El populismo del derecho penal
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

EL POPULISMO DEL DERECHO PENAL*

(La necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares)

THE POPULATION OF CRIMINAL LAW

(The need to rationalize popular punitive laws)

*Javier Quenta Fernández***
javiquen@hotmail.com

"Aparece un sistema penal que ejerce un poder que no pasa por nuestras manos jurídicas. Nos hemos dedicado a elaborar un cuidadoso discurso de justificación del poder punitivo que es ejercido por otras agencias que no tienen nada que ver con nosotros, especialmente las agencias policiales y ejecutivas, las de publicidad (medios masivos) y las políticas"

Eugenio Raúl ZAFFARONI. "Hacia un realismo jurídico penal marginal"

Presentado: 08 de Septiembre de 2017. Aceptado: 30 de Noviembre de 2017

RESUMEN

Creo que el Derecho penal, representa un ámbito de apasionamiento científico y humano que puede permitirnos construir una convivencia humana sin Derecho penal, pero también creo que se torna en una expedición quimérica, cuando absorbiendo una inteligencia de otra, apenas se logra una comprensión mínima de aquella aspiración humana. Por eso el presente trabajo aproxima, aunque sin profundidad, una contradicción entre la pretensión de lograr una convivencia armónica y pacífica y el surgimiento de leyes penales que desafían la racionalidad y los criterios éticos del poder, cuando se construyen normas penales sin considerar las bases de una Constitución material, ni la formulación de políticas criminales resocializadoras para reflexionar sobre las incongruencias ideológicas y políticas del populismo penal.

Palabras clave: Constitución material, seguridad ciudadana, criminalización primaria, política criminal resocializadora, populismo penal, racionalidad de la ley penal.

SUMMARY

I believe that Criminal Law represents an area of scientific and human passion that can allow us to build a human coexistence without Criminal Law, but I also believe that it becomes a chimerical expedition when, absorbing one intelligence from another, it is barely achieved an minimum comprehension of that human aspiration. For this reason, the present paper approaches, although without depth, a contradiction between the pretension of achieving a harmonious and peaceful coexistence and the emergence of criminal laws that challenge the rationality and ethical criteria of power, when criminal norms are constructed without considering the basis of a material Constitution, or the formulation of re-socializing criminal policies in order to reflect on the ideological and political incongruities of criminal populism.

Keywords: Material constitution, citizen security, primary criminalization, re-socializing criminal policy, criminal populism, rationality of criminal law

* Versión revisada y ampliada de la Conferencia sobre "DERECHO PENAL POPULAR Y LEYES PENALES IRRACIONALES" dictada en el "I CONGRESO INCA DE DERECHO PENAL" organizada por la Facultad de Derecho y el Centro Federado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, en Cusco-Perú, del 18 al 21 de junio de 2014.

** Docente en las materias de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz-Bolivia). Magister Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas y Doctorando en Derecho penal y Derecho constitucional.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

1. La reacción punitiva y la construcción del paradigma de la seguridad ciudadana.

Si la criminalidad es un fenómeno social y jurídico, cuya expresión sociológica y política es lo que denominamos comúnmente delincuencia, no es posible alejarla del análisis y estudio serio y científico, como tratamiento previo antes de conocer los alcances del Derecho penal como instrumento de reacción punitiva del Estado, porque en los tiempos actuales de respeto a los derechos y libertades democráticas, el Derecho penal no puede sustraerse de los efectos de aquel fenómeno y de la injerencia política determinativa en la construcción de leyes penales, más allá de la permanente pretensión de justificar el discurso del poder punitivo por el aumento cuantitativo de la criminalidad, discurso que en el debate, no tiene más importancia que la otorgada por la filosofía política, terminando por legitimar el ejercicio de ese "poder de castigar", como la expresión de la voluntad general del pueblo mediante el mecanismo estatal de los poderes constituidos, algo parecido sucedía con el llamado Derecho penal de la Monarquía Absoluta, donde el rey concentraba todos los poderes de legislar, juzgar y administrar, y legitimaba su "poder de castigar" por el solo hecho se ser soberano, "cuyo contenido se presenta como prueba del progresivo fortalecimiento del poder, nota distintiva de una etapa histórica en la que ya se encuentra asentado el carácter público de la sanción, o penalización de las conductas que provocan o pueden provocar, una determinada alteración en aquella configuración político-social"[1], sólo que en ese caso el soberano era el monarca y no el pueblo, y la fuente de legitimidad del poder, era la voluntad de la divinidad y no la voluntad del pueblo.

El Derecho penal, es científico, racional, pero profundamente humano, sin embargo, a partir de la inflación legislativa de las leyes penales producto del poder hegemónico legislativo en la construcción de leyes, que además tiene un carácter eminentemente político, poco a poco se ha ido alejando de sus propios principios y fundamentos, gradualmente deja de ser un instrumento garantizador de los derechos fundamentales, dejando huérfana aquella afirmación del Profesor Juan Carlos Carbonell cuando señalaba que "(…)La Constitución es la norma que define y escoge los valores. Por eso no solamente delimita el campo de acción del Derecho Penal, sino que además fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos"[2]. Esa relación indisoluble que existe entre la Constitución y el Derecho Penal a la hora de establecer cánones preceptivos para regular el poder normativo en la construcción jurídica de los delitos y las penas, es lo que nos permite hablar del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Penal, pero paulatinamente, bajo el "obscurantismo de la seguridad ciudadana", esa relación se está apartando, no solo de las razones de legitimidad constitucional del discurso jurídico punitivo, sino de la propia voluntad jurídica y política del constituyente expresada en la Constitución, hasta lograr transformar

1 ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, ALBERTO DE LA HERA, CARLOS DÍAZ REMETERÍA, Historia del Derecho Indiano, Madrid 1992, Edit. MAPFRE S.A. Pág. 387.

2 JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales, Valencia 1996, Edit. Tirant lo Blanch, Pág. 80.

El populismo del derecho penal
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

el Derecho penal en un "Derecho penal de la Seguridad Ciudadana", cuyo simbolismo es más fuerte que el de su efectividad, porque discretamente deja de lado los principios básicos del Estado Constitucional de Derecho y el sistema de garantías constitucionales, como elementos esenciales de la civilización jurídica y de la propia seguridad ciudadana, transformándose en un verdadero instrumento de poder político en relación directa con la "atención de las demandas populares", de ahí surgen vinculadas las concepciones de "*seguridad ciudadana*" y de "*peligrosidad social*", esta última frase para justificar de facto, el alejamiento de los principios y garantías constitucionales.

Es posible que sea solamente una visión política de la criminalidad o una visión filosófica del poder, circunscrita a desarrollar los alcances de una determinada estructura del poder político, sin embargo, aún en esa prospectiva política, se pretende "dogmatizar" la seguridad ciudadana, concibiendo un Derecho penal a su servicio, quizá así nos aproximamos al origen del llamando "populismo punitivo", enclaustrando al Derecho penal, dentro de una concepción puramente represiva, impulsada por la pretensión de lograr una mayor certidumbre en el resguardo de derechos e intereses, más allá de lo racionalmente necesario o permitido[3], bienes jurídicos que constituyen objeto de tutela del Derecho penal, pero que generan ilusoriamente la creencia de que el Derecho penal es capaz de combatir la criminalidad y la peligrosidad social, de manera más efectiva, justificado por el "ideario" de la convivencia humana en armonía, pero siempre bajo la mirada que las élites políticas tienen sobre las demandas y clamores populares de seguridad ciudadana que exigen una lucha efectiva contra la criminalidad y una convivencia pacífica que fictamente está preocupada por el miedo a vivir en inseguridad, sentimientos oportunamente provechosos para ser utilizados políticamente y para generar rédito político frente a la población, cuando se lanzan discursos punitivos y se opera punitivamente.

Tal es la demagogia política, que las leyes penales encuentran serias dificultades para afirmarse con fundamentos constitucionales cuando atienden el clamor popular, frente a la opción de buscar otras alternativas menos lesivas para los derechos y libertades; este recurso del poder político ha sido perfectamente aprovechado en los últimos tiempos y ha generado desproporciones frente a la libertad y dignidad[4], como límites constitucionales del poder punitivo del Estado, Michel Foucault señalaba que, "*…la objeción no recae en el abuso de soberanía sino en el exceso de quienes gobiernan, ante la cultura del peligro, que se traduce en procedimientos de control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades*".

3 "…si no hubiera tutela de nuestros intereses, estos quedarían sometidos a la ley del más fuerte, si en definitiva no pudiéramos defender lo que es nuestro y más queremos: la vida, la libertad, la propiedad, etc., carecerían de valor, cualquiera podría destruirlos o apropiárselos con violencia, engaño o de cualquier otro modo. Y la experiencia demuestra que eso sucedería inexorablemente. La vida en sociedad sería imposible y aún la individual sumamente precaria" JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, Ob. Cit., Pág. 26

4 "La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado", Art. 22 de la Constitución boliviana.

Es posible que al estudiar al Derecho penal como una disciplina jurídica y científica, la motivación preliminar se encuentre en las realidades que se presentan con el fenómeno de la criminalidad en general y en el propio clamor popular de seguridad de la población, sin embargo, esas realidades determinarán "*peligrosamente*" a futuro, el "*Derecho penal de la seguridad ciudadana*" muy vinculado a una percepción política, que "artificialmente" pretende justificar la lucha contra la criminalidad, incorporando "*políticas penales*" antes que "*políticas criminales*". De esa manera se extraña el equilibrio de la potestad de penar con los límites a esa potestad, principios tan elementales como necesarios concentrados en la intervención mínima, en la prohibición de exceso, en la proporcionalidad, en la adecuación, en la necesidad y en la lesividad, entre los más importantes.

En consecuencia, partiendo de una premisa fundamental, es posible preguntamos si nos encontramos frente a un populismo punitivo, que confina al Derecho penal a una concepción puramente represiva para otorgar mayor "*seguridad ciudadana*", o si es necesario imponer la racionalidad de la ley penal, a partir de sus contenidos ideológicos y políticos brindados por su base constitucional.

2. Contenido ideológico de la norma jurídica penal.

Sin duda alguna, además de que el derecho aspira a la justicia, la norma jurídica tiene un contenido ideológico que es expresión del fundamento ideológico, político constitucional del Estado, que a su vez, como en nuestro caso, direcciona los fines y las funciones estatales hacia la construcción de una "*sociedad justa y armoniosa*"[5], por lo menos visto desde la ideología básica de la convivencia humana en todos los Estados, por tanto, la estructura lógica del sistema normativo penal también debe responder al sistema ideológico y político de un Estado, que en buena parte se expresa en aquellos principios ético morales y valores constitucionales como el de igualdad, dignidad, libertad, respeto, armonía, equilibrio, bienestar común, responsabilidad, entre otros, para "vivir bien".[6] Representa la base fundamental del Estado y en definitiva representa el último armazón o si se quiere, la camisa de fuerza para contener las discrecionalidades, arbitrariedades o excesos de poder en la concepción y elaboración de las leyes penales para el bien común. No sin razón el Profesor Rodolfo Vigo, señalaba que, "*el orden de lo jurídico y su saber respectivo, se inscribe en el orden de lo ético social y del saber práctico* (…) *El derecho se ubica en el campo del bien humano, del bien debido, y en la determinación de ese bien se computará siempre, -de manera directa o indirecta- el bien común*"[7]

Vinculado a su contenido ideológico, el sentido teleológico de las leyes penales, se debate entre, tener normas penales *"mas efectivas"* con penas más graves o con nuevos delitos, utilizando

5 El constituyente asignó entre los fines y funciones del Estado, en el numeral 1 del Art. 9 de la Constitución boliviana, la función y la finalidad de "Constituir una sociedad justa y armoniosa…"

6 La filosofía constitucional del "vivir bien" se asienta en los principios y valores acordados por el constituyente en el Art. 8 de la Constitución Política del Estado

7 RODOLFO LUIS VIGO. Las Causas del Derecho. Buenos Aires 2010. Edit. Abeledo Perrot S.A. Pág. 17.

REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

procedimientos más expeditos para encerrar a los "*delincuentes*" en las cárceles y lograr mayor eficiencia preventiva o generar mejor eficacia disuasiva para reducir la criminalidad; o reflexionar sobre la efectividad de las funciones de control social que suponen las normas penales, que no corresponden exclusivamente al Derecho penal, sino también a todas las instituciones de la sociedad que no son necesariamente instituciones jurídicas[8].

Precisamente, de la mano de aquellos principios y valores constitucionales, que necesariamente deben servir en la construcción de las bases del Derecho penal, es que podemos dotar a las políticas públicas del Estado, de los insumos necesarios para la inversión pública en la filosofía del "vivir bien". En efecto, una sociedad con un buen sistema escolar producto de la ejecución de políticas educativas, con situaciones familiares estables e integradas, sin carencias sociales o económicas, producto de la ejecución de políticas sociales y económicas; es innegable que va a crear mejores modelos de comportamiento humano y social, y esas políticas públicas, tendrán resultados más eficaces que las que se pueda conseguir con la gestación y aplicación de leyes penales puramente represivas en procesos de inflación legislativa penal, así se puede afirmar que es el propio Estado o la propia sociedad, la que consigue que los ciudadanos persigan cánones de conducta social de acuerdo a lo esperado por cada uno de ellos, que respeten las normas básicas del orden social, y al final, paradójicamente frente a la pretensión social de mayor punitivismo, es la propia sociedad la que asume su responsabilidad junto al Estado sobre su seguridad ciudadana, y aquí es pertinente recordar la célebre frase de Lacassagne: "*Las sociedades tienen los delincuentes que merecen…"*.[9]

3. El populismo penal y los riesgos de su irracionalidad.

Consiguientemente, el Derecho penal debe ser "mínimo", debe ser la "última ratio", no puede ser el principal o el único mecanismo de control social, y aunque es el instrumento más severo que integra el sistema de control social, no es el más efectivo, pues la historia y las "estadísticas criminales" han demostrado que el Derecho penal, no ha sido capaz de reducir los niveles de criminalidad, no ha sido capaz de lograr "seguridad ciudadana", ni ha sido capaz de revertir los déficit sociales, económicos, laborales, educativos y de salud, a partir de la independencia de sus objetivos, que generalmente no convergen con los objetivos perseguidos por otros subsistemas de control social.

Las leyes penales son mecanismos de control y de reacción social, pero no pueden constituirse en los únicos elementos de transformación, seguridad

8 "El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social..." SANTIAGO MIR PUIG. Derecho Penal, Parte General. Barcelona 2005. Editorial Reppertor. Pág. 49.

9 Alexandre Lacassagne, médico francés y criminólogo, en la tesis principal de su obra "La Mort de Jean-Jacques Rousseau" de 1913, declaró: "El entorno social es el caldo de cultivo de la criminalidad. El germen es el criminal, un elemento que no tiene ninguna importancia hasta el día donde encuentra el caldo que hace fermentar. Para el fatalismo que sigue inevitablemente de la teoría antropológica, nos oponemos a la iniciativa social. La justicia marchita, corrompe la prisión y *la sociedad tiene los delincuentes que se merece*".

y convivencia armónica social, por lo que la idea de que con leyes penales podemos modificar la sociedad o construir la sociedad "justa y armoniosa" que la Constitución establece como fines y funciones del Estado, es una total ingenuidad e irresponsabilidad, porque está claro que las leyes penales no van a acabar con la delincuencia, ni con la inseguridad ciudadana, más aun cuando se han expuesto determinados elementos de desproporcionalidad e irracionalidad, incorporando dispositivos de carácter popular y político, que notoriamente han apartado a las leyes penales del sistema de garantías constitucionales, generando niveles de "*conveniencia política*" para "*luchar contra la criminalidad*", con penas más severas, incomprensibles, reitero, en la pretensión de construir una "*sociedad justa y armoniosa*".

Surge así una falsa concepción del Derecho penal alimentada con consignas políticas y mediáticas sobre la inseguridad ciudadana, alimentada con los sentimientos de incertidumbre subjetiva y vulnerabilidad ciudadana ante el delito, extendido hacia todos los sectores sociales; esta es la estimulación del fenómeno de la inflación legislativa en el que las decisiones legislativas en materia penal son para "*otorgar mayor seguridad al ciudadano"*, pretendiendo calmar ilusoriamente los sentimientos de inseguridad, así aparecen las leyes penales populares y "simbólicas", nada efectivas para la prevención de la criminalidad y nada eficientes para otorgar una respuesta eficaz ante la comisión de un hecho delictivo, forzando la función del Derecho penal por el rol de sustituir, atender e incorporar los sentimientos de venganza de las víctimas, cuando está claro que las leyes penales populares no pueden configurarse en función de los intereses de las víctimas, no pueden "recomponer" en muchos casos, la lesión producida sobre los bienes jurídicos de las víctimas, no pueden integrar a la sociedad al delincuente, en definitiva, no pueden construir la "sociedad justa y armoniosa".

Así emerge el fenómeno del populismo de las leyes penales, así se configura el llamado populismo penal[10], donde el conocimiento de los expertos y de los académicos, además de ser poco comprensibles, porque utilizan categorías dogmáticas teóricas y abstractas, reservadas solo a los iniciados, no interesan a la ciudadanía, por estar alejados de la realidad, más aún cuando se proclaman formulas del Estado de Derecho o del Estado Constitucional solventados en los derechos y garantías constitucionales.

El populismo penal es un fenómeno que se está produciendo en Bolivia y Latinoamérica, cuyo origen se encuentra en las demandas populares de punición, por eso cuando se trata de construir leyes penales, cuando se trata de debatir, casi nunca hay expertos, porque se cree que los únicos que saben qué Derecho penal quiere la sociedad y cómo debemos acabar con la delincuencia, es el ciudadano común, el pueblo, y esto es peligroso, porque las élites políticas se han dado cuenta que en esas expectativas ciudadanas, en esas

10 La expresión populismo penal ha sido difundida por el jurista francés Denis Salas, quien la califica como una verdadera patología de la democracia.

El populismo del derecho penal
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

demandas populares, se encuentran réditos políticos, de tal modo que ante un hecho delictivo grave, sobre todo mediático, los políticos se ponen al frente para modificar o crear una ley penal popular, justificados únicamente por las características graves e inaceptables de aquellos delitos que causan mucha indignación y alarma social, así se configuran las bases y motivaciones de una ley penal popular.

El propio concepto de populismo[11] vinculado al punitivismo, parece darnos a conocer una fuente de legitimidad apócrifa de la concepción más elemental del Derecho penal al estilo neokantiano, al ubicar al derecho dentro de las ciencias culturales como producto cultural y social para garantizar un orden social impuesto por una determinada estructura de poder, y esto parece identificar el canal adecuado del debate para calificar la demanda social como popular o perteneciente al pueblo, razón suficiente para que las élites políticas, utilizando el populismo en sentido peyorativo, quieran ganar la simpatía de la población, justificando las medidas de represión penal, pero sin una base racional moduladora de las exigencias de seguridad y tranquilidad de la población que es la que en última instancia se aparta de las medidas represivas y de la demagogia política para "calmar" los sentimientos de inseguridad ciudadana o de miedo ante la criminalidad en avance. Es indudable que el populismo es uno de los elementos políticos recurrentes de los regímenes democráticos, con diversas versiones en su proyección autoritaria o presuntamente participativa y democrática, lo cual deja en duda el verdadero balance que debe existir entre el ejercicio efectivo del poder punitivo del Estado y la eficacia de dicho ejercicio, con los resultados conseguidos a través de una ley punitiva popular. Ni siquiera resulta válida la expresión "Vox populi, vox Dei", la "voz del pueblo es la voz de Dios", o que la opinión ordinaria del pueblo revela la voluntad de Dios, esta es una forma artificiosa de encontrar la legitimidad de las leyes penales amparándose en lo que la colectividad o comunidad anhela, en lo que sus propias experiencias y deseos lo impulsan.

Por otro lado, el intento por proyectar filosóficamente una justificación material y teórica de las normas penales que alimentan al populismo penal, basado en la experiencia popular y mediática, es simplemente una intención política y un espejismo filosófico porque "una doctrina del derecho puramente empírica es como la cabeza de madera de la fábula de Fedro: una cabeza que puede ser hermosa, pero que no tiene cerebro", metáfora kantiana citada por el Profesor Rodolfo Vigo, quien concluye señalando que "El empirismo jurídico es un error conocido en el campo del saber jurídico; su preocupación obsesiva y excluyente por los hechos le impide alcanzar la razón que hace que esos hechos sean jurídicos"[12]

Aunque es necesario explicar el saber jurídico con base racional, esto no quiere decir que deban dejarse de lado los elementos empíricos para comprender

11 El término populismo no forma parte del diccionario de la Real Academia Española, El populismo apela al pueblo para construir su poder, entendiendo al pueblo como las clases sociales bajas y sin privilegios económicos o políticos, y en sentido peyorativo, hace referencia a las medidas políticas que no buscan el bienestar o progreso de un país, sino que tratan de conseguir la aceptación de los votantes, sin importar las consecuencias.

12 RODOLFO L. VIGO. Ob. Cit. Pág. 25.

la norma jurídica penal y su eficacia en la colectividad, visión pragmática y real que me permite considerar los fines y funciones de la pena, es decir, si la pena realmente puede cumplir o ha cumplido una función, si la pena se encuentra justificada como sanción determinada por su eficacia y utilidad o si la pena encuentra sentido únicamente en su carácter retribucionista, como medio para calmar la inseguridad y el temor popular hacia la criminalidad real, considerando empíricamente su aplicación y sus resultados en el sistema penitenciario. Colateralmente, en el debate racional y empírico, se inscriben también las corrientes preventivas, que evidencian un "blindaje político criminal" frente a las proposiciones normativas de la ley penal popular, pero si la función de la pena es la de prevenir, no parece acertado concebir "castigos irracionales" en la norma jurídica penal, cuando no cumplirán, ni la función preventiva asignada tradicionalmente a la pena por la doctrina penal, ni la finalidad de enmienda asignada por el constituyente en el Art. 118 p. III de la Constitución[13], tornándose abstracta y etérea la construcción de la sociedad armónica y pacífica en el Estado Constitucional de Derecho.

Queda claro entonces, que la función de la pena en el populismo punitivo, no es otra que la de satisfacer temporalmente las demandas sociales de mayor seguridad, de mayor punición, para erradicar coyunturalmente los sentimientos de inseguridad, vulnerabilidad y temor, pero sobre todo, su función se encuentra vinculada a los intereses de las élites políticas que en un momento dado, pretenden el reconocimiento de sus "políticas penales" en la gestión institucional de lucha contra la criminalidad y pretenden obtener la justificación para una forma de prevención delictual, pero distorsionada en sus fines, por tanto incongruente en sus funciones, al apartarse notoriamente de la prudente racionalidad que ofrece la dogmatica penal y el sentido teleológico del Derecho penal mínimo.

Este análisis es posiblemente agobiante, porque toca las bases racionales del sistema constitucional y del Estado constitucional de Derecho, y no se encuentra otra herramienta que justifique y legitime el poder punitivo y su ejercicio con la aplicación de la pena como "castigo" antes que como una herramienta que sirva a los fines y funciones del propio Estado, la construcción de una sociedad armoniosa y pacífica. Tomar en cuenta las posturas retribucionistas y utilitaristas de la pena, como enfoques que se constituyen en respuestas a la criminalidad real, para que sean aceptadas por la sociedad y sean justificadas política e ideológicamente, es limitarse frente a los otros factores que inciden en la criminalidad no son tomados en cuenta para realizar un análisis más completo de las razones que justifiquen el ejercicio de la violencia legal con la pena, mucho más si ese ejercicio viene precedido por las demandas sociales.

Ensayar razones ético políticas para proponer soluciones alternativas al populismo penal, ciertamente involucran elementos de racionalidad en el Estado Constitucional de Derecho, como suficientes motivos para oponerse y

13 El Art. 118, p. III de la Constitución, establece: El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos".

El populismo del derecho penal
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

rechazar la criminalización y penalización desmedidas o desproporcionales, por lo que tampoco es posible dejar de lado el carácter democrático y representativo que tiene el legislador, dentro del Estado de Derecho, cuando alude a los intereses de la mayoría para justificar la ley penal popular, pues representaría los intereses de la mayoría, sin embargo, lo que no se muestra es que las leyes penales, en el marco del ejercicio democrático, indudablemente representan determinadas expresiones de hegemonía de poder político, que tienen como objetivo, la natural conservación del poder y no necesariamente los cambios de mentalidad o secundariamente la prevención efectiva de los delitos, menos la consolidación de una difusa y no muy comprendida seguridad ciudadana. Esto traería consigo una distorsión de la función del Derecho penal, porque como lo ha señalado el Profesor Zaffaroni, "La función del derecho penal de todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico) debe ser la *reducción y contención del poder punitivo dentro de los limites menos tradicionales posibles*. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función, lamentablemente habrá fracasado y con el habría caído el estado de derecho"[14].

Si la sanción de las leyes penales, se desarrolla en el plano político, es de una necesidad imperiosa, el acercamiento a los niveles de racionalidad provistas por las academias y los estudios criminológicos que aproximarían los factores para conocer seriamente, en primer lugar, el alcance y contenido de la criminalidad de nuestro país, en segundo lugar, el funcionamiento de las instituciones del sistema penal y la efectividad de las leyes penales, y en tercer lugar el funcionamiento del sistema penitenciario; solo así evitaríamos profundizar una "crisis de legalidad" donde la fuente de legitimidad de las leyes punitivas seria solamente una motivación política en la atención del clamor popular de seguridad ciudadana, donde la capacidad de regulación del orden jurídico penal, en particular cuando se trata de prohibiciones y mandatos de la norma penal, claramente se debilitaría.

Lo cierto es que, por otro lado, pregonando la conservación de la paz y la tranquilidad de la sociedad, se pretende justificar un alejamiento de los derechos y garantías constitucionales que el constituyente ha impulsado en la Constitución como una decisión ideológica y política contenida en los valores humanos y en el desenvolvimiento de la dignidad humana como fuente inquebrantable de los derechos fundamentales, axiomas propios del constitucionalismo actual, que como lo señala Mark Tushnet, "no hace más que describir gobiernos no totalitarios"[15]

Dogmáticamente, las leyes penales no han desvirtuado su papel garantizador sobre los derechos fundamentales, y tienen que volver a constituirse en la "barrera infranqueable de la política criminal", que en su momento Franz Von Lizt concibiera para evitar la mala utilización del Derecho penal, dejando de lado los valores y principios constitucionales que ahora parecen estar sometidas a una especie de negociación

14 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. El enemigo en el derecho penal. Buenos Aires 2006. Edit. Ediar. Pág. 168.

15 MARK TUSHNET. Constitucionalismo y Judicial Review. Lima 2013. Edit. Palestra Editores. Pág. 57

subterránea para mantener el discurso político en la construcción de las leyes penales populares, cercenando su validez universal y acercando peligrosamente la construcción de un "enemigo" en el Estado Constitucional de Derecho, por lo menos en los discursos jurídico penales y criminológicos, y que este reconocimiento expreso del enemigo en el Derecho penal, puede llevarnos al *derecho penal de autor*[16].

La premonición es clara, además de la empatía política que se quiere lograr con las leyes penales populistas, estamos en un proceso de construcción de un orden social político, cuyo fin esencial es el "bien común" y la autoridad política de manera discursiva se constituye en la dirección y en la fuerza que condiciona el comportamiento de los individuos para alcanzar el bien común, para lograr, si se quiere, el "vivir bien" y no puede hacerlo sino a través del control social y del ejercicio político del poder punitivo, aunque ello conlleve riesgos en la disminución de los derechos y el recorte de las garantías constitucionales, pero que al fin y al cabo siempre generan una ventaja, réditos políticos.

No es extraño entonces que exista concordancia política a la hora de tomar decisiones punitivas, porque si se procura el bien común, se identificaran las mismas aspiraciones comunes de los individuos, que en ese sentido no se trataría de bienes individuales o personales, porque para lograr la seguridad común en una sociedad política, se exige coincidencia de intereses y para alcanzarlos es preciso un acuerdo, que se traducirá en normas jurídicas generales que en último término determinarán los mandatos y las prohibiciones en el núcleo esencial de la norma jurídica penal para justificar una reacción social punitiva más violenta y grave, como producto de la inobservancia de las normas de prohibición o de mandato y que adicionalmente puede generar la ejemplaridad del "castigo" para que la misma sociedad política de la que salen las normas penales, se intimide a partir de la vida en común y de los procesos comunicacionales que se desarrollan por los valores y los intereses comunes, y así se logre construir la sociedad armónica y pacífica del "vivir bien", pero considerando siempre la función que se le pueda asignar al Derecho Penal. Al respecto, Santiago Mir Puig señala que "Es común a las distintas teorías ecléctica asignar al Derecho Penal la función de protección de la sociedad. A partir de esta base de acuerdo, las opiniones se separan. Dejando a un lado los innumerables matices, cabría distinguir dos grandes direcciones. Por una parte, quienes creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y en la determinación de la pena, conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución. Esta constituye una posición «conservadora»...Por otra parte, un sector «progresista» de la ciencia alemana invierte los términos de la relación: fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente la función de *límite máximo* de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena *superior* a la merecida por el hecho cometido..."[17]

16 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. Ob. Cit. Pág. 114.

17 SANTIAGO MIR PUIG, Ob. Cit., Pág. 97

El populismo del derecho penal
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

Sin embargo, la ejemplaridad del "castigo" para que la misma sociedad política de la que salen las normas penales, se intimide a partir de la vida en común, es una falacia de razonamiento que no se encuentra en los fundamentos del bien común, sino en las tesituras que la justifican políticamente, en efecto, las normas penales son ideales, no son realidades objetivas aunque el Derecho si lo es, el ordenamiento jurídico punitivo pertenece a la sociedad política, con la práctica de poder de las autoridades políticas, por tanto, no se encuentran perfectamente legitimadas en las aspiraciones comunes de los individuos, sino en la orientación política que funda su realidad, esta orientación finalmente determina los intereses sectarios de un grupo de poder que para alcanzar la aceptación de la sociedad política, requiere tomar determinaciones políticas al construir una norma penal como el medio para lograr aquella aceptación, por tanto parece apropiado señalar que el bien común es irremediablemente un bien común político, como lo señala el Profesor Rodolfo L. Vigo[18], y sobre la construcción de una base de optimización de los temores e inseguridades de la colectividad, que se expresa en demandas punitivas populares, se terminaría por justificar el carácter represivo de las normas penales y la tendencia ejemplarizante y retributiva del Derecho penal popular, sin embargo, no sería más que un proceso de creación de espejismos dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Por eso, las leyes penales populistas, deben interpretarse en el contexto social, político e ideológico, en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, deben contar con la racionalidad necesaria para incorporar en las políticas criminales, las demandas de seguridad ciudadana como exigencias vitales del constituyente a la par del respeto incólume de los derechos fundamentales del ciudadano, de este modo, no se limitarían simplemente a los discursos normativos, ni siquiera los discursos dogmaticos de los académicos, sino es con el fin de encontrar una apertura para generar ámbitos de propuesta de política criminal que desarrollen las exigencias de mayor seguridad ciudadana y las medidas adecuadas para lograr el control social deseado en el Estado Constitucional de Derecho, cuyos niveles de racionalidad deben constituirse en la premisa del "vivir bien", mas allá de la difusa e irreverente emocionalidad de la colectividad o de los individuos, que solo provocan contorsiones políticas muy redituables.

4. El modelo político criminal constitucional.

Ante las leyes penales populistas, como parte de las transformaciones penales impulsadas políticamente, las opciones de política criminal que se presentan, se manejan dentro de un determinado modelo penal que podría calificarse como coyuntural y oportunista, dejando de lado el análisis de otros modelos penales, en cuya base se deben encontrar fundamentos constitucionales.

En efecto, el Profesor José Luis Diez Ripollés, afirma en primer lugar la existencia de un modelo penal garantista, que "se caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal auto limitada, hasta el punto de que se ha llamado a si mismo derecho penal

18 RODOLFO L. VIGO. Ob. Cit. Pág. 127.

mínimo"[19], además señala un conjunto de principios que las sustentan. Refiere también, el modelo penal resocializador, basado en que el modelo de intervención penal se configure de acuerdo con la idea de la resocialización del delincuente[20]. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, basado "en la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema (...)"[21], es un modelo en el que se otorga prevalencia al sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana y a los intereses de las víctimas, es un modelo en el que el populismo y la politización determinan la adopción de medidas legislativas de carácter penal, fruto de los temores y clamores del pueblo por mayor seguridad de sus intereses y bienes, incorporando el componente aflictivo de la pena y la prisionización como los mecanismos sustanciales más importantes para la prevención delictual, pero sobre todo para la intimidación.

No en todos estos modelos, se colocan las condiciones para lograr conseguir el mayor grado de eficacia de la ley penal, la mayor efectividad del funcionamiento de las instituciones del sistema penal, la máxima eficacia del sistema procesal penal, el funcionamiento adecuado del sistema penitenciario y la efectiva protección de bienes jurídicos que sean dignos y necesitados de tutela penal, en cuya virtud el ordenamiento jurídico punitivo habrá de conseguir su finalidad.

En Bolivia, la reacción social de la comunidad frente al delito, expresa el pensamiento y la actitud de la ciudadanía, de que prefieren seguridad, afirmando un modelo de política criminal de seguridad ciudadana que les garantice vivir con tranquilidad y certeza de protección de sus bienes jurídicos, y por lo menos en las ciudades principales, el Estado y los ciudadanos pretenden tener un mayor control en la prevención de la delincuencia, por ejemplo, a los ciudadanos se les exige una participación mayor en la lucha contra la delincuencia, generándose el fenómeno de la "*vigilancia ciudadana*" en los barrios y en las zonas comerciales, se incrementan los servicios de la seguridad privada cuando los ciudadanos utilizan recursos propios para contratar empresas privadas de seguridad; otra expresión de éste fenómeno se presenta cuando en barrios populares, se cuelgan en los postes de luz, muñecos de trapo atados por el cuello, advirtiendo a los potenciales delincuentes la reacción social que les espera si cometiesen delitos, o cuando se escriben en las paredes frases como: "*Ladrón pillado, será quemado*", *"auto sospechoso, será quemado"*, advirtiendo la implantación de la justicia por propia mano. Estos son los factores que alimentan el clamor popular punitivista para que las decisiones legislativas accedan a tomar el control social mediante las leyes penales populistas, criminalizando más conductas en aras de la "seguridad ciudadana".

Este es el modelo de seguridad ciudadana terriblemente intimidatorio, que como política criminal ha generado la tendencia hacia el endurecimiento de penas por el poder político, pues basándose en que el delincuente actúa "*racionalmente*", entonces hay que actuar con penas disuasivas, con penas duras, por eso los

19 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. Política Criminal en la encrucijada. Buenos Aires 2007. Edit. Euros Editores SRL. Pág. 62.

20 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. Ob. Cit. Pág. 66.

21 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. Ob. Cit. Pág. 75.

El populismo del derecho penal
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

Órganos Legislativos, se están apropiando "de facto" de un modelo político criminal más represivo con el endurecimiento de las penas y la creación de nuevos delitos, y con esta tendencia o amplificación punitiva buscan reducir la criminalidad. En este modelo no importa, que la pena no sea proporcional, no interesa el Derecho penal mínimo, no interesa la resocialización, porque sólo se busca intimidar o disuadir al potencial delincuente, implementándose medidas punitivas, carentes de racionalidad constitucional.

Si este es el modelo político criminal "de hecho"[22] que se insufla con los casos penales mediáticos, parece que exigir la aplicación del Art. 118, p. III de la Constitución, nos deja perplejos a los juristas y académicos cuando se pretende la orientación de un modelo político criminal resocializador como expresión de la voluntad política y jurídica del constituyente, frente a las exigencias de seguridad ciudadana que dan origen al populismo penal.

Los modelos penales, resocializador y garantista, tienen bases de racionalidad lógica que exigen una toma de decisiones racionales cuando se construyen leyes penales, modelos penales que exigen fundamentos, estudios y argumentos criminológicos, como mecanismos de racionalidad de la ley, que no solo vean aspectos de técnica legislativa en la construcción de tipos penales. Si bajo el modelo resocializador, el ciudadano comete un delito y la sociedad reacciona con sus instituciones penales, razonablemente la sanción tiene que ser proporcional, porque la pena verdaderamente es un mal y ese mal que se impone, tiene que ser proporcional al daño que se produce, posibilitando racionalmente la educación, habilitación e inserción social, porque no se busca la eliminación del delincuente, al contrario, se pretende integrarlo, recatarlo, recuperarlo, se quiere constituir con el condenado la "*sociedad justa y armoniosa*" que exige la voluntad jurídica y política del constituyente, por eso e rechaza la pena de muerte, por eso se rechazan las cadenas perpetuas, no buscamos aislar al delincuente el mayor tiempo posible, con penas muy largas que no son proporcionales, aunque pretendemos ingenuamente reducir las tasas de criminalidad con la amplificación punitiva, con el solo propósito de calmar la inseguridad ciudadana, que aparentemente encuentra en el sistema penal su única forma de solución, desarrollando procesos de criminalización primaria con la gestación de leyes punitivas y aumentando los procesos de criminalización secundaria, como se ha evidenciado en el último informe presentado por el Ministerio Público en Bolivia[23], cuando se informó que los casos atendidos por el Ministerio Público se incrementaron en un 105% en el periodo 2006-2014.

Esta tendencia de aumento cuantitativo en los procesos de criminalización secundaria y la tendencia a la penalización desproporcional con los procesos de criminalización primaria, muchas veces irracionales y sin fundamentos

22 En las últimas cinco décadas, ningún gobierno democrático o gobierno de facto, ha formulado concisamente una política criminal en Bolivia, por lo menos no existen datos en el Ministerio de Justicia.

23 El 6 de enero del 2015, ante los medios de comunicación, el Fiscal General del Estado, Dr. Ramiro Guerrero brindó un informe de gestión del Ministerio Público, detallando los casos que han sido atendidos por el Ministerio Público.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

criminológicos, generan también problemas de prisionización[24] e inutilidad de las penas privativas de libertad. Bolivia no tiene un sistema penitenciario adecuado para lograr los fines de la resocialización del condenado, y posee una de las tasas de encarcelamiento más altas entre los países de Latinoamérica[25] demostrándose que existe un notable y fuerte crecimiento que no guarda relación con la delincuencia medida a partir de los hechos delictivos conocidos y del número de detenciones preventivas por la comisión de delitos (criminalidad aparente), así se puede afirmar que existe un fracaso en las penas privativas de libertad.

Por eso no es posible concebir leyes penales, al margen de las básicas exigencias político criminales previstas en la Constitución, al margen del sistema de valores y del conjunto de principios ético morales, determinados por el constituyente, plataforma axiológica e ideológica para generar puntos de vista político criminales en la construcción o elaboración de leyes penales, cuya base racional también compromete la aplicación de categorías conceptuales de la dogmática penal; sólo contando con esos datos o fundamentos criminológicos sobre el funcionamiento del sistema penal, atendiendo la realidad criminal, se podrán sentar las bases de la política criminal para plantear, instrumentalizar y aplicar con mayor eficacia las normas jurídicas penales en la sociedad, por eso Von Lizt decía que "*la Política Criminal es una ciencia que se constituye en la maestra del legislador, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito*".

Los criterios son concordantes para desterrar cualquier política criminal de corte populista y para que se rechace el fácil expediente del populismo punitivo, evitando que el Derecho penal responda siempre y de manera inmediata a los clamores punitivistas, porque "la actual redacción y aprobación de las leyes penales no obedece a una reflexión serena, racional y consensuada del legislador, sino que se realiza al compas que marca la coyuntura política de un país. En otras palabras, en el ámbito penal se viene legislando últimamente a golpe de *caso mediático.* Estamos asistiendo así a una verdadera instrumentalización del Derecho Penal por parte de los medios de comunicación social"[26]

5. El peligro de la crisis de la legalidad ante la falta de racionalidad en la ley penal.

Precisamente, de la relación estrecha que debe existir entre la Política criminal, la Criminología, y el Derecho penal, es que emerge una ley penal con niveles de racionalidad aceptables al tener en cuenta la realidad social, la realidad jurídica,

24 En general, la prisionización debe entenderse como aquel proceso de adaptaciones tanto biológicas, como psicológicas y sociales que tiene que realizar el individuo internado dentro de un recinto penitenciario, al sistema normativo penitenciario de la comunidad de reclusos, soportando sus efectos.

25 De acuerdo a la información oficial hasta mayo de 2015 brindada por la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario, antes de la llegada del Papa, la cantidad de privados de libertad en Bolivia se duplicó en los últimos cinco años. En 2010 se contabilizaban 7.200 reos y en 2015 esa cifra llega a 13.793. De los casi 14.000 encarcelados, 12.598 son varones y 1.195 mujeres. Santa Cruz, La Paz y Cochabamba concentran la mayor cantidad de la población penitenciaria del país. (Fuente el Deber de Santa Cruz, 12/06/2015)

26 El populismo punitivo. Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia, Pontevedra, 24 noviembre 2006.

El populismo del derecho penal
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

los efectos que se pueden ocasionar en esas realidades al tomarse la decisión legislativa, considerando siempre el sistema de creencias y valores que establece el Art. 8 de la Constitución, esto le otorga a la ley penal una racionalidad ética, que de acuerdo al Profesor José Luis Díez Ripollés, con la racionalidad ética, "se saca a la luz el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad y en el que se ha de enmarcar necesariamente el proceder legislativo"[27], pero también una racionalidad teleológica, en función de las líneas básicas del modelo político criminal que tenemos previsto en la Constitución, que no solo busca reprimir, sino también lograr la finalidad perseguida con el cumplimiento de las penas privativas de libertad previsto en el Art. 118 p. III de la Constitución y en el Art. 25 del Código Penal[28], que en definitiva podrían coadyuvar a alcanzar los fines del orden social expresados en los fines y funciones esenciales del Estado previstos en el Art. 9 de la Constitución. De la relación estrecha que exista entre Política criminal, Criminología y Derecho penal, surge la racionalidad pragmática de la ley, que según el Profesor Díez Ripollés, "tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad teleológica a las posibilidades de intervención social que están al alcance de la correspondiente decisión legislativa (...) Que el mandato o prohibición sean susceptibles de ser cumplidos satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que se va a estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la *aplicación* coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa..."[29] Por tanto, de acuerdo con el Profesor Díez Ripollés, la racionalidad pragmática exige la efectividad de la norma, es decir, su puesta en práctica o vigencia, y su eficacia tendientes a obtener los objetivos de tutela perseguidos, estos aspectos forman parte de la racionalidad pragmática, consecuentemente, la ley penal tiene que ser efectiva y eficaz, es efectiva cuando se cumple o es capaz de ser cumplida por todos nosotros que somos destinatarios de la ley; es eficaz, cuando consigue sus objetivos, si no es efectiva ni eficaz no es una ley pragmática, por tanto tampoco racional.

Se trata de construir una ley penal con estructuras racionales, pragmáticas y utilitarias, características que están ausentes en la ley penal popular y generan una falta de eficacia normativa en la ley o una crisis de la legalidad, que puede ocasionar que el poder público asuma posiciones absolutistas, sin límites, ni controles, motivados únicamente por réditos políticos subordinados a los complejos clamores populares mediáticos y que en definitiva ocasionarían la ineficacia en la aplicación de la norma penal, o como lo señala el Profesor Luigi Ferrajoli, la crisis de la legalidad se interpreta como "crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debido a la elevada «complejidad» de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas

27 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉZ. La racionalidad de las leyes penales. Madrid. 2003. Editorial Trotta. Pág. 92.

28 El Art. 25 del Código Penal establece que "La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y la readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial".

29 JOSE LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. Ob. Cit. Pág. 95.

al Estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político, y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían -según autores como Luhmann, Teubner y Zolo- una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales"[30].

La eventual crisis de la legalidad, debe ser conjurada con los mínimos cánones de exigencia de racionalidad en las leyes penales, por lo menos, aunque sea artificialmente, con un conjunto de garantías constitucionales expresados en los principios generales de la administración de justicia, los principios procesales vigentes en la jurisdicción ordinaria, o el sistema de garantías previstos en la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, porque en la medida en que se aparten estos elementos de la construcción de leyes penales, se consolidarán los elementos de una crisis de la legalidad y se alejaría peligrosamente la racionalidad, el carácter científico y profundamente humano del Derecho penal, apartados del progreso del constitucionalismo actual y de los instrumentos garantizadores de los derechos fundamentales, lo cual generaría una pérdida paulatina de confianza en las instituciones del Estado Constitucional de Derecho, como que de hecho está ocurriendo actualmente.

Bajo esa concepción de racionalidad, para evitar y prevenir la crisis de la legalidad, es necesario generar una cultura constitucional con la finalidad de constreñir a los operadores legislativos en el rol de la creación de leyes penales racionales, con una vigorosa concepción plural en su construcción, donde indudablemente las Universidades pueden tener una efectiva participación en la identificación de los factores que hacen a la crisis de la legalidad, aproximando diagnósticos precisos del funcionamiento de las instituciones del sistema penal para contribuir en la construcción de leyes penales racionales, solo así podremos evitar leyes penales populares.

6. La Constitución material como límite para el populismo penal.

Bajo el paradigma de la soberanía popular, que además, hoy en día tiene nuevos matices adecuados a la realidad social, con las características propias del llamado constitucionalismo latinoamericano moderno, el pueblo es el soberano, es el que considera si requiere de un cambio del orden constitucional, permitiendo reflexionar nuevamente y con gran fuerza, sobre la naturaleza del poder constituyente, la reivindicación de los derechos fundamentales y sus garantías; por eso la fuerza y validez de las decisiones del poder constituyente, nos increpan por el cumplimiento de su voluntad en la misma Constitución, asegurando las normas constitucionales como expresión de la soberanía popular.

30 LUIGI FERRAJOLI. Derechos y garantías. La Ley del más débil. Madrid 2001. Editorial Trotta. Pág. 17.

El populismo del derecho penal
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

Ahora bien, para concebir la existencia de la voluntad del soberano y para construir el Estado Constitucional de Derecho, se necesita una justificación sólida del poder constituyente, instituido en un poder real y originario del pueblo, que sirve para evolucionar en el constitucionalismo y respaldar su voluntad, merced a la concurrencia de dos elementos significativos: la legitimidad del poder constituyente y la convicción sobre la necesidad de armonizar nuestra convivencia social en un marco de seguridad jurídica-política constitucional que no atente contra los valores supremos o fundamentales que sostiene el ordenamiento constitucional, la dignidad, la libertad, la igualdad y la justicia; sobre todo, si estos dos últimos elementos gravitan en la construcción del Estado Constitucional de Derecho, entonces, se podría justificar la evolución del constitucionalismo y la vigencia del un verdadero Estado Constitucional de Derecho, más allá de su retórica formulación.

Sin embargo, utilizando los conceptos de Rousseau, "sólo cuando la razón política encuentre plena proyección en la razón jurídica", es cuando encontraremos el Estado de Derecho legitimado, que refleje el propio sentir y la necesidad de la soberanía del pueblo, con instituciones necesarias para ella, con la posibilidad de construir al menos un Estado de Bienestar basado en el cumplimiento de la norma constitucional; por esa razón, cuando menos, cobra tremenda importancia la concepción de soberanía como poder para fundar, para constituir, como lo refieren John Locke, Paine, Sieyes y Schmitt, citados por Kalyvas Andreas en su obra "Soberanía Popular, Democracia y el Poder Constituyente"[31], frente a una concepción teológica, absolutista, jerárquica con características de mandato y obediencia que se pretendió otorgar a la soberanía por Jean Bodin, Hans Kelsen o Foucault, citado también por el mismo autor.

Así, el poder constituyente instauró en el Estado boliviano y su Constitución, un conjunto de principios y un sistema de valores, y como afirma el Profesor Rubén Martínez Dalmau, los principios constitucionales, "buscan fortalecer el elemento axiológico propio de una Constitución fuerte, dispuesta a envolver la vida social y con pretensiones transformadoras. Los principios constitucionales, claves para la interpretación del texto, plantean no solo comportamiento éticos de una sociedad comprometida en un cambio, cambio para el cual la Constitución sólo es un instrumento, no un fin, y señalan el verdadero objetivo del Estado: el "vivir bien" del pueblo, no hace referencia a cualquier "vivir bien", sino al "vivir bien" de acuerdo con los principios que impregnan todo el texto constitucional..."[32]

Además de los principios, la Constitución boliviana, establece una profusa carta de derechos fundamentales que la historia del constitucionalismo ha logrado reconocer, destacándose 93 artículos para los derechos fundamentales y 27 artículos para las garantías, de una Constitución con 411 artículos, el

31 KALYVAS, Andreas. Artículo "SOBERANÍA POPULAR, DEMOCRACIA Y EL PODER CONSTITUYENTE". Revista Política y Gobierno. Volumen XII, Núm. 1. 1er Semestre de 2005. México. Pág. 95

32 RUBEN MARTÍNEZ DALMAU. El proceso constituyente boliviano. La Paz 2008. Edit. OXFAM Gran Bretaña. Pag.117.

Profesor Rubén Martínez señala que "No sólo es uno de los catálogos de derecho más extensos del mundo, sino también de los más exhaustivos para su cumplimiento..."[33]. En cuanto a las garantías afirma el Profesor Martínez, "Las garantías jurisdiccionales que los acompañan son amplias y variadas, y están destinadas a un único objetivo: el cumplimiento de la Constitución en todas sus vertientes."[34]

Por tanto, los postulados de la voluntad jurídica y política del constituyente incorporados en la Constitución material, superaron el concepto de Constitución Formal, como simple limitadora del poder constituido, para ser una Constitución donde el poder constituyente expresa su voluntad, este es el alcance de los principios, valores, derechos y garantías constitucionales, que justifican a la Constitución Suprema, Democrática y Normativa que tenemos, dentro de la concepción material de la Constitución en el Estado Constitucional de Derecho.

Una ley penal popular, que se aparta de una Constitución material o del Estado Constitucional de Derecho, contradice la voluntad jurídica y política del poder constituyente y puede revertir sus bases de legitimidad, terminando por otorgar una ilusión social de lucha contra la criminalidad, generando ficticiamente seguridad ciudadana, aislándose de los factores que hacen a esa criminalidad, factores que reitero, también deben ser atendidos por otros sub sistemas de control social, cuando estamos frente a personas que proceden de familias desestructuradas, debido a la pobreza en la que se han desenvuelto, déficits educativos, déficits afectivos o déficits de carácter laboral con la inexistente formación laboral o la falta de integración a un mercado de trabajo; todos estos factores señalan la necesidad de que hay que trabajar sobre ellos para lograr la pretensión constitucional de la "*sociedad justa y armoniosa*", y esta tarea no corresponde únicamente al Derecho penal, sino a la implementación de políticas públicas económicas, sociales, educativas, laborales, etc., postulados esenciales de la voluntad jurídica y política del constituyente.

¿Cuáles son las consecuencias de las leyes penales populares? La única consecuencia dramática de la implementación de leyes que no tienen una estructura racional juiciosa y equilibrada, y que solo atienden el sentimiento de las demandas populares punitivistas, será la de crear al famoso "*enemigo*" de la sociedad al que se alude en la noción del denominado "*Derecho penal del enemigo*", a ese ser humano considerado como "*ente peligroso o dañino*" compatible únicamente desde la teoría política con un modelo de Estado absoluto y total como señala el Profesor Zaffaroni, produciéndose una transformación regresiva de la política criminal a la "*política penal*" utilitaria, intentando justificar la expansión del poder punitivo y generando un marcado debilitamiento de las garantías procesales mediante la mirada hacia el derecho penal de autor, que fácilmente encontrará estados de vulnerabilidad del ciudadano a partir de los estereotipos y prejuicios, alimentados por las leyes penales populares.

Una muestra de esa política penal de quebrantamiento de las garantías

33 RUBEN MARTÍNEZ DALMAU Ob. Cit. Pág. 122.

34 RUBEN MARTÍNEZ DALMAU Ob. Cit. Pág. 124.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 5. Nro. 6 Enero – Junio, 2017 pp. 133 - 152

constitucionales, se encuentra en la Ley Nº 007 de Modificaciones al sistema normativo penal, en el ámbito de las medidas cautelares de carácter personal, cuando el legislador, atendiendo el clamor popular, ha modificado los requisitos para "viabilizar" los riesgos procesales y hacer posible la detención preventiva, al establecer como un requisito para el peligro de fuga, que el imputado represente un "*peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante*"[35]; esta determinación legislativa se constituye en un verdadero giro de 180 grados hacia el derecho penal de autor, es una regresión hacia la "*peligrosidad*" del positivismo criminológico, porque se está tratando a un ser humano por su "*peligro o potencial dañosidad*" y que por tanto sólo requiere pura contención o represión penal, eso le quita o niega su carácter de persona, es un paso extremadamente peligroso para segregar o eliminar, porque incluso el juicio de peligrosidad que se realiza decide también el grado de peligrosidad, dependiendo siempre de un juicio subjetivo de quien tiene el poder de determinar la peligrosidad, supone esto un "arbitrio judicial muy peligroso" para retornar a las características del "hombre delincuente" de Lombroso, regresando a una época prehistórica del "*canibalismo penal*" junto a un periodo de enjuiciamiento inquisitorial que la humanidad ya había superado.

7. Conclusiones necesarias.

El retroceso o la "involución" en la pretensión de construir una sociedad justa y armoniosa, paradójicamente vinculadas a una sociedad "desarrollada", son consecuencia directa de las leyes penales populares, "leyes de emergencia" para "detener" el avance de la criminalidad y "resolver" la inseguridad ciudadana, porque al invocar estados de "emergencia" se pretenden generar "estados de excepción" que luego son permanentes apartándose de los fines y funciones del Estado previstos en el Art. 9 de nuestra Constitución y de la verdadera función del Derecho penal cuando se actúa a golpe de las demandas populares punitivas, de una sociedad que ciertamente aspira a la seguridad, que busca una convivencia armónica y pacífica, pero que irónicamente desvaloriza al ser humano bajo pretextos de "amplificación necesaria" del ejercicio del control social punitivo.

Es un espejismo creer que el Derecho penal sea la solución de los problemas de la criminalidad, así como es una ilusión creer que este fenómeno pueda suprimirse, es una ficción acabar con la inseguridad ciudadana, porque esta pervivirá mientras existan las sociedades y sus carencias; a lo que podemos aspirar es a disminuir la criminalidad o a buscar que los delitos causen el menor daño posible a los intereses individuales y sociales. La inseguridad ciudadana existirá siempre y es un imperativo moral de los penalistas, el de no permitir el retorno de la peligrosidad, del Derecho penal de autor, que encubren prácticas del positivismo criminológico y de las formas de enjuiciamiento inquisitorial; es un imperativo que nos apropiemos del carácter científico y humano del Derecho penal, dentro de las exigencias de una Constitución material, es un imperativo generar cultura constitucional para alejar al populismo penal.

35 Ley N° 007 de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, Art. 234 (peligro de fuga), núm. 10.

Bibliografía de referencia.

1. CARBONELL, Juan Carlos. ***"Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales".*** Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

2. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. ***"La Racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría".*** Edit. Trotta S.A. Madrid 2003.

3. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. ***"La Política Criminal en la encrucijada".*** Edit. Euros Editores SRL. Buenos Aires 2007.

4. FERRAJOLI, Luigi. ***"Derechos y Garantías. La ley del más débil".*** Edit. Trotta S.A. Madrid 2001.

5. FERRAJOLI, Luigi. ***"Poderes Salvajes: La crisis de la democracia constitucional".*** Edit. Trotta S.A., Madrid 2011.

6. HASSEMER, Winfried. ***"Crítica del derecho penal de hoy"***. Traducción de Patricia S. Ziffer, Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá 2001.

7. JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIÁ, Manuel. ***"Derecho penal del enemigo"*** Edit. Civitas Ediciones S.L., Madrid 2003.

8. MARÍ, Enrique Eduardo. ***"La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault".*** Editorial. Librería Achette. Buenos Aires. 1985.

9. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. ***"El proceso constituyente boliviano".*** Edit. OXFAM Gran Bretaña. La Paz 2008.

10. MIR PUIG, Santiago. ***"Derecho Penal, Parte General".*** Editorial Reppertor. Barcelona 2005.

11. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. ***"Sistema Penal y Criminología Crítica".*** Edit. TEMIS. Bogotá 1985.

12. SANCHEZ BELLA, Ismael, DE LA HERA, Alberto y DÍAZ REMETERÍA, Carlos. ***"Historia del Derecho Indiano".*** Edit. MAPFRE S.A. Madrid 1992.

13. TUSHNET, Mark. ***"Constitucionalismo y Judicial Review".*** Edit. Palestra Editores. Lima 2013.

14. VIGO, Rodolfo Luis. ***"Las Causas del Derecho".*** Edit. Abeledo Perrot S.A. Buenos Aires 2010.

15. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***"El Enemigo en el Derecho Penal".*** Edit. Ediar. Buenos Aires 2006.