Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición Nº 3. Julio de 2023

EL GARANTISMO CONSTITUCIONAL Y LA NECESIDAD DE SUPERACIÓN DEL DISCURSO PUNITIVISTA Y DEL UTILITARISMO

Por Fabiano Henrique de Oliveira¹

Resumen: El artículo hace un análisis del garantismo bajo el enfoque de resguardo, protección, aplicación y efectividad de las garantías negativas y positivas que permiten el reconocimiento no solo de la legitimidad formal, pero también la legitimidad substancial de la democracia garantizada por reglas fundamentales que condicionan la validez del derecho y exigen en el estado constitucional democrático coherencia y respecto a derechos de libertad, igualdad y diferencia. Matiza la relación entre democracia y garantismo, observando la fuerza normativa de las garantías fundamentales, así como profundizando los ámbitos de protección y núcleos esenciales hasta obtener más efectividad y operacionalidad de estos derechos de libertad, igualdad y diferencia, dejando explicita la ilegalidad de las formas gestión de la pobreza y de organización sociopolítica por medio de políticas criminales selectivas y discriminatorias. La metodología se utiliza del método deductivo, monográfico y bibliográfico.

Palabras-llave: Democracia; garantismo; igualdad; diferencia; efectividad.

1. Introducción

¹ Mestre en Cultura Jurídica: Seguridad, Justicia y Derecho. - Universitat de Girona (2018), Universitá degli Studi di Genova (2020) y Universidad Austral de Chile- - 2018 (tripla titulação). Especialista en Derecho Público por la Esmafe/IMED/RS. Graduado en Derecho por la Universidade Comunitária de Chapecó/SC. Ex-defensor público federal. Observador externo convidado de las elecciones presidenciales de 2018 de Colombia. Actualmente es juez federal substituto - Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Vencedor del "Concurso Nacional de Decisões e Acórdãos em Direitos Humanos promovido pelo CNJ pela categoria Direitos dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais". por Mestrando en derecho la Universidade Católica Brasília. https://lattes.cnpq.br/7066127804004265.

Este artículo pretende hacer un enfoque del garantismo bajo el enfoque de resguardo, protección, aplicación y efectividad de las garantías negativas y positivas que permiten el reconocimiento no solo de la legitimidad formal, pero también la legitimidad substancial de la democracia garantizada por reglas fundamentales que condicionan la validez del derecho y exigen en el estado constitucional democrático coherencia y respecto a derechos de libertad, igualdad y diferencia.

Y partir de eso verificar la necesidad de superación de obstáculos de índole punitivista y utilitarista a la construcción progresiva de la democracia. Así cabe observar fenómenos sociales relacionados al control social en la contemporaneidad evidenciando que la formación de una nueva cultura de la punición hace parte de un proyecto de gestión de la sociedad por medio del discurso de endurecimiento de los mecanismos de combate al delito y políticas criminales simplistas de satisfacción de instintos de venganza y sensibilidades culturales fundadas en el miedo y como esa práctica discursiva reflexiona en el ámbito de la opinión publica y como favorece una dinámica político-electoral conservadora de exclusión social, relativización de la fuerza normativa y comprometimiento de la eficacia de derechos fundamentales, que resultan en violaciones a derechos de libertad, igualdad y diferencia, restricciones de sus núcleos esenciales y ámbitos de protección.

También delinea como la opinión publicada influencia en la selección de temas de orden criminal creando una atmosfera de emergencia en la sociedad destinada a la restricción excesivas de derechos de libertad y violaciones de los derechos de igualdad por discriminación selectiva, así como el activismo judicial relativiza garantías penales y de procesal penal y asume un papel represivo de lucha contra mitos de impunidad en un imaginario de una sociedad victimada, autorizando la selectividad represiva y profundizando las desigualdades.

La metodología se utiliza del método deductivo que se estructura inicialmente por explicaciones generales hasta llegar a explicaciones específicas para permitir conclusiones lógicas de las premisas presentadas. También utiliza la metodología monográfica y bibliográfica porque se desarrolla a partir de la pesquisa profunda de los temas específicos constantes en libros y artículos científicos.

2. La democracia y el garantismo

El Estado Democrático de Derecho, por un lado funda su legitimación formal en el poder político ficticiamente derivado de la voluntad del pueblo, donde la producción legislativa es resultante del principio democrático representativo. Sin embargo, este regime de gobierno no resulta apenas a un ordenamiento jurídico que se sujeta a la momentánea voluntad de la mayoría, que en algunas situaciones esta en posición de franca opresión a sectores vulnerables de la sociedad, pero también en un Estado con legitimidad democrática substancial que consiga respectar, dar efectividad y garantizar el núcleo irreductible del ordenamiento jurídico que es los derechos fundamentales negativos e positivos.

Hay una relación entre democracia política y estado de derecho, cuyas condiciones dependen de la verificación de dos tipos de reglas, una sobre quien puede y como se debe decidir, conforme la forma de gobierno establecida (democrática, monárquica, oligárquica o burocrática). En esa línea advienen las competencias y los procedimientos, como las normas de sufragio universal y principio de la mayoría en la formación de las decisiones. Esas reglas reflejan la dimensión formal de la democracia. Pero, la otra categoría de reglas es sobre o que se debe y o que no se debe decidir (refiriendo-se al carácter de derecho o absoluto o totalitario).² En estas, están los derechos negativos y todo el rol de derechos civiles y políticos que exigen abstención, limitación o prohibición del exceso y de otros derechos positivos o económicos, sociales y culturales que exigen prestación, reconocimiento y protección suficiente.

En esa línea, la democracia política, mismo teniendo las mejores reglas para determinar quien puede decidir y quien debe decidir, no es por si solo suficiente para legitimar una decisión o no decisión.³ Por eso, la democracia se muestra como un punto de partida con la necesidad de profundización y grados de satisfacción de las necesidades cotidianas, en la efectivación de derechos fundamentales y perspectivas de coexistencia y tolerancia. Es perceptible una situación compleja en la relación entre democracia, república y estado de derecho, donde el poder mayoritario y contra-

² FERRAJOLI. **Direito e Razão.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 791-792.

³ Ibidem, 2014, p. 792-793.

mayoritario pueden se oponer circunstancialmente, pero en un ámbito más profundado de democracia constitucional permite que tales ámbitos estén en relación de equilibrio conformativo y complementariedad recíproca como garantía de un proyecto constitucional con esquema co-existencial.

La democracia tiene un concepto abierto con muchos matices, siendo dinámica en su construcción y reconstrucción, flexible, abierta, garantista, libertadora y operativa.⁴ En ese sentido, hay que percibir que la democracia contiene un concepto formal que es el gobierno de la mayoría resultante de la representación política, que origina las reglas formales de producción jurídica y condiciona la vigencia normativa.⁵

La democracia substancial por su vez exige que además de las reglas formales y del ambiente político formado por la mayoría electa, también existan garantías que determinen o que debe ser decidido y o que no debe ser decidido por los poderes instituidos. Tal esfera del indecidible, están garantizados por un conjunto de normas substanciales que regulan la substancia o el significado de las mismas decisiones y condicionan la validez de las normas debiendo haber coherencia y no contradicción de la producción normativa a los derechos fundamentales.⁶

Ferrajoli apunta que en el Estado Liberal ni sobre todo se puede decidir, ni mismo en mayoría, a ejemplo de la imposibilidad de consentir que un hombre sea punido sin que haya cometido algún hecho prohibido o por haber cometido actos

⁴ BERCHOLC, Jorge O. Temas De Teoria Del Estado. 2ªed. La Ley, 2014, 45.

⁵ BOBBIO, Norberto. Quale Socialismo? Novo Politecnico, Einaudi: 1976, 5ª ed., p.42 e 43: "Queste significato preponderante è quelo secondo cui per <democrazia> s'intende um insieme di regole (le considdette regole del gioco) che consentono la più amplia e più sicura partecipazione dela maggior parte dei cittadini politiche, cioè alle decisioni che interessano tutta la collettività. Le regole sono su per giú le seguenti: a) tutti i cittadini che abbiano raggiunto la maggiore età senza distinzione di razza, di religione. Di condizione econômica, di sesso, ecc., debbono godere dei diritti politici, cioè del diritto di esprimere col voto la própria opinione e/o di eleggere chi la esprima per lui; b) il voto di tutti i cittadini deve avere peso eguale (cioè deve contare per uno); c) tutti i cittadini che godono dei diritti politici debbono essere libeeri di votare socondo la própria opinione formatasi quanto piú è possibile liberamente, cioè in una libera gara fra gruppi politici organizzati che competono fra loro per aggregare le domande e transformarle in deliberazioni collettive; d) debbono essere liberi anche nel senso che debbono essere posti nella condizione di avere reali alternative, cioè di scegliere fra soluzioni diverse; e) sai per le deliberazioni collettive sai per le elezioni dei rappresentanti vale il principiio dela maggioranza numérica, anche se possono essere stabilite diverse forme di maggioranza (relativa, assoluta, qualificata) in determinate circostanze preventivamente stabilite; f) nessuna decisione presa a maggioranza deve limitare i diritti dela minoranza, in modo particolare il diritto di diventare, a parità di condizioni, maggioranza."

⁶ FERRAJOLI. **Derechos y Garantías.** La ley Del más débil. Editorial Trotta. 2010, p. 23.

inofensivos o dichos sin demostración de prueba de culpabilidad. Ya la regla del Estado Social es aquella en la cual ni sobre todo no se puede no decidir, por ejemplo, sobre cuestiones de sobrevivencia y subsistencia el Estado no puede no decidir, aunque no interese la mayoría. En este contexto, además de la forma hay la necesidad de la técnica jurídica destinada a dar efectividad a la realización de la libertad, a la igualdad y diferencia y la autonomía del derecho.

Como se observa, la democracia es oriunda de un ideal de libertad, igualdad y fraternidad de los pueblos, cuyo camino sigue en progresiva construcción, con avances y regresos y también de reconstrucción que, en la evolución del tiempo cuanto mayor o más extensa sea la participación democrática, mayores serán las exigencias y mayores serán el número de nuevas demandas. Así, surgen nuevos derechos, nuevas garantías y necesidad de positivación de eses derechos y garantías en el elenco constitucional direccionada a una progresiva construcción de la democracia, ya que advierte Bobbio que: "para un regime democrático, el estar en transformación es su estado natural: la democracia es dinámica, o despotismo es estático y siempre igual a si mismo."8

Como es bien sabido, en el Estado Democrático de Derecho, es propia de la debida organización del Estado, establecer poderes, cuyos procedimiento de elección de los agentes públicos que ejercerán mandatos o cumplirán contratos de prestación de servicios públicos, segundo la democracia representativa algunos son electos por medio del voto popular para gobernar o legislar en nombre de los otorgantes (electores y no electores) estos componen el Poder Legislativo y Ejecutivo. Es a través de elecciones que reciben el punto de partida de la legitimidad para ejercer el papel que le es destinado en los límites de la democracia. El Poder Judiciario, por su vez tiene el punto de partida de la legitimación republicana derivada de la previa Constitución, por la forma de ingreso a través de concursos públicos exigentes de conocimientos jurídicos al nivel para ejercer servicios o actividades públicas, del respecto al debido proceso legal y deber de fundamentar las decisiones de forma demostrable y no discrecional.

⁷ FERRAJOLI. **Direito e Razão.** 2014, p. 794 e 797. Y **Derechos y Garantías.** La ley Del más débil. p. 27

⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Editora Paz & Terra, 2015, 13^a ed., p. 23.

De suerte que eses tres poderes tienen la obligación de ejercer sus funciones en los límites de los principios de la democracia y en coherencia con los significados de las normas constitucionales substanciales y derechos fundamentales por ellas establecidas, sea en la aplicación, sea en la interpretación, bajo pena de perdieren la legitimidad que requiere el ejercicio de sus funciones.⁹

3. La fuerza normativa de las garantías fundamentales

Los derechos fundamentales en el estado democrático de derecho tanto en su aspecto negativo, cuando exigen abstención del estado con prohibición de lesión a derechos de libertad, como en su aspecto positivo que confieren obligaciones y expectativas a prestaciones estatales como ya dicho forman parte del núcleo de la esfera del indecidible y tienen carácter vinculante a todos poderes institucionales y sujetos particulares y no están sujetos al arbitrio de aplicación discrecional.

Así estas prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación son garantías primarias y son exigentes de garantías secundarias que confieren deberes de reparar y sancionar judicialmente las violaciones a las garantías primarias, así como exigir que sea colmada por la legislación en caso de lagunas los derechos fundamentales no regulados o implementados.¹⁰

Además, de esa concepción garantista hay un esfuerzo pos-positivista direccionado a dar efectividad a los derechos fundamentales ultrapasando limites derivados de la omisión institucional y del desacuerdo político para garantir la fuerza normativa y el carácter vinculante de este bloque irreductible de derechos. Para eso hay la necesidad de construcción teórica progresiva de los derechos negativos y positivos, tanto referente al ámbito de protección, las nociones de los núcleos esenciales y alcance de los contenidos deontológicos de estas normas.

Siguiendo esta necesidad, bajo el enfoque de los derechos negativos, la prohibición del exceso es el postulado aglutinador de la garantía de eses derechos ya que consagra un eje de competencias negativas que involucran el derecho a no intervención o impedimento de acciones o determinadas facultades jurídicas, derecho a

⁹ FERRAJOLI. **Derechos y Garantías.** La ley Del más débil. Editorial Trotta. 2010, p. 26-27.

¹⁰ FERRAJOLI. **Derechos y Garantías.** La ley Del más débil. Editorial Trotta. 2010, p. 43.

no afectación arbitraria o eliminación de bienes jurídicos y posiciones jurídicas permitidas, los cuales evidencian la protección a la vida y la dignidad prohibiendo ingerencias en posiciones jurídicas inviolables de libertad qua abarcan entre otras la integridad física, el juicio justo, las libertades de locomoción, de expresión y información (sin impedimento o discriminación), de pensamiento, de consciencia o ideológica, de creencia, profesional, de iniciativa privada, de expresión colectiva, política, sexual, de filosofía de vida y de autonomía. Ya en el contexto de prohibición de la protección suficiente hay que observar un enfoque de protección a una igualdad libertadora y derechos diferenciales y modelamiento de un proyecto de pluralismo jurídico emancipador que puede relacionar justicia social, igualdad y diferencia.

En una perspectiva tradicional, la igualdad se realiza en la prohibición del arbitrio (genérico) que impide diferenciaciones que no se basen en un fundamento serio; en un sentido legítimo y sin un fundamento razonable; la prohibición de la discriminación (concreto) que indica que nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho o exento de cualquier deber en razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social; la obligación de diferenciación (discriminación positiva) que busca contrabalancear una desigualdad de hecho para igualar derechos conforme las características concretas de individuos o grupos para garantizar una igualdad substancial. ¹¹

Sin embargo, no hay una dicotomía entre igualdad y diferencia, ya que el valor contrario la igualdad es la desigualdad. Las diferencias, sean naturales o culturales, diferencian y individualizan las personas y definen su identidad concreta y así son valorizadas y tuteladas por derechos fundamentales. Las desigualdades, por su vez, sean económicas o sociales, son disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de derechos patrimoniales, así como de posiciones de poder y de sujeción y son removidas, reducidas o compensadas por niveles de igualdad substancial

_

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* p. 407 e 424 a 430.

asegurados por la satisfacción de derechos sociales.¹²

En ese contexto, el postulado de la protección suficiente exige un enfoque no solo de justicia liberal, pero también en complementación de justicia social. En una visión bidimensional de redistribución y reconocimiento defendida por Nancy Fraser, la justicia social involucra por un lado la inclusión social y por otro la no integración o no asimilación a la sociedad mayoritaria, una vez que remite a derechos de distribución de recursos y garantías sociales necesarios a la minimización de los efectos del sistema capitalista y derechos de reconocimiento que abarcan la valoración positiva de la diferencia de personas, grupos y etnias que estructura un principio general de protección identitaria y prohibición de la valoración negativa que informa el principio de no discriminación.¹³

Sin embargo, es preciso destacar que mientras la libertad ya presupone un estado jurídico, la noción de igualdad presupone un valor relacional de la persona humana como ser genérico perteneciente a una clase¹⁴, cuyo sentido tiene connotación histórica, social y valorativa, y cuyos enfoques se manifiestan en la igualdad jurídica (isonomía), igualdad política (isegoría), igualdad en el acceso al ejercicio de funciones (isotimia), igual respecto y consideración, igualdad de condiciones y oportunidades, igualdad de posición, igualdad económica o material e incluso igualdad al reconocimiento de la diferencia. Esta categoría está relacionada también a la fraternidad que mantiene la relación de igualdad y diferencia existencial en un espacio de convivencia pacífica, justa y solidaria entre diferentes personas, grupos y pueblos dentro de ciertos campos espaciales y temporales y en el resguardo de derechos colectivos y culturales de los pueblos, poli-étnicos y de las minorías. Se percibe entonces que hay una permeabilidad, dialogo y relación entre derechos de libertad, igualdad y diferencia, con lógica de complementariedad entre los dictámenes de justicia liberal y los dictámenes de justicia social.

_

¹² FERRAJOLI. **Derechos y Garantías.** La ley Del más débil. Editorial Trotta. 2010, p. 82-83.

¹³ FRASER. Nancy. *Redistribuição*, *Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça*. In: IKAWA, Daniela; Igualdade, diferença e direitos humanos. 2010, p. 167-172. También: CLÉRICO. Laura e ALDAO, Martin. *La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derecho Humanos*. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011, pp. 157 – 198.

¹⁴ BOBBIO. Igualdad y liberdad. Trad. Carlos Nelson Coutiño. 2ªed. Rio de Janeiro: Ediouro. 1997, p.13.

Por fin, cuanto al aspecto deontológico, es observable, que de un lado los derechos fundamentales negativos con sus posiciones jurídicas permisivas (*Erlaubnisnorm*), de protección a bienes jurídicos (*Schutzgut*) y de no intervención (*Eigriff*) o impedimento (*Hinderung*) o prejuicio (*Beeinträchtigung*) y eliminación (*Beseitigung*) a estas posiciones tienen los contenidos deontológicos de dar, no hacer o hacer propios de normas que crean derechos subjetivos. De otro lado, los derechos sociales y culturales obligan segundo un mandamiento de promoción y acción (*Handlungsstufe*) que detienen el contenido deontológico de dar, hacer y algunas veces incluso de no hacer que permiten la exigibilidad de tales derechos. ¹⁵ En esa línea, la garantía, concreción y promoción de los derechos negativos que exigen abstención y limitación del Estado se analizan bajo el enfoque del postulado de la prohibición del exceso (*ÜbermaBverbot*)¹⁶. Ya los derechos sociales y culturales la garantía de protección/promoción se realiza por medio del enfoque de la prohibición de la protección insuficiente o de la no suficiencia (*untermaBverbot*). ¹⁷

4. La flexibilización de las garantías fundamentales por el utilitarismo.

Es importante percibir que la lógica utilitarista tiene potencial de relativizar o carácter deontológico y la fuerza normativa de las garantías fundamentales. El utilitarismo viene normalmente con una justificativa dócil de hacer prevalecer la posición jurídica más favorable al bien y para el mayor número de personas. Solo que entrar en el juego utilitarista contiene un riesgo intrínseco que es admitir la posibilidad de no ser considerada la esfera jurídica inviolable garantizada por los derechos fundamentales en razón de otras posiciones cuya definición se quedan en el voluntarismo y atribución de sentido por personas que están íntimamente vinculadas a

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. 1997. p. 222 ss y 294. También BOROWSK, Martin. Grundrechte als Prinzipien. P. 146-151.

¹⁶BOROWSK, Martin. Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von Prima-Facie Position und definitiven Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. 1998, p.115, in apud: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais sociais*. p 76.

¹⁷ La expresión *untermaBverbot* fue utilizada por primera vez por r Claus-Wilhem Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", AcP 184 (1984), p. 228. Después pasó a ser empleada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, inicialmente en el análisis sobre el aborto. SILVA, Virgilio Afonso. Op. Cit. p.28 BOROWSK, Martin. Óp. cit. 120 e 151.

las estructuras de poder. 18

La problemática del utilitarismo involucra cuestiones que van desde la apertura a la flexibilización de los derechos fundamentales hasta la ausencia de control de las prácticas estatales y los déficits de fundamentación autorizadas por las delegaciones de sentidos y orientaciones de los destinos normativos.

La pretensión de utilidad a menudo se muestra como mecanismo hábil para la permisión de condiciones degradantes en las prisiones, la supresión de derechos de los inmigrantes y refugiados, la admisión de pruebas ilícitas, la relativización de la protección del derecho a la residencia y domicilio, la practica de tortura para obtención de informaciones, la ocultación de las necesidades concretas de los gitanos, las exclusión y desvalorización de las prácticas culturales indígenas, la precarización de las relaciones laborales y la supresión de derechos sociales.

La metodología del utilitarismo hace uso de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas abiertas como medidas necesarias para el mantenimiento del orden, de la seguridad y la economía, permitiendo así la ausencia de límites del poder, ya que autoriza diversas restricciones a derechos de múltiples sentidos lingüísticos, siendo interpretado de la forma que más se ajustara con un dato esperado por los agentes de represión para actuar conforme a su filosofía.

La búsqueda de lo que discrecionalmente se entiende por mejor posibilita que las autoridades restrinjan el contenido de normas definidoras de derechos subjetivos y de protección jurídica porque permite la apropiación arbitraria de los significados lingüísticos, tanto del núcleo esencial de derechos fundamentales, como de la restricción al ámbito de protección. Así, se impone la argumentación utilitarista fundada en la orden y seguridad u otros valores metafísicos que se colocan circunstancialmente como supremos y desplazan la fuerza normativa de los derechos fundamentales por juicios de conveniencia y oportunidad.

Además de eso, la posibilidad de delegación de ese poder que ya representa la

¹⁸ ARENDT. Hannah. **Origens do totalitarismo.** P. 259. Trad. Roberto Raposo. Arendt apunta el peligro de la justificación de los crímenes contra los derechos humanos por el pretexto de el derecho ser el bueno o útil.

abertura de los dispositivos de seguridad jurídica democrática añadidos al problema de atribución de los sentidos de los conceptos jurídicos indeterminados permiten a formación de cadenas autónomas de arbitrariedades lícitas que escapan hasta cualquier previsibilidad y control de las actividades pertenecientes a un cuerpo ingenioso de dominación con espacios específicos de arbitrariedad.

De otro lado, los derechos fundamentales tienen carácter vinculante a todos poderes institucionales y sujetos particulares y no están sujetos al arbitrio de aplicación discrecional. De esa manera, es verificable que el utilitarismo no lleva en serio el aspecto deontológico de estas normas como fundamento substancial de toda la estructura jurídica.

5. La cultura discriminatoria de la punición y la reducción del ámbito de protección de libertad, igualdad y diferencia.

La flexibilización y reducción del ámbito de protección de las garantías de carácter liberal, así como de carácter social hace parte de un discurso formador de una cultura de la punición que por un lado maximiza los mecanismos de control social formal de índole penal y de otro minimiza la satisfacción de derechos sociales.

Así se presenta una nueva forma de gestión de la sociedad que vulnera los derechos de libertad para satisfacer una ilimitada pretensión de persecución penal y no respecta los derechos de igualdad al promover la selectividad penal, que además de discriminatoria, reproduce una espiral de reincidencia y liquida con las condiciones de posibilidad de inclusión social de todas las familias de las personas sobre las cuales incide la intervención penal.

El discurso punitivista ocupa un espacio particular en la contemporaneidad. La construcción de una cultura de la punición se muestra como característica de la formación de una superestructura que pretende dominar la sociedad por medio de instrumentos de control social formal de intervención justificado en el crimen, en el miedo y criterios de justicia vengativa.

La cultura de control del delito comprende la delincuencia como una cuestión social y permite a los políticos conservadores recorrer al derecho penal para ganar

reconocimiento electoral y atraer una cantidad significativa de votos y sustentación de discursos de exclusión, así como obtener consenso social con la uniformización de discursos contra enemigos comunes (delincuentes, clases desfavorecidas, políticos disidentes, sujetos indisciplinados, extranjeros, minorías vulnerables) que puedan ser etiquetados y combatidos por medio de la estructura estatal. Así, la formación de enemigos genera una costumbre de preconcepción de las personas con uniformización de culturas fundadas en un patrón común hegemónico en oposición a las demás expresiones culturales.

En el ámbito político, la cultura de la punición evidencia de un lado la tendencia por enfatizar las presunciones simplistas sobre violencia y criminalidad sin hacer uso de metodologías adecuadas para comprender fenómenos de esta naturaleza. La presunción de simetría entre conducta delictiva y punición es centrada en la idea que la represión penal genere efecto disuasivo en el arbitrio de la práctica criminal. Los vacuos incuestionables de súper-encarcelamiento, los fenómenos de etiquetamiento y espirales de reincidencia y reproducción criminal por cuenta del incremento punitivo, tratados por el labeling approach, son efectos indiferentes para verificación de eficacia de las políticas criminales de este tipo.

En esa línea se está verificando el pasaje de un modelo de estado social para un modelo de populismo penal represor antiliberal y antisocial que persigue objetivos de control social con pretensión de soluciones de los problemas derivados de la asimetría en la sociedad por medio del sistema penal, incapacitando sujetos y formateando una gestión de la sociedad por medio del delito.¹⁹

Interesante referir algunos elementos que Garland apunta como indicadores del populismo penal: a) las crisis del modelo resocializador; b) resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes; c) el aumento de un clima punitivo entre la población; d) el retorno de la victima en el sistema penal; e) se privilegia la protección pública; f) la politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal; g) la reafirmación de la prisión como medio de conseguir la incapacitación de las personas que delinquen; h) la transformación del pensamiento criminológico; i) la

¹⁹ LARRAURI, Elena. Populismo punitivo...y cómo resistirlo. P.14.

delegación de las tareas del control del delito; j) la privatización de las tareas de control del delito.20

Al contrario de un proyecto constitucional fundado en derechos y garantías de libertad, igualdad y diferencia, el populismo penal se vale de la seguridad como elemento aglutinador, lo cual pasa a ser el eje central de la política y todo aquel que negar el discurso punitivo estará con sospecha de complicidad o flagueza. Así prevalece una retórica de guerra y constante tensión por el temor al delito que si no combatida se presume que la sociedad llegará a un descontrolado estado de naturaleza dominado por una espiral de violencia. Esa postura ideológica resulta que la sociedad acaba se concentrando en un cuerpo uniforme direccionada a incrementar la seguridad, cuyos agentes discursivos van difundiendo una dogmática incontestable fundada en un imaginario de la sociedad victimada donde el delito es el enemigo público cuya creciente discursiva desagua en canales de represión que van desde la guerra contra las drogas y el terrorismo hasta a lo desconocido, al extranjero por la xenofobia, al que no sea dócil (hostil), los disidentes del sistema político y económico, las minorías étnicas y culturales, así como la abertura de dispositivos que permiten a intervención estatal en los más variados actos antisociales y de indisciplina.²¹

Sin embargo, esa forma de gestionar la sociedad es dependiente de apoyo de la populación y para eso hay estrategias para difusión de las ideas punitivas hasta formatear una cultura de la punición dominante en el seno social, que es guiado por ideas que mayores puniciones tienen poder disuasivo y pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; que hay ganancias electorales producto de este uso.²²

El enfoque en las victima es la estrategia para movilizar la sensibilidad cultural favorable a expansión del derecho penal, cuya difusión es encargada a los medios de comunicación de masa que tienen formidable poder técnico de convencimiento. El poder mediático, como apunta Maxell Mccombs, establece por un lado una agenda

²⁰ Idem. p. 15-16.

²¹ AMARAL, Augusto Jobim do y ROSA, Alexandre Morais da. Cultura da Punição a ostentação do horror, P. 69.

²² LARRAURI, Elena. Populismo punitivo...y cómo resistirlo. P.14.

setting manifestada en la selección y jerarquización de noticias formando una atmosfera de tensión delante de determinados temas. Así, la organización noticiosa hace la selectividad y jerarquización de los temas criminales, maximizando negativamente algunos hechos con lenguaje emocional con el público, enfatizado en aquellos hechos delictuales capaces de cambiar la sensibilidad cultural de la población y minimizando otros con estrategias de banalización.²³

En otra técnica de convencimiento ocurre el fenómeno denominado *Framing* (o encuadre) en figuración a una idea de fotografía, como se alguien tuviese clausurado y hay una ventana y esa es la única manera de ver la realidad externa. Por medio del *Framing* se predetermina la dirección del pensamiento, de modo que la comprensión de la realidad se da por el enfoque de la interpretación de los medios de comunicación.²⁴ En razón de eso se debe hacer la distinción por un lado, del encuadre episódico donde la noticia evidencia un acontecimiento singular y sin contexto (como un determinado crimen) o que lleva a menudo un análisis individual de la delincuencia con enfoque en el castigo merecido, y por otro lado el enfoque temático que requiere un enfoque contextualizado donde la noticia es vista como un problema social con todas las derivadas sociales. Además, la contextualización de las temáticas permite la percepción que el fenómeno criminal es mucho más complejo que la racionalidad etiológica de atribución de culpa y satisfacción de deseos de venganza normalmente enfocados en el noticiario.

Sin embargo, es evidente que los medios de comunicación influyen diariamente en la cultura de la populación sobre la necesidad de un control más rígido del crimen. Es la obsesión diaria de los diversos canales de radio y televisión para formación de la cultura de la punición. Pero, es relevante hacer la observación que esta no es la integral opinión publica del conjunto de la populación (*mass opinion*), mas si la opinión publicada por los mecanismos estructurados de la comunicación de masa (*mass media*). ²⁵

.

²³ VARONA GOMEZ, Daniel. Medios de Comunicación y Punitivismo. P.3-7.

²⁴ Idem. p.22-25.

²⁵ VARONA GOMEZ, Daniel. Opinión Pública y Castigo: La investigación sobre las actitudes punitivas en España. Crimen, oportunidad y vida diaria. P. 682-685.

De otro lado, la observancia de la opinión pública referente a los fenómenos criminales necesita verificar como se materializa la constatación de esa opinión y si hay acceso a un nivel adecuado de información y discusión reflexiva en la formación de esa opinión. Además, las encuestas representativas que hacen los estadísticos a pesar de cuantitativas a menudo revelan una baja calidad de la opinión en razón de que no hay información suficiente sobre la diversidad de temas penales y sin información de calidad se está delante de opinión desinformada sin paralelo en la realidad y susceptible de fácil manipulación por estrategias simplistas del fenómeno criminal. Por eso que se refiere que una opinión sin información y debate en verdad no es publica ni ciudadana, mas apenas soma de opiniones individuales.

Entonces, hay que hacer una búsqueda de alternativas para calificar la opinión de la populación en temas relevantes y de grande repercusión en la vida social como la cuestión penal de modo aproximar la democracia representativa a una democracia participativa. James Fishkin propone un método de democracia deliberativa destinado a calificar la opinión de forma constructiva denominado de *Deliberative Polling*²⁶. El método involucra fases que van desde la selección del tema (con encuestas en la coleta de la opinión desinformada), pasando por selección aleatoria de personas representativas de la populación, para después permitir el acceso a materiales informativos con datos, fundamentos y informes imparciales y representantes de ambos lados, y por consiguiente la formación de grupos para discusión, debate y reflexión de los temas con posibilidades de planteamiento de nuevas preguntas a expertos y políticos y así formar consensos posibles y conclusiones con el propósito de captar las opiniones consideradas de los participantes y llegar a una opinión pública cualificada.²⁷

Sin embargo, en tiempos que el populismo penal formatea una cultura de maximización de la intervención penal y minimización de la necesidad de política públicas sociales, es verificable la afectación en el ámbito jurídico en la forma de comprensión de las garantías fundamentales y sus ámbitos de protección, así como la

²⁶<u>HTTP://cdd.stanford.edu</u>. Deliberative Polling. El instituto de Deliberative Democracy en la Universidad de Stanford.

²⁷ VARONA GOMEZ, Daniel. Opinión Pública y Castigo: La investigación sobre las actitudes punitivas en España. Crimen, oportunidad y vida diaria. P.692-694.

propia imparcialidad de parte de los jueces que pasan a reproducir el discurso antiliberal y antisocial.²⁸

Así se muestra claro que la persecución penal arbitraria es ilícita, ya que las garantías prohíben la discriminatoria selectividad penal de las agencias de represión, vedan también que los jueces decidan previamente por la culpabilidad del reo en su íntimo, y después busquen pruebas, haciendo uso de un malabarismo discursivo con apoyo en medio mediático con formidable poder técnico de propaganda *völkisch*²⁹y vengativa para justificar su deseo y condenar a cualquier costo en franca violación a las garantías, así como impide el utilitarismo de limpieza social que reducen los núcleos esenciales de los derechos fundamentales a concepciones subjetivas.

6. Conclusión

Hay que considerar que en un Estado Democrático de Derecho es esencial que el sistema punitivo deba ser ejercido en respecto a los derechos y garantías fundamentales que dan legitimidad substancial a la democracia, condicionan la validez jurídica de los actos y vinculan todos los poderes.

En ese sentido, hay el deber jurídico de que el sistema penal sea garantista en el sentido de imponer claros limites a la función de juzgar y tornar el actuar como garantizador de la eficacia del sistema de derechos y garantías fundamentales del acusado en el sistema penal, no pudiendo admitir relativización de estas por el utilitarismo fundado en políticas criminales de orden y represión que generan ausencia de control de las prácticas estatales y los déficits de fundamentación autorizadas por conceptos indeterminados, cláusulas de apertura y delegaciones de sentidos y orientaciones de los destinos normativos.

²

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. 2014, p. 536. (...) es necesario, para que sea garantida la imparcialidad del juez, que este no tenga de modo alguno cualquier interese en la causa, sea público o institucional. En particular, es necesario que él no tenga un interese acusatorio, y que por eso no ejercite simultáneamente las funciones de acusación como inversamente ocurre en el rito inquisitorio y, aún que ambiguamente, no misto. Solamente de ese modo el proceso puede preservar carácter "cognitivo" o, como diz Beccaria, "informativo", y no se degenerar en "proceso ofensivo" en que "el juez se torna enemigo del reo

²⁹ Idem, p.15. Zaffaroni comenta que a palabra *völkisch* seria traducido como un discurso populachero que "subestima el pueblo y trata de obtener su simpatía de modo no apenas demagógico, mas también brutalmente grosero, mediante la reafirmación, o profundización y el estimulo primitivo de sus peores preconceptos".

Además, la racionalidad contemporánea de la democracia trae módulos concatenados de protección que tienen fuerza normativa suficiente para proteger derechos fundamentales, prohibiendo, el exceso de intervención en los derechos de libertad, la selectividad discriminatoria, y no-consideración suficiente en los derechos de igualdad y diferencia. Así, el carácter deontológico de las garantías de libertad, igualdad y diferencia no admiten jurídicamente flexibilidad de estas garantías por el discurso punitivo emotivo y populista sea por medio de la actividad estatal del control social formal sea por medio de la organización mediática de comunicación masiva, los cuales forman un triste escenario de selectividad penal y manipulación informativa presente en la contemporaneidad, con capacidad de construcción de una nueva cultura de la punición fundada en el imaginario de la sociedad victimada y discursos demagógicos y groseros de reafirmación y estimulo primitivo de preconceptos, miedos y deseos expiatorios y de retribución que simplifican el complejo fenómeno criminal y favorecen una dinámica político-electoral conservadora de exclusión social y activismo judicial de relativización de garantías fundamentales de carácter penal y procesal penal, capaces de consolidar un modelo de gestión de la sociedad por medio del delito.

Si de un lado, surge el desafío de desmitificar el sistema punitivo y la necesidad de crear condiciones de posibilidad de debates y reflexiones para formación de una opinión publica informada y libre de acciones estratégicas de poder, donde haya un grado de informaciones suficientes y más amplios para discutir la cuestión penal en un espacio público de comunicación plenamente participativo, adecuados a la circulación del lenguaje en una sociedad descentralizada y pluralista. Do otro lado, hay el deber de garantizar la fuerza normativa de las garantías fundamentales profundizando los ámbitos de protección y núcleos esenciales hasta obtener más efectividad y operacionalidad de estos derechos de libertad, igualdad y diferencia, dejando explicita la ilegalidad de las formas gestión de la pobreza y de organización sociopolítica por medio de políticas criminales selectivas y discriminatorias.

Por eso el sistema de garantías penales debe funcionar como protector de los bienes jurídicos de todos en el sentido de evitar el ejercicio ilimitado del poder punitivo que viola los derechos fundamentales. Solamente así el derecho penal podrá ser mantenido en un Estado Democrático de Derecho con legitimidad substancial, evitando

la producción diaria de deshumanización del sistema penal y reduciendo los niveles de violencia con una protección efectiva de los derechos fundamentales.

6. Referencias Bibliográficas

AMARAL, Augusto Jobim do y ROSA, Alexandre Morais da. Cultura da Punição a ostentação do horror . Empório do Direito. 2015.
ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. 1997.
ARENDT. Hannah. Origens do totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. Companhia de Bolso. 2009.
BERCHOLC, Jorge O. Temas De Teoria Del Estado. 2ªed. La Ley, 2014.
BOBBIO, Norberto. Igualdad y liberdad. Trad. Carlos Nelson Coutiño. 2ªed. Rio de Janeiro: Ediouro. 1997.
Quale Socialismo? Novo Politecnico, Einaudi: 1976, 5ª ed.
O futuro da democracia. Editora Paz & Terra, 2015, 13ª ed.
BOROWSK, Martin. Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von Prima-Facie Position und definitiven Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. Baden Baden: Nomos verlges. 1998.
CÁRCOVA, Carlos Maria. Las Teorías Jurídicas Post Positivistas. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
CLÉRICO. Laura e ALDAO, Martin. La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derecho Humanos. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5° ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
Derechos y Garantías. La ley Del más débil. Editorial Trotta. 2010,
FRASER. Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação : Por uma concepção integrada de justiça. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.
LARRAURI, Elena. Populismo punitivoy cómo resistirlo.
LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016.
VARONA GOMEZ, Daniel. Medios de Comunicación y Punitivismo. Indret. Revista del análisis del derecho penal. Barcelona, 2011.
Opinión Pública y Castigo: La investigación sobre las actitudes punitivas en España. Crimen, oportunidad y vida diaria. Madrid, 2014.
ZAFFARONI. E. Raul. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001
O inimigo no direito penal. Tradução Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Renavan. 2013.