

DELITO, SEGURIDAD CIUDADANA Y ABOLICION, ¿TERMINOS INCOMPATIBLES?: ESPECIAL CONSIDERACION DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Laura Zuñiga Rodríguez*

Sumario: 1. Planteamiento del problema: ¿Qué es delito, seguridad ciudadana y abolicionismo?, a propósito de sus incompatibilidades. 2. ¿A qué seguridad ciudadana nos referimos? 2.1. Marco histórico-legislativo. 2.2. ¿A qué versión de seguridad ciudadana se refiere la L.S.C. española? 2.3. Marco ideológico. 2.4. Marco político-social. 2.5. Seguridad ciudadana y delito. 3. Seguridad ciudadana y Abolicionismo.

1. Planteamiento del problema: ¿Qué es delito, seguridad ciudadana y abolicionismo?, a propósito de sus incompatibilidades.

Uno de los primeros problemas que se nos plantea al abordar las vinculaciones conceptuales entre lo que es delito, seguridad ciudadana y abolicionismo, es la diversidad de significados que cada término puede adoptar, según la perspectiva científica que se trate.

Así, si le preguntamos a un criminólogo ¿qué es delito?, probablemente responda

* Ponencia presentada en el ICOPA VI (International Conference on Penal Abolition), celebrado del 2 al 5 de junio de 1993, en San José de Costa Rica.

** Universidad de Salamanca (España).

diciendo "es aquel comportamiento definido como tal por las normas jurídicas" (¹). Si responde un sociólogo, quizás diga que es "una violación de las normas grupales contra la cual se ejerce sanción punitiva" (²). Y si la pregunta es respondida por un jurista, seguramente dirá que es "un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable" (³).

Pocos elementos comunes se observan pues, entre las diferentes definiciones, salvo, que en los Estados organizados hay una norma jurídica que determina lo que es delito o no. Esto, sin entrar en las distintas matizaciones que pueden surgir entre los especialistas de cada ciencia.

Algo similar puede ocurrir si se trata de definir qué es seguridad ciudadana. Si el que tiene que definirla es un funcionario el Estado encargado de la prevención del delito, probablemente dirá que se trata del "mantenimiento del orden público en las calles" (⁴). Si nos atenemos a una definición democrática de seguridad ciudadana, será "la protección de los bienes jurídicos de todos los ciudadanos" (⁵). En el espacio conceptual que hay entre ambas definiciones, caben múltiples matizaciones en función del énfasis que se ponga dentro del binomio seguridad pública y derechos fundamentales.

Tampoco es unívoca la noción de abolicionismo. En ella se engloban, desde los partidarios de la abolición del sistema carcelario (⁶), hasta aquellos que propugnan

¹ Esta definición sigue la teoría del etiquetamiento, esto es, que el delito no es un "hecho en sí", sino una "construcción social" de una realidad desviada de las reglas sociales. Vid. los fundamentos sociológicos de esta teoría en BERNER, Peter y LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires. Amorrortu. 1984. Vid. además un desarrollo de sus aportes y críticas en LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*. Madrid. Siglo XXI Editores. 1991. pág. 106 y ss.

² GINER, Salvador. *Sociología* (5a. ed.), Barcelona. Península. 1989, pág. 210.

³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal General* (3a. ed.), Barcelona. PPU. 1990. pág. 121.

⁴ Esta definición de seguridad ciudadana coincide con una política criminal de orden público, como más adelante se verá.

⁵ Es la definición de seguridad pública, versión constitucional de seguridad ciudadana, que da el Tribunal Constitucional español en sentencia de 8 de junio de 1983.

⁶ Cfr. LARRAURI, Elena, "Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas abolicionistas", en *Poder y Control*, N° 3, 1987, pág. 95.

la abolición del sistema penal (⁷). En todo caso, parece existir cierto consenso en agrupar todas estas corrientes dentro de la denominada *perspectiva abolicionista* (⁸).

Entonces, si pretendemos establecer las relaciones conceptuales existentes entre delito, seguridad ciudadana y abolicionismo, debemos partir por determinar de qué noción sobre cada término hablamos. De lo contrario, corremos el riesgo de plantear discusiones en planos diferentes, darle a cada término contenidos semánticos diversos, y llegar a resultados estériles.

Como la cantidad de variables que pueden presentarse son sumamente amplias, me voy a circunscribir a las vinculaciones entre seguridad ciudadana y abolicionismo, tratando de precisar las nociones de que parto. Pero no quiero entrar en ello sin antes recordar el lazo de unión que hay entre las tres concepciones. Es decir, el punto de compatibilidad entre los tres términos.

Para comprender los signos de la relación hombre-sociedad, hay que recordar sus características de *integración y tensión*, porque si bien el hombre necesita de los demás para satisfacer sus necesidades, al servirse de ellos, puede llegar a instrumentalizarlos para la consecución de sus fines (⁹). De allí que surja el requerimiento de establecer mecanismos de control social, o —según la terminología abolicionista— medios de resolver los conflictos sociales. Entonces, el punto de unión de las tres categorías está en la necesidad de establecer medios o mecanismos de solución de los conflictos que surgen ante los comportamientos de tensión grave con el sistema social (delitos o actos criminales). Las discrepancias estarán en el cómo solucionarlos, esto es, en los propios mecanismos; no en el carácter ineludible de la pretensión de su resolución.

Entonces, y como punto de partida, hay que decir que todos estamos de acuerdo en el *fin* (resolución de los conflictos sociales más graves o delitos), pero no en los *medios* (la pena y otros mecanismos de resolución alternativos). Porque lo que no se cuestiona es la necesidad del control y la disciplina social (punto de compatibilidad entre los tres términos), ya que los propios abolicionistas consideran

⁷ Cfr. PAVARINI, Massimo. "El sistema de derecho penal entre el abolicionismo y reduccionismo", en *Poder y Control*, N° 1, 1987, pág. 141, quien denomina a esta posición *abolicionismo penal radical*.

⁸ Cfr. LARRAURI, "Abolicionismo del Derecho Penal...", *cit.*, pág. 96; y PAVARINI, "El sistema...", *cit.*, pág. 141.

⁹ Cfr. LUMIA, Guiseppe, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Madrid, Ediciones Debate (Colección Universitaria), 1978, págs. 11 y 21. En el mismo sentido PARSONS, Talcott, *El Sistema Social* (2a. ed.), Madrid, Alianza Editorial, 1984, pág. 47: "lo que son expectativas para el *ego*, son sanciones para el *alter*, y viceversa".

la imposibilidad del rechazo de toda medida coercitiva, como tampoco de la noción de toda responsabilidad personal (¹⁰).

2. ¿A qué seguridad ciudadana nos referimos?

Siendo la pretensión común la resolución de los conflictos sociales más graves (delitos), lo primero que hay que plantearse es ¿cuáles son las relaciones sociales que subyacen en los conflictos? Porque, evidentemente, tienen que tratarse de su resolución en una sociedad concreta e históricamente determinada. Solamente estableciendo el "ser" de las relaciones sociales en conflicto, se puede plantear su resolución, esto, es su "deber ser" (¹¹).

2.1. Marco histórico-legislativo

Por mi proximidad personal, me ceñiré a concretar las relaciones sociales que subyacen en la noción de seguridad ciudadana que se está manejando en España, que es similar a la de otros países de su entorno cultural, como Italia, Francia, Alemania y Reino Unido. Es posible sostener —sin pretensiones absolutas de generalización— que se trata de la concepción de seguridad ciudadana que se está desarrollando en varias de las sociedades industrializadas post-modernas.

En primer lugar, la noción de seguridad ciudadana está emparentada con las de orden público y seguridad pública, pues de alguna manera vienen a ser diferentes nomenclaturas para denotar la función de policía que posee el Estado de preservar el desarrollo normal de los bienes jurídicos de todos los ciudadanos (seguridad ciudadana) y el normal funcionamiento de los servicios públicos de interés general (orden público y seguridad pública).

En varios países industrializados europeos (especialmente Italia, España, Alemania y Reino Unido) esta función estatal se ha visto contaminada por la estrategia antiterrorista que han llevado a cabo los gobiernos. La Legislación de emergencia que promulgaron en este sentido ha tenido como tónica general la restricción de derechos fundamentales, principalmente las garantías de la detención

¹⁰ Cfr. HULSMAN, Louk, y BERNAT DE CELIS, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984, pág. 75.

¹¹ Cfr. BARATTA, Alessandro, "Notas para una teoría de la liberación", en *Poder y Control*. N° 1, 1987, pág. 108.

y del derecho de defensa, además de limitaciones de los principios penales y procesales (¹²).

Estas leyes de emergencia, si bien teóricamente tenían la característica de ser excepcionales en cuanto a su vigencia y ámbito personal de aplicación (terroristas), muchas veces se han convertido en ordinarias (¹³) y de carácter general por la imposibilidad de su aplicación determinada (¹⁴). De allí que estas restricciones de derechos fundamentales se hayan enquistado en el aparato jurídico-penal, creando una "política criminal de orden público" (¹⁵), consistente en el otorgamiento de mayores espacios de discrecionalidad a la política en desmedro de las facultades judiciales, y el desarrollo de las funciones preventivo-generales del Derecho Penal, ampliando las barreras de intervención punitiva en actos preparatorios, tipos de "sospecha", tipos de "colaboración", etc. (¹⁶).

Paralelamente a este fenómeno y reforzando dicha política criminal, se han dado leyes que "agilizan" la detención de ciudadanos, caracterizándose, en general, por el otorgamiento de mayores potestades par la realización de las funciones de prevención policial del Estado (seguridad ciudadana, orden público y seguridad pública). Aquí se inscriben la ley de Seguridad Ciudadana española de 1992, la modificación del Código de Procedimiento Penal francés de 1983 (¹⁷), la Ley de

¹² Hay abundante literatura al respecto. Entre otros: AA. VV., "Terrorismo e Stato della Crisis" en *La Questione Criminale* (número dedicado a este tema), Anno V, N° 1, 1979; FERRAJOLI, Luigi, "Terrorismo y crisis tardocapitalista", en PÉREZ MARIÑO, Ventura (compilador), *Justicia y delito*, Madrid, Univ. Internacional Menéndez Pelayo, 1981; SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón, *Emergencia y crisis del estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, PPU, 1988; BARATTA, Alessandro y SILBERNAG, Mario, "La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal", en *Doctrina Penal*, Año 8, 1985.

¹³ Así por ejemplo, las leyes orgánicas 3 y 4/1988 españolas incorporan la legislación excepcional antiterrorista al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁴ Cfr. BERDUGO, Ignacio, y SERRANO-PIEDCASAS, J.R., "Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 343, 1988, pág. 94.

¹⁵ Sobre este nombre y sus características generales Cfr. GOMEZ BENITEZ, José Manuel, "Crítica de la política penal del orden público", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 16, 1982, *passim*.

¹⁶ Sobre los alcances de la estrategia antiterrorista en el ámbito penal, vid., SERRANO-PIEDCASAS, J.R., *Emergencia y crisis del Estado Social*, cit., pág. 184 y ss. Para el ámbito procesal-penal, vid. BARATTA, A. y SILBERNAG, M., "La legislación de emergencia...", cit., *passim*; SERRANO-PIEDCASAS, J.R., *Ibidem*, pág. 207 y ss.

¹⁷ Su precedente es la Ley de Seguridad y Libertad de 2 de febrero de 1981, hoy derogada.

Policía del Reino Unido de 1984, principalmente. Por resultarme más próxima, me referiré especialmente al estudio de la Ley de Seguridad Ciudadana española (en adelante, L.S.C.).

2.2. ¿A qué versión de seguridad ciudadana se refiere la L.S.C. española?

Primeramente, la ponderación del binomio seguridad ciudadana y ejercicio de las libertades públicas se realiza en la Exposición de Motivos, en términos de conceptos de igual rango jurídico ("son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática"), cuando basta realizar una interpretación sistemática de la Constitución española (en adelante, C.E.), para afirmar el indiscutible rango de supremacía de los derechos fundamentales respecto de la seguridad ciudadana¹⁸.

Efectivamente, está claro que toda acción de coacción estatal supone restricciones de derechos fundamentales, pero en la L.S.C. adopta connotaciones autoritarias, rayando con la inconstitucionalidad. En una sociedad democrática como la que reclama la C.E. (art. 1.1), corresponde la primacía de las libertades públicas respecto de la seguridad ciudadana y ésta sólo puede entenderse con carácter instrumental, para el ejercicio de los derechos y libertades. Es decir, la seguridad ciudadana nunca puede ser un fin en sí misma, sino que su mantenimiento sirve para el despliegue de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Además, toda restricción de derechos fundamentales debe hacerse con carácter excepcional y rodeada de mecanismos de control y garantías, para que dicha limitación pueda ser lícita desde el prisma constitucional¹⁹.

La L.S.C. recurre a la limitación de derechos fundamentales preciados, como la libertad personal (art. 20) y la inviolabilidad del domicilio (art. 21), para hacer frente a la delincuencia. Precisamente uno de los aspectos más discutibles de la L.S.C. es que faculta a las fuerzas de seguridad del Estado para que por su cuenta, sin previa intervención judicial, retenga a ciudadanos que se encuentra imposibilitados de identificarse (art. 20) e ingrese a domicilios en los que tengan "conocimientos fundado" de que se trafica con droga (art. 21).

¹⁸ Más extensamente sobre la interpretación constitucional del art. 17 C.E., el derecho fundamental a la libertad y seguridad personales, vid. mi libro *Libertad y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del art. 184 C.P.*, Barcelona, PPU, 1993, pág. 112 y ss.

¹⁹ Tan es así que la ley se encuentra en estos momentos pendiente de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Partido de la oposición.

Así se amplían los supuestos de detención ⁽²⁰⁾ al caso de quien siendo requerido por las fuerzas de seguridad no logra indentificarse (retención, art. 20), violentando el texto constitucional que sólo estima proporcionada una restricción de la libertad en los casos de imputación de un delito grave ⁽²¹⁾. Además —y esto es lo más preocupante—, dicha retención puede hacerse sin las garantías de la detención (derecho de defensa, derecho a informar a sus familiares, a ser asistido por intérprete, etc., art. 17 C.E.) y sin control judicial previo sino *a posteriori* (Libro-Registro) ⁽²²⁾. Por lo cual la retención viene a ser una detención sin garantías, dándose la paradoja que más vale ser detenido (cometer un delito) que retenido (no portar documentos de identidad), porque el primero tendrá más garantías.

De otro lado, en el art. 21 se considera el supuesto de "conocimiento fundado" de la policía de que en el domicilio se comercia con droga, para fundamentar la entrada y registro de un domicilio sin previa autorización judicial. Con ello se amplía el concepto de "flagrante delito" del art. 18.2 C.E. a la sospecha para casos de tráfico de drogas. Lo exagerado del concepto de flagrancia del art. 21 L.S.C. se confirma con el hecho de que sólo se considera para casos de tráfico de drogas, con lo cual habría que preguntarse que, si no es discutible su constitucionalidad ¿por qué no se predica para todos los ciudadanos?, por lo que solamente queda pensar en que se crea otro estado excepcional individual al margen de los previstos en la C.E. (art. 55.2, banda armada y terrorismo).

²⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 6 de noviembre de 1980, en el caso Guzzardi, sostiene que "entre privación y restricción de la libertad, no hay más que una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia".

²¹ El art. 17 C.E. al imponer regirse por el principio *favor libertatis*, la detención o cualquier restricción de la libertad personal debe ser excepcional, sólo cuando sea necesario salvaguardar un bien superior, proporcional (en la forma y en el fondo) al bien que se pretende proteger con ella y sujeta a las garantías que el propio art. 17 C.E. establece, en tanto controles legales y judiciales para que aquélla se sujete a los causes estrictamente jurídicos. De ahí que se haya considerado proporcional sólo la detención para casos de delitos graves, delito *in fraganti* o peligro de fuga. Vid. más extensamente mi libro. *Libertad personal*, cit., pág. 206 y ss.

²² Las legislaciones de Derecho comparado contemplan la misma figura de la retención, con mayores garantías. El art. 78.3 del Código de Procedimientos Penales francés reformados en 1983, establece que será la Policía Judicial o los Agentes habilitados especialmente para estas diligencias, quienes realicen la retención: el retenido tiene derecho a avisar al fiscal y a su familia; el tiempo máximo de la retención es de cuatro horas a contar desde el control inicial: para tomar las huellas digitales o fotografiar al retenido cuando sea "el único medio de establecer su identidad", es necesaria la autorización previa del juez o del fiscal; si la identificación no da origen a un proceso judicial, los datos obtenidos no pueden introducirse en un fichero y el atestado debe destruirse en un plazo de seis meses, bajo control del fiscal. En Alemania e Italia las leyes respectivas limitan el tiempo de la retención a doce horas y se regulan en los códigos de procedimientos penales.

Con estas dos normas se amplían los espacios de discrecionalidad del Ejecutivo al margen de los controles legales y judiciales, respecto de dos fundamentales derechos ciudadanos, la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio, los cuales han constituido conquistas mínimas desde el Estado Liberal. Ello, además de constituir una desviación del principio de legalidad, y desequilibrar gravemente la relación que debe existir entre restricción de libertades y garantías en un Estado de Derecho.

De la normatividad de la L.C.S. se desprende una concepción de la seguridad ciudadana que incide en la criminalidad callejera (art. 20) y en el tráfico de drogas (art. 21), principalmente. Cuando en realidad la delincuencia real comprende varios sectores, siendo aquéllos sólo algunos de ellos. Es difícil, por ejemplo, que se les aplique la L.S.C. a los delincuentes de cuello blanco, a los que realizan delitos socioeconómicos.

Entonces, con esta ley se trata de entender la seguridad ciudadana como el "orden público en las calles", sacrificando preciados derechos fundamentales con el fin de salvaguardar la tranquilidad pública. En los siguientes epígrafes trataré de desarrollar el trasfondo de esta noción, que es la que maneja la L.S.C.

2.3. Marco ideológico

Con el objeto de que la ciudadanía acepte el recorte de derechos fundamentales que suponía la promulgación de las leyes de emergencia y de seguridad ciudadana, aquella estuvo acompañada por campañas de "ley y orden" que tenían como fin descalificar a los transgresores del sistema (terroristas, drogadictos, marginados), provocando un "impacto social" en la población en demanda de mayor seguridad²³.

Así se produce la llamada ideología de la seguridad ciudadana: entender la seguridad ciudadana como una guerra contra la criminalidad al interior del propio medio social, donde se presenta una visión maniquea de la cuestión, o se está con la Sociedad = Estado (identificación simbólica Estado-Sociedad, presentando los intereses del Estado, como intereses de la sociedad), por lo cual hay que apoyar al Estado en su estrategia de lucha contra la criminalidad; de lo contrario, se está con el criminal (= "enemigo interno" del sistema social). Luego se promulgan leyes

²³ Vid. la campaña de ley y orden impulsada por el Ministerio del Interior español con el fin de conseguir la aprobación de la ciudadanía, necesaria para legitimar su Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana. Así, por ejemplo, el Sr. Ministro en un debate de televisión afirmó que "sólo los 'delincuentes' deben temer la L.S.C." (*"El País"*, 17 de octubre de 1991).

para luchar contra la inseguridad ciudadana ⁽²⁴⁾ que constituyen, más bien, una respuesta incompleta frente al fenómeno de la criminalidad, dado que resultan ineficaces para hacer frente verdaderamente a la delincuencia.

De esta manera se retroalimenta una mayor demanda de seguridad por parte de la ciudadanía. En verdad la ideología de la seguridad ciudadana es un elemento necesario al poder para su legitimación: criminalidad —> sentimiento de inseguridad ciudadana no adecuado a la realidad ⁽²⁵⁾ —> respuesta penal simbólica (restringiendo las libertades) —> criminalidad. No hay que olvidar que el Estado de Bienestar es el Estado de la seguridad material + la seguridad psicológica; al entrar en crisis, la seguridad se vuelve la demanda principal y se funcionaliza como "interés general", colmo bien del Estado y como fin de su legitimación consensual "cueste lo que cueste".

Pero hay que recalcar que la demanda de mayor seguridad de la ciudadanía se realiza solamente frente a la delincuencia y no frente a otros factores de inseguridad social más importantes realmente, como el paro, el subsidio por desempleo, la flexibilidad del mercado de trabajo, etc. Esto también es producto de las campañas de "ley y orden" que desde el poder se hace a la ciudadanía, las cuales inciden solamente en el problema de la delincuencia, distrayendo la atención efectiva de los problemas estructurales del país ⁽²⁶⁾. He aquí, entonces, otra función importante de este tipo de leyes: son eficaces distractores de la opinión pública sobre los problemas nacionales.

Entonces, desde el punto de vista ideológico la L.S.C. ha servido para otorgar legitimación al Estado en su estrategia de recurrir al recorte de derechos fundamentales, para hacer frente a los fenómenos de disidencia social y política.

²⁴ "Un miedo difuso que se percibe como una preocupación por el fenómeno de la delincuencia en tanto que peligro social" (Reportaje sobre Seguridad Ciudadana de "El País", 2 de octubre de 1988).

²⁵ Las encuestas de opinión pública realizadas sobre la inseguridad ciudadana, indican que a partir de 1978. éste es uno de los temas que más preocupan a los españoles, aunque no es el primero. En 1980 fueron otros los problemas más alarmantes, pero en 1984 más de la mitad de la población de Madrid consideraba que la delincuencia y la inseguridad ciudadana eran los problemas más importantes de la ciudad. Sin embargo este "miedo difuso" no corresponde con la realidad porque las cifras de criminalidad en España, más bien se mantienen relativamente estables o con incrementos poco significativos. Cfr. RICO, José María y SALAS, Luis, *Inseguridad ciudadana y Policía*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 22.

²⁶ Cfr. CANTARERO, Rocío, "Seguridad ciudadana. Constitución. Derecho Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 42, 1990, pág. 524. Vid. encuesta realizada por Demoscopia S.A. publicada en "El País" de 30 de diciembre de 1991, en la que se evidencia que los problemas que más preocupan a los españoles son el terrorismo (97%), el paro, la droga y la delincuencia (96%).

2.4. Marco político-social

En realidad, las leyes de emergencia y de seguridad ciudadana, son un síntoma de un fenómeno más complejo que está socavando el Estado de Derecho en los países europeos tardo-capitalistas: la crisis del Estado Social y su necesidad de búsqueda autoritaria de legitimación.

En líneas generales se trata de la crisis del modelo económico del Estado de Bienestar que, por pretender cumplir con dos finalidades contradictorias entre sí (acumulación de capital y gastos sociales), se ha mostrado constantemente expuesto a crisis de legitimación (²⁷). En este marco, la necesidad de legitimación del Estado se transforma en un complejo de *técnicas de producción de obediencia*, para lo cual ha debido acudir a la teoría del consenso (²⁸).

La idea del pacto entre capital y trabajo para la paz social y el bienestar económico, legitima al Estado para intervenir en las libertades públicas de los ciudadanos que no se someten al consenso de las mayorías.

Se produce así dos tipos de control social. Para aquellos que están sometidos al consenso (empresarios y trabajadores), se dan las técnicas de control o informales, los instrumentos de control de masas, y la política de consenso de masas (política de los consumos y salarios altos). Para los que se encuentran fuera del consenso (los excluidos del proceso productivo: marginados, parados, drogadictos, etc.) están los mecanismos asistenciales y el control social duro: vigilancia, guetización, discriminación y estigmatización (²⁹).

Para las mayorías sujetas al consenso, se incide en los mecanismos de control informal sutiles y difusos; ya que se trata de disciplinar las mentes, el control es profesionalizado y tecnocrático. Son las técnicas informáticas y telemáticas de

²⁷ Cfr. HABERMAS, Jünger. *Problema de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires. Amorrortu, 1986, pág. 15.

²⁸ Cfr. STAME, Federico, "Teoría dello Stato e controllo sociale", en *La Questione Criminale*, N° 2, 1979, pág. 191.

²⁹ Cfr. PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Siglo XXI Editores, 1983, págs. 74-75; BUSTOS, Juan, "Estado y control: la ideología del control y del control de la ideología", en *El Pensamiento Criminológico*, obra dirigida por BERGALLI, Roberto y BUSTOS, Juan, Barcelona, Península, 1983, II, págs. 18-20.

control a distancia, que poseen un poder de disciplinamiento inusitado³⁰). De otro lado, para los marginados del proceso productivo³¹), sobre los cuales ha fracasado el control no institucional, se acentúan los sistemas de control policial y se practica una política criminal de orden público en las calles con leyes como la L.S.C.

2.5. Seguridad ciudadana y delito

La visión de la seguridad ciudadana que se observa en L.S.C. que incide en la delincuencia callejera y el tráfico de drogas, parte del error de desconocer el carácter social de la responsabilidad criminal³²), puesto que la criminalidad es un fenómeno complejo en el que quedan convocadas todas las relaciones sociales³³).

El delito o la delincuencia es sólo la punta del *iceberg* de situaciones sociales difíciles o conflictivas. El Derecho Penal aparece sólo como un mecanismo secundario y confirmador de otros medios de control social primarios, más importantes y eficaces dentro del proceso de socialización (familia, escuela, religión, etc.)³⁴). De ello se desprende el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal. Entonces, el delito viene a ser la confirmación del fracaso de los medios de control no formalizados, por lo que el sistema penal poco puede hacer dentro del proceso de socialización del individuo, por su carácter secundario³⁵).

³⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "El Derecho Penal Mínimo", en *Poder y Control*, N° 0, 1986, pág. 41. Sobre los controles informales en los momentos actuales, vid. especialmente, ZVEKIC, Ugljeza, y FINDLAY, Mark, "Analizando los mecanismos informales del control", en *Poder y Control*, N° 1, 1987, *passim*.

³¹ En las sociedades del bienestar hay dos terceras partes que viven bien y una tercera parte que queda fuera del sistema productivo. Es lo que se ha dado de llamar "sociedad dual": "mientras dos tercios de la población viven mejor que nunca, el tercio restante queda definitivamente radicado en la marginación y la pobreza" (CANTARERO, R., "Seguridad ciudadana...", *cit.*, pág. 528).

³² Cfr. FERRAJOLI, L., y ZOLO, D., "Marxismo y cuestión criminal", en *Democracia autoritaria y capital maduro*, Barcelona, 1980, pág. 108; Bustos, J., *Derecho Penal. Parte General* (3a. ed.), Barcelona, Ariel, 1989, pág. 323 y ss.

³³ Precisamente este es el gran reto de la criminología: estudiar los factores sociales que inciden en la delincuencia. Para ver la discusión más moderna al respecto, cfr. LARRAURI, E., *La herencia*, *cit.*, *passim*.

³⁴ Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, *cit.*, págs. 37 y 38.

³⁵ "La norma penal solo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras" (*Ibidem*, pág. 38).

Por eso es que la mayoría de penalistas consideran que la mejor política criminal es una buena política social. Es que resulta fundamental insistir en mayores niveles de educación, sanidad, empleo, etc., para con ello rebajar la conflictividad social y, con ella, los índices de delincuencia. Esto quiere decir que uno de los primeros medios de contrarrestar la inseguridad ciudadana es invertir en gastos sociales (³⁶).

Pero también, es un Estado democrático, la seguridad de las personas depende del funcionamiento eficaz del sistema penal: prevención y persecución del delito por parte de los órganos operativos policiales y judiciales (³⁷). En efecto, en el concepto de seguridad ciudadana subyace la eterna contradicción entre seguridad y libertad en que se debaten las organizaciones políticas, y cuya expresión máxima es el sistema penal. De esta manera se produce la confluencia entre Estado y sistema penal, caracterizándose los Estados autoritarios por sacrificar la libertad en aras de la seguridad y por poseer un sistema penal eminentemente represivo (³⁸); mientras que un Estado democrático se distingue precisamente "por instrumentar los mecanismos necesarios para un equilibrio armonioso entre el ejercicio de los poderes indispensables para el cumplimiento de las misiones de policía y el derecho del ciudadano a ser protegido contra los eventuales abusos cometidos en el ejercicio de estos poderes" (³⁹).

Entonces, los verdaderos problemas de la seguridad ciudadana (disminuir o controlar la criminalidad) no se resuelven otorgando amplios espacios de inmunidad policial, ni restringiendo las garantías penales y procesales, sino trabajando en una

³⁶ En un reportaje del diario "El País" sobre seguridad ciudadana (2 de octubre de 1988), se destaca que la inseguridad ciudadana en España, es un fenómeno estrechamente vinculado al paro: "que los puestos de trabajo estén permanentemente en el alero, el paro juvenil, la falta de perspectivas vitales y culturales para una amplia generación de jóvenes, las crisis familiares dasatadas, sobre todo cuando el padre, tradicional sostén económico, permanece sin trabajo durante años, conforman, entre otros, un clima que es la verdadera causa de la inseguridad ciudadana".

³⁷ En España, el aumento de la seguridad se atribuye sobre todo a una mayor presencia de la policía en las calles (36%) y, en menor medida, al cambio político (13%) y a la existencia de una mayor información (7%). Cfr. RICO, J.M., y SALAS, L., *Inseguridad ciudadana*, cit., pág. 27.

³⁸ Está probado que es más fácil restringir las tasas de delincuencia limitando mediante el establecimiento de estados de excepción, pero ello conlleva el riesgo de socavar el Estado de Derecho. Así en el Derecho Constitucional se admite este tipo de recortes, sólo para casos excepcionales de necesidad, donde está en juego la organización democrática. Cfr. CRUZ VILLARÁN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 17-23.

³⁹ BARBERO SANTOS, Marino "El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (la situación en España)", en *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, 1986, pág. 23, los subrayados son del autor.

mayor eficacia de todos los ámbitos del sistema penal: legal, policial y judicial. Porque la problemática de la inseguridad en un Estado de Derecho conecta directamente con el fracaso o el éxito de su política criminal.

Una seria reflexión sobre la seguridad ciudadana tiene que llevarnos al cuestionamiento de la racionalidad del Derecho Penal y de su operatividad real en un Estado determinado. Ello significa meditar si al cuestionamiento se le han dado razones suficientes para creer en el sistema penal. Buenos índices al respecto suelen ser: las intromisiones del poder político en el sistema judicial, que pueden otorgar cierta desconfianza en cuanto a la imparcialidad del Poder Judicial; la penalización de funcionarios públicos que cometen delitos, que suele ser un indicio de la parcialidad o imparcialidad judicial⁽⁴⁰⁾; la proliferación de la policía privada, que puede constituir un síntoma de la poca confianza en la policía pública⁽⁴¹⁾, entre otros.

Sólo trabajando dentro de la eficacia del sistema penal sin renunciar a la garantías, es posible concebir una noción de seguridad ciudadana democrática, más acorde con el preciado equilibrio entre libertad y seguridad que debe existir en todo Estado de Derecho. De lo contrario, sacrificando las garantías en aras de una pretendida eficacia en la salvaguardia de la seguridad de las personas, se presenta el riesgo de ir socavando los pilares en que se alza el Estado de Derecho (legalidad y derechos fundamentales), con el peligro de la progresiva transformación de ese Estado democrático en un Estado autoritario⁽⁴²⁾.

⁴⁰ Estos dos índices en su aspecto negativo han sido últimamente confrontados por los escándalos de corrupción de los poderes públicos en España. Francia e Italia.

⁴¹ Cfr. CANTARERO, R., "Seguridad ciudadana...", *cit.*, pág. 534. El hecho de que la seguridad privada haya tenido un crecimiento espectacular en los últimos años, se muestra en el sorprendente aumento de la facturación de sus empresas. Cfr. RICO, J. M. y SALAS, L., *Inseguridad ciudadana*, *cit.*, pág. 40. Un estudio crítico sobre la policía privada puede verse en LARRAURI, E., "Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV. 1991, *passim*.

⁴² Está comprobado que en momentos de crisis, los Estados tienden a eliminar las garantías aumentando el control. Incluso jurídicamente esto está previsto en las Constituciones como estados excepcionales. Sin embargo, estos estados excepcionales al remitir en mayor o menor medida a una crisis de los presupuestos mismos en los que se asienta la Constitución (Crisis de legitimación), corren el riesgo de un difícil retorno a la normalidad democrática o, incluso, pueden tener el efecto contrario, eliminando la poca legitimidad que todavía pudiera haber conservado. Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales*, *cit.*, págs. 19-23.

3. Seguridad ciudadana y Abolicionismo

He pretendido hasta aquí presentar el panorama legislativo y social del tratamiento de la seguridad ciudadana en España, el cual es similar al de varios países de su entorno cultural. En síntesis, se trata de entender la seguridad de las mayorías controlando a la minoría de desviados que cometen delitos callejeros y tráfico de drogas, aquellos que no están "enganchados" a la Sociedad del Bienestar (⁴³). En el ámbito jurídico, esta concepción de la seguridad ciudadana se ha plasmado en el recorte de las garantías penales y procesales, otorgando mayores espacios de discrecionalidad policial en aras de los controles legales y judiciales.

Ante esta situación se nos presentan dos disyuntivas: insistir en la necesidad de hacer frente a la criminalidad haciendo uso del sistema penal con todas sus garantías; o, buscar alternativas al sistema penal para hacer frente a la criminalidad (abolicionismo). Voy a tratar de reseñar los pro y los contras de ambas posturas en relación a la seguridad ciudadana diseñada.

En favor de la primera postura se puede argumentar (⁴⁴):

1) Que ante campañas de "ley y orden" auspiciadas por el poder y con buena recepción de la opinión pública, se hace necesario racionalizar el conflicto mediante los mecanismos institucionalizados del Derecho Penal. Esto significa que, al observarse demandas de la opinión pública de endurecimiento y cumplimiento efectivo de las penas, el Derecho Penal se presentaría como una forma de limitar el castigo (aspecto garantista).

2) Que esta postura de la seguridad ciudadana se complementa con un fuerte control social disciplinario de tipo informal para las mayorías (llámese técnicas informáticas o telemáticas), que es necesario limitar mediante las garantías del sistema penal. Dentro de este planteamiento se hace énfasis en que las garantías del sistema penal deben ser trasladadas a las instancias de control extrapenales, como medio de limitar la intromisión del Estado en la esfera del individuo.

3) Que, precisamente uno de los síntomas de la crisis de legitimación del sistema político es la "huida" del Derecho Penal con sus garantías, por lo que constituye éste un reclamo progresista en defensa de los derechos fundamentales y, en últimas, en

⁴³ Vid. nota 33.

⁴⁴ En este punto coinciden los argumentos con el garantismo de FERRAJOLI y el minimalismo de BARATTA. Cfr. FERRAJOLI, L., "El Derecho Penal Mínimo", *cit.*, *passim*; BARATTA, A., "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal*, N° 34, 1986.

el ideal de Estado democrático de Derecho. Esto es, ante formas de autoritarismo que van adoptando los Estados tardo-capitalistas, demandar el respeto de las garantías penales viene a ser medio para impulsar el difícil retorno a la normalidad democrática.

En contra de utilizar el sistema penal con sus garantías, se puede argüir:

1) Que el sistema penal no soluciona los problemas de seguridad ciudadana. Así, hasta ahora el sistema penal no ha logrado reducir los índices de delito y de reincidencia.

2) Que, por el contrario, el sistema penal produce mayor violencia y criminaliza. Esto es, que el sistema penal no solo no soluciona los problemas de seguridad ciudadana, sino que produce mayor daño al estigmatizar a los sujetos que caen dentro de su esfera.

3) Que al probarse la ineficacia del sistema penal, el conflicto debe pasar a la Sociedad. Con lo cual se quiere afirmar la mayor idoneidad de los mecanismos de control alternativos al sistema penal.

4) Que justamente las campañas de "ley y orden" con plena aceptación de la opinión pública, prueban que a la ciudadanía no se le ha dado razones suficientes para creer en el sistema penal, por lo que hay que pensar en mecanismos alternativos de solución de los conflictos.

Precisamente todos estos argumentos constituyen la crítica del sistema penal que hace el abolicionismo para fundamentar sus posiciones (⁴⁵), por lo que coinciden con sus argumentaciones a su favor (⁴⁶). Entonces, pienso que al contestar a estas posiciones tratando de rebatir las críticas al sistema penal, estaría desarrollando las alegaciones en contra del abolicionismo.

Las críticas al sistema penal se centran fundamentalmente en tres aspectos: su ineficacia, falta de credibilidad y agravación del conflicto.

Las demandas de eficacia del sistema penal se puede decir que se sintetizan en la afirmación "el sistema penal (tal y como se concibe en los Estados democráticos,

⁴⁵ Cfr. HULSMAN, L., y BERNAT DE CELIS, J., *Sistema Penal*, cit., passim.

⁴⁶ Como sostiene FERRAJOLI, éste es uno de los méritos del abolicionismo: la deslegitimación de los ordenamientos existentes (del mismo autor, "El Derecho...", cit., pág. 36).

con sus garantías) (⁴⁷) no ha servido para hacer frente a los actos de conflicto grave con la Sociedad (delito)". A esta afirmación se puede responder de dos maneras: las garantías han sido un estorbo en el control de la criminalidad, por lo que hay que despojar al sistema penal de sus garantías; o, la ineficacia del sistema penal radica en "la forma como se ha llevado a cabo" en los distintos países, pero ello no invalida la justificación del sistema penal con sus garantías como ideal a alcanzar.

La primera afirmación, me parece que debe rechazarse, si partimos de principios democráticos y progresistas. Coincide con las posiciones de los sectores sociales más conservadores de la Sociedad que pretenden mantener el *status quo*, y los sectores políticos del poder que están llevando a cabo una "política criminal de orden público" (⁴⁸).

La segunda afirmación es la que merece un mayor análisis. Hablar de la eficacia del sistema penal significa, primero, considerar si los fines de prevención general y especial que se le atribuye a la pena, se cumplen. Me voy a centrar en las críticas a la prevención general, porque es el fin primario de las teorías utilitaristas. Está claro que para aquellos sectores sociales socializados (delinquentes ocasionales), así como para aquellos desviados que se encuentran confrontados con el sistema social (delinquentes por convicción), la pena no sirve. En el caso de los primeros por ser innecesaria y de los segundos por ser ineficaz. Pero existe un amplio sector social que si bien están socializados, en algún momento se sienten tentados de realizar un delito y se echan atrás por la amenaza de la pena. Las investigaciones demuestran que, en estos casos, la posibilidad de ser perseguido penalmente (detenido, procesado, etc.), amedrenta a los individuos para cometer un delito. Esto inclina el peso de la responsabilidad sobre la operatividad de los órganos policiales y judiciales (⁴⁹).

La presunta ineficacia del sistema penal se centra, entonces en los desviados no socializados para los cuales la pena es ineficaz. Para estos hay que decir que es necesario incidir en otros medios de control más idóneos que la pena, porque, como se ha dicho antes, el delito viene a demostrar el fracaso de los medios de control no

⁴⁷ Queda fuera de toda discusión el sistema penal en los Estados totalitarios.

⁴⁸ Cfr. LARRAURI, E., "Abolicionismo del ...", *cit.*, pág. 104. Precisamente éste es uno de los riesgos que corre el abolicionismo, el de poder coincidir con políticas criminales conservadoras.

⁴⁹ Está probado que en momentos de huelga de policías o convulsión social, aumentan los delitos (saqueos, pillajes, bandalismos, etc.); mientras que en situaciones de gran despliegue de seguridad, se reducen las tasas de delincuencia. Por ejemplo, en la Cumbre Árabe-Israelí que se realizó en octubre de 1991 en Madrid, el despliegue policial promovido hizo reducir la tasa de delincuencia en esos días ("El País", 3 de noviembre de 1991). Cfr. RICO, J. M. y SALAS, L., *Inseguridad ciudadana*, *cit.*, pág. 184.

formalizados. Y los propios penalistas insisten en que el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio*. No obstante, es preciso reconocer que toda Sociedad produce sus desviados y, en muchos casos, todos los medios de disciplinamiento social resultan inútiles, para los cuales sólo existe el último recurso de la pena.

Entonces, respecto a la demanda de eficacia del sistema penal es necesario replantear una serie de factores dentro de los distintos ámbitos. En el ámbito doctrinal, es preciso una correcta ubicación del delincuente y de la víctima en la legislación penal dándole lo que socialmente le corresponde ⁽⁵⁰⁾, una revisión de los límites de la responsabilidad de los sujetos ⁽⁵¹⁾, una adecuación de todos sus conceptos a su declarado principio de *ultima ratio*.

En el ámbito legal, es importante modernizar toda la legislación penal conforme a los principios constitucionales de cada país, haciendo ingresar las garantías constitucionales en la ley penal.

En el ámbito policial, la actuación de las fuerzas de seguridad debe discurrir dentro de los límites de las constituciones democráticas, basando su eficacia en la preparación de sus cuadros y en las técnicas más modernas puestas a su servicio.

En el ámbito judicial, es necesario potenciar una administración de justicia pronta y justa, sin interferencias del Ejecutivo.

Pero no está demás redundar en que más eficaz que la amenaza de la pena, es la prontitud y certeza de su aplicación, con lo cual se incide en la eficacia de los aparatos policiales y judiciales, que es donde realmente se debe trabajar.

Por último, hay que recordar que las críticas de la ineficacia del sistema penal son cuestionamientos del "ser", de la forma como efectivamente se desarrolla el

⁵⁰ Cfr. CANTARERO, R., "Seguridad ciudadana ...", *cit.*, pág. 535. Las modernas consideraciones de la víctima en el delito, si bien pueden llevar por un lado a limitar el injusto penal, también pueden dar lugar a exigencias de reforzamiento de la norma jurídico-penal y a la necesidad efectiva de aplicación de tales normas. Cfr. HASSEMER, Winfried, "Consideraciones sobre la víctima del delito". en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 43, 1990, págs. 254-255. Precisamente, en estos momentos se está dando en España un movimiento promovido por los padres de víctimas de violación, para solicitar el cumplimiento efectivo de las penas para los violaciones.

⁵¹ Hoy los propios penalistas reconocen la crisis de la culpabilidad, por lo que se está en busca de nuevos derroteros. Vid. por todos BUSTOS, J., *Derecho Penal*, *cit.*, pág. 323 y ss.

sistema penal, que no invalidan su justificación como instrumento de control social (³²), por ser ésta una cuestión del "deber-ser". Más aún, todavía está vigente su "deber-ser" en cuanto a hacer efectivas las garantías que limitan la potestad punitiva del Estado (³³).

Los cuestionamientos de falta de credibilidad y de agravación de la violencia están indirectamente ligados a la demanda de mayor eficacia del sistema penal.

Es verdad que el sistema penal goza en casi todos los países de poca credibilidad. Como decíamos, este es uno de los factores que incide en ese medio difuso que es la inseguridad ciudadana. En todo caso, trabajando en la eficacia del sistema penal se puede lograr una mayor credibilidad en las instituciones penales, lo cual puede retroalimentar una mayor eficiencia. Pero todo ello presupone un medio de control social formalizado y con límites, como el Derecho Penal.

Finalmente, el cuestionamiento de que el sistema penal produce mayor violencia es indemostrable. Porque si bien es verdad que las soluciones del sistema penal son violentas y los hechos que lo presuponen también, las alternativas de disciplinamiento social, la administración asistencial, pueden tender a salidas de un control más difuso, pero a la vez, más penetrante (³⁴).

Una vez contestados los argumentos en contra del sistema penal (y sus garantías), no queda otra cosa que afirmarlo, por lo que asumen absoluta vigencia sus argumentaciones a favor. Estas pueden sintetizarse en: que es necesario racionalizar el conflicto penal, porque precisamente las demandas de la opinión pública van por una represión mayor; que las técnicas de control informal disciplinario de hoy en día, adolecen de las garantías del Derecho Penal, por lo que es significativa la demanda de los límites al poder estatal (garantismo); y, por último, que la demanda de la absoluta vigencia de las garantías penales se transforma hoy en una lucha progresista de defensa de la sociedad civil, para alcanzar mayores cuotas de democratización.

³² Todo instrumento de control social tiene la doble vertiente de control y garantías. Cfr. LUMIA, G., *Principios*, cit., págs. 11 y 21.

³³ Cfr. FERRAJOLI, L., "El Derecho...", cit., pág. 29 y ss. Como dice PAVARINI: "La cuestión se complica cuando desde el nivel de la observación sociológica del "real" funcionamiento de la justicia penal se pretende deslegitimar los principios que se dan en el plano del deber ser" ("El sistema...", cit., pág. 152).

³⁴ Cfr. COHEN, Stanley, *Visiones de Control Social*, Barcelona, PPU, 1988, passim.

De allí que coincida plenamente con FERRAJOLI cuando sostiene que "quizá lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías" (³⁵).

³⁵ Del mismo autor, "El Derecho ...", *cit.*, pág. 44.

