar el castigo, convertirlo en reproche social, no necesariamente penal y hacerlo productivo, no de caracterizarlo como vindicta que da una sensación de satisfacción vacua y vana, al sembrar muerte, dolor y destrucción, de lo que nada constructivo puede surgir.

El crimen: Más allá del derecho penal

Para el derecho penal, una contravención, falta, delito o crimen, es -de acuerdo con la teoría del delito- una conducta típica, esto es, descrita en la norma jurídica de manera concreta, precisa y cierta, con anterioridad (*lex scripta, lex certa, lex previa*) y punible, requisitos que configuran el principio penal de legalidad, necesario para que la inconstante y caprichosa voluntad del poder no afecte la libertad y seguridad jurídica de las personas y éstas no sean imputadas, procesadas y sancionadas arbitrariamente (*nullum crimen sine lege; nullum crimen sine iudicio; nullum poena sine lege*).

Allende estas características principistas que exige toda conducta para ser considerada delito, tenemos figuras penales que se apartan del principio según el cual el derecho penal solo debe castigar comportamientos decididos y/o efectuados, esto es, actos realizados o frustrados, tales como el adelantamiento de la barrera de punibilidad, la punición de estados situacionales no de actos, entre otras, cuya existencia es discutible como parte de una eficaz política criminológica.

Para la teoría penal, el delito también es una conducta antijurídica, es decir, un comportamiento desvalorado por ser contrario a derecho y a las leyes. Como nuestro sistema jurídico es positivista, dicha conducta debe estar prohibida por la ley para que sea contraria a derecho. Si es contraria pero no está prohibida, la conducta será antijurídica pero no típica.

Es, también, finalmente, una conducta culpable, esto es, atribuible a una persona para responsabilizarla por ello y reprochárselo, siempre que sea capaz, conozca la antijuridicidad de su acto y le sea exigible una conducta jurídica distinta a la que se le imputa. De tal modo que un acto puede ser típico, antijurídico pero no culpable.

Sea como fuere, se advierte que para el derecho penal el delito es una abstracción de la realidad, elevado a la categoría formal de tipo penal a través de una fórmula consistente en un presupuesto fáctico que de ocurrir implica una consecuencia jurídica que es la pena. Pero así, no se soluciona nada, pues verificado el acto, identificado el imputado y llevado a proceso, se le impondrá la pena si está acreditada su culpabilidad. El sistema no evita el acto, solo lo castiga. Tampoco lo previene, porque el castigo se impone de forma tan violenta y vengativa que origina consecuencias negativas en el infractor para siempre. No se le rehabilita, reeduca ni resocializa. En cuanto a la víctima, se le confisca su dolor, originado por el delito, tampoco se le resocializa, reivindica ni resarce, pues los infractores a los que el sistema penal se dedica a sancionar son los que pertenecen a los sectores marginales y carenciados de la sociedad.

¿Y quién tipifica y hace uso de la teoría penal más conveniente a sus intereses? Decimos que es el estado, pero en realidad es el gobierno del estado y más realmente es el poder que domina al gobierno. El *ius puniendi* o derecho de castigar del estado es un atributo que, modernamente, los ciudadanos otorgan a esta organización jurídico-política que los asocia, con fines de mantener el control social formal. Todo depende de qué clase de control social se desee mantener, en función de los intereses dominantes. Para ejercitar el *ius puniendi*, el estado cuenta con el poder de criminalización, en virtud del cual define cuáles conductas son delito, quiénes son delincuentes y dónde cumplen las penas. Menudo atributo. Creo que ahora se entiende el enorme poder del estado a través del sistema penal. Una especie de instrumento de fuerza, coacción y violencia legítimas. El nivel siguiente es el poder del estado expresado

en las fuerzas armadas. No hay más poder que ese. Es la expresión de la fuerza total¹, la cual no es apropiada ni eficiente para reducir y controlar la criminalidad. La tranquilidad y la paz sociales no son nunca fruto de la fuerza. Obviamente, la paz de los cementerios no es la deseable.

Ahora se comprende con qué facilidad se modifican las normas penales y endurecen las sanciones. Acudimos al diario espectáculo del poder estatal contra la libertad humana. Lucha desigual como es fácil deducir de lo anteriormente expuesto.

La criminología, en cambio, ve en el comportamiento criminal un conflicto, es decir, se sitúa con anterioridad al acto típico, antijurídico y culpable que ve el derecho penal. El conflicto es un dato objetivo, real, no es una abstracción como el delito, una situación en la cual dos o más personas con intereses disímiles se confrontan, oponen e inician acciones recíprocamente antagónicas, con el objetivo de dañar o eliminar a la otra, para lograr alcanzar los objetivos que originaron dicha confrontación.

Pero es un conflicto violento, porque el conflicto no violento no ocasiona problemas, sea que se supere o que no se resuelva. Pero cuando la posición antagónica se expresa mediante la violencia física o moral, entonces hay un crimen. El conflicto es natural y normal porque tenemos intereses diferentes que debemos conciliar para mantener la armonía en la vida social. Pero la violencia es un eslabón camino a la criminalidad y la inseguridad. La violencia tiene factores generadores que pueden ser biológicos, psicológicos y sociales (educación, cultura, etc.). ¿Por qué quiere alguien imponerse y ejercer violencia contra uno o más iguales (todos somos iguales en dignidad y derechos)? Pues porque no los considera tales sino inferiores o superiores e incapaz de construir un diálogo y elaborar un consenso con base en la cooperación y no en la competencia, en la solidaridad y no en la individualidad.

El conflicto violento, sea del tipo que fuere, de relación y comunicación (como tiene mal aspecto, me mira mal y murmuró cuando pasé, pensé que me insultó y lo lesioné; de información (me dijeron que habría un alza de precios, así que decidí acaparar productos de

¹ Inclusive se ha llegado a decretar el estado de emergencia para combatir la criminalidad en la Provincia Constitucional del Callao en 2017. El resultado fue contraproducente, pues el índice de criminalidad aumentó en el tiempo que estuvo vigente la medida. Ver artículo “El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad” de Lizet Zavala Van Oordt en Revista Vox Juris 33. Disponible en: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/970/777>

primera necesidad, adulterar su peso y medida y subir los precios de venta al público); de intereses (como consideré que un acuerdo era imposible de lograr entonces decidí estafarlo para satisfacer mi interés); de valores (como he sido formado en la idea de que el varón manda sobre la mujer, quise tener sexo con ella y al negarse la violé); o de roles (como soy el director general decidí que el automóvil oficial del estado que se me asigna por razón del cargo para el ejercicio de la función pública, así como los asignados a la dirección que lidero, sean utilizados por mis familiares y le cancelé el contrato de trabajo al servidor que se atrevió a oponerse a ello); puede prevenirse cuando hay sentido de pertenencia a una comunidad humana de iguales, compromiso de contribuir al mantenimiento del orden y la paz sociales, y confianza interpersonal y en las instituciones del sistema socio político que hemos elegido.

Respondamos íntimamente a esta pregunta y comprendamos por qué se incrementa la criminalidad en el país y en la región.

Según el Informe 2021 de la Corporación Latinobarómetro, somos la región del mundo más desconfiada y tenemos un mínimo histórico de confianza interpersonal. Brasil tiene un mínimo de confianza interpersonal, registra 5% en 2018; México tiene 18%; y Perú tiene 10%, entre otros. Cifras dramáticamente bajas si se tiene en cuenta que en los países que tienen sus fisuras y divisiones principales solucionadas alcanza hasta el 70%, como es el caso de los países nórdicos, mientras que en los países de Europa Central alcanza el 49%.

En cuanto a las instituciones, las Fuerzas Armadas tienen un 44% de confianza, la Policía 36%, la institución electoral 31%, el Poder Judicial 25%, el Gobierno 27%, el Congreso 20% y los partidos políticos 13%. El desencanto con la política ha llevado a la fragmentación de los partidos, a la crisis de representación y a la elección de líderes populistas, según señala el Latinobarómetro.

La confianza en los medios de comunicación y bancos es de 39% y 42% respectivamente. Las ONG, las compañías nacionales e internacionales tienen el 38%, 37% y 33% respectivamente. Los organismos internacionales y los sindicatos tienen 25 cada uno. Si bien la confianza en las instituciones privadas está mejor que la confianza interpersonal y en las instituciones públicas, aun así, no alcanza al 50%, lo que no es alentador, máxime si los *mass media* son formadores de opinión, pero parece que no de confianza.

Hay, sin lugar a duda, una grave pérdida de legitimidad de las instituciones de la democracia, lo que hace más conflictivos y violentos a los países de la región.

Repensando estas cifras, es posible colegir que la desconfianza incuba conflictividad, a nivel estructural, institucional, comportamental y discursivo; y la violencia está latente debido a la existencia de unas estructuras económicas y sociales injustas, desiguales, selectivas y discriminadoras, que gatillan e impactan con diferente intensidad, los factores personales, sean de orden biológico, psicológico y sociológico, o de índole ética y educativa. Este es el proceso de problematización por el que atraviesa un conflicto violento que lleva a una de las partes a imponer su voluntad o interés en perjuicio de la otra, sin que en su decurso se gestione adecuadamente el conflicto agravándose. Y una vez que intervienen las agencias del sistema de control penal, con mayor violencia de la que pretenden controlar, imponen la sanción, pero el conflicto queda sin resolver y se sedimenta en el fondo de la sociedad, retroalimentando la conflictividad en el seno de ésta.

Es un círculo vicioso del crimen lo que genera la intervención del sistema penal por lo visto. Lamentablemente no se emplea la criminología porque no se le conoce en su versión contemporánea, cuyos postulados básicos hemos mostrado. Cuando el organismo humano adolece de algo la persona busca a un médico especialista. Debería ser lo mismo cuando el organismo social padece de conflictividad, violencia y criminalidad, se debe acudir al especialista, que en este caso es el criminólogo y no el penalista. Si uno constata la existencia de alimañas en su casa no se satisfará con pedir a alguien que las mate, sino en solicitar al especialista el por qué han aparecido y se están reproduciendo incesantemente. Igual sucede con el crimen. Si seguimos metiendo más gente a las cárceles, no se reducirá el crimen. Pidamos al especialista que nos diga cuáles son las causas de la criminalidad y trabajemos en ellas para superarlas y así poder controlar y reducir la criminalidad.

Una aproximación histórica al castigo

«La verdad no existe...

Sólo existen discursos históricamente reconocibles,

*que producen efectos de verdad,
al delimitar lo que es pensable
y lo que no lo es
para una determinada época».*
Foucault

La historia de las penas incluye el patíbulo, el cadalso, la pira, el descuartizamiento y la muerte. Más modernamente contiene la prisión. Si bien ya no aniquila al condenado, la prisión -por lo menos técnicamente- lo vigila, inspecciona y evalúa, de esa manera -teóricamente- le utiliza inclusive como objeto de estudio y fuente de saber.

En la antigua penología el condenado es exhibido para dar a conocer su identidad y es llevado por las calles con un rótulo que refiere su execrable infracción. Luego es ejecutado y desaparecido el cadáver reduciéndolo a cenizas mediante el fuego, juntamente con su recuerdo, según anota Boullant, F. (2003). Se trataba de un escrupuloso rito nefando, realizado para lograr el objetivo previsto, que era mostrar el castigo como aparejo del poder real.

Más modernamente, anotan Estay, J. y Monteverde, A. (2018) en el siglo XIX se pusieron en práctica carros y presidios nómades en Chile, idea traída de la Francia revolucionaria, que tenían por finalidad expresar públicamente la vindicta estatal para lograr disciplinar a los estratos sociales marginales, para poner de manifiesto el dominio y control político para consolidar la naciente República. La idea era, como comento en el prólogo de dicha obra que los autores me hicieron el honor de solicitarme, refrenar y contener a una población que por su bajo nivel de extracción social y posición desfavorable en la estructura de división del trabajo y propiedad de los medios de producción, constituía como constituye hoy en día, el público objetivo del sistema penal, para auto justificarse y argumentar en favor de la facultad estatal del ius puniendi.

Al respecto, Dreyfus y Rabinow (1992) señalan que la conducta del considerado enemigo es sancionada severamente para que sirva de ejemplo disuasorio para quienes pensarán desobedecer en el futuro. Ello era así porque toda infracción se consideraba un *casus belli* individual y, por ende, un grave atentado contra el poder real. Es lo que en nuestra época se

llama prevención general. Lo cual demuestra que el Estado castiga al infractor por haber desobedecido sus normas, más que por haber ocasionado un daño a la víctima, pues su escaso o nulo interés en que ésta sea resarcida y reparada es elocuente.

El antecedente de la cárcel fue, sin duda, la ergástula, la galera y el calabozo de la Edad Media, lugares de reclusión crueles, bárbaros e inhumanos, verdaderos depósitos de seres humanos. El objetivo era, entonces, castigar hasta el suplicio y si con ello morían mejor, pues se trataba -según el Antiguo Régimen, la Inquisición y la criminología precientífica- de seres enfermos, anormales, impíos y degradados.

Foucault, M. (2002) afirma que el siglo XIX se sintió orgulloso de las fortificaciones que edificaba en los confines y a veces en el centro de las ciudades, las que consideraba benignas porque sustituía a los cadalsos y, a diferencia de lo que se hacía en éstos, ya no se castigaba con el exterminio a los cuerpos, sino se moralizaban los espíritus de quienes robaban, violaban, mataban. Era algo así como practicar una ortopedia rehabilitadora de carácter social.

Pero esas formas punitivas clásicas medioevales se abandonaron debido a la Ilustración y la reforma humanista, no solo por la ideología sobreviniente -el humanismo clamaba por abolir el show del terror- sino porque la ejecución pública prende el descontento popular y no reduce el índice de criminalidad, esparciendo la simiente para eventuales convulsiones políticas.

La nueva forma de castigar hace su aparición mediante la detención normalizadora del infractor. Ya no se hará ostensible el cuerpo del condenado. Se reeducará su espíritu para que no vuelva a delinquir. Claro, aparentemente es la idea, aunque sabemos que en nuestra realidad penitenciaria nacional y regional, no se logra la reeducación, pero se sigue manteniendo como finalidad de la pena privativa de la libertad. Es lo que en derecho penal se llama la prevención especial, que tampoco funciona, a juzgar por la tasa de reingreso al penal que a julio del año 2018 en el Perú es del 24%, según el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario (INPE).

El visionario Foucault, citado por Campos, F. (2010), impugna la aparición de la cárcel como derivada del humanismo, más bien la vincula a la nueva forma de poder, siempre violenta,

dirigida a la domesticación de los cuerpos, mediante técnicas de vigilancia real o aparente, en el marco de un nuevo proceso de dominación en la sociedad disciplinaria moderna. La actualidad concede razón a Foucault únicamente de manera parcial, en lo que respecta a lo que significa como nueva forma de poder y dominación, mas no en lo que se refiere a la domesticación corporal, pues la disciplina del establecimiento ha cedido frente a la corrupción.

Agrega Campos, F. (2010) que la expresión del poder en la imposición del castigo ya no era un poder real o religioso, sino político, pues se produce un nuevo tipo de infracción, desvinculada del pecado y la desobediencia al monarca, una especie de delito secularizado, con sentido jurídico penal, una forma de contravenir la voluntad del legislador, expresado en el aforismo “no hay crimen ni pena que no esté prevista en la ley”. De ahí que el criminal ya no es el pecador ni el enfermo o anormal que actúa, sino la persona que altera el orden social y el buen vivir de sus semejantes. El que es considerado *enemigo* por el orden jurídico debido a que con sus acciones altera un orden social supuestamente intangible e imaginariamente justo.

De forma tal que en el pensamiento *foucaultniano* la cárcel de la edad moderna significaba una nueva tecnología, acorde con el avance del siglo XVI al XIX, en virtud de la cual se buscaba controlar y reencauzar a los individuos, convirtiéndolos en seres obedientes y útiles mediante la disciplina, la cual se practicó también en los nosocomios, la milicia, las escuelas, los colegios o los talleres. La libertad, la igualdad y la fraternidad, que inspiró la revolución francesa y caracteriza la democracia moderna, son valores asentados en una sociedad disciplinaria -subyugada sería un mejor término- que hace depender al hombre de ella.

Cuando se habla de crimen, está contenida la idea de violencia, sea física o moral; y cuando se habla de punición, sanción, escarmiento, correctivo, expiación, penitencia, castigo y demás vocablos vinculados a la idea de condenar a alguien por un acto criminal, aparece invariablemente a lo largo de la historia la idea de ejercicio del poder punitivo o *ius puniendi*, el derecho a castigar del Estado. Esto significa que tanto en la conducta desviada como en la sanción impuesta, existe violencia y, la mayoría de las veces, en este último caso, el de la sanción, la violencia es mayor porque sus efectos directos, indirectos y colaterales son más

graves. De ahí que aun cuando es necesario evitar y prevenir cualquier violencia, especialmente hay que impedir la violencia institucional, estatal. Es la filosofía del castigo en un sistema penal democrático y en una sociedad de iguales.

Esta clase de violencia, sin embargo, se ejerce significativamente contra las personas pertenecientes a los grupos más vulnerables, pobres, marginales e insignificantes, carentes de poder, aquellos contra los cuales nadie levantaría su voz de protesta, pues contra los poderosos, que socialmente adolecen de visibilidad y, por ello, sus acciones por violentas y criminales que puedan ser, no llegan a esclarecerse y sus autores gozan de impunidad. El eminente maestro Zaffaroni denomina a la violencia ejercida contra los grupos vulnerables “*genocidio por goteo*”, sustentando el calificativo en los efectos de la economía delictiva, la de las grandes corporaciones transnacionales y el tráfico ilícito de drogas, según expone Anitua, G. (2015:25). Siempre ha sido así. La historia del ejercicio del poder punitivo lo manifiesta. La criminología demuestra que en su ámbito de estudio, que es el crimen, nada se extingue, solo se transforma y luego vuelve a mostrarse de manera distinta, pero con la misma esencia.

En efecto, desde que en el siglo XIII se llevó a cabo un cambio importante en las relaciones de poder interhumanas y el Estado decomisó a la víctima el conflicto, la cuestión criminal, ligada al orden, el conflicto y la violencia, cambió. El método inquisitivo para buscar la verdad es clara muestra de ello. Con este método, quien ejerce el poder y, por ello, tiene una posición privilegiada respecto del imputado, averigua los cargos y decide una sanción. Este método se impuso en el estado absolutista, pero se prolonga mentalmente hasta nuestros días, pese a la innovación del método garantista. Basta observar el funcionamiento de las agencias del sistema penal y de sus servidores y funcionarios para verificar este aserto. Concretamente, el abuso de la prisión preventiva, convertida en un ariete inquisitivo para estimular convenientemente confesiones y delaciones; y en una pena anticipada, son muestras elocuentes de cómo la agencia penal judicial actúa violentamente, subordinando el estado de la razón a la razón de Estado, en la que tampoco debería predominar la justificación de los medios por el fin persecutorio judicial, pues semejante política fiscal y jurisdiccional acusaría una grave impronta maquiavélica.

Como es fácil reconocer, este cambio político y de política criminológica perdura hasta la actualidad, pese a que ya no vivimos en estados absolutistas, empero subsiste el sustento de la soberanía estatal para racionalizar y justificar el poder punitivo, tratando de legitimarlo. La capacidad estatal de dar leyes implica en este discurso racionalizador para el ejercicio del poder punitivo, un especial dominio para transmutar la naturaleza y las relaciones sociales. Lamentablemente, el resultado no es halagüeño -ni lo fue históricamente- para la reducción de la violencia sino, contrariamente, un espacio propicio para patentizar la represión y esterilizar la disuasión.

La especialización en el ejercicio de estas funciones punitivas se asentó históricamente en la aparición de servidores del gobernante, que impondrían verticalmente paradigmas de control social a través del ejercicio del poder penal, aplicando normas dictadas por el mismo monarca. La profesionalización y burocratización de dichos servidores, que fueron los antecesores de los policías, fiscales, jueces y agentes penitenciarios, tuvieron ese origen. Por cierto, para mantener esos atributos, hubo luchas personales entre ellos para mantener su cercanía con el monarca y separar del medio al rival, así como luchas de ellos con el pueblo que se oponía razonablemente a aceptar su preponderancia. La sobrevenida ficción del posterior postulado democrático de que el poder de administrar justicia emana del pueblo es elocuente. Dicha burocracia con alguna capacidad administrativa e instrucción *ad hoc* para el ejercicio vertical del poder punitivo nunca cambió en esencia. Es posible reconocerla hoy en día. La autonomía funcional e independencia personal en la magistratura, se somete al amiguismo, el compadrazgo y la corrupción. En fin, la decisión fiscal o jurisdiccional no deja de mirar a la conveniencia personal. La conducta funcional del foro subordinada a un concurso de popularidad del magistrado.

Entonces, el Estado y el sistema penal monopolizado por él, a través de esa burocracia judicial, sustituyó al pueblo en la resolución del conflicto, aunque no resolvía verdaderamente nada, pues se ocupaba de decidir conforme a los dictados de la autoridad central; pero además suplió a la víctima, colocándose al frente de su reclamo por el daño sufrido por ella. Sin embargo, no resolvía el conflicto, no solucionaba el problema del infractor al no resocializarlo ni el de la víctima, al no resarcirla. Con ello, más que el conflicto en sí mismo, al Estado le importaba el desacato a la norma, la irreverencia a la ley. Y claro, la persona imputada y procesada, el

infractor de la norma, se convertía automáticamente en un objeto, perdiendo su calidad de sujeto de derecho y siendo denominado reo, término que proviene del latín *res*, que significa cosa.

Posteriormente, al surgir la burguesía con la incipiente aparición del capitalismo, debido a la necesidad de renta de los grupos de comerciantes, lo cual hizo colapsar al sistema feudal con su modo de producción de explotación personal; se advirtió una colaboración y solidaridad entre el poder político personificado en la monarquía y el poder económico representado por los comerciantes, lo cual trae aparejado el individualismo y el liberalismo, pues los comerciantes eran personas emancipadas de las relaciones de servidumbre, que buscaban en el amparo estatal asegurar su libertad, surgiendo el mercantilismo, que vinculó los intereses comerciales y los monárquicos.

Esta situación manifestaba un modo de vida distinto, ya que se comenzó a razonar fuera del dogma y el hombre empezó a descubrir conocimientos por sí mismo. Luego vendría el capitalismo industrial, caracterizado por la unificación económica y política de los mercados y la sumisión y obediencia de las colonias a la metrópoli, debido a la expansión de ésta a través de campañas colonizadoras militares y comerciales, aseguradas por medio de la violencia justificada por la política y la teología.

En este estadio de la conquista, se estigmatizó al conquistado, a quien se consideró como alguien diferente, como otro, como ajeno, no convertido a la fe y, por tanto, enemigo, con lo cual se justificaba el poder punitivo empleado contra él. Igual que el que fue considerado enemigo anteriormente, esto es, la bruja, el poseído, el hereje, el judío, el leproso, el deforme, el disidente, entre otros, todos los cuales contribuyeron a consolidar las estructuras estatales de poder punitivo que infundían miedo al castigo del poder, el cual generaba la dinámica perversa de que era el mismo poder el que se encargaba supuestamente de controlarlo.

Así nació el Estado represor, reprimiendo a los “*otros*”, los “*enemigos*”, los “*chivos expiatorios*” presuntos causantes de los males sociales, que podían ser personajes ficticios o personas reales, lo cual originaba una aparente cohesión social que alzaba su voz en pro de la represión frente a la criminalidad. Se había logrado, desde el Estado, construir un sistema ideal

para controlar la sociedad utilizando etiquetas y estigmas, invariablemente contra las personas que se encontraban en situación vulnerable, los cuales, según el propio sistema punitivo eran incorregibles, por lo que había que expulsarlos de la sociedad, pero hacia adentro, para que no deambule por otros territorios.

El mensaje, entonces, llega desde hace siglos, a las sociedades actuales, el Estado autoritario, o democrático con formas autoritarias en materia criminal, es el único que está en condiciones de proporcionar seguridad, siempre que su poder sea más fuerte, solo así las personas ceden y se someten ante el miedo y terminan consintiendo en la reducción de su ámbito de libertad a cambio de paz y orden. Es la eterna historia del crimen y el castigo.

Una mirada penal y filosófica del castigo

*La comunidad se embrutece infinitamente
más por el uso habitual del castigo
que por la ocurrencia ocasional del delito.*

Oscar Wilde

El Derecho, en una de sus tantas definiciones, es concebido en general como un instrumento de control que emplea la coacción, lo que le ha caracterizado como la dosificación de la violencia institucional. El derecho penal, en particular, lo es con mayor rigor. Cuando se pregunta por las acciones efectivas para enfrentar la criminalidad y reducirla, el Derecho Penal apuesta por la represión normativa, procesal y ejecutiva.

Lo negativo de esta visión es que oculta las causas culturales que hacen aparecer las instituciones penales, que son entre otras la búsqueda de seguridad y orden, reemplazándolas por o condicionándolas al automatismo del castigo, a la represión, por el mero hecho de brindar una respuesta contundente y fatal.

Así mismo, elimina los efectos sociales diferentes al control de la criminalidad de una verdadera política criminológica, como son, la creación de empleo y la formación de vínculos solidarios entre personas ajenas y distintas.

Por último, un enfoque penal invisibiliza la causa de la ineficacia de una política criminológica, que está comúnmente en el entorpecimiento político, la barrera mediática, la escasez de recursos y en la irracionalidad política.

Como es sabido, Zaffaroni. E. (1998) sostiene que el sistema penal, el discurso penal y el derecho penal contienen racionalizaciones reiterativas de programación normativa irreal, ya que se desarrolla con base en un texto legal, se justifica mediante la dogmática y se planifica como un deber ser, y no hace otra cosa que reproducir la violencia a través del poder de las agencias de dicho sistema. Su selectividad condiciona mayores conductas lesivas; se aplica en medio de un modelo que convive con la corrupción; concentra un poder socialmente vertical que destruye las relaciones horizontales, pese a que el poder de administrar justicia emana del pueblo, según el principio constitucional democrático, derivado del axioma según el cual el poder emana del pueblo.

Por ello, como sostiene el mismo Zaffaroni, E. (1998), el sistema penal no actúa conforme al discurso jurídico penal y no es racional, por cuanto no tiene coherencia interna ya que el Derecho debe servir a la persona humana. Es claro, pues, que la perspectiva penal acusa una notoria pérdida de seguridad de respuesta y, en esa medida, engaña e ilusiona, entre otras razones derivadas de lo anteriormente expuesto, porque las penas que concibe, aplica y ejecuta, carecen de racionalidad y constituyen un dolor sin sentido, por eso el jurista argentino las llama penas perdidas; sin embargo, dicho sistema se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro.

Sin embargo, desde la Ilustración, la justicia penal pública es sostén del régimen democrático liberal contemporáneo y genera elevadas esperanzas, por su función y las pasiones que desata. Se espera que encarcele a los delincuentes, los rehabilite, reduzca la criminalidad y disuada a los potenciales infractores. Empero, ha fracasado reiterada y ruidosamente, generando muchas

polémicas y más reformas. Esto configura la grave contradicción interna o la ironía del sistema penal.

Está claro, entonces, que desde una mirada penal el castigo es una sanción estatal que se impone coactivamente al responsable de una trasgresión a la norma jurídica que se supone expresa el bien común, pero que en realidad puede representar mejor no el interés general sino el particular del grupo dominante o de los grupos con determinada cuota de poder para conseguir la promulgación de la ley. Por ello, el infractor de la norma es castigado por el estado debido a la desobediencia cometida al quebrantar lo que la norma dispone antes que por el daño infligido a otro miembro de la sociedad.

En cambio, desde una mirada filosófica, el castigo penal constituye uno de los clásicos problemas de la filosofía. ¿Qué justifica el castigo? Ello ha dependido del tiempo histórico y del espacio social. En la antigua Grecia, refiere Schmill, U. (1987) que la rebelión de Mitilene contra Atenas en el 428 a. C. legó la deliberación en la asamblea ateniense acerca de cuál debía ser el fundamento del castigo de los mitilenos tras esa rebelión. Inicialmente, la asamblea decidió matar a todos los mitilenos mayores de edad y vender como esclavos a las mujeres y a los niños, porque estaban indignados, pero al momento de ejecutar la sentencia comenzaron a dudar si acaso tal castigo era excesivamente cruel. Se convocó a una nueva asamblea en la que los protagonistas fueron Cleón -cuyo discurso alentó el sentimiento de indignación, defendiendo la necesidad de demostrar la grandeza del imperio castigando a los mitilenos “tal y como se merecían”- y Diódoto -cuyo discurso fue una llamada a la reflexión sobre la conveniencia de esa sentencia y sobre la reacción del pueblo ateniense-. La materia del debate sobre Mitilene fue el esclarecimiento del eterno problema de la justificación de la pena, de la fundamentación de la sanción, de la legitimidad del castigo.

Ha quedado sentado que, en la antigüedad y hasta antes de la Ilustración, el castigo no admitía discusiones ni controversias, pues provenía -en su forma y procedimiento- del ejercicio de un poder absoluto que no tenía necesidad de justificar nada. Crueldad y espectáculo terrorífico eran las características con las que se buscaba la expiación y atemorizar a los demás. El pensamiento humanista de Beccaria, C. (2011), inspirado en el contractualismo y el

utilitarismo, aportó el concepto de necesidad de la pena como fundamento de la misma y sustentó que el castigo debía ser racional.

Posteriormente, Kant justificó el castigo en una concepción retribucionista, no para prevenir el bien del propio infractor ni el de la sociedad, solo por merecimiento personal, no por utilitarismo. Kant se basaba en los principios de dignidad humana, autonomía individual e igualdad.

Desde la atalaya de la época actual podemos reflexionar si la esencia del castigo ha cambiado. En verdad no ha cambiado ni un ápice. Han variado las formas, pero no su naturaleza. Se sigue ocasionando sufrimiento y dolor. Continúa siendo un acto de venganza, no de resocialización ni de disuasión. Sigue siendo una reacción emotiva patética e intensa.

Una visión filosófica inquiere por la justificación moral del sistema penal y pretende encontrar una respuesta de política criminológica justa, que mitigue los efectos nocivos para la sociedad y el individuo que implica el problema de la inseguridad, sin mostrar preocupación por la que mejor actúe.

Evidentemente, la mirada filosófica no conlleva practicidad, sin la cual no es posible lograr que el sistema penal reconozca las necesidades reales de la comunidad. Consecuentemente, no admite la evaluación del sistema penal en cuanto al funcionamiento de sus aparatos, tales como, la naturaleza de sus diversos regímenes, la calidad de sus instituciones, los métodos específicos de castigo, el análisis de sus costos de operación y las consecuencias socio económicas del elevado índice de internos, entre otros aspectos. Sin embargo, es formativa y pedagógica. Y la sociedad necesita más de estos componentes que de la venganza.

Los fundamentos, implicaciones y organización social del crimen y el castigo

*El Estado tiene por necesidad que proveer a la subsistencia del pobre
que ha cometido un crimen mientras sufre el castigo,
el no hacer lo mismo por el pobre que no ha faltado a la ley*

equivale a premiar el crimen.

John Stuart Mill

Resulta obvia la omnipresencia del Derecho en la vida y, con mayor énfasis, del Derecho Penal. En esa línea, la noción de crimen y castigo está inscrita en nuestro proceso de socialización como seres humanos.² Hay un factor primigenio de índole psicológica desde la primera etapa de la educación del ser humano en el seno del hogar. La ecuación premio-castigo es un factor indeleble en la vida y que condiciona nuestra conducta.

Así, el crimen y el castigo es una institución socio cultural en todas las comunidades y sociedades humanas, para cuyo desenvolvimiento se cuenta con sistemas, ideas, normas, técnicas, recursos, prácticas y costumbres, sea cual fuere su forma de organización política, régimen jurídico y tradiciones culturales. En adelante precisa denominarlos en el ámbito criminológico como “la otra pareja”, habida cuenta de la existencia de la conocida “pareja criminal” conformada por el victimario y la víctima. Ambas parejas gozan, como es fácil advertir, de una notoriedad sin par y producen fuertes sentimientos contrarios y confusos.

Es sabido que en toda sociedad existen valores, principios y reglas, que son necesarios para la convivencia armónica, pero también que hay comportamientos trasgresores que se consideran crímenes cuando retan gravemente los valores, principios y reglas de mayor trascendencia para la convivencia humana, expresados en normas penales. Estas conductas son inevitables por la imperfecta naturaleza humana y, recordando el pensamiento de Durkheim al respecto, resultan necesarias y hasta útiles porque permiten reevaluar lo que definimos como correcto y restaurar equilibrios en materia de justicia social.

² En los primeros años de vida, el ser humano ve, escucha y experimenta constantes y permanentes prohibiciones *per se*, sin fundamentación racional explícita, en el hogar, la escuela y comunidad (¡No hagas eso porque va a pasar esto otro! ¡Si no te portas bien viene el cuco y te llevará!, entre otras), las que van moldeando su conducta, convirtiéndolo en un ser castrado en su voluntad, inactivo por sí mismo, tímido hasta el ensimismamiento o impermeable a la admonición, indolente al castigo, avezado en la desobediencia y libertino impenitente; hasta que en la adolescencia fluye su rebeldía, muchas veces incontrolable, y así va definiendo su carácter y comportamiento a la par que delibera y razona sobre la pertinencia y fundamentación de dichas prohibiciones.

En ese sentido, el crimen y el castigo, más que manifestaciones jurídicas, son un espejo multidimensional de la sociedad en la medida que proyecta aquello en lo que la comunidad cree, teme, une, separa y aspira. Parafraseando a Franz Von Listz: El sistema penal es la tarjeta de presentación de la sociedad y el Estado. En otras palabras, si observamos cuáles conductas castigamos y cuáles castigos imponemos y cómo los ejecutamos, entonces conoceremos qué nivel de desarrollo humano hemos alcanzado en la sociedad y qué clase de Estado conformamos, totalitario, autoritario, democrático formal o democrático sustancial.

Así, las nociones de crimen y de castigo remiten necesariamente a procesos históricos de configuración de los rasgos básicos de una sociedad, mientras que el sistema penal es una mera adaptación política al desafío que plantea la modernidad a las sociedades, que como sabemos llega en diferentes tiempos a las distintas realidades.

Por ejemplo, desde una óptica conservadora, como la del realismo de derecha, el déficit de control sobre los impulsos criminales origina la delincuencia. Cabe preguntarse ¿en un sistema neo liberal quién no padece de déficit de control debido a la tecnología invasiva que personaliza, la globalización hegemónica que cercena identidades culturales y la vital necesidad de subsistir con cada vez menos recursos y con un Estado ausente en su responsabilidad social?

Semejante postura supone que la persona humana es egoísta y carente de auto control, en tanto que si se le presenta la ocasión delinquiría para satisfacer su deseo individual, lo cual se originaría a su vez en la inadecuada formación recibida en el hogar y la escuela, por lo que el sistema penal y sus aparatos deben enseñarles a auto controlarse y no romper las reglas, para evitar una percepción de desorden social, como el que ilustra la teoría de las ventanas rotas de Wilson y Kelling; y así proyectar una falsa idea de tranquilidad a una población anhelante.

Conforme al pensamiento de Garland, D. (1999:28-29), este enfoque se justifica en la teoría del consenso y se evidencia en las duras políticas de seguridad ciudadana como la de tolerancia cero, que conlleva mayores poderes policíacos, fortalecimiento del sistema penal y endurecimiento del sistema penitenciario, ocultando de esa manera el declive ético individual y la caída de la moralidad social que debido a una lesiva permisividad ha quedado en una

situación sumamente crítica. Pero también desestima las causas sociales de la criminalidad, tales como la exclusión, desigualdad, pobreza y desempleo, entre otras.

Garland, D. (1999) afirma que, en el lado opuesto, el realismo de izquierda se justifica en la teoría del conflicto, que califica a éste como una norma social y al capitalismo como criminógeno, por los conflictos de clase y la utilización del poder de definición, asignación y ejecución como instrumento político para el mantenimiento de la clase dominante en su posición privilegiada.

Para Durkheim, citado por Garland, D. (1999) en el castigo penal se demuestra la solidaridad, el funcionamiento de la conciencia colectiva y el orden moral de la sociedad, que expresa y regenera determinados valores sociales, lo cual nos permite entender que los delitos no son categorías naturales, ya que su contenido cambia según la época y el lugar, siendo un producto de las normas y las convenciones sociales. Así, el crimen genera un vínculo con los valores fundamentales, lo que explica una sanción como respuesta, porque como afecta sentimientos y valores muy enraizados en la conciencia social, provoca una gran reacción psicológica, que involucra a quienes no están involucrados directamente. El crimen genera pasión. La pasión se convierte en la esencia de la pena. La pasión expresa venganza. Entonces, la esencia del castigo no es propiamente racionalidad, sino irracionalidad.

En efecto, como también lo apunta Díaz, L. (2007) en el mismo sentido, el análisis de Durkheim sobre el castigo parte de encontrar un hecho social, a través del cual pueda definir el orden moral alrededor del que se crea la comunidad, la solidaridad social y el funcionamiento de la conciencia colectiva, de ahí que el castigo deviene en una institución relacionada con el corazón mismo de la sociedad y una representación directa del orden moral de la sociedad, de cómo se representa y sostiene.

Por eso es que para Durkheim, E. (1982:96): "un acto es criminal cuando ofende los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva", por lo que considera que los delitos no son categorías naturales, sino que su contenido cambia según la época y el lugar, siendo un resultado de las normas y los acuerdos sociales. El crimen para Durkheim está fuertemente implicado con los valores fundamentales, lo que justifica una respuesta punitiva como

consecuencia de una reacción psicológica general, que puede semejarse a una pasión plena de venganza, que la búsqueda de objetivos utilitarios no elimina, pues la esencia del castigo no es la racionalidad, sino la emoción irracional, determinada por el sentido de la profanación de lo sagrado, de ahí que su efecto no sea la corrección del culpable o intimidar a los posibles imitadores, sino el mantener intacta la cohesión social, conservando vital la conciencia común.

Es mediante la pena que se demuestra que la ley es la misma, que no ha perdido su fuerza, su autoridad, a pesar del acto que la ha negado; reaccionando con una energía proporcional a la energía del ataque que se ha sufrido.

Si bien en este punto el pensamiento de Durkheim coincide con la realidad nacional en materia de castigo penal, en la medida que actualmente avizoramos que la sociedad clama por penas severas, resulta curioso comprobar cómo dicha realidad contradice el pensamiento de Durkheim, según el cual la pena no cambia su esencia vengativa, sino que en la modernidad está mejor dirigida que antes, para protegernos más eficazmente, al extremo que el rigor del castigo tiende a disminuir en una sociedad más civilizada. Esto no es así, pues cada vez las penas se vuelven más duras. El hecho que Durkheim sostenga que en las sociedades simples el castigo era más duro, pues al atacar el delito las creencias colectivas, constituía una amenaza grave a la sociedad, significa que nuestra sociedad no ha desarrollado lo necesario para cambiar este rasgo.

En las sociedades más evolucionadas, los sentimientos colectivos son menos solicitantes y ocupan un lugar menos destacado dentro de la vida social, debido a la diversidad moral existente, por eso es que cuando ocurre un acto violatorio de sus principios la reacción es más ponderada. Para Durkheim es así por la secularización y la diferenciación característica de la modernidad, que admiten cambios en la conciencia colectiva; por eso el derecho penal moderno se restringe a la violación de sentimientos o principios morales que derivan de la conciencia colectiva y las demás se rigen por un derecho restitutivo.

Sin embargo, en nuestra sociedad la respuesta punitiva al crimen no es producto de una emoción más calmada y más reflexiva, como tendría que ser de acuerdo con Durkheim, sino de un espíritu de vindicta colectivo. La reacción popular frente a la criminalidad es, en

nuestros tiempos y sociedades, más un factor político de mediática influencia sobre la legislación y jurisprudencia que un factor que determine de manera directa el castigo. Es decir, interactúa con éstas pero no constituye una relación de causalidad. En otras palabras, la reacción social no se identifica con todo el cuerpo social -no hay homogeneidad reactiva- ni tienen por efecto lograr la cohesión social.

En lo que sí estamos de acuerdo con Durkheim es en la necesidad del castigo para la conservación de la idea y la noción de autoridad, pero no para controlar el crimen, como sostiene Foucault.

En efecto, Foucault piensa que el castigo es instrumental y utilitario, pues no considera los fundamentos sociales de la penalidad, según Garland, D. (1999). Es más bien un rito político de manifestación del poder, pues se concibe que cualquier crimen es un ataque contra el soberano, ya que la ley representa y encarna la voluntad soberana, por lo que el castigo era una represalia justificada por el derecho real de hacer la guerra al enemigo; acompañado por el terror para que el pueblo recuerde el poder absoluto que respalda a la ley.

Desde que en la Edad Media existía la evidente predisposición a castigar con violencia sobre el cuerpo, éste no era valorado sino subestimado, por carecer del valor comercial que posteriormente se le otorgó en la economía industrial. En efecto, por los altos índices de mortalidad, la muerte era algo familiar por las epidemias, mortalidad de niños, etc., y con los rituales de ejecución se enseñaba a la gente a soportarlos (Foucault, 2000, pp. 60; Garland, 1999, pp. 170, 171).

Con el tiempo, esta forma de manifestar el poder punitivo se cuestionó, el pueblo se rebeló contra leyes que consideró clasistas, e injustas. Se criticó por tanto no sólo los privilegios de la justicia, su arbitrariedad, su arrogancia arcaica, sus derechos sin control, sino también las debilidades, sus excesos, exageraciones, lagunas, y sobre todo el poder monárquico. Todo lo anterior condujo a reevaluar la forma de castigo, por el temor del poder político ante el efecto de estos rituales ambiguos. Este espíritu reformador llevó a que en los siglos XVIII y XIX se propusieran transformaciones penales, por ilustres hombres como Beccaria, Bentham, Brissot, entre otros, quienes como recuerda Foucault, M. (1998:94-95) tomando como fundamento el

hecho de que la ley penal debe reparar el mal o buscar que no se cometan males contra el cuerpo social, propugnaron el establecimiento de diferentes tipos de castigos y principios reguladores del proceso.

Perspectiva cultural contemporánea del castigo

*No hay nada más fácil que censurar al malhechor;
nada más difícil que comprenderlo.*

Dostoyevsky

Curiosamente, los excesos penales en las democracias liberales más antiguas revelan problemas estructurales internos. Garland, D. (2007:35-36) afirma que en los Estados Unidos de América, por ejemplo, la población penal es de 2'228,424 internos en 4,575 establecimientos penitenciarios, con una tasa de encarcelamiento de 707 x 100 mil habitantes, según International Centre for Prisons Studies 2012; lo que manifiesta una normalización de la experiencia criminal dadas las condiciones y transformaciones sociales, económicas y culturales de la modernidad. En el Perú, basta con leer el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario para conocer la cantidad de la población penitenciaria de internos, que al momento de escribir este libro ascendía a 95,000 personas.

Así, varios grupos sociales se han transformado en víctimas usuales del crimen. Correlativamente, algunos miembros de otros grupos sociales, los marginados, se han convertido en infractores frecuentes. Esta situación ha hecho que la acción represiva del Estado afecte sus relaciones familiares y procesos de integración y socialización, por la desconfianza debida a la hostilidad que sufren, lo cual le resta legitimidad al Estado.

De las cifras indicadas, el 21,6% son detenidos no condenados; 9% mujeres presas; y 6,8% reclusos extranjeros. En el Perú, el 36% es de presos sin condena, es decir, personas procesadas con mandato de prisión preventiva.

De acuerdo con Garland, D. (2007:36-37) se puede apreciar entonces que se ha producido una concentración social de los efectos del encarcelamiento. Sería interesante comprobar, pero no se muestran datos en esa fuente, cuál es el porcentaje de los hombres jóvenes de la población

negra de los centros urbanos, seguidos por otros colectivos de inmigrantes, para poder determinar si son blanco desproporcionado de la política punitiva estatal. Si la tendencia fuera alta, se podría llegar a estimar que de pronto un porcentaje igualmente alto de todos los hombres negros nacidos a partir del 2006 pasarían parte de sus vidas en prisión, comparado con un porcentaje mucho menor de blancos, latinos u otras etnias.

¿Qué podría significar esto? Que persistirían graves problemas raciales y discriminatorios orientados a la exclusión física y violenta de carácter social, laboral y educativo, lo que incapacita y segrega a los individuos de raza negra. En el Perú, los internos en los establecimientos penitenciarios son feos y pobres en un 99% de dicha población, lo que sugiere que aún está vigente en la mentalidad de las agencias penales la teoría lombrosiana del fenotipo criminal y que el nivel socio económico es una característica de la selectividad del sistema penal. Ellos son la carne de presidio de la fábrica penal.

Aun sin este ejercicio de proyección, sino tan solo considerando la cantidad de población carcelaria, cabe preguntarse: ¿La prisión funciona? Evidentemente no, siendo del caso advertir que la prisión solo ha generado un complejo penal comercial cuyo significado se traduce en la idea de que castigar es un buen negocio, se manifiesta en la privatización de la construcción de cárceles y la prestación de servicios carcelarios; el desmesurado crecimiento de las empresas de seguridad; y el incremento de la venta de artefactos de seguridad, lo cual calza con el neo liberalismo que, a nivel de la población, fabrica ansiedad por la insatisfecha demanda de seguridad, la que es exaltada por los *mass media* y los políticos con variadas ilusiones como la expresión guerra contra el crimen.

¿Acaso esto no justifica la necesidad de nuevas miradas al viejo problema de la criminalidad y el castigo?

En efecto, tanto más cuanto que hay países que se sienten inclinados a imitar las recetas de otras realidades por la influencia que puede haber por una mejor condición económica y militar. En definitiva, la centralidad del castigo y el control penal es un común denominador de la agenda política y, al mismo tiempo, la idea de que el castigo y la protección penal es lo que la gente quiere, es parte de la ortodoxia de la política actual que ningún político se atreve a contradecir.

¿Cuántas veces muchas personas habrán reflexionado acerca de que la modernidad ha traído consigo una nueva realidad política, económica, social y cultural, caracterizada por programas sociales reducidos, el énfasis en la responsabilidad individual, la colectivización de deberes y la individualización de derechos, de todo lo cual resulta una ciudadanía menguada y un individualismo hipertrofiado, exacerbado, que alimenta un ego que es criminógeno?

La modernidad conlleva, igualmente, inestabilidad y mutaciones penales de adaptación, según lo cual, el paradigma no es ya el correccionalismo, correspondiente al Estado de bienestar, que pretende dar tratamiento al delincuente que no se ha adaptado adecuadamente a las nuevas estructuras debido a las privaciones que padece por deficiencias sociales (causas sociales del crimen); sino el conjunto múltiple del crimen, forma gerencial de tratamiento preventivo solamente del crimen que afecta la vida cotidiana; y gran punición contra los delitos más graves.

Ambas expresiones se enfocan en las consecuencias de la criminalidad, previniéndolas y castigándolas ejemplarmente, desligándolas de su contexto social y económico, o sea, entender menos y condenar más, de esta manera el delincuente sigue siendo, como en el principio del clasicismo criminológico, un ser calculador y egoísta que merece ser tratado con dureza.

La política penal de represión estatal se puede resumir en dureza contra el crimen, pero no contra las causas del crimen. Esto se sustentaría en el nuevo orden mundial, único, globalizado, tecnológico, neoliberal y capitalista, que genera un descomunal poder de sujeción y sometimiento del hombre al sistema, evitando que piense en su realidad para transformarla, originando más bien que se convierta en un elemento material más del consumismo, en una mercancía, en un medio, perdiendo su autonomía ontológica, su desarrollo vital axiológico y su naturaleza finalista y trascendente.

En otras palabras, gobernar a través del crimen es la nueva modalidad para crear desde el poder la necesidad de un sistema con tales características, infundiendo miedo a la población y prometiendo soluciones penales para combatir la criminalidad, aunque sea vanamente, como lo confirman las estadísticas, pues la arrolladora actividad penal siempre es y será extemporánea y llegará cuando el crimen ya se cometió.

El castigo como institución social

*Lo único que necesita el mal para triunfar en el mundo
es que los buenos no hagan nada.*

Edmund Burke

Por su origen ancestral y naturaleza social, la pareja criminal: Desviación y castigo, constituye una institución que debe ser estudiada interdisciplinaria y multidimensionalmente, desde arriba, desde abajo y desde afuera del Derecho Penal, desespecializando su estudio para abordarlo más ampliamente.

De hecho, el Derecho Penal es uno de los elementos que constituyen el castigo como institución social, que reproduce un sentido de lo inevitable y su necesaria corrección, terminando por legitimar el *statu quo* al asumir y no cuestionar el sistema penal, el cual termina blindado como régimen de verdad, naturalizándolo en lugar de verlo como una convención contingente.

Contrariamente, sin embargo, hay que desmitificar el castigo, saber lo que es para poder pensar qué puede ser y qué debe ser. Definitivamente es más que una condena o sanción resultante de un proceso legal seguido mediante procedimientos rituales y aplicación de instrumentos punitivos. En realidad, es un asunto delicado caracterizado por la existencia de complejos marcos de referencia socio culturales que no deben ser explicados con una lógica meramente instrumental, es decir, únicamente en términos de sus propósitos, porque se trata de un artefacto que tiene una lógica social.

El castigo penal, por ejemplo, en el Perú, tiene como finalidad de acuerdo a la norma, prevenir el crimen, tanto de manera general, disuadiendo a otros a cometer delitos, como de manera especial, retrayendo a quien lo cometió a que no vuelva a realizar crímenes ¿En realidad cumple con dicha finalidad? Sabemos que no. La pena aplicada a una persona no retrae a otra persona de cometer delitos. El índice de criminalidad así lo demuestra.

Asimismo, de acuerdo con la información estadística especializada del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y del Instituto Nacional de Estadística e Informática, el delito crece de manera exponencial y se vincula directamente a la sobrepoblación de los penales, significando que las estadísticas solo reflejan la criminalidad aparente no la real, porque se parte de las denuncias. Dentro de un determinado número de penales del país, con cierta capacidad de

albergue, conviven más internos que los que dichos establecimientos pueden albergar. Como afirma Waqquant, L. (2010) la cárcel se convierte en una práctica para la invisibilización de los problemas sociales que el Estado ya no quiere tratar desde sus causas y actúa como un *container* judicial donde se vierten los despojos humanos de la sociedad de mercado.

Pero la situación expuesta es más alarmante aun si consideramos que, según la misma nota informativa, solo se informa a la policía de un crimen por cada tres ocurridos, por lo que la cifra oscura de la criminalidad es todavía mayor.

La otra finalidad de la pena, que tampoco se cumple, es la rehabilitación, reeducación y resocialización del delincuente. En las circunstancias de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria es imposible que se cumpla, máxime si concurren otros factores, tales como la falta de recursos, el debilitamiento del principio de autoridad, la corrupción, entre otros. Se trata, pues, como dice Zaffaroni, de penas perdidas, de oportunidades desperdiciadas, de situaciones en las que el Estado inflige dolor, afectación y sufrimiento a las personas que están privadas de su libertad, sin ninguna racionalidad, utilidad social ni personal, ni sentido alguno, que atenta contra el principio fundamental que orienta a todo Estado democrático y de Derecho, el del respeto a la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Entonces, es mejor pensar que el castigo debe reforzar la solidaridad social para construir un mejor orden, lo cual es un significado distinto al que ahora tiene como instrumento meramente represivo, por lo que la acción social resultaría enriquecida. Y esto ya es una perspectiva cultural criminológica diferente, por cuanto el sistema de ideas, creencias, conceptos, valores y categorías con los que utilizamos para construir, pensar, sentir, dar significado y relacionarnos con el mundo en el que vivimos, se situaría más allá de la visión oficial del castigo que encarna la cultura penal, la cual genera en la población determinadas emociones con las que asimilamos el discurso penal y la retórica política y comunicacional de los *mass media*.

Precisamente, esas emociones hacen que la opinión pública clame hoy en día por la pena de muerte ante delitos graves que afectan particularmente la sensibilidad social, tales como la violación sexual contra menores de edad, entre otros. Se trata de pulsiones hábilmente exacerbadas por algunos dirigentes políticos, medios de comunicación u opinantes ad hoc, con lo cual buscan gatillar la impotencia de la sociedad frente a la violencia e inseguridad, aunque

solo consigan desnudar la ineficacia del sistema penal; la exclusión de la sociedad misma de la toma de decisiones frente al problema de la criminalidad, la que se deja solo en manos del gobierno; y la ausencia absoluta de una política criminológica.

A este respecto, cabe preguntarnos ¿Por qué la ejecución pública o la tortura nos parecía antes normal y hoy nos parece cruel o inhumano? ¿Así nos parecerá en un futuro la cárcel, que hoy aceptamos con toda normalidad, pese al submundo que constituye? La supuesta normalidad es siempre provisional.

El castigo, entonces, que se aplica por el mero hecho de reprimir y causar dolor, es un fracaso que la realidad nos muestra frontalmente, lo cual nos lleva a considerar que el efecto preventivo general o especial que se busca con el castigo, hay que buscarlo fuera del espacio penal, como también, lógicamente, la inducción al crimen.

El castigo, que aparece ante nosotros como expresión de una guerra civil pequeña del Estado contra los ciudadanos, pone de manifiesto una sociedad encerrada en una lucha consigo misma, frente a lo cual es mejor siempre deliberar para evitarlo.

CAPÍTULO II

LA MANÍA SOCIAL DEL CRIMEN Y EL CASTIGO

He llegado a pensar que la violencia es una manía que se perpetúa a sí misma, el poder de los agresivos contra los más débiles.

Los amigos me preguntan cómo puedo soportar el trabajo que hago.

La respuesta es sencilla. Estoy decidida a destruir a los maníacos antes de que destruyan a más inocentes.

Kathy Reichs

Introducción

Del griego antiguo *μανία* manía, que significa locura, demencia o estado de furor, la manía viene a ser un trastorno mental consistente en una elevación anómala del estado anímico. En

tal sentido, forma parte de los trastornos del ánimo y constituye una de las fases del llamado trastorno bipolar.

Es importante no confundir un estado maníaco con algunos rasgos obsesionales, como la obsesión por la limpieza y el orden por ejemplo.

Psicológicamente, la manía puede ser considerada como una depresión invertida, en el sentido de una aceleración e intensificación de los pensamientos y de las emociones, en donde todo es más fuerte, más vivo, más intenso, incluyendo el dolor moral o la tristeza.

Los síntomas más típicos de la manía suelen ser:

- Excitación y exaltación, sentidas como presiones internas.
- Irritabilidad, mayor reactividad y tendencia a ponerse fácilmente colérico.
- Actividad sin reposo, agitación improductiva.
- Disminución del pudor, pérdida de inhibición, teniendo en cuenta que la persona en estado normal no habría deseado tener ese tipo de comportamiento. Aceleración del pensamiento: nuevos y numerosos pensamientos pasan por la mente de la persona sin que ésta pueda detenerlos.
- Dificultad para concentrarse, fácil distracción.
- Trastornos del curso del pensamiento o digresiones múltiples, pérdida del hilo de la conversación.
- Logorrea: habla abundante, acelerada e imparable, siendo esto el reflejo de la aceleración del pensamiento.
- Disminución de la necesidad de dormir sin que la persona sienta la fatiga asociada a esa falta de reposo. Esta falta de sueño es a menudo uno de los primeros signos de un episodio maníaco.
- Labilidad emocional: pasar de la risa a las lágrimas con mucha facilidad.

En el transcurso de una manía o un delirio de grandeza, el enfermo puede involucrarse en asuntos que pueden tener consecuencias muy graves para las personas concernidas o él mismo.

El maníaco toma conciencia de las consecuencias sociales, así como del sufrimiento de sus familiares y amigos, cuando la manía empieza a disminuir. Es muy probable también que sentimientos de vergüenza y culpabilidad sigan estos episodios. Mientras trascurren, los familiares no pueden impedir la acción del enfermo, ya que éste no se deja frenar ni aleccionar.

Basado en estas premisas, planteo que nuestra sociedad atraviesa por una manía delictiva a juzgar por los altos índices de criminalidad; los cambios cualitativos de frecuencia y distribución de delitos; los esquemas de represión del delito; y la calidad de vida de los diversos sectores sociales que se viene registrando desde hace años.

La observación directa de la realidad pone de manifiesto que no hay un cambio de la actitud social frente al delito. Por tanto, la respuesta política sigue siendo la misma.

El Estado sigue inoperante en brindar seguridad integral a la población y las agencias penales siguen siendo inefectivas e ineficaces en la lucha contra la criminalidad; lo cual ha llevado a los actores privados a generar nuevos controles sociales.

Por ejemplo, se han desarrollado desde las organizaciones privadas, un catálogo de medidas que van desde formas particulares de vigilancia hasta la construcción de espacios ultra cerrados, todo lo cual ha hecho de la seguridad una parte fundamental y obviamente onerosa del funcionamiento de las instituciones privadas, con la finalidad de limitar las oportunidades para delinquir, desde adentro y afuera, así como para controlar y reducir daños.

La industria de la seguridad privada, que crece diariamente, incrementó sus ventas de dispositivos de seguridad, cada vez más sofisticados, estimulando al mismo tiempo la sensación de miedo e inseguridad del público, cuando debía hacer precisamente todo lo contrario: calmarla.

Significado de las medidas que se vienen adoptando

La creación de formas de seguridad privada, tales como revisiones, registros, requisas, interrogatorios, filmaciones, seguimientos y exclusiones, que se han convertido en rutinarias, resultan ofensivas y atentatorias de la dignidad de la persona humana, y son ahora parte indispensable de toda organización para garantizar la seguridad de los demás.

Aumentaron las pólizas de seguro, se instalaron cercos eléctricos, cerraduras, tranqueras, doble chapa, alarmas, intercomunicadores con video, se variaron las rutinas cotidianas, se comenzó a cerrar con llave las puertas, se dejó de frecuentar parques por las noches, se comenzó a movilizar a los hijos al colegio y otros lugares, a mudarse a condominios cerrados, entre otras medidas. La victimología identificó aquí un campo propicio para el análisis y el estudio.

Este escenario de actores privados refleja las palabras miedo y agresión defensiva, conceptos psicológicos que potenciados por las actuales circunstancias sociales y la influencia de los *mass media* y los *social media*, vienen a influenciar y formar el nuevo pensamiento sobre el crimen, que sirve de insumo al gobierno para diseñar las políticas públicas de seguridad y hacer una gobernanza a través del delito, en lugar de dirigir un gobierno contra las causas del crimen.

Al darse dicho cambio en la vida, se advierte que se producen los denominados efectos culturales en los patrones y conductas, es decir, cambios en la forma de pensar, sentir y hablar, cambios en los valores, prioridades, educación de los hijos y consejos a los allegados. Hay una tácita criminalización de la vida diaria, lo que implica una naturalización de la conflictividad y la violencia, vía mediatización de las mismas.

Se ha institucionalizado el miedo y la agresión defensiva, registrándose en nuestro sentido común ciertas expectativas, preferencias, intereses y curiosidades. En otras palabras, lo que se ha producido es un nuevo orden cultural y social en torno a la criminalidad y por efecto de ésta. Dicho orden, como es fácil advertir, expresa la manía del crimen, que se manifiesta en lo siguiente:

- La alta tasa delictiva es vista como normal.

- Existe una fijación emocional hacia los temas criminales, tanto de atracción morbosa cuanto de miedo e impotencia.
- El crimen se ha politizado y es presentado de manera emotiva.
- El interés por la víctima y la seguridad ciudadana es el tópico exclusivo de las políticas públicas.
- El crimen en sus diversas modalidades ocupa mayoritariamente el espacio periodístico.
- Y la justicia penal es considerada ineficiente, ineficaz y selectiva.

Esta cosmovisión creada a partir de la criminalidad, como efecto pernicioso y patológico de ésta, es asaz difícil de modificar, aún si las tasas delictivas experimentan variación, por cuanto la reacción social ha sido trastornada y viene produciendo una serie de efectos socio psicológicos, tales como un acomodo impertérrito, pero al mismo tiempo una frustración enorme, lo cual origina impaciencia a la par que emotividad confusa, que sólo buscan reprimir cada vez con mayor penalidad, vía por la cual no se logrará reducir ni controlar la delincuencia. Es como una manía del cuerpo social, hay una identificación plena de los síntomas de ese estado psicológico trastornado y bipolar, en tanto sentimiento inconsciente y desfavorable que se tiene de uno mismo y que afecta la propia personalidad y conducta, por lo que ha encerrado a la comunidad en un círculo vicioso que apunta hacia una menor libertad y movilidad de sus miembros.

Esta situación, que ha sido creada *exprofeso* desde el poder, al no adoptar un enfoque criminológico para hacer frente a la criminalidad, es utilizada por los gobiernos para gobernar a través del delito, es decir, para administrar el país mediante recurrentes formas de politización de la justicia, de judicialización de la política, de penalización de la vida social. En cualquier lugar, los conjuntos de viviendas se cierran detrás de rejas, los centros de trabajo, edificios públicos y privados, las universidades y las escuelas inspeccionan a los que ingresan y egresan de sus locales mediante registros personales, revisiones de maletines, varas y arcos detectores de metales, entre otros artilugios de seguridad.

¿Cómo y cuándo fue que este nuevo modelo de gobernanza en el que la vida diaria comenzó a estar sometida y dominada por la sospecha generalizada, el miedo, la intranquilidad y todos

los ciudadanos empezaron a ser considerados como presuntos delincuentes? Nuevamente la falta de confianza interpersonal e institucional de la que hablamos en el capítulo precedente.

De hecho, los gobiernos asumen este patrón de gobernanza a través del crimen bajo la excusa de estar luchando contra el delito, que ya sabemos por qué es causado de acuerdo con la escuela crítica de criminología contemporánea, la cual sostiene que la causa del crimen radica en la existencia de estructuras económicas, sociales, culturales y políticas desequilibradas e injustas y en la discriminación, intolerancia y exclusión social, que se manifiestan en la generación sistémica de situaciones que dan lugar a conflictos violentos; y en el ejercicio selectivo del *ius puniendi* estatal.

Al prevalecer en las relaciones interpersonales el prejuicio de la desigualdad y la superioridad sobre el otro, se propende egoístamente al abuso de la posición personal a nivel intra e inter clase, haciendo uso de la violencia moral o física, omitiendo el diálogo y el uso de la razón. La consideración de esta situación se considera sistémica porque el sistema que forman las estructuras antes mencionadas se encuentra distorsionado y genera una posición de dominación de pocos grupos sociales sobre el resto de la población, la cual se perpetúa merced al control que aquellas ejercen desde las instancias formales estatales; y en ese sentido ofrecen únicamente *pseudo* soluciones inmediatas al grave problema de la criminalidad en los términos antes descritos, esto es, con una inmensa intervención del estado en la libertad de los ciudadanos, quienes han sido idealizados como víctimas del delito y adoptado un rol pasivo en la lucha contra la criminalidad.

La vastísima y sensacionalista transmisión de hechos criminales ha hecho creer indispensable la urgente elaboración de leyes penales, procesales penales y de ejecución penal, las cuales sin embargo no se sustentan en una política criminológica, por lo que se advierte un tratamiento populista del Derecho Penal, que convierte a la inseguridad en un slogan de medidas enérgicas y expeditivas.

La criminalidad no se reducirá con este tipo de gobierno, que construye más cárceles, crea nuevos tipos penales, agrava las penas, reduce los beneficios procesales y penitenciarios, inaugura módulos de justicia *exprés* inusitadamente céleres, desnaturalizando el concepto de

flagrancia delictiva. La política de gobernar a través del crimen significa atender a las consecuencias de una manera violenta, no a las causas criminógenas de una forma científica, que solo puede proporcionar la criminología, la cual nos indica con conocimiento de causa dónde y en qué falla el sistema político, económico, social, policial, penal y penitenciario. Si permanecemos inmóviles, personas procedentes de ámbitos vulnerables, marginales y desfavorecidos, se eternizarán en su condición de desiguales y la válvula de escape de la criminalidad continuará funcionando.

En apretada síntesis y sin perjuicio de que la Criminología busca las causas, factores y condiciones de la criminalidad, fenómeno este que es multifactorial, en principio, es necesario comenzar creando una real y verdadera sociedad de iguales, la cual generará redes de control afectivo e identificativas, tales como las familiares, amicales, laborales, institucionales, entre otras, compartiéndose principios, valores, creencias e ideas respetuosas. Esta socialización a través de dichos grupos dará lugar al reconocimiento del otro y creará relaciones de alteridad, a diferencia de las relaciones de ajenidad existentes, que hacen perder el autocontrol emocional disuasorio que coadyuva a la evitación de la formación de oportunidades para la comisión de delitos.

En otras palabras, se debe reconstruir un núcleo social básico, como el de la familia, por ejemplo, que sea verdaderamente decente, para contrarrestar la disolución de que han sido objeto por el cambio sustancial de vida que ha conllevado el neoliberalismo económico, la globalización y el uso descontrolado de la tecnología masiva. Luego de este primario tipo de control privado, vendrían las políticas públicas integrales en cada uno de los sectores estatales, para que el Estado proporcione las condiciones generadoras de empleo, salud, seguridad social, salubridad, educación, vivienda, cultura, deporte y recreación, entre otros aspectos de la vida social digna.

En suma, la estrategia para prevenir, reducir y controlar el crimen debe ser política, en el sentido de una evolución responsable, fraterna y libertaria de la realidad, a través de una propuesta de educación política que tenga como objetivo erradicar la lógica de violencia, que contribuya a la construcción de un mundo lleno de espacios seguros, dialogantes, libres, iguales y fraternos, es decir, un mundo sin miedos.

La falta de credibilidad y el desprestigio de las agencias del sistema penal

La opinión de la ciudadanía sobre las instituciones de la democracia formal en el Perú, entre las que naturalmente se encuentran las vinculadas con el sistema de justicia, revela un alto índice de desconfianza, el cual se incrementa cuando se trata de las instituciones del sistema de justicia, tales como el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional, así como del Poder Ejecutivo, cuyo Ministerio de Justicia comprende al Instituto Nacional Penitenciario y el Congreso de la República, que es el productor de las leyes, entre otros.

Esta situación permite observar una apreciación panorámica de la ilegitimidad con la que desarrollan sus actividades estas instituciones, lo cual nos remite necesariamente al punto de partida del funcionamiento del sistema de justicia, marcado por una normatividad -a cargo del Congreso de la República- que la ciudadanía considera alejada de sus intereses generales; una operatividad -a cargo del Ministerio Público, el Poder Judicial y la Policía Nacional- que la población cree selectiva, injusta y discriminadora; y una coacción y/o ejecución de lo decidido normativa y jurisdiccionalmente -a cargo del Poder Ejecutivo- que la sociedad conceptúa abusiva y arbitraria.

El problema, que está vinculado a los aspectos centrales de justicia, seguridad y representación política, siendo evidente, permanece sin embargo naturalizado debido a su insufrible cotidianidad y a un rasgo *sui géneris* de las sociedades de nuestros países periféricos, como es su conformidad, resignación o desdén políticos, que les impide contribuir con la mejora o la transformación de aspectos lacerantes de su realidad nacional.

La actitud ciudadana respecto a la *res pública* es la del *nada funciona*, motivo por el cual optan por adoptar medidas colaterales e irregulares o informales y marginales, para seguir operando como sociedad. Claro que en los intersticios de tales medidas aparecen eventualmente situaciones como las de la denominada *justicia popular o justicia por mano propia*, que en América Latina tienen una alta aprobación según la medición hecha por el Latinobarómetro, y constituyen un riesgo serio para la afectación de los derechos fundamentales, que de expandirse o también de no utilizarse crearían las condiciones necesarias para que sobrevenga el caos, la anomia y la ingobernabilidad, con lo cual se afectaría la seguridad integral de la población.

En otras palabras, dichos aspectos de justicia, seguridad y representación política están definidos por el ejercicio del poder punitivo, por lo que es de considerar un modelo diferente de funcionamiento del sistema de justicia con base en magistrados ciudadanos no togados, conformantes de jurados, previa concienciación y capacitación ciudadana, para re direccionar el ejercicio del poder punitivo que está orientado al mantenimiento del control y la dominación existentes y que la población rechaza; el mismo que no ha sido eficaz históricamente, lo que se verifica por el elevado número de ciudadanos privados de la libertad y ciudadanos internos en establecimientos penitenciarios sin condena, así como por el porcentaje de re ingresantes a la cárcel.

Origen y evolución de la potestad estatal de administrar justicia penal

En Europa, a partir del siglo XIII, el Estado confiscó el conflicto a la víctima, al producirse un cambio trascendental en las relaciones de poder en la sociedad, como lo sostiene Anitua, G. (2015), y a partir de ese momento la determinación de la verdad legal a través del proceso penal se hizo mediante el método inquisitivo, es decir, la averiguación por medio de la violencia que ejerce el Estado como parte dominante sobre el súbdito dominado.

Ese hecho marcó definitivamente la forma de ejercer el poder punitivo y de hacer política criminológica, pues la autoridad estatal, entonces absolutista, podía dictar leyes y aplicarlas, atributo cuyo ejercicio podía cambiar las relaciones sociales.

Los jueces -y también la policía- como funcionarios de la autoridad, surgen por la necesidad de especialización que exigía este nuevo atributo estatal de ejercer el poder punitivo, con lo cual, afirma Anitua (2015), el derecho se perfiló coercitivo al asignar la autoridad estatal un patrón de culpabilidad o inocencia preestablecido en función de las leyes sancionadas por el propio Estado. Más tarde, surgiría la profesionalización y burocratización como órganos institucionalizados encargados de administrar la justicia penal, siempre desde la cúspide del poder, haciendo prevalecer desde entonces las ideas de orden y justicia, en vez de la idea de libertad, como consecuencia de la expansión de los estados y su conversión en formas organizativas concentradas, forma que requería de una organización dirigida por una autoridad central soberana.

Como se puede apreciar, la idea era mantener un poder político unificado. Los modos eran varios, entre ellos, reclutar funcionarios instruidos para discernir justicia penal en nombre del

monarca y ejercer violencia en nombre del estado, con lo cual se trataría de una violencia legitimada. La manera en que los funcionarios profesionales ministraban justicia, generó un discurso o pensamiento racionalizador, que cerró el círculo de dominación consistente en idea y acción para un mismo fin, como era que el estado reemplace al ciudadano en el conflicto intersubjetivo, a la sociedad reunida en asamblea para propiciar la resolución del conflicto y a la víctima para su resarcimiento.

Esta forma hegemónica para administrar justicia reveló que el daño causado por una conducta ya no importaba en medio del conflicto, sino la desobediencia, indisciplina y la falta de respeto a la ley de la autoridad soberana que había previamente predeterminado las conductas delictivas y el castigo a imponerse. Por eso intervenía el estado en el conflicto particular, para castigar el quebrantamiento de la norma dictada por él, no para hacer que se repare a la víctima, de ahí que surja el fiscal como representante del estado en el conflicto, hoy denominado eufemísticamente defensor de la sociedad.

Eliminadas las partes de su propio conflicto, la víctima se convirtió en la gran olvidada del proceso penal, mientras que el infractor en el *reo*, palabra proveniente del latín *res*, que significa cosa u objeto, es decir, perdió su calidad de persona sujeto de derecho.

Es inocultable, desde entonces, la vinculación entre el poder político y el poder económico, a través del poder punitivo, que beneficiaba (y beneficia) a la clase económicamente poderosa (burguesía), para conservar su posición de dominio privado.

A partir del siglo XVI hasta el siglo XVIII, sostiene Pavarini, M. (2010), nuevamente un fenómeno económico social denominado acumulación originaria, genera en la segunda mitad del siglo XVIII la revolución industrial, la cual pone fin al viejo orden socio político feudal e instaura un nuevo orden capitalista, caracterizado por la libertad del ciudadano como condición indispensable para su actividad comercial e industrial, que le permitía despojar a las clases productoras de los medios de producción y, con ello, afectar su sustento, por lo que se volvieron una fuerza de trabajo asalariada a la que había que disciplinar para que acepten su condición como natural e irreversible, a fin de que la burguesía conserve su poder.

Esta vez el discurso racionalizador fue el contrato social, en virtud del cual se pretendió justificar el derecho de castigar en la existencia de un pacto tácito de los hombres que viven en sociedad, por el cual cambian una porción de libertad por un orden social administrado por

la autoridad estatal, que de esa manera pasa de nuevo a erigirse y mantenerse como el único titular del poder punitivo, aunque con limitaciones propias derivadas de la ideología liberal, tales como el principio de legalidad penal (solo la autoridad decidía criminalizar conductas); el principio de irretroactividad de la ley penal (solo podía regir para el presente y futuro); y el principio de retribución (la sanción debía ser proporcional al daño ocasionado).

El liberalismo permaneció durante los siglos XIX y XX pretendiendo hacer creer que traía consigo la igualdad de los hombres, sin embargo, ello no fue así y solo conllevó injusticia, discriminación y exclusión social, que se agudizaron en las postrimerías del siglo XX con el neo liberalismo, es decir, con la hipérbole de la libertad económica y el ocaso de las demás libertades. Entretanto, el ejercicio del poder punitivo continuó en manos del estado en estrecha vinculación con el poder económico, con el concurso de profesionales abogados que se alejan del sentido común, el sentido de justicia y del conocimiento del género humano, merced a su apego a dogmas penales y discursos justificadores de la estructura y operatividad del sistema penal, alejados totalmente del verdadero titular del poder punitivo que es el pueblo, como constitucionalmente está establecido.

Para explicar en términos sencillos al amable lector la teoría contractualista, es pertinente recurrir a Palacios, G. (2014:9), quien afirma:

La visión *contractualista* o el *contractualismo* consiste en considerar que todos participaron de manera voluntaria y como iguales en la redacción de las cláusulas del documento fundacional de la sociedad. Una vez discutido cada punto y estando la mayoría de acuerdo, cada cual procedió a firmarlo. Desde entonces las personas viven juntas, con leyes, instituciones derechos y obligaciones.

La vigencia de ese contrato social justifica por qué el Estado tiene la facultad de recluir a personas en la cárcel durante determinado tiempo. Explica también relaciones personales más sencillas. Por ejemplo, debido a ese pacto tengo la obligación de hacer fila para entrar al cine y el derecho a que nadie que llegue después se me anteponga.

Como todos participaron en la redacción de ese contrato, que es la Constitución, entonces no se explica por qué alguien deba contravenir sus cláusulas.

Cuando debatimos las cláusulas, todos éramos campesinos. Pero, a partir de la vigencia del contrato, algunos pocos a diferencia de 50 millones de personas, sacaron provecho de las cláusulas, mientras que éstos nunca las entendieron. El hecho de que unas cuantas familias interpretaron bien el contrato social y obtuvieron de ello los beneficios que estaban al alcance de todos, sería razón suficiente para considerar que el contrato no fue justo en el sentido de la distribución de derechos y deberes por igual. En esta segunda hipótesis, la desigualdad habría surgido no de la naturaleza de los contratantes (diferencia en la inteligencia, sagacidad, constitución física, etc.), sino de la vigencia del contrato social.

(...) Pero en virtud de que todos, incluyendo los criminales, participaron en la redacción y firma del pacto, la mayoría no logra entender por qué la minoría viola los términos de un acuerdo donde aparece su firma. Tampoco comprende por qué esa minoría comete crímenes, si la sociedad es un conjunto armonioso de seres que conviven con solidaridad. ¡No es lógico pensar (piensan los más) que algunos se resistan a esta forma de vida que garantiza paz, igualdad, derechos y, por ende, felicidad!

Evidentemente, las personas que habiendo suscrito el pacto social lo violan posteriormente, fueron considerados como enfermos por el Estado, con el discurso justificador del positivismo criminológico lombrosiano, por lo que el Estado mismo se propuso curarlos -rehabilitarlos- en las cárceles o eliminarlos físicamente -con la pena de muerte o la exclusión social hacia adentro, merced a la cadena perpetua y otras penas privativas de la libertad de larga duración-, lo cual no resiste el menor análisis puesto que es absurdo extraer a una persona de la sociedad para resocializarlo.

Ante el ruidoso y notorio fracaso estatal, que revela el sistema penal como sistema violento, cabe preguntarse si la teoría del contrato social es válida o mítica. Tal parece que la sociedad

se asienta en el conflicto y no en el consenso. Ergo, se debe administrar el conflicto para inocuizarlo o cuando menos para que no resulte violento y criminal.

Lo que estamos acostumbrados a llamar democracia, no es idóneo para empoderar al ciudadano ni gestionar el conflicto, por el contrario, se utiliza para considerar al “hermano social” que viola el pacto social porque no le ofrece las mismas condiciones y oportunidades como a los demás; como el *otro*, el *enemigo*, aquel contra el cual dirige su poder en forma de violencia natural como de competencia institucional formal. Esto explica, desde una mirada crítica, la reacción social, que reproduce la desviación.

Crítica de la nueva criminología al poder punitivo

La nueva criminología sostiene que el delito es una construcción socio política dirigida especialmente a la clase marginal, vulnerable y desprotegida, con la finalidad de mantener el *statu quo*, por lo que protege intereses de la minoría. En ese sentido, la imagen tradicional del delincuente permitió derivar, selectivamente, la agresividad del sistema penal a las clases bajas, para que sus actos y no los de las clases poderosas sean perseguidos y sancionados como delictivos.

Así, explicó la manera cómo actuaban los mecanismos socio políticos y los intereses que promueven la creación de normas penales, considerando el Derecho como la superestructura determinada por la organización social clasista, por eso acude a sancionar y reprimir los síntomas pero no elimina las causas.

El crimen no es una cualidad ontológica de ciertas conductas humanas y determinados individuos, es un status nocivo asignado a ciertas personas a las que el sistema punitivo etiqueta y estigmatiza por medio de la selección de los bienes protegidos legalmente, los comportamientos ofensivos y de la elección de determinados individuos estigmatizados entre todos los que cometen infracciones.

Por ello, la crítica al poder punitivo afirma la necesidad de transformar las estructuras socio económicas y políticas de la sociedad, para reconocernos más iguales y hacer la convivencia más igualitaria, justa y digna, lo cual si bien no eliminará el crimen, cuando menos lo reducirá y controlará en su prevención con intervenciones positivas exentas de violencia y exclusión.

Concurrimos con Alfonso Serrano Gómez cuando afirma que en la sociedad hay dos factores importantes que guardan relación con la conflictividad y la desviación del comportamiento: la cooperación, mediante el cual se busca un equilibrio entre los ciudadanos; y la competencia, por el cual cada uno busca la forma de conseguir recursos. Por ello, si existiera mayor cooperación e igualdad en la sociedad la conflictividad y desviación sería menor; así como si existieran menos dificultades y más medios disponibles a utilizar en la competencia, la conflictividad y desviación también serían menores. De hecho, en la competencia por la vida, la violación de la cooperación aumenta el índice de conflictividad y desviación.

La criminología crítica enfrenta al poder punitivo de las clases dominantes que dirigen la estructura política del Estado. Al respecto, Taylor, Walton y Young apuntan que en la génesis del crimen están íntimamente vinculadas las bases materialistas del capitalismo contemporáneo y sus estructuras jurídicas.

Como sostiene Quinney, la crítica al poder punitivo reside en que la estructura capitalista de la sociedad, permite que el Estado se organiza para servir los intereses de la clase económica dominante que tiene el control del gobierno, utilizando la ley penal para conservar y perpetuar el *statu quo* y ejerciendo el control social, con el fin de preservar el orden interno, a través de instituciones y organismos que representan los intereses de dicha clase, los cuales deben mantener oprimidas a las clases subordinadas valiéndose de cualquier medio, como son la coerción y la violencia del sistema penal.

De lo anterior se desprende que la administración de justicia penal en manos de cuerpos colegiados de abogados que no son elegidos directamente por la población, sino mediante organizaciones como los colegios profesionales que han perdido su razón de ser como instituciones sociales representativas, resiente la idea de justicia como valor conducente a la paz social y resultan ser funcionales al sistema punitivo, porque refuerzan el carácter artificial del delito en contra de las clases vulnerables y mantienen la invisibilidad de los crímenes denominados de cuello blanco, pues la ansiedad e inquietud por la utilización del poder para explotar y someter a quienes se hallan en las posiciones sociales más desfavorecidas, ha caracterizado los principales sistemas políticos desde siempre, como apunta Gilbert Geis.

Hacia una verdadera democratización de la definición, asignación y ejecución de la conducta desviada. La necesidad de justificar razonablemente el castigo

La realidad nos muestra cómo el Estado en materia de ejercicio del poder punitivo, lo que hace es imponer deliberada e irracionalmente dolor, sufrimiento y daño, y lo hace sin sentido racional alguno. ¿Alguien puede sostener válidamente que la pena de muerte, la cadena perpetua y las penas extendidas, son razonables? ¿Alguno puede demostrar que en los centros penitenciarios se resocializa a la persona que ha infringido una norma? ¿Quién puede explicar convincentemente la inmensa cantidad de presos sin condena cumpliendo prisión preventiva? Esta situación hace que la imposición de una pena sea una oportunidad perdida para restablecer los lazos sociales entre el infractor, la víctima y la comunidad, lo cual es un aspecto importante que debería obligarnos a reflexionar si el actual sistema de justicia togada cumple democráticamente con sus fines.

En principio, se advierte una desigualdad injustificada a favor de quienes controlan el poder y el sistema punitivo que define las conductas punibles; asigna y rotula a quienes deben ser procesados para ser castigados; y ejecuta las penas donde y como decide. ¿Es esto posible en una sociedad de iguales? ¿Es esto válido en un Estado democrático y de Derecho? ¿No es acaso el respeto a la dignidad de la persona humana el fin supremo de la sociedad y del Estado?

Indudablemente, por razones de control social, toda sociedad y el aparato estatal tiene el derecho de reprochar las faltas más graves cometidas por sus miembros, pero partiendo de la consideración de que todos somos iguales en dignidad y derechos, como lo reconocen las constituciones políticas inspiradas en las ideas demo liberales. Entonces ¿cómo justificar racionalmente el castigo impuesto por jueces no elegidos por la población?

Por lo general, los códigos penales se justifican en el fundamento filosófico utilitarista para imponer el castigo, en virtud del cual la pena garantiza el logro del beneficio social de la prevención, tanto general como especial, es decir, la pena se impone para que el infractor y las demás personas se inhiban de perpetrar la misma conducta infractora. Este mecanismo nos hace ver que se utiliza a la persona humana como un medio, cuando en realidad es un fin en sí mismo, por lo que no es válido para justificar el castigo. Además, en la realidad, las

estadísticas demuestran palmariamente que este fundamento no es eficaz, pues el índice de criminalidad no se revierte sino, por el contrario, se incrementa.

También es usual acudir al retribucionismo como justificación, esto es, como el infractor ha causado un daño y un sufrimiento, entonces el estado en nombre del pueblo te provoca un daño y un sufrimiento. Sin embargo, este fundamento tiene la dificultad de no respetar el principio de proporcionalidad de la pena. De hecho, el hiper punitivismo y el Derecho Penal del Enemigo así lo demuestran.

¿Cuál es entonces el fundamento justificatorio y legitimante más idóneo para imponer un castigo? Lo que debe sustentar la necesidad del reproche social en una sociedad de iguales, es el compromiso de la comunidad con determinados valores, principios y normas de convivencia social. De esa manera, la expresión del desacuerdo social a través del reproche debe comunicar razones para convencer y no imponer miedo. ¿A alguien se le adapta a golpes?

En la introducción hemos hecho referencia al precario índice de credibilidad de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como de las agencias del sistema penal. Esto significa que el pueblo no asume como propio el actual sistema de producción normativa, su aplicación y ejecución. ¿Por qué no lo reconoce? Porque no son resultado de un proceso inclusivo y no traducen los intereses de la mayoría.

Actualmente, el castigo a título de pena excluye en lugar de reintegrar. En efecto, resulta contradictorio que para “resocializar” a una persona que ha cometido una falta, se le tenga que separar de la sociedad a través de la imposición de una pena privativa de la libertad.

Lo importante en el tema del castigo es reconocernos como iguales en una comunidad y proceder a la reconciliación después de la falta cometida, de donde se infiere que la misma comunidad debe participar real y personalmente en la elaboración del reproche social, porque el crimen no es un tema personal sino un lamentable problema comunitario que hay que resolver re constructivamente con la participación del infractor, la víctima, la sociedad y el Estado

La desigualdad social resulta un elemento incompatible con los principios democráticos. La realidad demuestra claramente que la población penitenciaria está compuesta en su inmensa mayoría por ciudadanos pertenecientes a las clases más desprotegidas y vulnerables de la sociedad. Además, la construcción social de la realidad que hacen los medios de comunicación induce a la población a pedir penas más duras. Este panorama penal adverso a una justificación racional del castigo debe ser reemplazado por una justicia administrada por ciudadanos no togados, elegidos al azar, para que actúen con deber cívico frente a la responsabilidad de ejercitar el reproche social. El nuevo sistema de jurado popular permitirá la formación de un acuerdo que será consecuencia de la discusión inclusiva y genuina de todos los miembros del jurado, a diferencia de lo que ocurre con la justicia togada, en la que el juzgador no discute con nadie y, obviamente, no se pone en el lugar de la población, porque su condición profesional y rol funcional se lo impide, con lo cual el sentido de justicia sufre una distorsión.

¿Cuál es el sentido y la valía de un castigo duro por una infracción menor, como es el robo de un teléfono móvil, cometida de noche por dos ciudadanos, frente a un peculado o una malversación de fondos millonaria cometida por un funcionario público o una especulación cometida por un empresario o una contaminación de ríos cometida por una empresa petrolera o minera? Huelgan comentarios porque en los países periféricos la justicia penal togada acostumbra a castigar severamente en el primer caso, mientras que el sistema invisibiliza los otros casos, normalizando esas infracciones por la desigualdad social existente que ha perfilado nuestro derecho penal en uno selectivo, discriminador y violento.

Establecer el sistema de justicia penal por jurado popular significa reemplazar el sistema de justicia togada dirigido por élites jurídicas que producen resultados diferentes en nombre del pueblo, gracias a una formalidad vacía de contenido, pues el pueblo no ha participado. Esto supone, según Gargarella, R. (2016) reconectar el derecho penal y la deliberación democrática, sobre una base de autoridad moral, lo que quiere decir –citando a Murphy, J.- que en ausencia de un cambio de estructuras sociales y económicas significativas, las sociedades modernas no tienen autoridad moral para castigar.

El pueblo, de quien emana el poder y, por ende, el poder de administrar justicia, debe involucrarse más en la creación, aplicación e interpretación de las normas penales, pues es

lógico que así sea ya que el sistema democrático exige una participación decisiva en ello, máxime si se trata del uso de la fuerza del Estado contra el ciudadano, que es trascendental para su propia vida. Esta mayor participación que reclamamos desde aquí evitaría los sesgos no deseados en la justicia penal, a los que nos hemos referido precedentemente, tales como los prejuicios discriminatorios, los mitos sobre la malignidad del infractor, entre otros.

Hay, entonces, razones de peso para cambiar el sistema de justicia penal en favor del jurado popular, tales como las motivacionales, de legitimidad y las prácticas, para reconocer el resultado deficitario del sistema de justicia penal togada, visible en el hecho de que pese a la multiculturalidad de las sociedades, las prisiones siguen siendo étnica y socialmente homogéneas, como anota Gargarella, por lo que la decisión jurisdiccional tomada por uno, tres o cinco juzgadores profesionales, no se justifica en la medida que no es producto de una discusión justa entre todos los potenciales afectados, por lo que sería más imparcial promover la participación del pueblo mediante el sistema de jurados.

Evidentemente, en los estados periféricos hay históricamente tanta desigualdad, exclusión y elitismo que la población ha perdido la solidaridad y la fe en la justicia, de ahí que exista la necesidad de concienciar a la población y capacitarlo cívicamente y en visiones de alteridad para que pueda intervenir democráticamente en temas de justicia formando parte de un jurado penal, para que por primera vez tenga la responsabilidad de deliberar acerca de la responsabilidad de un conciudadano que ha cometido un delito y del castigo que se le debe imponer en nombre de todos.

Esta némesis de la justicia que se mantiene históricamente y demuestra el ejercicio selectivo del poder punitivo, debe ser reemplazado. He ahí el desafío de construir una justicia verdadera y -no simbólicamente- democrática.

La gobernanza a través del delito

Gobernar mediante el delito es una forma de política actual para mantener el *statu quo*. Es una modalidad a través de la cual se ejerce control y dominación sobre quienes carecen de poder,

sometiéndolos al miedo a la ley y el sistema penales, mientras por otro lado dichos ciudadanos padecen del miedo al delito, por lo que se debaten simultáneamente entre dos turbaciones.

El gobierno a través del crimen se ha convertido en un aspecto estratégico esencial. En efecto, toda acción -cualquiera que sea- encaminada a evitar la comisión de crímenes, se reputa legítima. El fin justifica los medios para tal efecto. La dignidad y los derechos fundamentales no cuentan en el combate contra la criminalidad. Desde las nuevas discusiones sobre la pena de muerte para crímenes atroces hasta la negación del ejercicio del derecho de sufragio para los procesados -aun no condenados-, cualquier precio es poco para intimidar o prevenir al potencial criminal. Pero todas esas medidas fracasan porque la criminalidad sigue en aumento. En consecuencia, las respuestas que ofrecen los gobiernos para hacer frente a la criminalidad no son idóneas sino ineficaces.

Gobernar mediante la justicia penal no es útil y representa un costo social altísimo, en términos de menos democracia y libertades y más polarización.

Simon, J. (2007) citando a Foucault recuerda que el vocablo gobierno no solo se refiere a las estructuras políticas o la gestión de los Estados, sino a la forma cómo debe dirigirse la conducta de los ciudadanos, es decir, los modos de acción pensados para actuar sobre las posibilidades de acción de los gobernados, de tal manera que se estructura desde el poder el campo de acción de éstos. Así, Simon afirma que en el gobierno a través del crimen, éste y los conocimientos asociados históricamente al concepto delictivo, están disponibles más allá de las fronteras de sus campos de acción originales y transforman -vía interpretativa-cualquier acción personal en un problema de gobernanza. Es la maximalización del derecho penal, convertido en poderoso instrumento invasivo que dejó de ser *última ratio* y de aplicación de mínima intervención.

La finalidad del gobierno a través del crimen no es reprimir y encarcelar -esto es tan solo su manifestación más común- sino infundir en la ciudadanía el miedo al sistema penal y al delito, lo cual supone, por tratarse de una reacción emocional y de ninguna manera racional, una inacción en la respuesta que el Estado debe activar contra la criminalidad y/o una reacción ineficaz -caracterizada por el incremento de penas, la creación de nuevos tipos penales, la

eliminación de beneficios procesales y penitenciarios- que se opone al crimen, teniendo como resultado el incremento de éste. Distinto sería si se utilizara la criminología para determinar primero las causas del crimen con fines de prevención primaria, secundaria y terciaria, en lugar de emplear la respuesta punitiva como venganza y resultado del miedo al mismo delito.

Importa destacar que el Estado no ha visto incrementado su poder con la gobernanza a través del crimen, sino que le ha dado una importancia tan desmesurada al delito que deja fuera otras oportunidades, como por ejemplo si existiera una gobernanza a través de la salud pública o de la educación.

En efecto, los Estados utilizan su *ius puniendi* y la resonancia mediática para condicionar el clamor popular en favor de más penas, más tipos penales, más cárceles, más policías, más magistrados penales y menos beneficios procesales y penitenciarios, en vez de atacar las raíces de la criminalidad y no sus manifestaciones, sabiendo que el derecho penal siempre llega tarde cuando el crimen ya se consumó.

El castigo penal es pura venganza, porque el Estado sanciona al infractor debido a que ha desobedecido una norma estatal y no por haber causado un daño a un tercero, ya que solo le importa encarcelar -cuantos más años mejor- y no que la víctima sea resarcida ni que el infractor sea resocializado. Lo demuestran las estadísticas de incremento del índice de criminalidad y de elevación de la tasa de reingresantes al centro penal.

Esta situación es nociva para la mejora de la sociedad, pues viene acostumbrada al crimen y al castigo, resultando así una tarjeta de presentación, que es elocuente de la realidad en que se encuentra la libertad en la comunidad. Cuando el sistema penal se expande, la libertad se reduce inevitablemente. Lo dijo Von Bar, C.L. (1882:334):

Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también

para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí pude pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*.

Pero, cuando el sistema penal se expande sin conocer límites, infinitamente, como en un *big bang*, se hipertrofia e ineluctablemente deviene en un *big crunch*, esto es, se vuelve anodino e insustancial, mera represión, desnaturalizando su genuina esencia jurídica, que es la de ser un límite al poder, un freno al abuso y la prepotencia del poder, en suma, deja de ser derecho penal para reducirse únicamente a penal, como sinónimo de punitivo, castigador. Y entonces se sume en una crisis profunda.

Existe, en este orden de cosas, una creencia, un mito, acerca de la supuesta virtud salvadora del *ius puniendi*, por lo que se considera que debe invadir toda la vida social, lo que caracteriza una mentalidad totalitaria, máxime si se dirige hacia ciudadanos de determinados grupos sociales a los que se etiqueta de peligrosos. Lo afirma Maier, J. (2006:295):

La expansión del Derecho penal es el fenómeno más visible y tangible: el Derecho penal logra, cotidianamente, nuevos ámbitos de relaciones para su regulación, que ya casi interesa a todas las relaciones sociales entre los seres humanos o entre ellos y el Estado.

Este expansionismo penal o *big bang*, que va de la mano de un neo punitivismo, ha llegado ya hasta la vida política, en lo que se ha venido en llamar la judicialización de la política, ámbito en el cual las infracciones podrían ser prevenidas, controladas y sancionadas disciplinario administrativamente por los organismos electorales que tienen en su ámbito el control de los partidos políticos.

Pero el efecto resulta inverso, pues como decíamos, se produce un *big crunch*, tornándose ineficaz el derecho penal y estéril para lo que debe ser su función preventiva, reeducadora y protectora de la sociedad. Silva, J. (2003: XII) lo expresa en los términos siguientes:

Su insostenible situación constituiría precisamente la consecuencia esencial del proceso de modernización fragmentaria y contradictoria que experimenta el sistema punitivo en esa ‘maduración supuestamente

necesaria para su adaptación a las exigencias de las sociedades modernas. En efecto, somos espectadores de una variada oferta de conceptos populistas para la represión de la “criminalidad organizada”, de los delitos violentos y del extremismo político, de programas de “modernización” del derecho penal. La ampliación de las facultades de investigación de la policía, la aceleración de los procesos penales, la anticipación de la punibilidad o la agravación de las penas aparecen como líneas rectoras de la discusión.

Es tal la sobre utilización del derecho penal que Pastor, D. (2005) lo denomina irónicamente la octava maravilla del mundo al advertir que existe la práctica de que con su empleo se pretende solucionar los más variados conflictos en la vida social, haciéndolo intervenir fuertemente ya no solo en los casos más graves; lo cual permite comprobar que hemos transcurrido, como sostiene Silva, J. (2003), de un derecho penal liberal, orientado a garantizar los derechos individuales del acusado, a un derecho penal liberado de tales garantías y límites, que se dirige selectivamente a una suerte de guerra contra el crimen sin importar el costo social al que nos referíamos anteriormente. Es decir, de derecho penal como freno y límite del poder estatal y, en esa medida, como Carta Magna del criminal, a decir de Franz Von Liszt, hemos migrado a lo penal, a lo punitivo, represivo y sancionador puramente, sin derecho, solo queda lo penal, nada más.

No solo es torpe emplear una herramienta inapropiada como es el derecho penal, para responder científicamente a la criminalidad a través del conocimiento de sus causas para prevenirla, controlarla y sancionarla con intervenciones positivas en el infractor, con la ciencia social *ad hoc* que existe para ese fin, que es la criminología, en actitud equiparable a ponerse en manos de un curandero cuando se adolece de una enfermedad que requiere de la ciencia médica; sino que es perverso hacerlo teniendo resultados negativos en el logro de las metas y desdeñando la construcción de una sociedad verdaderamente democrática.

En efecto, de un lado, las abismales diferencias sociales y el negado acceso a los derechos humanos de segunda generación, como salud, trabajo, educación, vivienda digna, alimentación adecuada, entre otros, que impide la prevención primaria; y la inveterada

corrupción pública y privada, que no permite un sano acceso a la justicia y una efectiva prestación de tutela jurisdiccional efectiva; y de otro lado, la construcción de una sociedad del miedo como actividad de un juego político macabro que permite observar cómo a la desviación del poder no le interesa la dignidad humana y prefiere inyectar la inseguridad y la sensación de inseguridad en la población, precisamente como ingrediente de la conocida práctica de crear necesidades para vender (aparentes) soluciones, como en este caso se hace con el derecho penal, considerada equívocamente la panacea del siglo XXI.

Con ello el poder se asegura una clientela social que le permite legislar de la manera irresponsable como lo viene haciendo, con más leyes penales y con más penas, en lo que se conoce como populismo penal, maniobra a través de la cual, de consuno con los *mass media*, para los que el crimen es una mercancía lucrativa, se influye y condiciona a la población para clamar por leyes penales severas, que no coadyuvan con la solución de reducir la criminalidad, y se le da lo que pide inmediatamente, con grave lesión a los principios penales liberales, como el de reserva de ley, legalidad, taxatividad, última ratio, subsidiaridad, mínima intervención, entre otros, con lo cual se cae en el grave círculo vicioso de *a más penas, más criminalidad*. Así las cosas, la violencia se ha naturalizado, el crimen se ha mediatizado y la inseguridad se ha vuelto un estado natural, contrariamente a lo que debe ser excepcional, por ser la seguridad integral uno de los dos fines del Estado.

El problema más dramático del expansionismo penal, el neo punitivismo y el populismo punitivo, corriente esta última que debe ser definida, conforme lo hace Larrauri, E. (2005: 3 y siguientes) basándose en Bottoms, como:

La utilización del Derecho penal por políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales como la de que el incremento en las penas conllevaría automáticamente una reducción de las tasas de delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad.

O dicho de otro modo por la misma autora citada (2009:6): El populismo punitivo es “la alusión creciente a la opinión pública para justificar reformas penales”.

Sea como fuere, el problema más álgido de esa tríada penal está constituido por la prisionización, esto es, el uso desmedido y exagerado de la prisión, sea como pena, sea como medida cautelar personal en su versión de prisión preventiva. La jurisdicción parece actuar con orden y concierto con la fiscalía para llevar al procesado a prisión, nos resistimos a creer que existe una directiva en ese sentido pues sería contraria a la independencia, imparcialidad y autonomía de los órganos del sistema penal judicial, más bien nos sentimos inclinados a atribuir semejante mentalidad al hecho de que los magistrados desconocen la criminología contemporánea, pues si en su formación profesional han cursado una o dos asignaturas criminológicas, han estado referidas a la criminología positivista, lo que ya es una desventaja al momento de discernir justicia. Además, puede ocurrir que los magistrados también están condicionados por los *mass media* y la opinión pública, los que a su vez están sobre influenciados por el nuevo uso que se viene dando al derecho penal.

¿Cuál podría pensarse que sería la causa de esta nueva versión de sistema penal?

Veamos. El *ius puniendi* o derecho de castigar del Estado, es fruto de la concepción del Estado moderno, el cual se apropió del conflicto entre agresor y víctima y monopolizó el castigo, eliminando del ámbito penal otros medios alternativos de solución del conflicto en que consiste todo crimen. La idea para tal apropiación fue intensificar el control social y la dominación sobre la población, justificándola en la teoría del contrato social. Es claro entonces que la nueva versión del empleo del sistema penal tiene íntima relación con los cambios políticos, económicos y sociales aparecidos en el último tercio del siglo XX. Wacquant, L. (2010) afirma al respecto que el populismo punitivo se encuentra íntimamente relacionado con las políticas económicas y sociales llevadas a cabo a nivel global desde fines de la década de los 70'.

De lo descrito precedentemente, es posible extraer ciertas características en las sociedades en que se da el populismo punitivo, tales como, el beneplácito de la clase política sobre el enfoque de la criminalidad; el importante papel de los medios masivos de comunicación en una sociedad de mercado para el afianzamiento de las demandas punitivas en el imaginario colectivo; y el estrecho ligamen con las demandas de la población que aspiran a la seguridad

que el Estado no les proporciona, sin que les interese los costos.

En la hora actual, caracterizada por la constitucionalización de los derechos fundamentales y el reconocimiento a la democracia liberal como el sistema ideológico político menos imperfecto, resulta paradójico que en los países periféricos, en especial los latinoamericanos, la política todavía continúa expresándose como una práctica retórica, aunque ya no tan elocuente por sus actos, que subordina la racionalidad al simbolismo y esto en materia penal es sumamente grave, porque hoy en día ni siquiera el derecho penal, sus normas e instituciones son símbolos, sino fetiches, en la medida que el símbolo es representativo de algo, y el sistema penal ya no representa nada para la población, pues la ley penal con todo su rigor lejos de contra motivar al infractor lo estimula y además la denominada cifra negra de la criminalidad se incrementa precisamente porque las víctimas prefieren no denunciar los delitos por falta de credibilidad en las instituciones penales, la falta de prestigio profesional en éstas, la corrupción incrustada en ellas y el tiempo y el costo dinerario que les supone seguir un proceso penal.

Entonces, a mi entender ya no hay simbolismo penal sino fetichismo penal, es decir, el pueblo ve en el derecho penal un fetiche, algo en lo que cree como solución integral, no cree en él por su efectividad y eficacia, sino como algo que puede utilizar como venganza primitiva gracias al brazo del Estado, debido principalmente a que saben que han sido dejados de lado por éste, experimentando cólera, desengaño y decepción, y ven en el pedido de penas severas la expresión de un deseo que finalmente es tomado en cuenta por las autoridades, pero por su propio interés y finalidad proterva, de ninguna manera con afán reivindicativo del pueblo.

Pues bien, esta bastardo discurso penal, pues no es hijo de los principios penales liberales que definen la verdadera esencia del derecho penal como límite al poder, y el nuevo rol que se le asigna al castigo, está unido a cambios globales de las sociedades contemporáneas, lo cual confirma que derecho, sociedad y poder conforman un triángulo complementario en el que el vértice es el poder, el derecho es el instrumento del poder para mantener el *statu quo* y la sociedad es la destinataria del derecho.

Desde 1970 aproximadamente se implementó un proyecto hegemónico de colosales efectos económicos, políticos y sociales, denominado neoliberalismo, consistente en la primacía de la

libertad económica sobre las demás libertades, lo que lleva a una retracción y disminución del tamaño del Estado y de su política social.

Según Harvey, D. (2014:18):

El neoliberalismo es una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad de comercio.

Esto ha traído como consecuencia que la solidaridad social desaparezca y se entronice el individualismo, la propiedad privada y la responsabilidad personal, que se sobrelleve y disimule las inequidades sociales que las limitaciones a las otras libertades humanas. Se ha pasado de un capitalismo controlado a un capitalismo salvaje desregulado, en donde el dogma es, como afirma Samour, H. (1998:606), que “los seres humanos son naturalmente desiguales y solo puede haber igualdad ante el mercado y la ley”.

El neoliberalismo está signado por una gran restricción a los principios democráticos; limitación, como lo sostiene Harvey, D. (2014); el apogeo de las leyes de mercado como solución a todos los problemas, ya que como señala Hayek, F. (1998: 85) “es el único método que permite a nuestras actividades ajustarse a las de cada uno de los demás sin intervención coercitiva o arbitraria de la autoridad”; el culto a la propiedad privada y la impugnabilidad de la legitimidad del sistema que la origina, ya que “todos pueden adquirirla bajo las mismas leyes”, como subraya Hayek, F. (1998:143); y la defensa de un régimen de constante desigualdad social e inequidad en la distribución de la riqueza, como apunta Harvey, D. (2014).

Pese a que el Premio Nobel norteamericano de Economía Joseph Stiglitz (2014: 5, 6), señalara que los postulados neoliberales se basan en:

Una interpretación ingenua de la economía, basada en los supuestos de una competencia perfecta, de unos mercados perfectos y de una información perfecta, motivo por el cual están condenados al fracaso; y que el último shock del modelo neoliberal, correspondiente a la crisis *sub prime* del año 2008, la cual dada la interconexión de los mercados se irradió por gran parte del mundo, dejó tres grandes enseñanzas [...] que los mercados no estaban funcionando como se suponía que tenían que hacerlo, ya que a todas luces no eran ni eficientes ni estables; que el sistema político no había corregido los fallos de mercado; y que los sistemas económico y político son fundamentalmente injustos.

El neoliberalismo sigue campante expresando la funcionalidad del orden económico para los grupos sociales de clase alta, la inmovilización de las clases medias y la pauperización de las clases bajas.

El efecto en el ámbito penal no se dejó esperar. La política criminal para hacer frente al crimen se modificó, sobrevino el expansionismo penal, el neo punitivismo y la prisionización. Al respecto, Wacquant, L. (2010) señala que el neopunitivismo es una técnica de invisibilización de los problemas sociales que el Estado no quiere tratar desde sus causas, agregamos que ello se debe a que es renuente al empleo de la criminología contemporánea que precisamente denuncia esto; y que la prisionización ha convertido a la cárcel en un contenedor judicial donde se vierten los desechos humanos de la sociedad de mercado.

La nueva perspectiva en lo penal que se verifica cotidianamente con las modificaciones penales y las interpretaciones jurisdiccionales, es la de una diferenciación entre ciudadanos y “delincuentes”, estos últimos son los ciudadanos que bajo el pre concepto neoliberal de la responsabilidad individual exacerbada, debido evidentemente al hecho de no poder satisfacer las necesidades materiales y espirituales, básicas y superfluas, que impone el nuevo estilo de vida neoliberal, sea por carencia de recursos, oportunidades y fuentes de ingresos, como por ambición, exceso y codicia pese a tener recursos y oportunidades, deciden infringir la ley. Esta situación ha dado lugar a construirse la versión rediviva del positivismo criminológico clásico, relacionando apriorísticamente a los feos y pobres con el crimen

Por eso, resulta un axioma que cuando la ley es creada sólo por unos pocos, tienden a perjudicar a la mayoría, por ser parciales, precisamente por no ser fruto de un diálogo inclusivo y tolerante. De ahí que el castigo de la infracción a dichas leyes carece de base ética, porque la ley estaría representando un orden intrínsecamente injusto, al extremo que la pena busca ya no la reeducación y resocialización, sino por el contrario la exclusión masiva de esos ciudadanos.

En definitiva, el neoliberalismo genera una especie de exaltación y apasionamiento entusiasta por castigar penalmente, pero al mismo tiempo incurre en una gran contradicción, pues por un lado disminuye el aspecto social del Estado menoscabando los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y, por otro lado, incrementa febrilmente su actividad penal creciendo en este ámbito. Desde la criminología contemporánea se observa que el Estado es responsable en la gestión del delito porque precisamente aparece desinteresado en la gestión económica y social, de ahí que los ciudadanos marginales y desfavorecidos sean seleccionados por el sistema penal para recrudecer la exclusión económica con la exclusión social producida con la utilización de la cárcel.

Pavarini, M. (2012:75) sostiene al respecto que “si el Estado de bienestar se va reduciendo, el pobre es peligroso, porque la única manera de sobrevivir es ingresar al interior de un mercado gris o un mercado ilegal y, algunas veces, también a un mercado criminal y, en ese sentido, los pobres son peligrosos no en cuanto pobre, sino en cuanto pobres al interior de un mercado que no puede incluirlos...”.

En el mismo sentido, Larrauri, E. (2005) verifica que en los Estados de bienestar las tasas de encarcelamiento son inferiores a las de los Estados neo liberales, debido a la desconfianza social que inspiran estos últimos, ya que de un lado se proclaman políticas penales de lucha contra el crimen y, sin embargo, el mismo orden económico y social produce la criminalidad, lo cual pone de manifiesto un quiebre ético entre el gobierno y la sociedad, consistente en una nueva forma de desdeñar y separar a los ciudadanos pobres de los demás.

Como se puede apreciar, el crimen y el castigo son las dos partes de un todo integrado culturalmente en función del espacio y tiempo histórico, así como de la ideología imperante, pero siempre al servicio del poder, que es el que criminaliza las conductas que desea y castiga como quiere y a quien quiere, a través del sistema de control penal formal, que es el instrumento de que se vale el poder para ejercer el *ius puniendi* de cierta forma con el fin de mantener el control y la dominación en la sociedad sobre los grupos sociales carenciados y marginales.

En la gobernanza mediante el crimen, el criminal es un enemigo y, entonces, se vigorizan y agravan las penas; la prisión preventiva se flexibiliza; y se debilitan los principios penales liberales que son la esencia del derecho penal. Una visión histórica retrospectiva nos trasladaría a épocas que creíamos superadas, en las que se escuchaba la voz del pueblo, convenientemente influenciada o condicionada por los gobernantes de turno, clamando ¡crucifícalo, crucifícalo!, como ansia de “justicia”.

Considerar al criminal un enemigo y castigarlo sin apego ni observancia estricta a los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la civilización, es punirlo, castigarlo, para eliminar un peligro, desechando de plano la posibilidad de su rehabilitación, resocialización y reeducación, lo cual supone negar su calidad de persona y atribuirle la condición de peligro que hay que eliminar, por lo que no puede corresponderle ninguna garantía. Evidentemente, esta visión no solo es superficial sino también banal, empero se inscribe en el eficientismo y pragmatismos punitivos que nos ha traído el neoliberalismo, para el que solo importan los números y las cantidades, a la par que la persona humana va cosificándose (tengo, luego existo, cuanto más tengo más soy).

Pero la criminalidad no se controla ni reduce con esta gobernanza a través del crimen, por el contrario se incrementa. Quiere decir que estamos por el camino equivocado. Sin embargo, el pueblo sigue aferrado al expansionismo penal, la sobre criminalización, el hiper punitivismo, el furor punitivo, entre otras veleidades del neoliberalismo en el ámbito de la seguridad. La sociedad está atrapada en la vorágine neoliberal, globalizadora y tecnológica, ha perdido su capacidad de reflexionar sobre sus propios males. De un lado, los líderes de opinión (políticos, empresarios morales, opinantes) y de otro lado los medios de comunicación social atenazan a

la población con un bombardeo incesante de información criminal, que deforma la realidad en la que se desenvuelve la cuestión criminal y distorsiona la toma de decisiones veraz y confiable desde la criminología. Claro que de acuerdo al antiguo adagio, según el cual si me engañas una vez la culpa es tuya, pero si me engañas dos veces la culpa es mía, tendríamos que responsabilizar a la sociedad de esta manera inconducente e ineficaz de responder desde el Estado a la criminalidad, pero creemos que no es así, pues la sociedad está desprovista de información científica al respecto porque sencillamente no existen Facultades de Criminología en el país.

El castigo: Más allá del derecho penal

Garland, D. (1999: 32) afirma que “la penalidad es un artefacto cultural complejo: Debemos recordar, una y otra vez, que el fenómeno al que llamamos ‘castigo’ es de hecho un conjunto complejo de procesos e instituciones interrelacionadas, más que un objeto o un hecho uniforme”. De forma tal que cuando nos referimos al castigo, correlato del crimen, no podemos limitarnos a efectuar un análisis de su enfoque meramente normativo y penal, sino que debemos analizar el tejido cultural en que el castigo se realiza, sus componentes políticos y la respuesta de la sociedad y del estado frente a lo que se castiga y a la forma cómo se castiga. Si se desea realizar un análisis riguroso, no es posible cercar compartimentos estancos de tipo penal y procesal penal, por el contrario la visión analítica deber ser holística y comprender lo político, lo social y lo cultural que legitiman la forma del castigo hacia el otro, el diferente, el criminal. ¿Cuál es nuestro nivel de desatención y de intolerancia que nos hace construir un concepto de castigo, cuanto más grave y cruel mejor, que hace pensar que los problemas de la criminalidad se resuelven punitivamente?

No perdamos de vista que, si bien el castigo es una institución legal administrada por funcionarios del Estado, está inevitablemente fundamentada en moldes de comprensión, pasión y conducta sociales de las que depende su justificación y manipulación.

Este aspecto cultural del castigo, que trasciende lo normativo, está fuertemente influenciado y condicionado por la tendencia actual, prohijada por el neoliberalismo,

con la finalidad de ocultar la inactividad del Estado en los asuntos de responsabilidad social, que son el escenario en el que se manifiestan las desigualdades e iniquidades del sistema de libre mercado. Así, el Estado se reduce en lo económico, pero se agiganta en lo penal, precisamente para mantener el control y la dominación marcada por la libertad económica, castigando a los que porque nada tienen caen en la marginalidad del orden jurídico y le informalidad legal.

En ese orden de ideas, el avance del derecho penal en el nuevo contexto cultural, neo liberal, globalizador y tecnológico, invade nuevos ámbitos sociales en los que se pretende ya no que sea un instrumento para reaccionar frente a daños, sino que sea un instrumento de prevención de riesgos, es decir, de contingencias abstractas y presuntas, anticipando la barrera de punibilidad con grave afectación de los principios y derechos fundamentales. De esa manera, todo es punible. El concepto de derecho penal ha cambiado en el siglo XXI. Ya no debe solamente castigar, sino impulsar confianza en la sociedad de que con el castigo todo es posible. Se educa a la sociedad para clamar la criminalización de conductas y la imposición de castigos cada vez más severos. Hay aquí una grave regresión a la incivilización y barbarie, al autoritarismo, de la mano del derecho penal, que ha dado un giro aterrador de 180° grados. ¿Es acaso posible encargar una misión educativa y formativa a un instrumento de coacción como es el derecho penal, sin afectar los principios democráticos? ¿Esta nueva visión cultural del castigo es verdaderamente democrática? ¿Sigue siendo el derecho penal un medio de protección de la libertad o es ahora un medio de uso técnico instrumental para cualquier interés de grupo?

Creemos que el derecho penal no es democrático ni garantista hoy en día. No puede serlo al haberse convertido en derecho penal del enemigo, caracterizado según Gomes y Bianchini (2006), por (a) la flexibilización del principio de legalidad expresada en una descripción vaga de los delitos y las penas; (b) la inobservancia de principios básicos como el de ofensividad y de exteriorización del hecho, de la imputación objetiva; (c) aumento desproporcionado de las penas; (d) creación artificial de nuevos delitos expresada en construcción de delitos sin bienes jurídicos definidos; (e) endurecimiento sin causa de la ejecución penal; (f) anticipación exagerada de la tutela penal; (g) limitación de los derechos y las garantías procedimentales y fundamentales; (h) concesión de premios al enemigo que se muestra fiel al Derecho (se premia ser delator,

colaborador); (i) flexibilización de la prisión provisional; (j) infiltración descontrolada de agentes policiales; (k) uso y abuso de medidas preventivas y cautelares, tales como escuchas telefónicas sin justa causa, quiebra de sigilos no fundamentados en contra de la ley, entre otros.

Con este horizonte resulta que el garantismo penal es una genuina ilusión. Ha sucumbido frente al optimismo punitivo, el populismo penal y el eficientismo patibulario. El derecho penal no está concebido ni diseñado para tener funciones pedagógicas y, menos aún, no se puede hacer pedagogía empleando técnicas invasivas en la vida de las personas, las que han originado que las conductas delictivas autónomas se hayan convertido ahora en ámbitos generales de criminalización, en los cuales los principios esenciales y los derechos fundamentales de un estado democrático, tales como la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho a la intimidad, la libertad de opinión, la libertad de correspondencia y las demás garantías procesales reconocidas constitucionalmente, están inocuidadas por un aparato cultural que los desatiende por intereses de grupo, con los que se manipula conveniente y pragmáticamente a la opinión pública para conseguir mantener la política criminalizadora y castigadora, es decir, la instrumentalización del derecho penal.

En la vorágine de la problemática criminal, nacida de la conflictividad y la violencia cotidianas, de carácter estructural, institucional, conductual y discursiva, nos hemos mal acostumbrado y engañado creyendo que hacer justicia es castigar. Esto no es así. La necesidad de castigo que tiene la sociedad, diferente al ejercicio del *ius puniendi* estatal, que se efectúa por la necesidad de mantener el control y la dominación hacia determinadas personas y grupos, tiene que ver con las pulsiones de destrucción que no se vuelcan hacia fuera, a las cuales sin embargo es menester renunciar, por lo que suelen direccionarse hacia adentro contra sí misma, contra el propio cuerpo social. La conciencia social exterioriza la crueldad de la sociedad, que esconde un sentimiento inconsciente de culpa, pero a su vez reclama nuevas renunciaciones de las pulsiones destructivas. Es decir, al castigar negativamente y cruelmente a sus miembros, la sociedad contribuye a su autodestrucción, no a su sanación, evolución y mejora, lo cual informa acerca de la necesidad que se compensa en el castigo y el sufrimiento del sujeto.

Agamben, G. (1998:14) explica cómo el poder soberano produce lo que denomina la nuda

vida del *homo sacer*, como elemento político original y articulación entre naturaleza y cultura. La nuda o simple vida se ha convertido en el objetivo de control del poder político, para lo cual el Estado, aparato político de poder, utiliza técnicas por las cuales asume e integra en su seno el cuidado de la vida natural de los individuos y las tecnologías del *yo* mediante las que se efectúa el proceso de subjetivación, que lleva al individuo a vincularse a la propia identidad, conciencia y a un poder de control exterior.

La denominación *homo sacer* que utiliza Agamben, extraída del derecho romano, recuerda el mito de la sacralidad de la vida que se presenta en la modernidad. En el derecho romano, detrás del *homo sacer*, está la posibilidad de darle muerte, pero se prohíbe hacerlo a través de los rituales de sacrificio. Aquí aparece claramente la ambigüedad y amoralidad en la conducta del soberano, pues es imposible distinguir entre sacrificio y homicidio. Así, el poder político se expresa con el derecho sobre la vida y la muerte del ciudadano, por lo tanto, al *homo sacer*, que pertenece al ámbito de lo religioso, no se le puede sacrificar, sólo se le puede dar muerte. La pregunta de actualidad es ¿la Constitución Política consagra el derecho a la vida? Evidentemente sí. Luego ¿el reconocido derecho a la vida es garantizado por el Estado plenamente o a satisfacción de la ciudadanía? Evidentemente no. Seguidamente ¿además de la criminalidad callejera, mata la desnutrición infantil, el aborto clandestino, la drogadicción, los accidentes de tránsito, la falta de atención de salud, la mala seguridad social, entre otros más aspectos de nuda o simple vida? Evidentemente sí. Entonces, cualquier individuo y el propio Estado pueden, en la situación actual de inseguridad, tomar impunemente la vida de cualquiera. La vida se ha “lupificado” como diría Hobbes. La definición y diferencia entre la vida y la muerte del ciudadano es una decisión del poder soberano. El expansionismo penal está en apogeo.

Extraña relación entre ciudadanía y soberanía, que lejos de que ésta proteja a aquella, se constituye a sí misma y constituye a los otros como *homo sacer*, a los que se les puede dar muerte. Pareciera que la conciencia de la violencia no puede desaparecer en la institución política, de lo contrario decaería ésta. Efectivamente, en la actualidad observamos que la ley guarda, resguardada por un guardián que no guarda nada, la puerta permanece abierta sobre nada, vigente pero sin significado. El Estado es, hoy en día, un campo de concentración, un lugar de inclusión/exclusión, donde cualquier norma es posible, donde existen estados de

emergencia, se limitan y restringen derechos fundamentales para eliminar la vida del ciudadano marginal. Este viene a ser el significado ético, filosófico y político de la realidad de la cuestión criminal en un Estado tomado por el neoliberalismo, en el que todos los ciudadanos, no solo los infractores, están a merced de la ley penal, cada vez más invasiva, en nombre de la seguridad que dice resguardar, y también de la (in) actividad estatal en el ámbito del respeto y vigencia de los derechos fundamentales, que hacen completo el concepto de seguridad integral como fin esencial del Estado.

CAPÍTULO III

LA TRASCENDENCIA DE LA EDUCACIÓN EN LA CUESTIÓN CRIMINAL

*Ha disminuido considerablemente el sentimiento de que
las reglas deben cumplirse, gusten o no.*

*Cuando no se aprende a respetar al superior que impone las reglas
es lógico que tampoco estas merezcan ningún tipo de consideración y
se piense que es normal y lógico, incluso y divertido y gracioso, transgredirlas.*

Victoria Camps

Introducción

El hombre no nace humano. Esta frase apunta a diferenciar al hombre de lo humano. Lo primero alude a la naturaleza de animal superior en la escala zoológica, mientras que lo segundo es una cualidad adquirida en el proceso de socialización, mejor dicho, en un proceso educativo.

La naturaleza hace que los hombres nos parezcamos unos a otros y nos juntemos. Empero, en este intento primitivo de asociación para la supervivencia, contradictoriamente, el hombre se convierte en el lobo del hombre, como lo enunciara hace siglos Thomas Hobbes.

Complementando esa frase del célebre autor del Leviatán, otro filósofo liberal, el ginebrino Juan Jacobo Rousseau, atribuyó la corrupción del hombre a la sociedad, o sea, al mismo hombre.

Al margen del origen congénito o adquirido de la depravación en el hombre, que significaron diferentes puntos de partida para la explicación del origen de la sociedad y del Estado; consideramos en todo caso que el hombre bárbaro se redime cultivándose, educándose, es decir, humanizándose.

La historia de la civilización nos muestra un doloroso saldo desfavorable a la humanidad y más bien favorable a la bestialidad de los hombres.

Desde tiempos de la esclavitud en los antiguos Imperios; del despotismo de las monarquías absolutistas y los gobiernos totalitarios; de la impiedad del holocausto judío y el lanzamiento de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki; de la prepotencia de la invasión militar, sin declaración de guerra, a territorios extranjeros; del avasallamiento económico de las soberanías nacionales; del exterminio paulatino pero progresivo del medio ambiente por parte de las super potencias industrializadas; hasta el paroxismo del individualismo que trae consigo el neoliberalismo económico y que conlleva a la despersonalización y cosificación del ser humano; la ruina del hombre es, sin duda alguna, el más triste espectáculo de todas las ruinas del mundo.

La situación actual mundial nos confirma esta apreciación. Terrorismo internacional, narcotráfico, tráfico de armas, corrupción gubernamental, delincuencia organizada, maltrato infantil, violencia familiar, discriminación, falta de solidaridad, desapego a los valores humanistas, etc. son lamentablemente hechos cotidianos.

Esta aseveración podría acompañarse con cruentos hechos históricos y datos estadísticos precisos, pero es tan evidente y asaz elocuente, que por ello precisamente deseamos dejarla para la reflexión personal del lector, seguros de que cada uno encontrará sobradas razones para demostrar su descarnada validez, aún en nuestro entorno personal, socio histórico y hasta en nuestra propia conciencia.

Si pensamos una y otra vez en esos luctuosos sucesos históricos que estremecieron al mundo en cada época, estamos seguros de que insistiremos en preguntarnos interiormente hasta el agotamiento ¿no pudo haber sido diferente si tal o cual personaje individual o colectivo hubieran hecho mejor lo que hicieron?

Asimismo, para tratar de entender a nuestra especie, no nos cansaríamos de forzar nuestra razón para pugnar por encontrar algún motivo razonable para tal o cual hecho histórico que enlutó a la humanidad.

Desde Aristóteles se sabe que el hombre es un ser sociable. Pero este carácter gregario no lo exime de detestar a sus semejantes, según se aprecia históricamente.

Atendiendo a la gran capacidad de mutación de la especie humana, clave de su supervivencia desde que apareció por primera vez sobre la faz del planeta, parecería que el hombre es un ser que se acostumbra a todo.

He ahí lo negativo de esa característica que parece definirlo, pues también se acostumbra a lo malo, aunque le haga daño. El maltrato a otro no causa bienestar a nadie en su sano juicio, sin embargo a fuerza de practicarlo se ha establecido como una costumbre, ya inveterada, que pretende significar superioridad o dominio de situaciones. El consumo de tabaco, drogas ilegales o comida “chatarra” causa daño a la salud, sin embargo, se ha “institucionalizado” como una costumbre que nos conduce irremediabilmente a la decadencia social.

Recordemos que el hombre se eleva por su inteligencia, pero no es hombre más que por su “corazón”, es decir, por sus sentimientos y pensamientos humanistas, por su educación. Inteligencia y educación, no son, por cierto, sinónimos. Se puede ser inteligente pero ineducado, como educado y menos inteligente.

Por ello, estamos convencidos del poder inconmensurable de la educación para la transformación del ser humano y el cambio social, lo cual recusa el neo paradigma del pseudo pragmatismo de que la humanidad es como es, por lo que no se trata de cambiarla, sino de conocerla.

En ese sentido. Nos hemos impuesto la tarea de elaborar este capítulo para demostrar la necesidad y urgencia de educar al hombre para enriquecer su buena formación moral y así reforzar el linaje humano, evitando la degradación de la especie racional y la pérdida del sentido y la vida humana.

Tan simple como no hacer a otro lo que no quieras que te hagan a ti, la base moral de la humanidad no ha podido, sin embargo, permitirnos superar la dicotomía entre libertad e igualdad, sin merma de nuestra dignidad humana.

Creyentes, como Kant, que tan sólo por la educación puede el hombre llegar a ser humano, puesto que no es más que lo que la educación hace de él; estamos seguros que cuanto más cultivado es un hombre o un pueblo, más limitado está en su libertad, pues menos libertades se toma, porque se considera igual en naturaleza y dignidad a los demás.

La historia y la realidad universal comprobarían, sin embargo, que la gran tarea de la educación habría fracasado.

Empero, somos optimistas y por ello consideramos, con tal de no perder la fe en la humanidad, que hemos sido, hasta ahora, engañados por nosotros mismos; hemos -al decir de Miguel de Unamuno- gritado para no oírnos; y estamos encerrados, desde las cuevas de Altamira, en el exterior de nuestra jaula. El hombre se agita fuera de sí.

Conscientes de que la gran meta de la educación no es el conocimiento *per se*, sino la acción, la educación debe servir al noble propósito de la formación de personas aptas para gobernarse a sí mismas y no para ser gobernadas por otros.

Así, estamos convencidos que el desarrollo nacional como instrumento para el logro del fin supremo de la realización plena del ser humano y no para fines utilitarios, sólo será posible en la medida que la “revolución humanista”, en los términos que venimos explicando, sea idónea para transformar al ser humano y así cambiar el sistema social, político y económico, con miras a una nueva cosmovisión global, de carácter universal, que nos persuada de que nuestra verdadera “nacionalidad” es la humanidad.

Estas líneas han sido elaboradas pensando, es cierto, en la especie humana en general, pero también es cierto que en todo momento no ha dejado de estar presente nuestra preocupación

por el ser humano en nuestra realidad, en nuestro país, en el contexto de la criminalidad existente, en el cual padece tanto como víctima cuanto como agresor infractor.

En ambos sentidos, responde en nosotros a un ideal y a una convicción. El ideal de que es posible construir una sociedad más justa, donde cada uno de sus miembros se desarrolle plenamente como personas. Y la convicción que el papel de la educación es fundamental e indispensable en el cumplimiento de este ideal.

Estimular en el lector la correspondiente reflexión, persuadiéndolo para obrar en consecuencia, será la única satisfacción que aspiramos como ser humano y profesor universitario de derechos humanos en un país con graves e históricas carencias formativas de su pueblo que ningún gobierno ha deseado superar.

Supuestos importantes

Que se eduque al hijo del labrador y del barrendero como al del más rico hacendado.

José María Morelos

A través de los supuestos que más adelante mencionaremos, pretendemos demostrar la necesidad y urgencia de la educación en derechos humanos y criminología, para formar éticamente al hombre y contribuir así al establecimiento de una cultura de paz y justicia social, como es la aspiración consagrada en la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco y la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

A tal efecto, es necesario metodológicamente plantear las siguientes presunciones:

1.- Los derechos humanos más que una aspiración romántica, una declaración principista o una mera retórica, constituyen la única respuesta válida a las exigencias de todos y cada uno de los seres humanos de vivir dignamente, con libertad e igualdad.

2.- La fundamentación del orden político reside en la dignidad de la persona humana y en sus derechos inherentes, de ahí que el orden axiológico de toda Constitución tenga soporte, sentido y coherencia en los derechos humanos.

3.- Es posible abrigar el ideal de construir una sociedad más justa, donde cada uno de sus miembros se desarrolle plenamente como persona, si tenemos la convicción de que el rol de la educación es fundamental e indispensable en el cumplimiento de este ideal, por el enorme poder que tiene de transformar al hombre.

4.- Tiene sentido y es razonable que los Estados inviertan en una educación en derechos humanos y criminología, para que la administración de lo colectivo sea menos compleja; y la ética y la política constituyan, respectivamente, el arte de vivir y convivir que todos deseáramos practicar para alcanzar la paz social y realizarnos como seres humanos.

5.- Al hombre le corresponde asumir una postura activa, de cambio y bien orientada, en función de ideas progresistas que representen las aspiraciones e intereses del pueblo que conforma.

6.- El reto de la educación en derechos humanos y criminología es formar generaciones activas y solidarias que opten por la participación responsable como un camino para la transformación social, con lo cual se involucraría activamente a la sociedad civil organizada en la prevención y reducción de la criminalidad.

Dimensiones de los derechos humanos

El único Estado estable es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.

Aristóteles

Los derechos humanos nacen con la aparición del hombre en el mundo. Esta afirmación en nada contradice lo expuesto liminarmente en la introducción, en el sentido que el hombre no nace humano.

Que el hombre tenga derechos humanos significa ante todo que su dignidad, libertad e igualdad, merecen respeto y se identifican con una cultura de humanidad. El simple hecho de

ser hombre no garantiza la indemnidad de la especie. Diariamente el hombre mata al hombre. No asegura per se los derechos humanos. Cotidianamente el hombre viola los derechos humanos.

Tener y ejercer derechos fundamentales significa tener conciencia humana, es decir, pertenecer a una especie animal superior a las demás, creativa e independiente y, por ende, comportarse fraternalmente por reconocerse iguales.

El reconocimiento y la declaración de los derechos fundamentales se han producido con el devenir del tiempo, precisamente gracias al desarrollo de la conciencia cultural de los pueblos y del horizonte ético de la humanidad.

Pero ello no ha sido suficiente. No basta para garantizar el pleno respeto de los derechos. Lo cual anuncia que la conciencia ética y el horizonte cultural no han desarrollado hasta el nivel deseado en que se haga realidad la fraternidad, solidaridad y alteridad.

Los derechos humanos en la historia

La prueba de la moralidad de una sociedad es lo que hace por sus niños.

Dietrich Bonhoeffer

Consideramos, con Moisés Tambini (1987:41), que la Historia es, efectivamente, maestra de la vida, testigo de los tiempos, ejemplo del presente y advertencia del porvenir; y en tal sentido nos muestra una serie de hechos que se han dado para lograr conquistas que han significado el reconocimiento de los derechos humanos de parte de los gobiernos.

El hombre primitivo, indefenso frente a la naturaleza, logra sobrevivir gracias a su capacidad creadora, inteligencia y conciencia, siendo desde esa perspectiva cada día más libre.

En la Era Neolítica, el hombre alcanza un sorprendente desarrollo cultural, convirtiéndose en sedentario, agricultor y pastor e ingresando a la Edad del Bronce y del Hierro, para luego inventar la escritura, evolucionando considerablemente.

Surgen, posteriormente, las grandes culturas de la antigüedad, con sus propias organizaciones sociales, políticas, económicas y religiosas. Entonces, ya se nota la desigualdad de los hombres por su clase social o situación económica (op. cit. p.42).

¿Qué significado tienen estos hechos históricos para nuestro análisis?

El hombre que nació libre e igual somete al mismo hombre y lo considera desigual, sometiéndolo a la esclavitud, al servilismo, a la tortura, en suma, a la privación de sus libertades. ¿Por qué? Porque era indispensable hacer tal cosa para mantenerse en el poder a través de dichas organizaciones sociales, políticas, económicas y religiosas.

En la Edad Media, los monarcas otorgan algunos privilegios o concesiones relacionados con libertades naturales, a favor de los habitantes de determinadas ciudades o villas o de los miembros de ciertos estamentos sociales.

Esta concesión tenía un matiz contractual, derivado de las quejas de los súbditos por el abuso de poder en el que incurrían, con frecuencia, los señores feudales. Asimismo, tenían un carácter esporádico y fragmentario, pues se referían sólo a determinados derechos o libertades y afectaban únicamente a un determinado grupo de súbditos.

En realidad, se trataba de pactos de sujeción que contenían restricciones del poder real y que constituyeron, aunque diversos y sin enlace orgánico ni sistemático, el antecedente de la positivización y reconocimiento de los derechos humanos.

Nuevamente, se advierte aquí que dichas concesiones tenían un claro espíritu utilitarista, destinado a que los súbditos no se sublevaran. A partir del siglo XVI se dan los primeros pasos hacia la generalización de los derechos humanos, dirigiéndose las concesiones a todos los súbditos.

La Edad Moderna, como apuntan Fernández-Galiano, A. y De Castro, B. (1999: 545), es convulsionada con las guerras religiosas, producto del fundamentalismo, que concluyen con la Paz de Augsburgo en 1555, con la consagración del principio *cuius regio, eius religio*, en virtud del cual los súbditos habrían de profesar la religión de su príncipe, lo que naturalmente siendo un ataque a la libertad de conciencia, generó el movimiento pro tolerancia, lo que culminó con el reconocimiento a la libertad de pensamiento y de religión.

Los mismos autores precisan que, una vez aquietada la cuestión religiosa, los esfuerzos se orientaron hacia la conquista de los derechos civiles y políticos, principalmente en Inglaterra durante el agitado siglo XVII que se caracterizó por las luchas internas entre el Parlamento y

la Corona, lográndose así la *Petition of Rights* (1628), la Ley de Habeas Corpus (1679) y el *Hill of Rights* (1689).

Esta época se caracteriza por el carácter nacional, ya no grupal, de las gestas para lograr el reconocimiento de derechos; y por la índole normativa de los textos, lo cual los hacía susceptibles de ser invocados y de gran perdurabilidad.

Pero siempre se encuentra presente el carácter utilitarista y el pacto de compromiso que sigue a la lucha social para conquistar el reconocimiento de los derechos.

En el siglo XVIII, al sostener el racionalismo la existencia de un orden natural, inmanente al hombre y anterior al orden positivo, que era aplicable a todos los hombres, del que derivaban derechos fundamentales; se ingresa a la fase de universalización de los derechos, siendo la primera Declaración de Derechos la de Virginia el 12 de junio de 1776, seguida por la Declaración de independencia de los Estados Unidos de América el 4 de julio del mismo año y por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789.

En esta etapa, se da la caracterización de los derechos en civiles y políticos, es decir, del hombre y del ciudadano, aunque ambos tienen un claro matiz burgués, por su contenido individual.

Por ello, durante el siglo XIX la lucha por los derechos humanos se orienta hacia la conquista de los derechos sociales, de contenido laboral y económico, que garanticen la dignidad del trabajador; lo cual tiene que ser consecuencia de la revolución industrial, que impuso condiciones durísimas de trabajo, permitiendo visualizar la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía en democracia social.

En el devenir del proceso histórico de los derechos humanos, la última fase corresponde a su constitucionalización, iniciada con las primeras diez Enmiendas a la Constitución norteamericana, que contienen declaraciones de derechos; a partir de dicho momento, lo medular de las Constituciones escritas tuvo expresión en las declaraciones de derechos civiles y políticos, conocidos como de primera generación, con lo que ya no eran simples enunciaciones programáticas.

La incorporación al texto constitucional de los derechos humanos tiene la máxima importancia, pues los sustrae de toda discusión por el rango jerárquico normativo de dicho cuerpo legal, convirtiéndose así en derechos públicos subjetivos.

Esta fase pone de manifiesto que la inscripción constitucional de los derechos humanos es una constancia jurídica solemnizada en la Constitución a favor de los derechos humanos, no es un regalo sino un reconocimiento que viene impuesto naturalmente.

Finalmente, como anota Varela, J. (1998:69), la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América que resuelve el Caso *William Marbury vs. James Madison*, da curso a la revisión judicial o control de constitucionalidad, con lo que se establece lo que se ha denominado la visión copernicana de los derechos humanos, según la cual, antes éstos sólo valían en el marco de la ley, ahora éstas o, añadiríamos, las decisiones de los funcionarios públicos, sólo valen en el marco de los derechos humanos, con lo cual se llega a la declaración de invalidez de las normas infra constitucionales que violan derechos humanos, característica del Estado de Derecho.

De lo expuesto en este apartado referido a la historia de los derechos humanos, se colige que los ordenamientos jurídicos en todo el mundo incorporan a sus normas los logros de la dura lucha de los hombres por su libertad.

Este carácter, sin embargo, debe ser considerado como un punto de partida y no un punto terminal de llegada, dentro del proceso histórico, habida cuenta de la expansión de los derechos humanos y de su reconocida característica de sustento y soporte de la propia Constitución, razón por la cual el tema de la interpretación constitucional tiene ya un límite infranqueable.

En efecto, toda norma jurídica, y la Constitución lo es, puede ser interpretada de diversas maneras, según los métodos, ideologías, intereses e intérpretes, más aún si ésta es el ámbito del poder político, un elemento que, a decir de Néstor Pedro Sagües, es tradicionalmente renuente a ser domesticado por preceptos legales, porque es el recinto donde el poderoso interpreta por sí la norma constitucional que está destinada a limitarlo, por lo que estará tentado de entenderla como mejor le convenga.

El mismo Sagües nos recuerda que el bastardeo de la Constitución es antiguo. A mediados del siglo XVII Oliver Cronwell interpretó la cláusula octava del Instrument of Government en su provecho para disolver el Parlamento, entendiendo que la palabra mes podía ser lunar y no únicamente solar, clausurando más pronto las sesiones de un Parlamento con el que no se llevaba bien.

Sin embargo, gracias a la dogmática de los derechos humanos, hoy se sabe que el tejido axiológico de la Constitución no debe permitir su interpretación manipulativa en perjuicio de los derechos humanos, pues el juez constitucional tiene que efectivizar los valores constitucionales, que hoy en día son, resueltamente, *pro homine* y *pro libertatis*; sin embargo, en ocasiones, las decisiones jurisdiccionales en materia de derechos humanos están supeditadas al presupuesto general del estado, tales los casos de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso del Contrato Administrativo de Servicios, que somete a los trabajadores al servicio del estado a un régimen laboral de menores derechos y beneficios de que gozan otros trabajadores públicos que inclusive realizan la misma función; y en el caso del desconocimiento de la cédula viva o renovable de las pensiones del personal militar y policial, que venían percibiendo hasta diciembre de 2012 como derechos adquiridos, que sin embargo ahora son desconocidos merced a interpretaciones antojadizas que responden a intereses político económicos y no al espíritu y al sistema de valores constitucionales.

La dimensión axiológica

Si no tienes la libertad interior, ¿qué otra libertad esperas poder tener?

Arturo Graf

Ha sido, pues, un largo camino el del proceso de positivización y generalización de los derechos humanos.

Los logros de la dura lucha de los hombres por su libertad han sido incorporados en los ordenamientos constitucionales en todo el mundo.

Las gestas populares han tenido una concreción histórica y el avance en la definición de los rasgos inherentes a la dignidad humana se han concretado también en un conjunto articulado de normas, que prescriben conductas y atribuyen responsabilidades e institucionalizan mecanismos de acción contra los transgresores.

Estas son, respectivamente, las dimensiones fáctica y jurídica, o normativa, de los derechos humanos.

Pero, en el dintel del siglo XXI, ¿podemos afirmar que los derechos humanos están plenamente asentados en la conciencia de la Humanidad?

Al parecer, todos están de acuerdo, por una vez, aún desde diversos planteamientos ideológicos, que existe un conjunto de exigencias sin las que el hombre no podría disfrutar de una convivencia propiamente humana.

Esta sería la dimensión axiológica de los derechos humanos, o sea, su aspecto valorativo, su esencia y sustancia, la que los distingue de los demás derechos que podrían denominarse “legales”.

Si bien los derechos humanos han sido reconocidos y declarados en normas jurídicas, aún siguen siendo violados cotidianamente por el Estado, la sociedad y las personas.

Pese a la existencia de valores inherentes a la dignidad de todo ser humano, tales como la vida, libertad, igualdad, integridad, identidad, bienestar, entre otros, que son interdependientes, porque se complementan unos a otros, ya que sería carente de lógica y sentido que una persona sea digna si no goza de libertad o si no es tratada como igual a otras.

Por ejemplo, en el Perú, la Constitución Política establece sólo dos causas para ser privado de la libertad corporal, que son, el mandato judicial escrito y motivado de juez competente; y el delito flagrante; sin embargo, recientemente se ha modificado el artículo 205° del Código Procesal Penal y se ha facultado a la Policía Nacional a detener, hasta un máximo de cuatro horas, a las personas que no porten documentos de identidad, por sospecha, lapso en el cual se les conducirá a la delegación policial, registrará, tomará huellas digitales, revisará y registrará.

La pregunta que se impone es ¿la seguridad ciudadana justifica tamaño despropósito y afrenta contra la libertad personal?

Por otro lado, en ciertas regiones del África subsahariana, aún se practica la castración femenina al llegar a la pubertad. La interrogante aquí es ¿la costumbre ancestral puede justificar un atentado contra la integridad y la libertad personal?

Y así, hay innumerables ejemplos en los que se puede apreciar la comisión de actos lesivos contra los derechos humanos que se practican por usos y costumbres sociales o por acción del Estado en nombre de una supuesta defensa de todos.

Consideramos que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo cual nos permite colegir que el interés personal individual siempre es de mayor valor que el interés general, colectivo, porque éste es siempre difuso e impreciso como interpretable por todos y, además, porque si no fuera así, se llegaría por esta vía a la extinción de los derechos individuales. Por estas razones que tienen que ver con la dignidad humana, los derechos humanos son universales, pues el hecho de ser persona la hace titular de derechos frente a las demás personas.

Son, asimismo, imprescriptibles, ya que al ser consustanciales a la naturaleza humana tendrán vigencia en tanto existan seres humanos.

También son irrenunciables e inalienables, desde que, al ser ínsitos a la persona humana, se encuentran más allá de la esfera de su manipulación y, por ende, no es posible disponer de ellos arbitrariamente.

La efectividad está igualmente en su aspecto esencial, ya que per se demandan su respeto y reconocimiento positivo por parte de la sociedad y el orden jurídico.

Como pertenecen al ser humano en su totalidad, forman un conjunto integral e interdependiente, por lo que su real protección demanda hacer ciertamente posible la realización de todos ellos, los civiles como los políticos, económicos, sociales, culturales y los denominados de la solidaridad.

En esa medida, no es posible, por ejemplo, que un Estado derogue la pena de muerte y, sin embargo, no cumpla con dotar de alimentación, agua, salud, trabajo o educación a su población.

La filosofía de los derechos humanos descansa también en la igualdad de todos los seres humanos, cuyo corolario es la no discriminación o trato desigual, por ningún motivo, entre quienes merecen igual trato.

Es la dignidad humana que les da sustento la que los hace también irreversibles y progresivos, esto es, una vez reconocidos no pueden ser suprimidos posteriormente y, más bien, hay un enriquecimiento de la noción de dignidad humana, lo que hace que aparezcan nuevos derechos, por lo cual su relación constitucional no es limitativa ni taxativa sino meramente enunciativa.

Finalmente, es la base filosófica, ética y axiológica de los derechos humanos, en la que descansa su inviolabilidad y corresponsabilidad. Está proscrito imponer a las personas humanas, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su beneficio.

Todos somos responsables, individual y colectivamente, del respeto y vigencia de estos derechos; por eso constituyen un límite al ejercicio del poder, cualquiera que éste sea. Nadie puede lícitamente invadir la esfera de los derechos humanos con el propósito de cercenarlos.

La dignidad humana, sustrato valorativo de los derechos fundamentales, hace que éstos sean la expresión de auto conciencia más acabada que la Humanidad ha podido forjar, dentro del proceso de su afirmación, de la razón y espiritualidad.

Siendo así desde la perspectiva axiológica ¿por qué el mismo hombre que luchó por ellos, los viola?

Nuevamente, tenemos que responder que lo hace por el apetito del poder, para acceder o mantenerse en él.

Hasta aquí, está claro que la dimensión fáctica o histórica y la dimensión jurídica o normativa, corresponden a la voluntad positiva y favorable del hombre por los derechos humanos, mientras que la dimensión axiológica se queda limitada a un plano meramente dogmático, filosófico y teórico, pues en la praxis se evidencia precisamente el ejercicio de un poder homínido que avasalla los derechos humanos.

Parece como si la propia naturaleza del ser humano conspirara y se volviera contra su elemento más importante, la dignidad.

Nos resistimos a admitir que ello sea un sino fatal, pues sería desastroso para la especie humana.

El arte de existir y coexistir

Estamos en este mundo para convivir en armonía.

Quienes lo saben no luchan entre sí.

Buda Gautama

El hombre es realidad originaria, natural, esencial y trascendental. Es un fin en sí mismo. El Estado, en cambio, es una creación del hombre, artificio e instrumento circunstancial. Es realidad accesoria. El hombre es la base de la sociedad y ésta lo es del Estado. Por tanto, la persona es el núcleo primario de la realidad social y política.

Bidart, G. (2008:56) nos dice que el hombre es, simultáneamente, mundano, sociable y político, es decir, el hombre está en el mundo y, por ello, es mundano. Es el mundo del hombre, no el mundo físico. La diferencia es obvia. América no estaba en el mundo del hombre europeo antes de 1492 y viceversa. En este mundo se inserta el hombre, de tal forma que es “su” mundo en el que vive. Cuando muere, “su” mundo se acabó para ese hombre. O sea, el mundo tiene sentido para cada hombre, que lo hace suyo. Allí transcurre su vida. Pero, en su mundo, el hombre no está cerrado, sino abierto a la trascendencia, a lo que está fuera de él, a lo que no es él. Por eso, el idealismo fue superado, pues agotaba la realidad del mundo en el yo, suponiendo que las cosas son ideas o proyecciones de la conciencia.

Lo superó la filosofía existencial moderna, que rescata la mundanidad del hombre, la misma que se da desde su nacimiento. El hombre en el mundo vive en una circunstancia, la “suya”. Por eso, cuando cambia la circunstancia, el mundo del hombre se altera.

Asimismo, el hombre es sociable porque está en el mundo y coexiste con cosas y convive con otros hombres. El hombre se relaciona con las cosas de modo diferente como se relaciona con los hombres. El hombre cuenta con la piedra, por ejemplo, pero ésta no cuenta con el hombre. En cambio, el hombre cuenta con otro hombre y viceversa. Uno existe para otros. Esto es convivir, según lo definió Julián Marías, citado por Bidart, G. (op. cit. p. 58).

No hay otra forma de ser hombre, de estar en el mundo, de trascender, de convivir. No existe un hombre asceta, anacoreta, ermitaño. La convivencia, para cumplir con el fin de satisfacer todas las necesidades del hombre, requiere organizarse, de una coordinación, un orden, dirección, jefatura. Son sus elementos indispensables. Esto es la politicidad.

Luego, el hombre es, pues, mundano, sociable y político por intrínseca constitución ontológica de su ser.

En palabras del mismo Bidart, G. (op. cit. p. 68), la limitación del hombre y su indigencia natural convencen de la naturalidad de la sociedad y el Estado. Estas creaciones no denigran la dignidad del hombre, antes bien, al integrarlo a otros hombres la perfeccionan, dado que es la propia naturaleza del hombre la que impone y exige superar esa limitación natural.

Entonces, ambas entidades existen para el hombre. Su carácter es de ministerio y de servicio. Sirven al hombre, son para su beneficio. Más aún, existen porque el hombre existe y para que se realice y desarrolle plenamente como persona humana.

En este sentido debe entenderse que el individuo hace a la sociedad y el Estado, pero éstas se deben a la persona humana, que es el origen y el fin de aquellas.

La dimensión individual del ser humano está marcada por su capacidad de idear, escoger y crear, acertando y equivocándose. Savater llama a la ética el arte de vivir, que consiste precisamente en decidir con libertad, responsablemente, con arreglo a los valores de cada uno. La dimensión social del ser humano, en cambio, se plasma en su vida cívica, que puede darse en un plano privado o público, una de cuyas facetas es la política.

Así, ética y política son los extremos de una continuidad que se inicia en la conciencia de los individuos y que concluye en la actividad pública de una sociedad que necesita lograr fines generales. Ambas comparten la libertad y las reglas.

La libertad es necesaria para afrontar dilemas y producir conductas responsables en función de principios, de lo contrario, sobrevendrían en la política los pragmáticos, desprovistos de principios y valores; y los violentos, que atropellarían los principios y valores de los demás. Las reglas también son necesarias igual que los fines. Su uso y el respeto de ellas hacen que los ciudadanos sean rectos.

Por eso, la ética y la política son necesarias en la búsqueda de una mejor vida para el hombre. Además, es su objeto: vivir y convivir lo mejor posible. En ese sentido, son inherentes al hombre y no un asunto de filósofos.

Pero, son precisamente la ética y la política las que han perdido valor y credibilidad. Entonces ¿para qué pretender recurrir nuevamente a ellas? Si son sólo un sueño de idealistas, dirían los realistas y pragmáticos.

Hoy -y nos atreveríamos a decir que siempre, según lo enseña la lección de la historia- lo que más importa a la sociedad es el poder (económico, mediático, militar, político) y la apariencia. ¿O no? Reflexionemos íntimamente.

Hay un evidente avance científico y tecnológico. Hemos salido de la órbita terrestre y llegado a cuerpos celestes y planetas, pero hemos sido incapaces de llegar hasta nuestro prójimo. Hay un notorio desgaste y retroceso social. Es un mundo al revés.

Nuestros valores se han invertido. Utilizamos a la persona humana para nuestros fines. La hemos instrumentalizado. En mi país, la política se ha banalizado y elementalizado. Nuestros políticos ofrecen -cuando lo hacen, por lo general sólo exhiben una locuacidad vacua- solucionar problemas colectivos para acceder al poder y cuando lo logran incumplen abiertamente lo prometido.

Peor aún, se han dado casos de políticos tráfugas en el desarrollo de su labor parlamentaria. Es decir, electos por una lista de determinado color político, no han tenido reparos en pasarse a otra tienda política.

En nuestra vida individual, no hacemos lo que debe ser, sino lo que, a cualquier precio, nos procura beneficio, así sea inmediato únicamente, aunque causemos perjuicio a otro. En la vida política, los órganos del poder estatal están inmersos en la corrupción, que en mi país se entiende como económica, cuando esta es sólo una de sus manifestaciones. La corrupción es un estado de la persona carente de ética.

Sin embargo, el hecho de darnos cuenta de todo cuanto venimos diciendo, significa reconocer otro extremo contrario, del que alguna vez, siendo un referente, se provino; y podría significar recónditamente la aspiración de volver a asumirlo.

Por lo menos, los tiempos que vivimos nos motivan a pensar sobre cómo estamos yendo por la vida. ¿Por qué permanecemos indiferentes cuando vemos que nuestro vecino es asaltado e inclusive preferimos no testimoniar? ¿Por qué no decimos nada cuando vemos que alguien da y otro recibe coima para hacer, dejar hacer o no hacer algo a lo que está obligado, aun teniendo autoridad y hasta obligación de intervenir?

Estamos conviviendo con la intolerancia, el autoritarismo y demás males éticos. Y nos hemos acostumbrado a eso, aunque nos haga daño. Vivimos en medio de la criminalidad manifiesta y soterrada.

Como la vida es transitoria y efímera, todos queremos vivir bien, pero vivir bien no significa abusar de otro, eso es vivir de cualquier modo. Es necesario, entonces, iniciar o continuar la búsqueda de una vida mejor, en el sentido de una vida buena y no de una buena vida materialmente.

Para eso están la ética y la política. Como arte de existir y coexistir, son un asunto de todos y no sólo de filósofos y políticos. Todos educamos en esos asuntos vitales para el ser humano.

La ética, conviene recordarlo, es el arte de elegir lo que más nos conviene y vivir lo mejor posible, en función a valores humanos, por eso se ocupa de lo que cada uno hace con su libertad.

La política es el arte de organizar lo mejor posible la convivencia social, de modo que cada cual pueda elegir, libremente, lo que le conviene, en función de la primacía de la persona humana, por eso trata de armonizar de la mejor manera la libertad de cada uno con la libertad de todos.

La finalidad de ambas es el logro de una vida buena a través de cómo empleamos nuestra libertad.

Aun así, en la historia ha habido ejemplos de pensadores que han expresado que la política debe ser indiferente o neutra respecto de la ética, como lo preconizaba Maquiavelo, a diferencia del hiper moralismo idealista de Platón.

Para saber si está bien o mal que sea tal como es la política, no nos sirve el empirismo, pues sólo nos enseña que una realidad política se realiza con soluciones éticas o anéticas.

Nosotros consideramos que la respuesta no es difícil. En efecto, si la política es una actividad humana; si el Estado es la forma organizada de la convivencia humana; si hay sociedad y Estado porque hay hombres que conviven; entonces hemos de pensar de la política y el Estado lo que pensamos del hombre.

Y en este orden de ideas, el bien y el mal no son indiferentes para el hombre, pues mediante el empleo de su recta razón puede conocer lo que es bueno y malo. Por eso, cuando el hombre convive socialmente, debe llevar consigo al ámbito político todos los principios éticos que tiene como persona. Desde este punto de vista la política no es autónoma respecto de la ética.

Frente a la situación actual de la relación entre la ética y la política, el ciudadano tiene la primera responsabilidad al tomar conciencia del sentido de pertenencia entre él y su ciudad o país.

Ello se adquiere sólo estableciendo una relación de compromiso, en la que se da algo mío y reciba algo del grupo. Una vez que sentimos que pertenecemos, tendremos identidad y reconocimiento: seremos ciudadanos conscientes, voluntarios y comprometidos. La ética y la política habrán ganado, pues serán objeto de preocupación de todos.

Ser ciudadano de la forma como ha quedado anotada, supone adquirir derechos y deberes que debemos conocer y ejercer.

Ahora bien, nadie tiene por qué disfrutar más o menos de sus derechos y deberes, sino igual. Las mismas leyes deben regir para todos, prescribía la *isonomia* griega, porque se entiende que la igualdad es necesaria para la dignidad de las personas.

Por eso precisamente, es nuestro derecho y deber mantenernos vigilantes en el cumplimiento de los derechos y deberes.

De lo contrario, el Estado no funcionaría o funcionaría mal, esto es, sólo para unos cuantos; y si esto llegase a ocurrir la vida en común tampoco funcionaría, resultando precaria la condición de ciudadano.

Entonces, vemos que para el funcionamiento del Estado se requiere participación, sentido de pertenencia, ejercicio de derechos y deberes e igualdad de todos.

La carencia de dichos elementos se debe, creemos, a la falta de educación. No enseñamos a considerar al otro como a uno mismo, sino inculcamos el exitismo a cualquier precio, atropellando al otro y, simultáneamente, manteniéndonos indiferentes ante los problemas de los demás.

Establecemos una relación de ajenidad y no de alteridad, creyendo en una supuesta eficacia del consabido refrán: ojos que no ven, corazón que no siente. Desconocemos o no queremos recordar que vivir humanamente es con-vivir, es decir, reconocernos mutuamente como humanos, dando y recibiendo un trato de humanidad.

Etimológicamente, educar significa hacer salir de dentro hacia fuera, ayudar a crecer, guiar, facilitar y acompañar el crecimiento de otros. Por eso, al relacionarnos todos nos influimos recíprocamente. Así, todos educamos, de ahí la importancia de influir positivamente en los demás.

Entonces, la ética y la política deben ser nuestra principal preocupación y no debemos desentendernos de ellas porque nos son connaturales, pues a través de ellas elegimos, creamos y mejoramos nuestra forma de vida, reflexionando sobre ella, ejerciendo nuestro pensamiento crítico y nuestra libertad, dispuestos a adoptar decisiones conscientes de los valores humanistas para evitar una vida infame y nuestra autodestrucción. Ejerciendo la política de manera ética ¿habría tanta criminalidad? ¿Se seguiría insistiendo en un sistema penal históricamente fracasado?

Lograrlo no es nada fácil y requiere voluntad y preparación. Pero, si lo que queremos es vivir humanamente, tiene sentido intentarlo y para ello es indispensable interesarnos por la educación en derechos humanos. No de otra manera se puede acometer el intento de alcanzar una vida buena.

El poder de la educación

*Obra siempre de modo que tu conducta
pudiera servir de principio a una legislación universal.*

Immanuel Kant

Se atribuye a René Descartes la frase según la cual, no hay espíritu, por necio y grosero que sea, incapaz de adquirir las más altas virtudes, si se le conduce como es menester.

También se atribuye a Víctor Hugo la expresión del clamor popular de abrir escuelas para cerrar prisiones, aludiendo a que el porvenir está en el maestro.

Semejante era la frase atribuida a Pitágoras de educar a los niños para que no sea necesario castigar a los hombres.

Los pensamientos anteriores revelan y ponen de manifiesto el inmenso poder que tiene la educación. Ahora bien, la única manera de educar es con el ejemplo, pues las personas educadas tienen un derecho sobre las que no lo son: el derecho de instruir las y formarlas. Entonces primero tiene que transformarse uno mismo para dar buenos ejemplos con su vida.

Pierre, R. (2005:39) sostiene que la educación es valiosa por ser la herramienta más eficiente para el crecimiento personal y cobra estatus de derecho humano por ser parte integrante de la dignidad humana.

Esto nos enseña que la educación es un super derecho o un derecho potenciador, ya que amplía el conocimiento y discernimiento del hombre para su actuación plena como ser humano en la sociedad, esto es, para que la persona pueda conocer y ejercer sus demás derechos fundamentales.

Por ello, la educación está íntimamente vinculada con la ética, desde que debe servir para mejorar la condición natural del hombre y, por ende, incrementar o ayudar a revelar su dignidad.

Debe ser, entonces, una educación en derechos humanos o para los derechos humanos, pero no en el sentido únicamente de dar a conocer su declaración normativa, su conquista histórica y su defensa procesal, sino fundamentalmente para formar al hombre como ser humano en el respeto mutuo para la convivencia civilizada y el logro de una vida buena.

El artículo 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos así lo concibe, cuando establece que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Se advierte fácilmente cómo la educación para los derechos humanos es un medio ético e idóneo de estrategia a largo plazo que apunta a las necesidades de las generaciones futuras.

Asimismo, es claro que la educación tiene objetivos políticos inevitables de carácter positivo para la naturaleza humana, pues ya el trágico recuerdo del nazismo y del fascismo, ejemplificaba cómo los jóvenes habían sido educados en un espíritu de odio e intolerancia. El pleno desarrollo de la naturaleza humana a que se refiere el precitado artículo alude al concepto holístico de la naturaleza humana, como un ser en esencia individualmente libre e igual, pero al mismo tiempo social y potencialmente instruido y capaz de participar en la toma de decisiones fundamentales de su comunidad.

Se resalta entonces la índole social de la educación, como derecho y responsabilidad, pues debe ofrecer al individuo los recursos necesarios para desarrollar su personalidad, lo cual constituye el objetivo de la vida humana y el fundamento más sólido de la sociedad. En suma, la trascendencia del hombre.

¿Para qué se debe educar? Para capacitar al hombre a fin de que pueda lograr una existencia digna.

Claude (op. cit. p.46) citando a Catarina Tomasevski, Relatora Especial de la ONU sobre Derecho a la Educación, considera como ella que en todo el mundo la educación involucra más personas que cualquier otra actividad institucionalizada. Sin embargo, denuncia que hay un desequilibrio entre la estructura institucional formal y los contenidos educativos y la esencia de la enseñanza y del aprendizaje.

Voy a ejemplificar con una situación real de mi país. Hacia los años setenta, la enseñanza de los derechos humanos y de una educación para los derechos humanos no existía. El autor se formó como Abogado durante los años 1972 a 1977 y recuerda que no existía ningún curso que contuviera algún material sobre derechos humanos. Se formaba al abogado en relación a derechos legales. Naturalmente, la situación en los colegios era peor.

Hoy en día, si bien existe una obligación prevista en el artículo 14 de la Constitución Política del Perú, vigente desde 1993, que mantiene la obligación introducida por la Carta Política de 1979, de la enseñanza obligatoria de los derechos humanos en todas las modalidades y niveles educativos; el Curso de Derechos Humanos no se dicta en todas las Facultades de Derecho y

Ciencia Política. Ni qué decir de otras Facultades, como si sólo los futuros abogados debieran formarse en derechos humanos.

En los otros niveles educativos, hay un contenido mínimo de manera transversal en los cursos del área de educación cívica o social, que resulta insuficiente para la formación de los educandos.

Frente a un mundo globalizado empequeñecido por la tecnología de la comunicación, que premia el individualismo egoísta y permanece a lo sumo indiferente ante la solidaridad, que exhibe y difunde violencia por doquier; y que incrementa la pérdida de la libertad en su sentido ético; es un desafío colosal y urgente compartir valores positivos.

Metafóricamente podemos decir que el niño de hoy domina el uso de la computadora personal, pero es incapaz de escribir una tarjeta ológrafa de agradecimiento; lo que revelaría que el hombre lejos de humanizarse se está deshumanizando, cabalgando a velocidades increíbles en el progreso científico no está reparando en la esencia de llevar una vida buena, sino una buena vida.

Citando nuevamente a Claude (op. cit. p. 65), nos invita a reflexionar sobre un comentario de Eleanor Roosevelt en 1948:

“Va a pasar un buen tiempo hasta que la historia juzgue el valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y ese juicio dependerá de lo que los pueblos de distintas naciones harán para que este documento sea conocido por todos. Si lo conocen muy bien se esforzarán para conquistar algunos de los derechos y libertades anunciados en él, y ese esfuerzo lo hará valioso en el sentido de que dejará claro el significado del documento en lo concerniente a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”

Hemos estado durante los setentidos años de vigencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ante la obligación a nivel internacional, nacional, local y personal, de adoptar mecanismos y programas eficaces de enseñanza de derechos humanos. ¿Lo hemos logrado? Al parecer no, a juzgar por los resultados vistos en todas partes. Seguimos vinculados a dicha obligación y es nuestra responsabilidad apoyar la educación para los derechos humanos.

Pero, la educación para los derechos humanos que pretendemos plantear no es lo mismo que la enseñanza de los derechos humanos.

En efecto, ésta viene haciéndose en la mayoría de los países, aunque de manera limitada, en cumplimiento de las declaraciones y pactos internacionales, en el marco de la educación cívico-política y con carácter positivista.

De hecho, en mi país, el artículo 14° de la Carta Política dispone la enseñanza obligatoria de los derechos humanos en todos los niveles y modalidades del sistema educativo. Claro que este precepto no se cumple en su totalidad, ya hemos manifestado que a nivel escolar se trata de introducir transversalmente la materia en cursos afines; y a nivel universitario sólo existe en algunas Facultades de Derecho, lo que es insuficiente.

En cambio, la educación para los derechos humanos (y no la enseñanza de los derechos humanos), en la que en mi país no se insiste ni se pone énfasis, no consiste en la promoción de ciertas habilidades sociales, sino en el ámbito propio de la educación ético-moral, como anota Barrio, J. (2005:138), quien sostiene que el carácter moral de los derechos humanos implica que su enseñanza no debe ser desvinculada de la educación ética.

La comprobación objetiva de este pensamiento es evidente. En todo el mundo, la discusión sobre derechos humanos está signada por una mentalidad positivista.

Consideramos que la causa de esta situación es que los estados suscriben los instrumentos internacionales sobre la materia pero los gobiernos y las sociedades no toman conciencia de los deberes implícitos en esa actitud. Es decir, cumplen una simple formalidad, pero no llegan a adoptar medidas concretas para formar una actitud que asegure el goce efectivo de dichos derechos fundamentales.

Esta falta de convicción política de ciertos estados en cuanto a su obligación de respetar y promover los derechos humanos se pone de manifiesto cada vez que existe renuencia o morosidad en el cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones de los organismos internacionales del sistema de protección, como en el hecho que son los mismos Estados Parte los que violan los derechos. Esta débil toma de conciencia sobre derechos humanos tiene por causa, a nuestro juicio, sin duda alguna, una falta de educación y de democracia real. Las señales y actitudes negativas que se emiten desde los órganos del poder son numerosas y distorsionan la conciencia social al respecto. Como consecuencia de ello, la criminalidad elevada se asienta y arraiga en la sociedad.

Otra perspectiva en la falta de compromiso del Estado en la materia tiene que ver, por ejemplo, con el nulo acceso de los pueblos que conforman el Estado peruano al conocimiento y, por ende, al respeto de sus derechos fundamentales.

El Perú es un país pluriétnico y multicultural, sin embargo, los instrumentos internacionales de derechos humanos, la propia Carta Política y las resoluciones más trascendentes sobre algunos casos de violaciones de derechos humanos, no han sido traducidos a la lengua de esos habitantes, que por cierto son la mayoría nacional.

Estas situaciones confirman mi posición e hipótesis de que el tema de los derechos humanos, más allá de su aspecto positivista, es esencialmente educacional por la base ética en que descansan.

Los derechos humanos no deben ser exigibles porque están contenidos en una disposición legal internacional de *jus cogens* o en una ley nacional; sino porque existe el reconocimiento a una necesidad moral.

En palabras de Barrio, J. (2005:139) “se trata de algo que no se impone a una naturaleza bruta sino que se propone a una libertad”.

Y, naturalmente, para conseguir que esa propuesta sea aceptada por el hombre es menester educar el espíritu y hacerlo libre. Sólo así se garantizará que el *ethos* pedagógico y el *thelos* de la organización política al servicio del hombre prevalezcan.

Si la educación transforma al hombre, como en efecto así es, es necesario emplearla para la ética y la política, con lo cual lograremos una real y efectiva vigencia de los derechos

humanos. La criminología es política porque la seguridad integral que es su objetivo mantener, es un fin del Estado; y tiene profundo contenido ético porque atiende a la naturaleza del ser humano como ser social cuya supervivencia y destino está en la coexistencia pacífica y armónica.

Este es el sentido y la importancia de una educación para los derechos humanos y el gobierno de los estados, que redunde en el cultivo y aplicación de la criminología y en la renuncia al fácil expediente de gobernar a través del crimen.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

La vida es el arte de sacar conclusiones suficientes a partir de datos insuficientes

Samuel Butler

La noción de crimen y castigo está marcada hoy en día por los cambios económicos, políticos, culturales y sociales de la modernidad, los cuales conllevan una desregulación económica que agrava las diferencias sociales y, al mismo tiempo, traen consigo una intensificación del control social para mitigar la inseguridad que provocan aquellos ciudadanos marginados del éxito y la prosperidad en una sociedad altamente individualista y competitiva.

Concurrentemente, las generaciones actuales no sometidas a un estricto control familiar debido a la ausencia física de uno de los padres por motivos laborales o legales son indiferentes y rebeldes a las distintas formas de autoridad, tales como la escuela, la religión y el Estado.

Paralelamente, la masificación de los medios de comunicación amplifica los miedos y expectativas sociales de acuerdo con las leyes del mercado, originando un estado de cosas complaciente y tolerante, pero al mismo tiempo profundamente fragmentado, que dificulta la construcción de un orden social consensuado en valores.

El crimen y castigo se desarrollan y explican a través de un pensamiento penal caracterizado por su instrumentalidad, esto es, la asignación de una conducta penal y el etiquetamiento como delincuente, para controlar socialmente y reducir la criminalidad; el cual ha quedado desvirtuado por el fracaso. El castigo es, principalmente, una institución social y, por ende, cultural e histórica, determinada por razones más allá de las meramente penales, con un significado y efectos que trascienden la simple retribución y la pretensión de control de la criminalidad; y que alcanza a un conjunto mayor de ciudadanos y no solo a los delincuentes.

Lo anterior ha originado que el crimen se haya normalizado como una realidad constante y omnipresente, porque hay una mayor circulación de bienes y personas; una disminución de los controles situacionales, manifestada en que las casas permanecen solas, las ciudades se han expandido, han aparecido zonas más allá del centro urbano, donde se agrupan ciudadanos ricos y marginales, en las cuales la policía no tiene presencia, entre otras situaciones; una mayor aspiración y demanda juvenil de gratificación instantánea insatisfecha; y una ineficacia del control social e individual por el debilitamiento de las formas de autoridad tradicional.

La situación descrita ha hecho que el castigo se endurezca dando lugar a una política penal de prisionización masiva, discordante con el garantismo liberal del nuevo sistema penal acusatorio, que ilusiona con un supuesto funcionamiento, sin embargo no hace sino agravar estructuralmente el problema de la criminalidad en términos de indiferencia por la marcada exclusión y la estigmatización que produce, así como por una mercantilización de la punición debido a intereses económicos que la hace insensible a la misma tasa de criminalidad.

Una mirada diferente a la conducta desviada y su corrección debe consistir en que el castigo no puede ser entendido exclusivamente en términos penales ni de objetivos utilitaristas, sino que debe ser analizado desde afuera para contribuir con fundamentos más sólidos y relevantes para informar sobre las consecuencias sociales que éste produce, con la finalidad de elaborar una política criminológica eficiente basada en objetivos más realistas.

Consecuentemente, el Estado ha fracasado en una de sus dos fines esenciales, como es brindar seguridad integral, que comprende mantener el orden, controlar el crimen y brindar protección a los ciudadanos. Ha perdido protagonismo en el sistema penal, en cambio es cada vez mayor la participación de los ciudadanos y del sector privado en la provisión de seguridad.

Frente a dicha situación, está confundido y se ha tornado inestable, por lo que procede continuamente a realizar pseudo reformas, que son verdaderamente esquizofrénicas y contradictorias.

El Estado ha creado con ese procedimiento errático dos tipos de Criminología, una Criminología del ciudadano y una Criminología del otro. Con la primera, el crimen es normalizado para promover acciones de rutina preventivas, privadas de manejo de riesgo; mientras que con la segunda demoniza al criminal para que la conciencia colectiva respalde el castigo por el castigo, como venganza represiva drástica; y acentúe el control, afectando la libertad personal. Ninguna de ellas cuestiona las causas sociales de la criminalidad, por el contrario las asumen como un hecho natural e inmodificable.

El sistema penal etiqueta y estigmatiza al sospechoso y al infractor sancionado, que en su mayoría pertenecen a los grupos marginales y vulnerables de la sociedad, constituyendo con ellos una reserva criminal a la que siempre se acude para identificar a los infractores y mantener unida a la población en torno al miedo al crimen y al criminal.

Por ello, las sanciones penales se ejecutan descuidando las importantes funciones que tienen en aras a la reeducación, rehabilitación y resocialización del infractor; y generan más violencia, por lo que la acción del estado en materia penal se aleja del principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona humana, siendo la imposición de la pena una oportunidad perdida para lograr efectivamente su finalidad.

Siendo así, el sistema penal por sí mismo jamás va a poder advertir, vigilar las condiciones propicias para la génesis del delito ni contener la criminalidad, por el contrario, la exacerba y estimula su re creación para evitar ser alcanzada por el presupuesto normativo y la consecuencia jurídica.

En la práctica cotidiana, el delito es más un status asignado a ciertas personas, por medio de la selección de los bienes protegidos legalmente, los comportamientos ofensivos, y de la elección de los individuos estigmatizados entre todos los que cometen infracciones; que una cualidad ontológica de ciertas conductas humanas y determinados individuos. En ese sentido, el Derecho Penal es una respuesta a los síntomas y no a las causas.

Por ello, la transformación de las estructuras socio económicas y políticas de la comunidad, para hacer la convivencia más igualitaria, justa y digna, es una alternativa de respuesta para controlar y reducir la criminalidad; sin embargo, se trata nada más que de una legítima aspiración, un ideal que convoca a la lucha a los hombres buenos y virtuosos, pero en modo alguno sirve para enervar las expresiones de la propia naturaleza humana imperfecta y menos aún la fuerza incontenible del poder que define la política, que actúan como fuentes de comportamientos desviados.

En la misma línea, se requiere que el hombre evolucione y no involucione paradójicamente en medio del avance de la ciencia y la tecnología, para lo cual la educación en valores éticos tiene más fuerza que el Código Penal, por lo que se debe considerar como el factor primordial para frenar el incremento de conductas socialmente desviadas.

Por otro lado, es imposible eludir o evadir la cuestión de “cómo vivir mejor”, porque no es posible renunciar a nuestra naturaleza, que es de lo que trata la ética y la política. La historia demuestra que el hombre sólo se ha preocupado por tener una buena vida y no una vida buena, llena de valores humanos. Afrontar esta tarea tiene sentido existencial y finalista para los estados.

Por ello, la educación es la única herramienta capaz de transformar al hombre, razón por la cual es un derecho fundamental empoderado, debido a que gracias a la educación el ser humano toma conciencia de sus derechos naturales y está en mejor aptitud de procurar su defensa y mejorar su ejercicio.

Específicamente, la educación en derechos humanos es indispensable para que la sociedad no se aparte del pluralismo, la tolerancia, la libertad y la igualdad, es decir, que constituya un estado verdaderamente democrático y de derecho, en el que rijan por igual el imperio del orden jurídico para todos, autoridades y población; y que las leyes atiendan a una genuina voluntad popular; a una búsqueda de solución eficaz de los problemas e intereses generales; y sean aplicadas a todos por igual, sin ninguna distinción.

El hombre es dueño de su propio destino y lo decide todo, por tanto, puede transformar el mundo, pero debe hacerlo con espíritu creador y con conciencia, en beneficio de todos y no de unos pocos, porque ello acarrea desigualdad, afecta la libertad y mancilla la dignidad

humana. El desafío que tiene ante sí la especie humana es grande y depende de la educación superarlo. Esta educación no debe limitarse a la transmisión de conocimientos, sino fundamentalmente debe consistir en una educación para derechos humanos, para transformar al hombre en un ser humano y con ello, transformar las sociedades y los Estados.

La educación para los derechos humanos debe ser una educación popular en el sentido que debe ser para todo el pueblo y debe también recoger y proyectar los contextos sociales menos favorecidos en la materia, para aprovechar aleccionadoramente para el resto de la sociedad la riqueza pedagógica de dichas vivencias y defensas de los derechos humanos.

Recomendaciones

No hay recomendación más leal que aquella que se da desde una nave en peligro.

Leonardo da Vinci

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de este libro, se impone la necesidad que se fomente la creación de facultades y escuelas de postgrado de Criminología en las universidades peruanas, a fin de poder formar criminólogos que, a largo plazo, contribuyan a la solución integral de la criminalidad con el diseño de una política criminológica integral.

Asimismo, que se intensifique el dictado de cursos de ética y derechos humanos en la educación escolar, en todos sus niveles y modalidades, así como las asignaturas de sociología, antropología, ética, filosofía y psicología en la educación superior en todas las carreras profesionales y técnicas.

ULTÍLOGO

A lo largo de este libro hemos podido observar que, en la actualidad, las diversas formas con las que desde el estado se pretende luchar contra la criminalidad, se enmarcan en el concepto de punitividad, es decir, de castigo y sanción penales, degradantes, discriminatorios y violentos. A más crimen, más leyes penales. A más leyes penales, más condenas. Sin embargo, la ecuación no termina en la expresión a más condenas, menos crímenes. Por el contrario, se

manifiestan más crímenes, no solo provenientes de reincidencias y habitualidad, sino de nuevas carreras criminales. Esto sin contar con la denominada cifra negra de la criminalidad, por lo que, entonces, la cosa es mucho más grave, aunque no tanto como aparece cotidianamente de manera deformada en los medios de comunicación social.

Al leer el capítulo referido a una mirada diferente a la punición de la conducta desviada, podemos advertir que la idea reinante en las agencias de control punitivo es causar dolor y sufrimiento con las penas, con afán vindicativo de un lado y, por otro lado, con la finalidad de generar miedo con el uso de la superioridad que otorga la fuerza que se precia de legítima. Sin embargo, nos llamará la atención que la normatividad y el funcionamiento de nuestro sistema penal solo utilice la prisión para castigar, tanto en su versión preventiva, como en su aspecto definitivo con la condena, excluyendo otras formas de políticas no punitivas o extrapenales, como son, entre otras, las acciones de bienestar social, las acciones de reeducación, resocialización y rehabilitación en la prisión, la justicia restaurativa y todas las medidas de prevención.

Nos duele cómo el estado muestra desdén y la sociedad menosprecio por implementar medidas preventivas, acciones de neutralización y de reparación del crimen y de la victimidad. La política penal es la de ser duros contra el crimen. Por eso, desde el trato que se da a un ciudadano por un agente de seguridad municipal o un efectivo policial, se nota esta tendencia de infundada arbitrariedad, sospecha y grosera descortesía.

¿Se ignora acaso que la criminalidad es el resultado de causas profundas estructurales de orden social, económico y cultural, que se entrelazan dando como consecuencia la desviación?

¿Se desconoce quizás que la sobre exposición tendenciosa de los crímenes visibles, que son los delitos callejeros, y no de los crímenes de cuello blanco, origina un pánico social que favorece unas condiciones para gobernar de determinada manera, basándose en desigualdad de oportunidades, estereotipos y paradigmas perjudiciales a los miembros de los grupos sociales más vulnerables y desfavorecidos económica y socialmente?

¿Se ignora tal vez que la seguridad ciudadana, apoyada básicamente en control y vigilancia para castigar, es inútil frente al mantenimiento de los factores, condiciones y causas criminógenas, contra las cuales si hay que ser duros para superarlas?

No creo. Eso lo saben quienes ejercen el poder y marcan esa tendencia de etiquetar y estigmatizar a unos y otorgar invisibilidad e impunidad a otros.

En el capítulo dedicado a la educación, encontremos, por contraste, la constante histórica de que la opinión pública carece de influencia sobre la política criminológica, sí en cambio sobre la política penal, porque es inducida por el miedo que le es generado por los medios de comunicación social para clamar por más penas y más prisión, lo cual es atendido de inmediato por los políticos con afanes de captar réditos electorales.

Pareciera que es lo único en lo que la clase política no está incomunicada de la ciudadanía. En todo lo demás hay indolencia de aquellos y pérdida de credibilidad de éstos. En cambio, la criminalidad de cuello blanco no es visible porque permanece detrás del velo del poder.

¿Por qué no se legisla para que se ejerza un control efectivo sobre las declaraciones juradas de los altos funcionarios públicos; y para que levanten su secreto bancario y tributario al finalizar su gestión? La obligatoriedad constitucional del funcionario público de presentar su declaración jurada de bienes y rentas, antes de asumir el cargo, durante el desarrollo del mismo y al cesar en su función ¿no es acaso simbólica? ¿Se hace algo con dichas declaraciones juradas, además de publicarlas y archivarlas en algún anaquel? ¿Las fiscalías y procuradurías anticorrupción y de lavado de activos, indagan, investigan y denuncian los desbalances patrimoniales de los altos funcionarios públicos permanentemente?

La interrogante que planteo en este libro es si deseamos seguir siendo gobernados mediante el crimen, perdiendo espacios de libertad, sufriendo intromisiones en nuestra vida diaria, padeciendo un estado de sospecha permanente y siendo constantemente vigilados por videocámaras instaladas en calles y establecimientos públicos y privados, siendo intervenidos, registrados, revisadas nuestras pertenencias y maltratados repentinamente por agentes de control con deficiente formación, malas formas y peores esquemas interpretativos de nuestras conductas; mientras que simultáneamente crece la violencia doméstica, escolar, social y política.

El mensaje que deseo compartir con este libro es que estando sumidos en el neocapitalismo, una eficaz política criminológica de prevención de la criminalidad y la victimidad, deberá preocuparse en los asuntos referidos al empleo, la salud, la educación, la seguridad social, la igualdad, la salubridad, la alimentación, la vivienda, la recreación y el estilo de vida, esto

último para estimular la solidaridad y evitar la hipertrofia del *yo*, que en un medio económico que alienta el exitismo, el facilismo, el inmediatismo y el individualismo, se torna altamente criminógeno.

El giro en la gobernanza del crimen, a la salud, el empleo, la educación y los demás aspectos antes citados, que nunca debió perderse, es definitivamente democrático ya que estaría concentrado en lo normal, natural y habitual en que debe funcionar un estado; y no en lo excepcional y marginal. Una estrategia gubernamental que se centre más en una mejor regulación de la vida estándar es mucho más efectiva que una que se apoye en la supuesta contra motivación y la coacción de la pena. Creo que esto gana corazones y fructifica mentes, más que el actuar lerdo, oneroso y equivocado de las agencias de control penal. En definitiva, construyamos socialmente una criminología cautelar, militante y pública que reemplace al sistema penal extemporáneo, rutinario y ritualista, estatal y con déficit social.

ANEXO

REFLEXIONES CRIMINOLÓGICAS EN CLAVE DE HUMOR

"Sin amor y sin risas nada es agradable"

Horacio

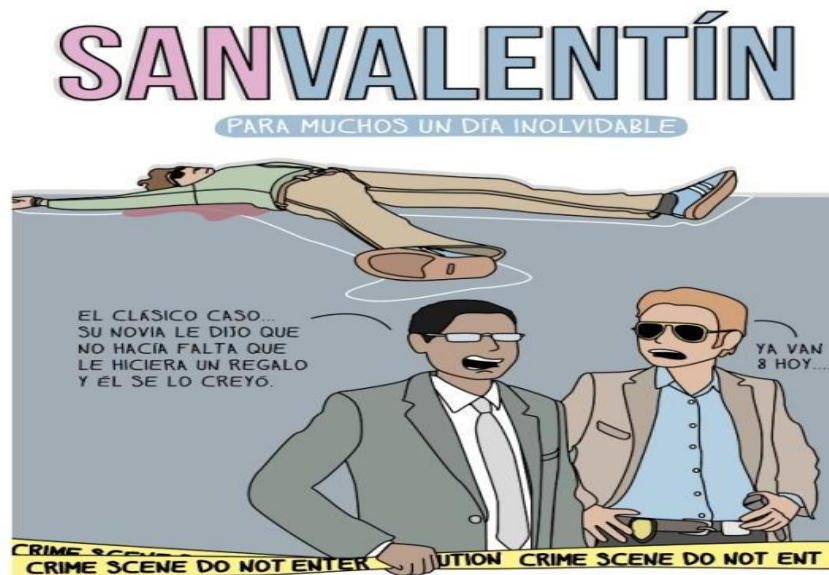
El humor, en cualquiera de sus ricas variantes, es una inspirada especie idónea para enunciar un compromiso cívico a través de la sutileza, la agudeza y la creatividad, a fin de contribuir a la reflexión y posteriormente a la acción alrededor de un tema de interés público, como en el presente caso es la cuestión criminal de nuestro país, que crece inclementemente. Es, en definitiva, de una propuesta comunicada y hecha pública a través de un medio diferente al común, pero quizás más efectivo, pues según reza el proverbio popular “una imagen dice más que mil palabras”.

Esta expresión artística, como cualquier otra manifestación de arte, es el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los artistas, por lo que no es democrático acallar el humor, como no lo es tampoco, silenciar ninguna otra forma de expresión, por cierto sin ofender la dignidad de alguien, pero en el presente caso se trata de mostrar, gracias a la generosidad de los reconocidos artistas que han autorizado la publicación de algunas de sus afamadas

caricaturas, de mostrar de manera irónica la cuestión criminal; por el contrario el deseo del autor de este libro es el de poner de manifiesto que desde el arte también es posible hacer criminología, pues el humor gráfico es conceptual e inteligente, hace pensar e invita a la reflexión académica y la teorización sobre el tema aludido en el humor gráfico.

La mayoría de las veces, las personas comunes y corrientes, el ciudadano de a pie, comprende más y mejor la situación que lo aflige cotidianamente mediante el humor gráfico, razón por la cual es preciso entender, valorar más y promover el humor gráfico en contextos interdisciplinarios, como el autor de este libro aspira a hacer con la selección de viñetas que se publican en el anexo, gracias reitero a la inconmensurable generosidad y comprensión de los artistas creadores de las mismas.

Hagamos, pues, converger la inteligencia del artista gráfico con la del lector de este libro.



Crimen pasional?...Pasión por el neoliberalismo económico, el consumismo y el egocentrismo.

Autor: Anónimo.

Fuente: <https://sundaysbaking.wordpress.com/>

La normalización del crimen en la sociedad actual ha llegado a niveles alarmantes. La ciudadanía y la niñez conviven con la criminalidad con rasgos maníacos.



Autor: Anónimo
Fuente: www.fotoshumor.com

El crimen es multifactorial y pluricausal! Los criminales no son solamente los marginales, insignificantes y vulnerables.



Autor: Cristian Hernández.
Fuente: <http://cristiancaricaturas.blogspot.pe/>

Gentil autorización brindada por el reconocido caricaturista Cristian Hernández.
¡El crimen es ubicuo y multimodal! La selectividad del derecho penal es alucinante.

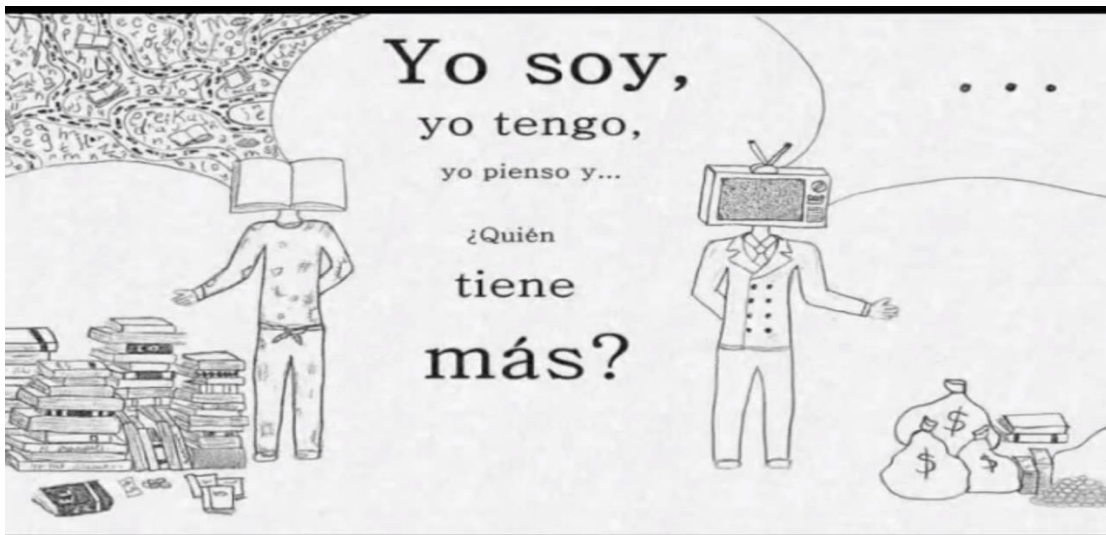


Autor: Anónimo

Fuente:

<http://www.humor-grafico.com/papa-estoy-considerando-una-carrera-en-el-crimen-organizado/>

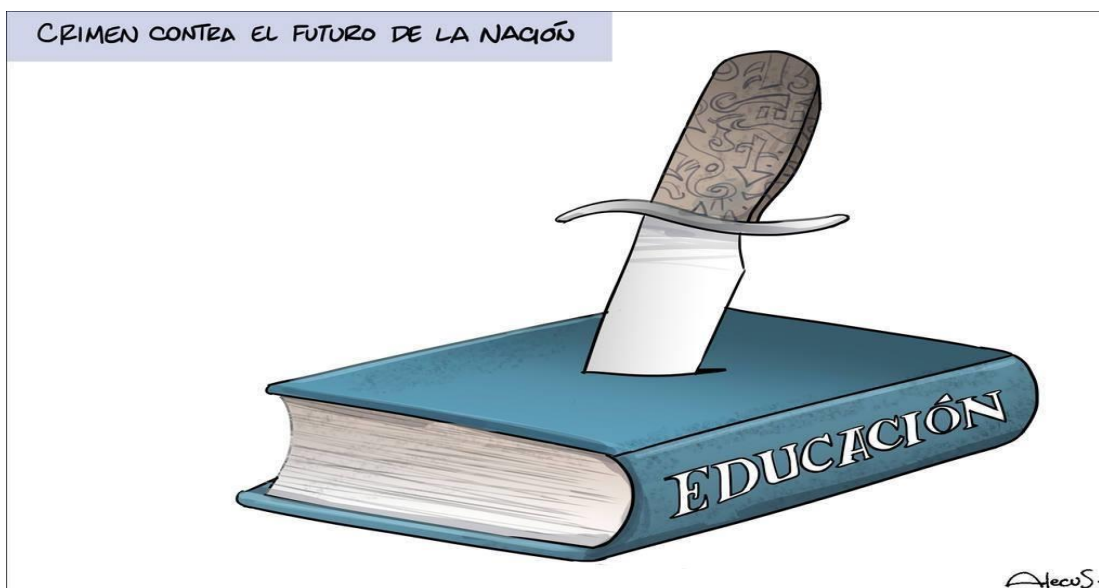
Según la criminología crítica, el capitalismo es altamente criminógeno por la idolatría al dinero y las cosas que se pueden comprar con ello, lo que genera un círculo vicioso caracterizado por la búsqueda de más dinero sin importar los medios utilizados y más consumo suntuario.



Autor: Anónimo.

Fuente: <http://www.pinfrases.com/pin/yo-soy-yo-tengo-yo-pienso/>

*La Criminología enseña que la educación, entre otros factores, previene el crimen.
¡Estemos atentos ante los crímenes contra la educación!*



Autor: Alecus

Fuente:

<http://www.elsalvador.com/caricaturas/alecus/alecus-crimen-contra-futuro-nacion-145602>

Gentil autorización brindada por el reconocido caricaturista Ricardo Clemente Alecus.

FUENTES DE INFORMACION

1. Agamben, Giorgio (1999) *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida*. Editorial: Pretextos. Valencia, España.
2. Anitua, Gabriel (2015) *Historias de los pensamientos criminológicos*. Ediciones Didot, Argentina.
3. Antonio Fernández Galiano y Benito de Castro Cid (1999) *“Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural”* 3º edición, Ed. Universitas, Madrid.
4. Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Editorial Taurus. 1998.
5. Avilés Gómez, M. *Criminalidad organizada. Los movimientos terroristas*. Unisci Discussion Papers N° 9, Octubre 2005. Alicante, Club Universitario.
6. Bar, C. L. von (1992). *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtsheorien*. Ámsterdam: Scientia Verlag

7. Barrio Maestre, José María (2005) “Educación para los Derechos Humanos” en *Hacia una Cultura de los Derechos Humanos*, editado por Alfred Fernández. Universidad de Verano en Derechos Humanos y Derecho a la Educación, Ginebra, Suiza.
8. Beccaria, Cesare (2011) “*De los delitos y las penas*” Editorial Trotta. Madrid.
9. Bottoms, Anthony: *The politics and philosophy of sentencing*. En: *The politics of sentencing*, editado por Chris Clarkson y Roo Morgan, Oxford, Clarendon Press, 1995
10. Boullant, Francois (2003): *Michel Foucault y las prisiones*, Nueva Visión. Buenos Aires.
11. Bidart Campos, G. (2002). *Lecciones Elementales de Política Argentina*: Ediar.
12. Campos Zamora, Francisco (2010) *Pensar el castigo Evolución de las formas penales en Michel Foucault*. Disponible en. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32621/1/Doxa_33_32.pdf
13. Colina, Carlos. McLuhan y las tecnologías de la comunicación, en *Humanitas Portal temático en Humanidades*. Recuperado de <http://www.uco.es/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/nuevode/doctorado/comunicacion/McLuhan.pdf> (1993).
14. Corporación Latinobarómetro (2021) Informe 2021. Disponible en. [file:///F:/Latinobarometro_Informe_2021%20\(5\).pdf](file:///F:/Latinobarometro_Informe_2021%20(5).pdf)
15. De Trazegnies, Fernando (2000). *Ética y Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Disponible en <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaf.htm>.
16. Díaz Cortés, Lina (2007). Algunas consideraciones sobre el castigo. Una perspectiva desde la sociología. *Derecho Penal y Criminología*. Vol. 28 N° 83. pp. 141-176. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3311839>
17. Dreyfus, H., y Rabinow, P. (1992) *Michel Foucault. Un parcours philosophique, au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Gallimard. Paris.
18. Durkheim, Emilio (1990). *La educación moral*. México: Colofón.
19. Durkheim, Emilio (1982) *La división del trabajo social*. Akal Editor, Madrid.
20. Estay, Juan y Monteverde, Alessandro (2018) “*A propósito de criminalidad y salubridad en Chile: Notas históricas para su estudio*” Editorial Cuadernos de Sofía, Santiago, Chile.

21. Ferrero, Raúl (1975). *Ciencia Política*. Perú: Studium.
22. Foucault, Michel (2002) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. 1ª. reimpresión, Siglo XXI Editores. Argentina
23. Garland, David (1999) *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*. Siglo XXI editores, México.
24. Garland, David (2005), *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. España: Gedisa.
25. Garland, David (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Colombia: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
26. Anitua, Gabriel Ignacio (2015) 1ª. Edición. “*Historias de los pensamientos criminológicos*” Ediciones Didot, Buenos Aires, Argentina.
27. Gargarella, Roberto (2016) “*Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*” 1ª. Edición, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina.
28. Garzón Valdés, Ernesto. *Propuestas*. Madrid: Editorial Trotta S. A. 2011.
29. Geis, Gilbert “*El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico*” Estados Unidos de América. Disponible en:
http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/el_delito_de_cuello_blanco_como_concepto_analitico_e_ideologico.pdf
30. Giddens, A. (2006). *Sociology*. EUA: Polity Press.
31. Gomes, Luis Flavio y Alice Bianchini. (2006). Derecho penal del enemigo y los enemigos del derecho penal. En: *Derecho penal del enemigo. El derecho penal de la exclusión*. Cancio, Meliá y Gómez Jara Díez (coordinadores). Buenos Aires: Edisofer-B de F.
32. Gutiérrez, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid. 2005.
33. Harvey, David. (2014) *Breve historia del neoliberalismo*. En: Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico de la Asamblea Legislativa.
34. Hayek, Friedrich A: (1978) *Camino de servidumbre*. Alianza editorial, Madrid.

35. Ihering, Rudolf (1985) *La lucha por el Derecho*. Madrid: Civitas.
36. Joaquín Varela Suanzes (1998) “*Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*” Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
37. Larrauri, Elena. “*Populismo punitivo... y como resistirlo*”. En: Revista Jueces para la democracia, N°55, Madrid, 2005.
38. Larrauri, Elena: *La economía política del castigo*. En: Revista de estudios de la justicia, N°11. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2009. p. 6.
39. Maier, J. (2006). La esquizofrenia del derecho penal. En I. Rivera Beiras, *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Anthropos. Madrid.
40. Palacios Pámanes, Gerardo (2014) “*Criminología contemporánea. Introducción a sus fundamentos teóricos*” Segunda edición. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F.
41. Pastor, D. (2005). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del despres tigio actual de los derechos humanos. *Nueva Doctrina Penal*, 1, 73-114.
42. Pavarini, Massimo (2010) “*Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*” XXI Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, Argentina.
43. Pavarini, Massimo (2012) “Penalidad, crítica y cuestión criminal”. En Revista *Nova Criminis, Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, Número 3. Santiago.
44. Pérez Pinzón, A. (1986). *Curso de Criminología*. Colombia: Temis.
45. Quinney, Richard (1970) “*The Social Reality of Crime*”, Little, Berown & Co., Boston, Estados Unidos de América.
46. Richard Pierre Claude “Derecho a la Educación y Educación para los Derechos Humanos” p. 39-65 en Revista Sur de Derechos Humanos, Año 2, Número 2, 2005.
47. Samour, Héctor: *Aspectos ideológicos del paradigma neoliberal*. En: Revista Realidad N 66, San Salvador, 1998.
48. Serrano Gómez, Alfonso “*La Criminología crítica*” España. Disponible en: [file:///C:/Users/grios/Downloads/Dialnet-LaCriminologiaEtica-46231%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/grios/Downloads/Dialnet-LaCriminologiaEtica-46231%20(5).pdf)
49. Schmill, Ulises O. (1987) “El debate sobre Mitilene. Una interpretación” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 4. 203-245 pp.

50. Stiglitz, Joseph. (2014) *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*. Editorial Taurus, España.
51. Taylor, Ian, Walton, Paul y Young, Jock (1997) “La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada” Amorrortu editores, Argentina.
52. Vergés Ramírez, S. (1997). *Derechos Humanos: Fundamentación*. España: Tecnos. (1988). *El derecho de la libertad en Hegel*. España: Estudios de Deusto.
53. Wacquant, Loïc: *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2010.
54. Zaffaroni, Eugenio (1998) “*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*” Segunda reimpresión. EDIAR. Argentina.
