

POSMODERNIDAD E INSEGURIDAD CIUDADANA: EL SURGIMIENTO DEL NUEVO ENEMIGO

ALFREDO ARAYA VEGA¹

Pero cuando el delito sea una ofensa a un tercero, los jueces deberán ser mitad iguales al reo y mitad iguales al ofendido. Así, estando en equilibrio todo interés particular que involuntariamente modifica las apariencias de los objetos, no hablarán más que las leyes y la verdad.

Cesare Beccaria

Sumario. I. Introducción. II. Estado actual del Derecho Penal en temas de seguridad ciudadana. III. Respuesta estatal al fenómeno criminal. IV. El migrante: el “nuevo enemigo” en el derecho actual. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen. El fenómeno de la delincuencia aqueja cada vez más a la sociedad costarricense. A través de los aparatos ideológicos de poder, se ha pretendido buscar una solución tanto formal (legislativa, ejecutiva, judicial, penitenciario) como informal (medios de comunicación, religión, etcétera). La respuesta actual a este fenómeno se ha potenciado a partir del discurso del derecho penal del enemigo, donde las concepciones tradicionales se han eliminado mediante una ruptura del orden establecido. La migración es un claro ejemplo de este cambio, por medio del recrudescimiento legislativo en la materia y la diferenciación entre los unos y los otros. Llegados a este punto, surge la siguiente pregunta: ¿qué hay fuera de esta ideología?

Palabras clave: Seguridad, ciudadano, enemigo, funcionalismo.

¹ Juez Superior Titular del Tribunal Penal de San José de la República de Costa Rica; Doctor en Derecho por la Escuela Libre de Derecho; Doctor Honoris Causa por la Universidad de Ciencias Jurídicas de México; Doctorando Estudios de la sociedad y la cultura de la Universidad de Costa Rica; Magister en Ciencias Penales. Correo electrónico: aarayav@poder-judicial.go.cr

Abstract. The phenomenon of crime increasingly afflicts Costa Rican society. Through the ideological apparatus of power, it has been sought to find a solution, both formal (legislative, executive, judicial, penitentiary) and informal (media, religion, etcetera). The current response to this phenomenon has been strengthened from the discourse of the criminal law of the enemy, where traditional conceptions have been eliminated through a rupture of the established order. Migration is a clear example of this change, through legislative tightening in the matter and the differentiation between the two. At this point, the following question arises: what is outside this ideology?

Keywords: Security, citizen, enemy, functionalism.

I. Introducción

Uno de los fantasmas que más ha violentado el sueño de los “filósofos reyes” –a quienes Platón² (“la planta más hermosa de la antigüedad”, en palabras de Nietzsche³) quería ver al mando de la sociedad, en su mundo idealizado de “castas”, “roles” y “funciones”–,⁴ es el desalentador y también maravilloso descubrimiento de que toda supuesta “verdad” comunicada o conservada para su comunicación –a través de algún medio de permanencia contra el tiempo y el olvido, ya sea mediante la tradición oral, de la escritura, de los símbolos, de las imágenes, de las normas o de nuestros modernos y sofisticados sistemas de almacenamiento electrónico–, sea simple o compleja –según lo elaborado de sus planteamientos–, lejos de brindar seguridad con respecto a la realidad de las cosas, resulta apenas una interpretación u observación particular, parcial, selectiva y sesgada, que por no ser una respuesta unívoca, evidencia todo un universo de preguntas y de enfoques que nunca se hicieron.

Esta es, precisamente, la ironía de todas ciencias, es decir, la certeza de que lo que se dice o se descubre como cierto –o sea, como algo objetivo– no es del todo “cierto” ni “objetivo”; y esta es, también, la utopía de todas las ciencias: empujar hacia una cima, levantada por los hados de la realidad, la pesada roca de nuestras “verdades” a medias –interpretaciones–, una y otra

2 Filósofo griego, cuyo verdadero nombre era Aristocles (h. 427-347 a.C.).

3 Friedrich Nietzsche, filósofo alemán (1844-1900)

4 *La república*, de Platón. Su república utópica se compone de tres estamentos sociales: la clase trabajadora y artesana, la militar y la dirigente (filósofos reyes). Cada una de estas clases posee una función social determinada; es decir, cada una ejecuta determinados roles, que realizan determinadas expectativas de la sociedad; nada más a propósito, para empezar a hablar sobre el funcionalismo jurídico.

vez, y aunque siempre se nos vuelva a caer en el abismo de nuestras limitaciones.

No es casualidad que en el ensayo *El mito de Sísifo*,⁵ del escritor francés Albert Camus (autor existencialista, 1913-1960), este entienda al ser humano como “el héroe del absurdo” porque, a pesar de que su tarea es imposible, continúa en el intento.

Así, pareciera que en este mundo humano en que vivimos, “la realidad” no existe como tal o no es posible –y por ello nos hemos inventado, en términos teórico-conceptuales, otra aprehensible–; y, como en el mito de la caverna,⁶ apenas percibimos algunas sombras de “lo real”, que adquieren vida cuando las observamos, comunicamos que las observamos o fabricamos conceptos a partir de ellas –como cuando se dice que el árbol que cayó en el bosque y nadie lo escuchó caer, en realidad nunca cayó.

5 Sísifo: personaje de la mitología griega, fundador y rey de Corinto e hijo de Eolo. Por su ambición y por retar a los dioses, Zeus lo condenó a transportar eternamente una pesada piedra a lo alto de una colina. Ángel Ma. Garibay K., *Mitología griega, dioses y héroes*, decimotercera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, p. 219. “...Si este mito es trágico, lo es porque su protagonista tiene conciencia”. <http://www.lainsignia.org>

6 “...Supongamos, dice Platón, que a uno de los prisioneros, ‘de acuerdo con su naturaleza’ le liberásemos y obligásemos a levantarse, volver hacia la luz y mirar hacia el otro lado de la caverna. El prisionero sería incapaz de percibir las cosas cuyas sombras había visto antes. Se encontraría confuso y creería que las sombras que antes percibía son más verdaderas o reales que las cosas que ahora ve. Si se le forzara a mirar hacia la luz misma le dolerían los ojos y trataría de volver su mirada hacia los objetos antes percibidos”. Libro VII de *La república* (514^a-516d), Platón. <http://www.e-torredabel.com/Historia-de-la-filosofia/FilosofiaGriega/Platon/MitodelaCaverna.htm>.

Expuestas estas circunstancias, conviene reflexionar acerca de los fenómenos de la inseguridad ciudadana, de la delincuencia y de su relación con la población migrante, y plantearnos la siguientes preguntas: ¿Hay enemigos en la sociedad? ¿Quiénes son?

Esto guarda una estrecha relación con los conceptos “realidad” e “interpretación de la realidad”. Además, este planteamiento dual –simbiótico– entre lo que “es” y lo que “se piensa o comunica” ha sido, es y será un problema sustancial constante en la historia de las diversas formas en que el ser humano ha pretendido explicar su propia naturaleza y la de su entorno material, social y espiritual,⁷ donde no es raro que lleguen a confundirse con la realidad y generen modelos hiperreales, sin distinción entre lo real y lo imaginario (Baudrillard, 1994).

La realidad político-cultural constantemente somete al individuo a encasillamientos peligrosos, los cuales apartan a ciertos seres humanos de la sociedad considerán-

7 Así, de manera evidente o solapada, el legado de Platón subsiste, hasta nuestros días, en todos aquellos discursos teórico-científicos que parten de la diferenciación entre el mundo “real” –o sea, la materialidad social en sus múltiples manifestaciones– y el mundo “ideal” –es decir, todas aquellas construcciones conceptuales creadas por el ser humano a efectos de interpretar y comunicar una realidad de carácter interpretativo-virtual. Recuérdese que Platón sostuvo la existencia de dos mundos distintos: el de las ideas y el de las cosas, mundo inteligible y mundo sensible; para él, Dios –la divinidad– es el intermediario entre los dos mundos, y las cosas son representaciones imperfectas de las ideas.

dolos personas o no personas (criterios organicistas de G. Jakobs, como se verá).

Este ensayo pretende responder a las siguientes interrogantes: ¿En Costa Rica juzgamos a personas o a enemigos? ¿Se aplica en nuestro país un derecho penal del enemigo tratándose de migrantes? ¿El delincuente declarado judicialmente es un enemigo? ¿Cómo se aparta a los enemigos? ¿Qué relación existe entre la realidad y el imaginario popular (o mito) acerca de que el incremento cuantitativo de la criminalidad es producto de la migración? ¿Cómo se ha construido ese mito? ¿Qué formas adopta el mito? ¿Cómo afecta esa percepción el tema de la xenofobia hacia esos migrantes?

Para un segundo desarrollo del trabajo (segunda parte), se podría preguntar: ¿Cuáles segmentos de la sociedad costarricense son más proclives a asumir el mito? ¿Cuáles asideros en la realidad tiene la creencia de que los migrantes extranjeros han venido a “entrenar” a los delincuentes ticos, enseñándoles métodos más violentos que antes no se veían en nuestra sociedad? ¿Cuál percepción tienen los migrantes de esos países acerca de sus compatriotas que delinquen en Costa Rica?

Estas y otras interrogantes se plasman en el presente trabajo, el cual pretende un acercamiento al tema del derecho penal y el fenómeno criminal y migratorio.

II. Estado actual del derecho penal en temas de seguridad ciudadana

Instruido por los filósofos y los físicos, adquirí un exacto presentimiento de la verdad.

Anatole France

Todos los informes actuales⁸ determinan un problema de seguridad ciudadana, apuntando hacia un crecimiento desmedi-

8 “[...] La violencia y la criminalidad han alcanzado dimensiones de gran magnitud en el país, tal y como lo evidencia el aumento sostenido del número de delitos que se cometen, el crecimiento de las tasas de victimización y la elevada sensación de inseguridad en la población. Aunque la violencia social y delictiva es comparativamente baja frente a otros países de la América Latina, las tendencias hacia un marcado deterioro de nuestra situación nos obligan a actuar con prontitud y determinación. Así, por ejemplo, la tasa de robo (93 por diez mil habitantes en el 2006) es relativamente alta para los estándares internacionales y refleja el aumento especial alarmante que ha tenido la tasas de algunos delitos contra la propiedad en el país: entre 1990 y el año 2006, el robo creció en un 748 %, el hurto en un 54 %, el robo a vehículos un 37 % y el robo a casas un 20 % (Sistema de Indicadores de la Violencia (Sisvi) del Ministerio de Justicia). [...] Por otra parte, los delitos contra la vida también se han disparado. En las dos últimas décadas las tasas de homicidios y de asaltos con violencia se han más que duplicado (PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2005; Programa Estado de la Nación 2007). [...] Al analizar los datos de victimización, se observa que el porcentaje de hogares donde algún miembro ha sido víctima de un delito pasó de un 20 % en 1986 a un 38.7 % en el 2004 (PNUD 2005). [...] A la par de la tendencia hacia el crecimiento de los delitos y de la victimización, ha crecido también la alarma social ante la criminalidad. La mayoría de estudios y encuestas de opinión confirman que la seguridad ciudadana constituye una de las principales preocupaciones de los costarricenses. Dos recientes estudios así lo confirman: para 46 % de la población la inseguridad y las drogas son el principal problema del país (PNUD, Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana 2006); y cerca del 65 % de los costarricenses afirman que Costa Rica es un país nada o poco seguro (CID-Gallup, 2008)”.

do de los actos delincuenciales: informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), informes del Programa de Estado de la Nación, Sistema de Indicadores de Violencia del Ministerio de Seguridad (Sisvi), CID Gallup, Ilanud. Incluso, el reciente informe del Banco Mundial (Crimen y violencia 2010) y el del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010) confirman el incremento delincencial en Centroamérica y, sobre todo, asociado al problema de extranjeros.⁹ Por ello, las soluciones estatales van dirigidas en tal sentido.¹⁰

La política criminal contemporánea enfrenta los embates del populismo punitivo. El fenómeno de criminalización intensa, de falta de contención represiva y del abuso inflacionario del poder punitivo, constituido en razón de una psique social alterada por la neurosis y la paranoia colectivas, referente al problema de la inseguridad ciudadana, ha hecho del derecho penal material y del derecho penal práctico instrumentos dúctiles de respuesta sancionatoria, cada vez más poderosos y absolutos. La difícil situación que sufre la sociedad ante el delito, ha motivado que el

Estado le responda, sí..., pero no en la medida adecuada ni oportuna.

El paradigma actual de la respuesta ante el fenómeno criminal es de visión única, estricta y absoluta; y, precisamente, del incremento del poder punitivo del Estado. Así, el discurso que le otorga predilección a medidas reguladoras menos garantistas, como las contempladas en las normas de la actualidad, es, concretamente, el de monopolización de los criterios y factores “genéticos” de la inseguridad ciudadana.

Los motivos determinantes sobre la creación de leyes penales cada vez más intensas, del empoderamiento de los cuerpos policiales y de una consecuente reducción de prerrogativas innegociables del acusado, surgen siempre como correlatos de un discurso político que pretende otorgarle legitimidad con fundamento solo en sus calculadas intenciones y en la ignorancia de los lineamientos políticos del Estado.

En la inflación del derecho positivo, en materia penal, se ha olvidado la legitimación que imprime la sujeción a la identidad política del Estado en su discurso político legitimador, a las leyes que se formulan en su entorno; de toda suerte que las leyes ahora carecen de una justificación teórica y ética, pues parten, simplemente, de la funcionalización del poder represivo, y ya no de una comprobación previa de la compatibilidad del derecho con su fuente de poder y de legitimidad.

9 Colocando el problema migratorio como falta de contención: social, familiar, educacional, salud, entre otros, lo cual los hace proclives a la delincuencia.

10 Basta analizar el “Informe de política integral y sostenible de seguridad ciudadana y promoción de la paz social, 2010”.

El rigor punitivo desenfrenado no solo es causante de una crisis normativa, sino que también ha modificado la percepción del Estado ante el delito, forzándolo a ignorar factores criminógenos, como la falta de equilibrio de clases sociales, la incipiente oportunidad laboral, problemas de vivienda, de extrema pobreza, de la precaria situación del sistema educativo. También lo ha obligado a enfocarse, exclusivamente, en la represión como medida única para la “sistemática y metódica” atención al fenómeno delictivo, utilizando al imputado como objeto de los experimentos normativos pertenecientes al nuevo rumbo de la política criminal contemporánea, que ya no es un conjunto de métodos con que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal (Delmas, 1986), sino solamente el acrecimiento del poder represivo, como ya se dijo.

En efecto, el empleo de factores poco razonables para la atención al delito, la funcionalización amplia del poder represivo y la poca identidad política nacional, han degenerado la condición de los pilares demoliberales de un Estado de derecho, los cuales se nutrían de la simbiosis crítica y equilibrada entre los derechos y garantías fundamentales y la aplicación pertinente del *ius puniendi*, tomando como base las prerrogativas indisponibles (ergo, inviolables) del acusado e, incluso, de la víctima.

Actualmente, el intenso respaldo popular y mediático a políticas funcionalistas

del derecho penal –derecho penal del enemigo y, en especial, de migrantes–, genera inexorablemente una compatibilidad o una relación ideológica (calculada o no) con otros modelos de política criminal excluyentes del que domina en un Estado democrático de derecho (liberal), pues sus principios fundamentales son diversos y, muchas veces, disconformes entre sí.

Tal es el caso del derecho penal del enemigo (deshumanización de la respuesta punitiva y del sistema de catalogación de personas, según su peligrosidad social) o del derecho penal eficaz (consistente en la apuesta por un efectivismo yuxtapuesto a los derechos, garantías y principios fundamentales de los acusados, dividido entre efectos manifiestos y latentes –simbolismo y criptografía de sus efectos reales y pretensiones verdaderas–).

Nótese la falta de sujeción de la potestad reguladora del Estado y de su identificación conforme a sus lineamientos políticos elementales, es decir, la incongruencia entre las leyes y el modelo político adoptado por el Estado, toda vez que en un modelo democrático de política criminal no se busca “gobernar a través del delito” (Larrauri, p. 9) repotenciando los efectos sociales nocivos del poder punitivo, sino brindar atención efectiva a los fenómenos sociales sin ceder los principios fundamentales que le dan legitimidad; en otras palabras, se busca producir orden y no control.

La situación actual de la legislación y proliferación de derecho positivo en el campo del derecho penal, confunde el sentido dogmático de política criminal antes apuntado. Ante una visión de exclusiva solución (represión), ya no se buscan soluciones o atenciones integrales al problema social, sino que se mantiene como visión de túnel al poder represivo como único método de solución de delincuencia. Tal circunstancia provoca la vigencia absoluta del viejo aforismo “más de lo mismo”.

Ahora bien, en la actualidad pervive un sentimiento colectivo de inseguridad ante la delincuencia, igualmente promocionado por uno de los aparatos ideológicos de poder más influyentes: los medios de comunicación (Castro, 2000), reproductores de ideología (Kellner, s. a.). En los noticieros, en la difusión masiva de información y en los procesos de elección popular, se manifiesta regularmente el fenómeno de la inseguridad social hacia el delito y a sus más diversas manifestaciones, donde se promueven métodos institucionales violentos contra el “hampa” y la delincuencia organizada.

Tales movimientos sociales implican siempre una crítica de la estructura social establecida en el momento y en el territorio donde se presentan estas fenomenologías. Dicha oposición encuentra respaldo en la agrupación mediática, donde se fomenta la sensación de inseguridad con la propagación de los cruentos sucesos, de

los delitos y hechos violentos..., siempre con un claro interés alejado de la simple información.

La promoción mediática de los hechos sangrientos, la violencia y la delincuencia tecnológica, ha logrado forjar una concepción acrítica del delito en la colectividad, como un factor irremediable y execrable, que merece la respuesta más rigurosa del Estado, popularizando el discurso político de la intolerancia. Actualmente, la sociedad experimenta un período de insatisfacción por la “ineficacia” de la Administración de Justicia, pues muchos acusados no son condenados, lo cual, a su juicio, comporta impunidad.

La sociedad demanda protección y, con ello, inquiera una deslegitimación de las garantías procesales del sujeto acusado, en un proceso penal, para optimizar la depuración de delincuentes del conglomerado. Esta acepción popular es la nueva fuente del rumbo actual de las políticas criminales modernas, que oscila entre el desmejoramiento del ser humano, sujeto del proceso sancionatorio, y un protagonismo radical de las víctimas.

Hablar de personas indeseables, de delincuentes, de *extranjeros*, del hampa, contrastándolo con la inocencia de las víctimas de los hechos delictivos, inclinará la balanza social hacia el desprecio del ser humano que provocó la lesión. Esto generará un sentimiento generalizado de

inseguridad, de anomia, de injusticia y de temor.

Así lo definen los noticiarios cuando hablan de una era de inseguridad, y lo continúan los demagogos candidatos a la política cuando describen propuestas de “mano dura contra el hampa”, desplazando la concepción a una esfera más amplia de voluntades y de ejercicios políticos: la sociedad.¹¹

La sola mención de ciudadanos ya se percibe como una diferenciación entre estos (con las mejores etiquetas) y los *enemigos* –delincuentes, antisociales, hampones, *migrantes* o criminales–, que sufren la peyorativa atención social y el peor de los epítetos, y cuya extensión abarca toda esfera de interacción colectiva en el marco de la sociedad. En este ámbito, la máqui-

na bárbara señalada por Deleuze¹² (Rojas, 1997) cobra vigencia, por ser un medio reproductor de ideología.

No es difícil notar la posición de los medios de comunicación por la situación delincuencial que atraviesa el país. Valga decir, únicamente, que esa asunción (partidaria de la extrema represión) alcanza a la mayoría de la población, destinataria de las políticas criminales, y se contamina con influjos del llamado *terrorismo informativo* (Carranza, 1994). Este se encuentra claramente dirigido al migrante, etiquetado este como el “otro amenazante”, concepto construido por Sandoval (2008) al referirse a la construcción del imaginario costarricense sobre el extranjero, en especial el nicaragüense.

En ese predicado, los medios se han aprovechado de los sucesos y los han focalizado de manera tendenciosa, para inflar sus intereses y favorecer algunos de ellos que resultan políticos; con ello ejercen, de manera programática y metodológica, una manipulación de la voluntad colectiva, que con la información recibida presume la violación a las garantías fundamentales como algo necesario y virtuoso, para corregir el mal que el delito representa, aun

11 “[...] Es increíble lo que pasa en este país: parece que ni el Poder Judicial, ni los diputados, ni los políticos escuchan los gritos de alarma de los ciudadanos, ante la rampante inseguridad ciudadana en todo el país. [...] Con la excusa que tienen ‘domicilio fijo’ los tiran otra vez a la calle, sin importar la evidencia encontrada por la Policía cuando los atrapan [...] ¿Cómo no nos vamos a sentir inseguros?, ¿cómo no vamos a sentir que todas las autoridades de este país están traicionando la confianza del pueblo?, ¿a quién tenemos que clamar por justicia?, ¿por qué no entienden el Poder Judicial, la Fiscalía, los jueces, los diputados y los políticos que la gente ya no aguanta más la inseguridad? [...] Uno ya no se pregunta si me asaltarán o no, sino cuándo me tocará a mí: ¿qué están esperando, acaso millones de personas gritando por las calles?, ¿quién está fallando y a quién hay que reclamarle que los hampones tengan más derecho que los ciudadanos a vivir en paz?”. Este comentario, hecho por una directora de un programa televisivo importante de la cadena nacional, como Telenoticias, constituye un claro ejemplo de la resistencia mediática y de la coyuntura social que forja dentro de la psique colectiva.

12 El autor refiere tres tipos de máquinas sociales: la salvaje (fundada sobre la tierra, sobre el cuerpo de la tierra); la bárbara, donde el Estado es la máquina despótica que organiza un sistema de producción y recodifica el lenguaje del despotismo estatal; y la capitalista, que es hacer la deuda infinita. El capitalismo no puede proporcionar un único código que abarque todo el campo social; al contrario, es deco-dificador.

a costa de garantías mínimas del acusado, que se *acusan* de ser fuente de impunidad.

La técnica para hacer trascender dicha información hacia la cognición colectiva, consiste en acompañar tales argumentos de una selecta información estadística sobre la creciente sensación de inseguridad, y publicarla como un fenómeno de proporciones endémicas, corrosivo del orden social y normativo, casi pragmático.¹³

La problemática de la falta de identificación de los problemas sociales generadores del delito, hace incontrolable el miedo a este, e igualmente imposibilita cualquier capacidad de introspección para descubrir la fuente de la conflictividad. Por tanto, se recurre a una única vía (sancionatoria) que ha mostrado cierta efectividad, consistente en la prisión desmedida (preventiva o definitiva), sin que ello implique una óptima solución.

13 “Exigimos mano firme, exigimos cero tolerancia, exigimos respeto a la vida de todos, exigimos diputados comprometidos con el deseo del pueblo de devolver la paz a nuestras carreteras, exigimos que los gobernantes nos oigan y no permitan que algunos diputados se salgan con la suya de dejarnos un mamarracho de ley que no frenará a los irresponsables”. La referencia publicada, nuevamente, por parte de la cadena televisora periodística nacional, coadyuvante de la tendencia de “mano dura” como política criminal de la intolerancia, expresa un mensaje atractivo, sencillo, de una dialéctica confortable y cómoda que satisface la paranoia social: se evoca la represión, como remedio aliviador de la afección”. En la referencia periodística, se trata de una aplicación expansionista del derecho penal, cuya lógica se sostiene por la parábola de la violencia institucional a nivel del *ius puniendi*; es decir, el Estado reacciona con violencia frente a la violencia del ciudadano disidente o infractor de sus expectativas.

La impresión social sobre el aumento de la criminalidad hace exigible una participación reactiva del Estado a través del recrudecimiento de medios de coerción superlativos, y donde se demanda control por encima del orden. Esto ocasiona la crisis del modelo liberal del derecho penal, al ceder ante las gestiones incansables de los grupos de poder que luchan por una mayor represión.

Se construye un gobierno regido por las expectativas de los tipos penales como guías de vida. Esto es, se plantean y se visualizan los tipos penales (manifestación normativa y descriptiva de los comportamientos prohibidos) como un modelo de existir pacíficamente en sociedad, limitando la libre determinación del particular al subordinársele a tal manual de comportamientos, gobernando a través del delito y la minimización de los procedimientos amparados por la Constitución Política y su filosofía fundacional.

III. Respuesta estatal al fenómeno criminal

*Nada más desagradable
que disputar sobre palabras.*

M. Addisson

Uno de los eventos de mayor trascendencia en la historia del pensamiento es, precisamente, el haber dotado de “existencia” a lo inmaterial,¹⁴ es decir, el reconocer la

14 Como diría nuestro poeta nacional –turrialbeño a mucho orgullo, ensalzando el criticado concepto de

realidad de estructuras virtuales de comunicación que interactúan entre sí y con el entorno y que conforman un universo de sistemas independientes, que reinterpretan la realidad y las circunstancias de cada fenómeno observado.

A todas estas formas virtuales de interpretación, en la mayoría de los casos, les asiste un común denominador: la idea de un “orden inteligente de carácter determinista” –basado en parámetros o leyes (normas) infranqueables y previamente establecidas–, que posteriormente se traslada al concepto de sistema.

Esta idea de “orden” responde a la necesidad del ser humano de tener alguna certeza –aunque sea virtual– de que su propia vida y el entorno que lo rodea se encuentran regulados por ciertas leyes, fines, funciones o patrones de desarrollo. Esta certeza implica la seguridad y la tranquilidad emocional de que las cosas suceden por algún motivo y que nada está en manos de los demonios del azar –situación que nos hace reflexionar sobre el origen utilitario de las múltiples explicaciones que la humanidad ha elaborado para legitimar su propia existencia y las formas en que se ha organizado,¹⁵ es decir, el mie-

do al “caos” que se esconde detrás de cada planteamiento intuitivo o racionalista con respecto a la existencia–.

A este orden lo llamamos derecho, y tratándose de hechos criminales, está contenido en el derecho penal.

Al llegar a este punto, debemos cuestionarnos acerca de la visión del derecho en el Estado y la forma de reacción estatal en una democracia. Así, tendríamos la visión humanista (el ser humano es el centro y, sobre él, el Estado regula su comportamiento –bastante cercano a la concepción modernista–) o la visión totalizadora (en la cual el sujeto debe ser controlado por el Estado a través de sus aparatos de poder, pues el Estado tiene la obligación de dar seguridad y, sobre esa base, protege y controla –pensamiento cercano a los criterios de Althusser, de aparatos organizados de poder, y la concepción posmodernista donde existe un desenfoque del sujeto–).

En los tiempos actuales existe una pugna fuerte acerca del modelo de derecho penal que nos debe regular: un derecho penal “clásico”¹⁶ –escuela alemana de Winfried Hassemer– o un derecho penal “moderno”,¹⁷ es decir, un derecho penal deno-

arriba –en el macrocosmos universal– está también abajo –en el microcosmos social–.

15 Recuérdese cómo, en la antigüedad, el ser humano, al encontrar un orden en los movimientos y los ciclos de los cuerpos celestes, interpretaba que su propia existencia y su convivencia en sociedad también eran una expresión del macrocosmos. Esta transposición cósmica se reducía al principio legitimador del orden –o sea, del Estado– de que “lo que está

16 Donde el sujeto es el centro de acción, es decir, se priva el ejercicio de las garantías y derechos humanos, y la regulación criminal estatal es reducida, ponderando el llamado consenso social (propio de la época de la Ilustración –1789–) y con autores como Beccaria –“De los delitos y las penas”–, concepciones cercanas a la época de la Modernidad.

17 En donde el Estado controla los comportamientos sociales, existe una sociedad cargada de riesgos y

minado del enemigo –escuela alemana de Gunter Jakobs–, referido a aquellos que lesionan continuamente el ordenamiento jurídico y, en tal condición, deben ser separados de la sociedad. Existe una tercera escuela que sería un intermedio de ambas escuelas: la propugnada por Claus Roxin, en la cual es conveniente que el derecho penal alcance conductas peligrosas, pero la reacción estatal es diversa a la tradicional (clásica).

A los seguidores de la escuela de Hassemer se los tilda de garantistas y se les critica la despreocupación del derecho penal acerca de conductas que lesionan bienes jurídicos de carácter colectivo (es decir, los que lesionan a la mayoría de las personas). A los seguidores de la escuela de Jakobs se los califica de expansionistas del derecho penal, pues han perdido la noción de derecho penal nuclear (última *ratio* del derecho penal), pues crean conductas que no lesionan bienes jurídicos de forma determinada, sino que lo importante es el adelantamiento de la punibilidad por el “peligro” que conlleva la ejecución del comportamiento humano.

peligros y, por ello, el derecho penal debe controlar esos comportamientos “nuevos” –delitos ambientales, drogas, internacionales (trata de personas, terrorismo), tributarios, informáticos, aduaneros, financieros, bursátiles, etcétera– y lo realiza con criterios diferentes a los tradicionales (ampliando el catálogo delictivo, rebosamiento del concepto de autor –criminalidad empresarial–, adelantamiento de la punibilidad a etapas previas al delito –actos preparatorios–), concepciones cercanas a la época de la posmodernidad, con el desenfoque del ser humano.

Aclarado el panorama del derecho penal en la actualidad penal alemana (la cual en gran medida es la seguida en nuestro país y en muchas naciones de Latinoamérica), conviene preguntarse: ¿Cómo surge y de dónde el concepto de enemigo en el derecho penal?

El derecho penal del enemigo se caracteriza por ser disyuntivo y completamente antagónico del modelo democrático de política criminal. En este, el Estado divide al conglomerado en dos grandes subgrupos: el primero, el de los ciudadanos; y el segundo, el de las no personas, enemigos, peligros o riesgos.

La concepción de enemigo¹⁸ proviene de G. Jakobs. Es atraída al derecho penal a partir del concepto de sociedad del sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien responde a un planteamiento de tipo organicista e incorpora a sus trabajos la idea de “autopoiesis”,¹⁹ desarrollada por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela en la obra “El árbol del conocimiento”.²⁰

18 Que, como veremos más adelante, es dirigida en nuestro país hacia los extranjeros como transgresores del ordenamiento, lo cual crea una concepción en el imaginario colectivo de “otros”.

19 Sea, autoorganización interna a partir de su distinción con respecto al entorno, manifestada en procesos de acoplamiento estructural frente al entorno, para efectos de aumentar o reducir complejidad y, a su vez, generar nueva complejidad.

20 “Las bases biológicas del entendimiento humano. Tendemos a vivir un mundo de certidumbre, de solidez perceptual indisputada, donde nuestras convicciones prueban que las cosas sólo son de la manera que las vemos, y lo que nos parece cierto no puede tener otra alternativa”. Este libro puede ser visto como una invitación a suspender nuestro

Luhman, en un mundo dominado por aparatos y fundado en la comunicación masiva y sistemática de información –material, visual y electrónica–, intenta desarrollar de manera original un nuevo pensamiento vinculado a la cibernética y a la elaboración de una teoría “científica” de la sociedad, al mismo tiempo que otros pensadores asociados al posmodernismo, también coqueteaban con la idea de inventar nuevas formas para conocer o desconocer lo que existe y que entendemos comúnmente como “real”; por ejemplo Derrida (1968),²¹ con sus concepciones acerca del lenguaje y sus planteamientos virales con-

hábito de caer en la tentación de la certidumbre. Al recorrer sus páginas, nos mostrará de qué manera nuestra experiencia está amarrada de una forma indisoluble a nuestra estructura. No vemos el “espacio” del mundo; vivimos nuestro campo visual. No vemos los “colores” del mundo; vivimos nuestro espacio cromático. Sin lugar a dudas, estamos en un mundo, pero cuando examinemos más de cerca cómo lo llegamos a conocer, siempre nos encontraremos con que no podemos separar nuestra historia de acciones –biológicas y sociales–, de cómo nos aparece ese mundo. Es tan obvio y cercano, que es lo más difícil de ver. Humberto Maturana R. y Francisco Varela G. Editorial Universitaria, 1984. *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*. <http://www.matriztica.org/555/article-1533.html>.

21 Derrida busca ir más allá de la tradición occidental. Casi todos sus escritos son lecturas de los textos de filósofos y escritores tradicionales. Su estilo, complejo y tortuoso, ha ido complicándose con el tiempo. A sabiendas de que sus escritos son tachados de “ilegibles”, Derrida se justifica en los siguientes términos: “Un trabajo de este tipo, que es aquél en el que estoy más comprometido, está calculado *lo más posible* para escapar a la consciencia cursiva y discursiva del lector plasmado por la escuela”. Amalia Quevedo, en *De Foucault a Derrida. Pasando fugazmente por Deleuze y Guattari, Lyotard, Braudrillard*. Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 2001. <http://personales.ciudad.com.ar /Derrida/quevedo.htm>

tra todo lo establecido, o Foucault,²² con sus posturas con respecto al poder.

Aquí, resulta obligatorio indicar que, aun cuando el pensamiento de Luhman reproduce los planteamientos organicistas, sus reflexiones sobre conceptos como “ciencia”, “sociedad”, “realidad” y “verdad”, realmente se desprenden de los esquemas dentro de los cuales se ha movido la ciencia durante siglos de “modernismo” –de

22 “En realidad la riqueza del pensamiento de Foucault reside en el hecho de combinar algunos temas ya clásicos de la filosofía –como el problema del poder, la historia o la ética– con algunas otras cuestiones absolutamente nuevas y originales –como el problema de la sexualidad, la locura y el encierro–. Es posible enhebrar todas estas cuestiones a partir de una posición fundamental: en esencia la filosofía es, para Foucault, una ontología del presente. Sin embargo el planteo del presente ha implicado para Foucault la necesidad de considerar el modo de constitución de la sociedad y del régimen de verdad también presentes. Siguiendo la línea trazada por Nietzsche, Foucault afirma que la verdad no queda ajena a la cuestión del poder; la verdad se produce de acuerdo a múltiples relaciones y luchas por el poder, a disputas, a agonísticas constantes que conllevan efectos en los individuos, en las instituciones, y por supuesto en el amplio dominio del saber. Cada sociedad construye su régimen de verdad, su ‘política general de la verdad’; lo que equivale a decir que cada sociedad produce históricamente los rituales y mecanismos que permiten aceptar lo verdadero y rechazar lo falso. La verdad, por lo tanto, no se encuentra fuera del poder ni carece de efectos de poder. De este modo el planteamiento de la verdad conduce a la política. Como el mismo Foucault lo expresa, ‘el problema político esencial para el intelectual no es criticar los contenidos ideológicos que estarían ligados a la ciencia, o de hacer de tal suerte que su práctica científica esté acompañada de una ideología justa. Es saber si es posible constituir una nueva política de la verdad. El problema no es cambiar la consciencia de las gentes o lo que tienen en la cabeza, sino el régimen político, económico, institucional de la producción de la verdad’”. *Michel Foucault: Aportes para una nueva filosofía política*. Prof. Flavio Gigli, Universidad Nacional del Comahue. <http://www.geocities.com/Athens/Olympus/9234/fouc.htm>

ahí que se sostenga que se trata de un pensador posmodernista—.

Los planteamientos de Luhman se basan en una nueva forma de ciencia que rechaza el concepto de “sujeto de conocimiento” y la idea de que el conocimiento científico se pueda vincular al individuo o a la conciencia individual, planteamientos con los cuales venía trabajando la tradición filosófica-científica occidental fundamentada en las ideas de Descartes y Locke²³ —ya sea como sujeto empírico (sujeto individual de carne y hueso) o como sujeto trascendental (el espíritu, la razón universal, etcétera). En lugar de lo anterior, Luhman utiliza el concepto cibernético de “observador” y la distinción entre “observación de primer orden” y “observación de segundo orden”.

23 “John Locke encuentra como basamento para su reflexión filosófica sobre el conocimiento al cartesianismo sea para retomarlo o para distanciarse de él. Retoma de Descartes la necesidad de fundamentar al conocimiento en el pensamiento, particularmente en la noción de Idea. La palabra latina ‘Cogitatio’ significa para Descartes toda aquella manifestación del pensamiento, toda vivencia del alma o espíritu humano ya sea una sensación, una proposición o afirmación de la voluntad. Locke traduce Cogitatio como ‘Idea’ y funda a partir de ella toda su Teoría del Conocimiento”. Antonio Berthier, “El problema del conocimiento. Primera parte: Solución empirista”. http://www.conocimientoy sociedad.com/problema_epistemologico.html. “Descartes y Locke recurrieron al principio de causalidad para demostrar que Dios existe. Pero Hume considera inválidos sus argumentos porque pretenden dar el salto de impresiones particulares a Dios, del que no tenemos impresión alguna. Para Hume es imposible averiguar si existe Dios o un mundo más allá de nuestras impresiones: nuestras nociones de Dios y de mundo exterior son un misterio, constituyen la frontera y el límite de nuestro conocimiento”. <http://www.educa.rcanaria.es/usr/ibjoa/Filos /tema6.html>

De esta manera, el derecho penal tiene dos vertientes. Se crean leyes generales respecto del primer grupo, donde se encuentran los ciudadanos, quienes sí ostentan el atributo de personas y se les reconocen todas las aptitudes, derechos y garantías que el ordenamiento jurídico *ordinario* atribuye a sus destinatarios. Ahora, respecto de la segunda vertiente, el ordenamiento jurídico establece normas sistémicas y de excepción para el tratamiento de los seres que, siendo humanos, no son personas desde la visión jurídico-conceptual de sujetos que vivifican las expectativas de la colectividad.

Los antecedentes de la tendencia estudiada datan desde 1985, cuando el profesor alemán Günther Jakobs formuló la concepción peyorativa del ser humano desde la óptica y funcionalidad del derecho penal. Fundamenta Jakobs, en su obra *Derecho penal del enemigo* (Jakobs y Meliá, 2006), que la legitimación del derecho penal del enemigo se sostiene en razón de que, para mantener la vigencia de la norma como elemento componedor insoslayable de la función estatal y de su existencia, debe producirse un control de la contradicción humana entre ley y hecho. Es decir, la materialidad o la practicidad del derecho positivo es, en definitiva, un fin tutelado a través del derecho penal.

La despersonalización presupone, en primera instancia, una deslegitimación de su condición de sujeto de derechos y deberes,

pues lleva, por convicción, una vida de delincuencia. Teóricamente lo define como “estado natural”, una condición de anomia, o de falta de reconocimiento de esta. Esto supone que el sujeto se gobierna a su arbitrio, en una “autonomía de la voluntad” sin limitación regulativa, sino ajustada a máximas humanas de conveniencia e imperfección; así, propende a sus personalísimos deseos de manera irrestricta, al margen del Estado organizado, lo cual produce un quebranto de las normas y expectativas sociales.

Este rechazo por principio del mandato normativo, constituye una pérdida de confianza social en la primacía de la norma, por cuanto no existe una garantía cognitiva de que su contenido esté siendo respetado por la ciudadanía. Este estado no admite suposición de organización concreta, sino una condición primitiva, arcaica, de supremacía rupestre.

Tal y como se ha explicado, si el Estado no detecta una garantía cognitiva de la vigencia de la ley (practicidad real) en las actitudes de los administrados, es decir, de que, conociendo estos el mandato legal, conducirán su vida en estricto apego a él y guardarán fidelidad a sus objetivos, actuando con lealtad dentro del ordenamiento jurídico, por ser una expectativa estatal, el Estado moderno los tendrá como enemigos que amenazan la sostenibilidad del derecho. “Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma

se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida” (Jakobs y Meliá, 2006, p. 38).

Presupone Jakobs que quien no garantice la prevalencia de la norma como manual del comportamiento ideal del ser humano, debe ser tratado como otra cosa distinta, socavando su humanidad. Entonces, quien rechace o desacredite la legitimidad y preeminencia del ordenamiento jurídico y atente contra él, incurrirá en una disidencia manifiestamente tendenciosa.

En igual sentido, se cataloga como enemigo a aquel que, habiendo sido condenado como ciudadano, irrumpe de nuevo en el sistema penal y, por ende, desmerece la vigencia de las normas. De esta manera, se recataloga y se le endosa la calidad de indeseable o no persona, y se lo priva de todas las garantías por considerarse que no las merece, por actuar en manifiesta contradicción con el normativismo.

Precisamente sobre este aspecto, Horkheimer y Adorno hablan de la *falsa identidad*, que busca la alineación de la sociedad para lograr la conquista del poder sobre esta, es decir, la construcción de los unos y los otros, donde esos “otros” son los amenazantes (Sandoval, 2008), los enemigos (G. Jakobs), o sea, a quienes debe “conquistarse” a través del control ideológico –Castro Gómez analizando a Althusser– (Castro, 2000) de los aparatos de poder. Sin embargo, ese concepto de ideología es equipara-

do por Marx a la *falsa conciencia*, esto es, la imagen distorsionada que un grupo social en particular hace de la realidad en un momento histórico determinado.

En el contexto del derecho penal del enemigo, tomará importancia la diferenciación del hombre en cuanto ser antropológico con su esencia, que le permite distinguirse del mundo donde existe, en el cual se derivan consecuencias jurídicas. El derecho penal del enemigo abandona el fundamento de la dignidad y la libertad humanas, es decir, al hombre como persona. No obstante, las nuevas tendencias adhieren al ser humano a una conceptualización política que, si bien tiende a observarlo dentro de una estructura social, se permite arrebatarle las garantías de las que debería gozar, inclinando la balanza a los intereses sociales por encima de los derechos fundamentales de este.

Tal y como lo menciona Luis Gracia Marín (2005), la sola mención de “enemigo” conlleva una carga ideológica y emocional; es una forma de etiquetar a los disidentes y discrepantes.

El concepto de persona no se puede ver aislado de la noción de política criminal que se aplique. La política criminal debe verse en un sentido amplio, donde interesa la reacción del Estado frente a una situación determinada. ¿Cómo reaccionará el Estado frente a la criminalidad: acaso para prevenirla o para reprimirla? Lo importante del cuestionamiento es que

el tratar de encontrar una respuesta, conduce a la aplicación del derecho penal del enemigo adoptado por muchos estados. ¿Será Costa Rica uno más de los países que, dentro de un Estado de derecho, enfoque a la persona como enemigo?

El cuestionamiento de quién es el ciudadano y quién es el enemigo, es fundamental dentro del derecho penal del enemigo, pues a partir de esa definición se ha suscitado la polémica que nos ocupa en el presente trabajo.

Por una parte, el ser humano es persona y la persona es ciudadano, pero la no persona es enemigo. Entonces, este último se va a contraponer al sistema. Quien por definición se mantendrá vinculado al derecho será el ciudadano. Para Jakobs, sí hay individuos que deben diferenciarse como enemigos, y esta diferencia se establece con respecto a los ciudadanos. Entonces, se contraponen un derecho penal del enemigo y un derecho penal del ciudadano. “El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra” (Jakobs y Meliá, 2006, p. 33).

El derecho, entonces, se vinculará con la persona como portadora de derechos y deberes, mientras que el enemigo se determinará por la coacción.

El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado (Jakobs y Meliá, 2006, p. 47).

Del planteamiento anterior se extrae que las “no personas enemigos” serán aquellas que no se las excluye de un modo absoluto, no se las aparta de las garantías del Estado y se les mantiene su estatus de personas. A pesar de que se trata de dar una sutil definición al tratamiento de los ciudadanos y de los enemigos, “en la práctica política la calificación del contrario como ‘enemigo’ sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas, desde sanciones económicas hasta la guerra interna o externa” (Meliá y Gómez, 2006, p. 127).

Por más que se trate de acomodar la denominación de enemigo, es innegable que implicará la *exclusión* y, por ende, se podría llegar a la radical consideración de tratar al enemigo como no persona.

IV. El migrante: el “nuevo enemigo” en el derecho actual

Es curioso el observar la forma airada y vehemente con que los apologetas del derecho defienden la función del mismo y el papel relevante del jurista. Es interesante leer los argumentos que dan para legitimar su “rol” en las sociedades.

Jorge Enrique Romero Pérez

El Estado está obligado a brindar condiciones políticas sociales en beneficio de los administrados, dentro de los límites socialistas de un Estado democrático, y dirigir las al mejoramiento de la calidad de vida de aquellos durante la administración y supervisión de entidades públicas. Las soluciones y las respuestas a las exigencias sociales deberán guardar apego, entonces, a los límites planteados por su propia estructura política, es decir, a la naturaleza de la identidad política, elegida por la nación, entendida esta como la agrupación colectiva unida por un contrato social.

Las respuestas precisas que busca la población requieren, en la mayoría de los casos, un manejo integral del problema, con planteamientos concretos y específicos que aborden el tema proponiendo soluciones o alternativas ciertas de atención, considerando que, en tales situaciones, se imponen necesidades sociales de múltiple naturaleza, relacionadas con las más diversas políticas públicas, y que también deben analizarse. En ese orden lógico exis-

te, como parte de las atenciones sociales del Estado, la política criminal ya referida en apartados anteriores.

Sin embargo, las respuestas del Estado en los últimos años se han nutrido de normas en las cuales existe un claro debilitamiento constitucional de la democracia (como se analizó en el punto I). Como lo señala Stuart (1998), en esa estructura de dominación,²⁴ a través del discurso ideológico se deconstruye el concepto de sujeto²⁵ (por medio de la distinción grosera de ciudadano y no ciudadano –propia del derecho penal del enemigo–), lo cual hace que no exista posibilidad de conocer el significado, sino una cadena interminable de significantes, para la justificación de la reacción estatal hacia un grupo determinado.

Las leyes penales recientes son una clara muestra de ese derecho penal del enemigo. La Ley de Migración y Extranjería y la Ley contra el Crimen Organizado reformulan la condición de ese sujeto en sociedad e introducen limitaciones para los extranjeros. Así, al inmigrante se lo reconoce como a “un extraño”, respecto del cual el ordenamiento jurídico opera de manera diferenciada, restringiendo derechos y garantías al contacto con el orden normativo: exclusión en ingresos y egresos del país; en materia procesal carecen de arraigo, lo que los cataloga como peligrosos y ries-

gos (cuya consecuencia sería la prisión preventiva: la “única” solución).

Se crea en la población un nuevo enemigo. “La población tiene nuevos candidatos a *enemigos*, que son los *inmigrantes* que compiten por los mismos espacios de vivienda, servicios sanitarios, de transporte, de asistencia social y educativos, que usan las capas inferiores de la población establecida” (Zaffaroni, 2006, p. 65).

La sociedad ha cambiado, y con él, los riesgos y peligros existentes. Eso debería ser incontrovertible. La existencia de armamento capaz de exterminar al propio individuo es una muestra eficiente de esta consideración.

En cuanto al paso del tiempo en la sociedad, de la premodernidad, modernidad y posmodernidad, si bien el prefijo determina cierta colocación, no menos cierto es que no es posible ubicarlas de manera definitiva y única en algún período de tiempo (Habbermas, 1989; Kellner y Follari, 2000; Bell, 1997; Lyon, 2000; Foucault, 1996, y hasta el propio Lash, 2000, así lo deteminan).²⁶

En la posmodernidad²⁷ se han hecho latentes los nuevos peligros y riesgos, así como la comisión de nuevos delitos (informáticos, financieros, de terrorismo, etcétera), que han generado que el derecho

24 Llamada Estado, que a través de la institucionalidad controla la actuación de las personas.

25 Sobre la deconstrucción a partir del lenguaje, ver Derrida.

26 Sin embargo, para efectos de este trabajo, ubicaremos la modernidad en los siglos XVII y XVIII y la posmodernidad luego de la Segunda Guerra Mundial (1945).

27 Conforme a la concepción antes señalada, en la segunda mitad del siglo XX.

reacción (conforme a la superestructura de Marx y también señalada por Stuart analizando a Althusser) mediante la regulación normativa de esas conductas.

La respuesta actual se ha dado mediante el derecho penal, y propiamente a la luz de un derecho penal del enemigo. Se han creado nuevos tipos penales, con las siguientes características: penas altas, delitos de peligro abstracto, constitución de tipos penales abiertos, ausencia de bienes jurídicos determinados, adelantamiento de la punibilidad, selectivo, con disminución de derechos y garantías, entre muchos otros.

Esa decisión ha contado con los mismos factores presentados por Mattelard al referirse al poder: ideología,²⁸ hegemonía y resistencia²⁹ (Mattelard, 2004). Para el afianzamiento de los cambios normativos, se ha considerado el concepto de mito de Barthes (1957), entendido este como el sistema de comunicación de un mensaje determinado por la forma en que se profiere, donde el nuevo mito sería la valoración negativa de delincuente mediante el

esquema tridimensional: significante, significado y signo.

Esa clasificación parte de la distinción de significante (forma), significado (concepto) y significación (que crea el mito) (Barthes, 1957). A través de la concepción del mito se da la tergiversación del lenguaje, pues el discurso hace recorrer el contenido de significante en significante, ya sea sin el cuestionamiento de fondo del concepto, sea quien sea ese “otro” (etiquetado como delincuente, migrante, amenaza, peligroso, etcétera).

En una democracia, el ejercicio del poder está limitado a los derechos humanos.³⁰ Por ello, el juzgamiento por comisión delictiva debe hacerse bajo el criterio humanista, teniendo como esencia al ser humano.

Con respecto a la pregunta: ¿En Costa Rica juzgamos a ciudadanos o a enemigos? La respuesta única sería que se juzga a ciudadanos, como lo mandan la Constitución y los tratados internacionales, en especial el de los derechos humanos.

Sin embargo, en cuanto a la pregunta: ¿Se aplica en nuestro país un derecho penal del enemigo tratándose de migrantes?, la respuesta es afirmativa, pues, al momento de la constitución de las normas por parte de la Asamblea Legislativa,

28 Donde ese control ideológico confluye con el seudocriterio hegemónico, en el cual estos serán los “unos” y todos aquellos que se opongan, “resistentes”, serán los otros.

29 Donde, ante cualquier contradicción con el discurso imperante, se toma al sujeto como agresor/homosexual (temas de género), terrorista (temas de crimen organizado o migración), narcotraficante (temas de drogas), etcétera. Es decir, ante cualquier cuestionamiento que se haga a temas sensibles de delitos no convencionales, la reacción hacia ese sujeto es separarlo del uno y ubicarlo en el otro, etiqueta de por sí delictiva.

30 Los límites al *ius puniendi* –derecho del castigo– los establece el artículo 1º. constitucional, que ha conformado la democracia como modo de gobierno; y el 39 de ese mismo cuerpo legal, referido al principio de legalidad –solo se puede hacer lo que la ley permita–.

se ha creado un movimiento tendiente a la diferenciación grosera de seres humanos, visualizando a los extranjeros como delincuentes³¹ y, por ello, merecedores de una separación de la sociedad –como enemigos–. A partir de esa concepción, se fomenta en el imaginario popular (o mito) que existe un incremento cuantitativo de la criminalidad y que este es producto de la migración. Este mito se conforma desde la normatividad selectiva y se genera en el colectivo social un repudio a los extranjeros, los cuales son vistos como “otros”. Como se verá en la segunda parte del trabajo, tal concepción no corresponde a la realidad, por cuanto todos los estudios científicos y estadísticos la desacreditan.

V. Conclusiones

El derecho penal del enemigo ha venido tomando auge, pues se considera que aquel derecho penal clásico de la Ilustración, asentado en los principios de intervención mínima y legalidad y que representaba una imagen del delito como delito de lesión a un bien jurídico, en la actualidad no se encuentra en condiciones de dar respuesta a las modernas exigencias sociales, y llega a considerarlo como contraproductivo y anacrónico. El nuevo derecho penal, como dice Jakobs, conduce a la dialéctica de lo

moderno,³² que ha transformado el derecho penal en un instrumento de control de conflictos sociales, que no se diferencia de otros instrumentos de solución social.

Este moderno derecho penal, que implica costos importantes traducidos en la vulneración de aquellas reconocidas garantías constitucionales, ha estado en franca evolución hasta llegar a conformar el denominado derecho penal del enemigo, el cual ha venido tomando auge en los últimos tiempos, debido a los peligros de la nueva sociedad de riesgos.

Este derecho penal del enemigo tiene su fundamento filosófico en argumentos del derecho natural. Rousseau concibe al delincuente como enemigo, ya que cualquier individuo que ataque al sistema social deja de ser miembro del Estado, porque se encuentra en guerra con este, y uno de los dos debe perecer.

Esta posición ha sido retomada por Jakobs. Según este autor, el “enemigo” es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta. Por ello,

31 Violentando todas los derechos y garantías, en especial *pro hominen* e igualdad.

32 Refiriéndose a un derecho penal diferente. Sin embargo, debería ubicarse en el posmodernismo, por el desenfoque del sujeto, el cual está sometido a los aparatos ideológicos de poder por quienes lo controlan y determinan.

estaríamos ante un derecho de emergencia, que, en relación con la política criminal, ha originado cambios en la legislación migratoria, de la legislación jurídico-penal al cambio de la legislación de lucha.

Se da, por parte de la mayor parte de la doctrina, un consenso general respecto al fenómeno que ocurre en las transformaciones que se están operando en la política criminal. Vemos que cada vez más legislaciones, tanto en el ámbito latinoamericano como en el europeo, han efectuado cambios para afrontar el nuevo tipo de criminalidad que se está desarrollando.

En este nuevo modelo de legislación, se observa una flexibilización del modelo de imputación clásico y de las garantías adquiridas desde el período de la Ilustración; esto bajo una nueva consideración del objeto de juzgamiento, es decir, una deconstrucción del sujeto a partir de un lenguaje diferenciador de ciudadano y no ciudadano, el cual es procurado por las instituciones como aparatos ideológicos. En estas se produce un paso de significativo en significativo, sin detenerse en el significado; dicho de otro modo, sobre la consideración base de tratamiento diferenciado y consecuencias jurídicas diversas por tal construcción.

En Latinoamérica, y Costa Rica no ha sido la excepción, han operado cambios normativos tratándose de migrantes. Tal es el caso de El Salvador, Honduras y Guatemala, con su Ley de Maras, de cuyo conte-

nido se puede inferir que es una normativa dirigida contra individuos peligrosos, que es propia del derecho penal del enemigo.

Lo mismo ha ocurrido en la legislación de los Estados Unidos a consecuencia de los atentados terroristas sufridos recientemente. Se aprecian figuras dirigidas a luchar contra organizaciones criminales, principalmente terroristas y de narcotráfico. Señalan, con claridad, que su función principal es luchar contra estas organizaciones conformadas por individuos que ellos denominan “enemigos de la sociedad”.

En nuestro país, las legislaciones de crimen organizado, trata de personas y migración se encuentran cubiertas bajo esta ideología. El tratamiento del delito internacional o el cometido por extranjeros conlleva un tratamiento diferenciado y más severo, como por ejemplo una duplicidad de penas o una mayor severidad en medidas cautelares por ser cometidas por extranjeros de manera organizada.

De lo expuesto podemos afirmar que no hay duda de la existencia de un derecho penal del enemigo, o bien, de regulaciones que solapadamente, aparentando legitimidad constitucional, utilizan tales normas para combatir esta nueva forma de criminalidad.

VI. Bibliografía

Ballina, Francisco (enero-marzo, 2006). “Diferencias en la administración premoderna, moderna y posmoderna: propues-

- ta para un debate en Latinoamérica”. *Revista Latinoamericana de Economía*. Vol. 37, núm. 144. Recuperado de <http://www.ejournal.unam.mx/pde/pde144/PDE14409.pdf>.
- Barthes, Roland (1957). *Mitologías*. Capítulo II: El mito hoy. Francia.
- Batista, María & Ortega, Darina (noviembre, 2009). Hacia un juicio oral más humanista. *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, número 54. Recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/hacia-juicio-oral-humanista-77992518#ixzz1JbmtM4uK>.
- Baudrillard, Jean (1994). *Simulacra and simulation*. Michigan: University of Michigan Press.
- Bell, Daniel (1997). *Las contradicciones del capitalismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Benavides, Farid (2000). *La crisis de la modernidad y los fundamentos del derecho penal*. Derecho Penal Online. Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/>.
- Benjamin, Walter (1989). Discursos interrumpidos I. *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*. Buenos Aires: Taurus. Recuperado de <http://diegolevis.com.ar/secciones/Infoteca/benjamin.pdf>.
- Castro-Gómez, Santiago (2000). *Althusser, los estudios culturales y el concepto de ideología*. Recuperado de <http://www.oei.es/salactsi/castro3.htm>.
- Derrida, Jacques (1968). *La diferencia/ La différence*. Escuela de Filosofía, Universidad ARCIS. Recuperado de <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/667.pdf>.
- Follari, Roberto A. (2000). Estudios sobre postmodernidad y estudios culturales: ¿sinónimos? *Revista Latina de Comunicación Social*, 35 / Extra Argentina. Recuperado de <http://www.ull.es/publicaciones/latina/Argentina2000/15follari.htm>.
- Foucault, Michel (1966). *Las palabras y las cosas*. Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- Giddens, Anthony (1993). *Las consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Habermas, Jürgen (1989). *Modernidad: un proyecto incompleto*. Buenos Aires. Recuperado de https://www.u-cursos.cl/filosofia/2007/2/FH472A027/3/material_docente/objeto/99.
- Hall, Stuart (1998). *Significado, representación e ideología: Althusser y los debates postestructuralistas*.
- Hinlelarmmert, Franz (2005). *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. San José: EUNA.
- Horkheimer, M. & Adorno, T. (1988). *La industria cultural. Iluminismo como mistificación de masas*. Buenos Aires. Recuperado de http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/adorno_horkheimer.pdf.
- Kellner, Douglas (s. a.). *Media Culture and the triumph of spectacle*. Recuperado de <http://gseis.ucla.edu/faculty/kellner/essays/mediaculturetriumphspectacle.pdf>.
- Kellner, Douglas (s.a.). *The Frankfurt School The Frankfurt School and British Cultural Studies: The Missed Articulation*. Recuperado

- de <http://www.gseis.ucla.edu/faculty/kellner/Illumina%20Folder/kell16.htm>.
- Lash, Scott (2002). *Sociología del posmodernismo*. Buenos Aires: Amorrurtu.
- Lyon, David (2000). *Posmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial. Recuperado de <http://www.antroposmoderno.com/textos/>.
- Marcuse, Herbert (1964). *El hombre unidimensional*. Ariel.
- Marx, Karl (edición 1: 1946, edición 2: 1959, reimpresión 25: 1995). *El capital: crítica de la economía política, Tomo 1*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Mattelard, Armand (2004). Introducción a los estudios culturales. *Los años Birmingham (1964-1980): la primavera de los estudios culturales*. Buenos Aires: Paidós.
- Mora, Luis Paulino (segundo semestre de 2010). *Tius: una herramienta vital para la Justicia*. XV Cumbre Judicial Iberoamericana, revista número 11.
- Quirós, Randall (2002). *Un nuevo modelo de organización de justicia*. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- Ramírez, Rafael (segundo semestre de 2010). *Factores estratégicos para impulsar la modernización de la administración de justicia utilizando las tecnologías*. XV Cumbre Judicial Iberoamericana, revista número 11.
- Ríos, Alicia (2002). Los estudios culturales y el estudio de la cultura en América Latina. En: Daniel Mato (coord.): *Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder*. Caracas: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso) y CEAP, FACES, Universidad Central de Venezuela.
- Rojas, Carlos (1997). *Gilles Deleuze: La máquina social*. Recuperado de <http://cuhwww.upr.clu.edu/~huma/libromania/maquinas/>.
- Schmidt, Bettina (2002-2003). *Teorías culturales posmodernas de Latinoamérica y su importancia para la etnología*. Recuperado de http://www.iai.spk-berlin.de/fileadmin/dokumentenbibliothek/Indiana/Indiana_19_20/02schmidt.pdf.

Bibliografía adicional

- Arroyo, José Manuel (1995). *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*. San José, Costa Rica: Colegio de Abogados de Costa Rica.
- Bergalli, Roberto (1993). *Criminología y derecho penal*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.
- Bergalli, Roberto (1981). *La ideología del control social tradicional*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Binder, Alberto (1999). *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídico Intercontinental.
- Cancio Meliá y Gómez Jara Díez (2006). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Tomos I y II. Montevideo, Buenos Aires: Editorial Edisofer.
- Cancio Meliá, Manuel (2003). *¿Derecho penal del enemigo?* Primera edición. Civitas Ediciones S. L.

- Carranza Lucero, Elías (1994). *Criminalidad: ¿prevención o promoción?* San José, Costa Rica: Euned.
- Chirino Sánchez, Erick Alfredo y otros (2007). *Humanismo y derecho penal*. Primera edición. Homenaje al Profesor Henry Issa El Khoury Jacob. Editorial Jurídica Continental.
- Delmas Marty, Mireille (1986). *Modelos actuales de política criminal*. Madrid: Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia.
- Foucault, Michel (1989). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Decimosexta edición. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Gabaldón, Luis Gerardo (1987). *Control social y criminología*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Gracia Marín, Luis (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Zaragoza, España.
- Houed, Mario (1998). *Proceso penal y derechos fundamentales*. Editorial IJSA. Normas Básicas de Derecho Público. Constitución Política.
- Jakobs, Günther (2003). *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Primera edición. Civitas Ediciones.
- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel (2006). *Derecho penal del enemigo*. Segunda edición. Editorial Civitas.
- Larrauri, Elena. Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Revista Asociación de Ciencias Penales*, año 18, n.º 24, página 9.
- Llobet Rodríguez, Javier (2005). *Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy*. Segunda edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Muñoz Conde, Francisco (2004). *El derecho penal y control social*. Monografías jurídicas. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Reyes Echandia, Alfonso (1987). *Criminología*. Octava edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Sánchez, Ángel (1987). *Sociología del derecho*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Tecnos.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1991). *Manual de derecho penal. Parte general*. México: Editorial Cárdenas.

Revistas electrónicas

- Gracia Martín, Luis (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Zaragoza, España.
- Díez Repollés, José Luis (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC06-03.
- Díez Repollés, José Luis (2004). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un

debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC07-01.

Silva Sánchez, Jesús María (2007). Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC09-01.

Yacobucci, Guillermo Jorge (2005). *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. Perú: ARA editores E.I.R.L.

Consultas en internet

<http://criminet.ugr.es>

<http://www.lainsignia.org>

<http://www.e-torredbabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiagriega/Platon/MitodelaCaverna.htm>.

<http://www.matriztica.org/555/article-1533.html>.

<http://personales.ciudad.com.ar/Derrida/quedado.htm>

<http://www.geocities.com/Athens/Olympus/9234/fouc.htm> http://www.conocimientoysociedad.com/problema_epistemologico.html

<http://www.educa.rcanaria.es/usr/ibjoa/Filos/tema6.html>

Artículo inédito

Chirino Sánchez, Alfredo. Libro homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González. *El*

retorno a los delitos de peligro. ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?

Leyes

Constitución Política de Costa Rica

Código Penal de la República de Costa Rica

Ley de Migración y Extranjería

Propuesta de reforma a la Ley de Migración y Extranjería, expediente n.º 14269