

LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA: UN SÍNTOMA DE LA CRISIS DEL PODER EJECUTIVO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL SISTEMA PENAL

Laura Zúñiga Rodríguez
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

“ El miedo suele ser un mal consejero...”

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: MIEDO AL CRIMEN Y SISTEMA PENAL

El Derecho Penal tiene dentro de la vida social, una doble labor que a veces puede parecer contradictoria, ya que paralelamente a su función represora, debe cumplir una labor garantista; esto motiva una tensión disléctica entre presencias y garantías o entre eficacia y hechos fundamentales. Sin embargo, en ocasiones se tiende a romper este delicado equilibrio, privilegiando la represión, por encima del respeto a los derechos fundamentales. Dentro de este contexto, asistimos a las campañas de “Ley y Orden” y a la promulgación de leyes de seguridad ciudadana, las cuales, bajo el pretexto del incremento de la delincuencia, pretenden imponer una política legal severa y expansionista, aumentando desmesuradamente la capacidad punitiva del Estado y su injerencia en el ámbito privado de la ciudadanía.

La doctora Laura Zúñiga, tras un concienzudo análisis del marco ideológico y político social en que se haya inmersa la Ley de Seguridad Ciudadana presente en la Constitución española, llega a la siguiente conclusión: una política penal drástica no es una verdadera solución al problema de la delincuencia y leyes como ésta atentan contra la función garantista que debe privilegiar todo Estado democrático.

Una de las leyes que más interés ha suscitado en la opinión pública española durante los últimos tiempos ha sido la Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante L.S.C). Prueba de ello han sido los debates entre detractores y seguidores del Proyecto de Ley, del cual bastante eco se han hecho los medios de comunicación. Y es que, a todos nos toca de cerca cuando se habla de seguridad ciudadana, porque ésta hace referencia a los índices de criminalidad a los que estamos expuestos y nos hace recordar ese “miedo difuso que se percibe como una preocupación por el fenómeno de la delincuencia en tanto que peligro social”.¹ Pero esa preocupación puede ser subjetiva u objetiva. Una cuestión es la realidad criminal, es decir, las posibilidades que tienen las personas de ser víctimas de delitos (inseguridad ciudadana objetiva), y otra, la percepción que tiene la gente de la posibilidad de ser víctima de la delincuencia (inseguridad ciudadana subjetiva). La primera, constituye un problema científico, eminentemente criminológico. La segunda, representa la imagen que la población tiene de la delincuencia y del delincuente, la cual está estrechamente vinculada a juicios de valor o estereotipos, que constituyen variables sociales e individuales dependientes de situaciones concretas (por ejm. que en ese momento se haya producido un crimen atroz), edad, sexo, pertenencia étnica, status social, etc.² Evidentemente, entre una u otra, suelen

¹ Definición de inseguridad ciudadana: que es más fácil describir, según el Informe Socias, hecho por encargo del Ayuntamiento de Barcelona (Reportaje sobre Seguridad Ciudadana de “El País”, 2 de octubre de 1988).

² Cfr. José María Rico y Luis Salas. Inseguridad ciudadana y policía. Madrid, Tecnós, 1988, p. 17.

haber muchas diferencias, lo cual representa un problema ideológico y político-social importante, como más tarde podremos apreciar.

El análisis va a partir del estudio del miedo subjetivo al crimen, porque es la concepción que en definitiva da contenido a la demanda de seguridad ciudadana por parte de la población y a la respuesta por parte de los poderes públicos³. El problema criminológico, la posibilidad concreta de ser víctimas de la delincuencia (victimación), constituye un dato científico difícil de determinar porque hay que tener en cuenta la "cifra negra" de criminalidad. En todo caso, ese dato puede servir de referente para valorar cuanto se aleja de la realidad criminal el miedo al crimen.

Es preciso reconocer que el "miedo al crimen" o "inseguridad ciudadana" son nociones ambiguas y de difícil determinación, por ser el miedo una de las manifestaciones más subjetivas de la conducta humana y no poderse captar sino a través de las imágenes y representaciones que cada persona suele hacerse ante situaciones más o menos reales de peligro⁴. De allí que sea preferible acotar más su significado distinguiendo el miedo concreto y el miedo difuso al crimen. Este último es el que nos interesa porque es "la percepción según la cual los ciudadanos consideran que el delito constituye para ellos una amenaza general y lejana, un fenómeno inquietante por representar un peligro social con posibles repercusiones en sus propias vidas"⁵.

Los estudios sobre inseguridad ciudadana indican que el miedo al crimen puede provenir fundamentalmente de las siguientes fuentes: la percepción de un importante incremento de la criminalidad violenta, la propia experiencia personal o la vivida por personas cercanas, las informaciones difundidas por los medios de comunicación y el sentimiento de insatisfacción ante el sistema penal.⁶ Es evidente que todas son variables concomitantes, que se relacionan y retroalimentan unas a otras, por lo que difícilmente pueden analizarse unilateralmente. No

obstante, intentaré abordar el tema desde el estudio sobre la insatisfacción de la población ante el sistema penal, teniendo en cuenta su relación con las otras fuentes de inseguridad ciudadana.

Es función fundamental del Derecho Penal el intentar que no se produzcan aquellas conductas humanas que suponen una grave perturbación para la coexistencia social. En este punto coinciden, entonces, las demandas de seguridad ciudadana y las funciones asignadas al Derecho Penal. Pero estas funciones las realiza el Derecho Penal a través de todo un mecanismo formal que pasa por tres momentos:

1. Proceso de criminalización primaria: mecanismo de creación de las normas jurídico-penales por el Poder Legislativo.
2. Proceso de criminalización secundaria: mecanismos de aplicación de las normas jurídico-penales (proceso penal), por el Poder Judicial.
3. Proceso de ejecución de la pena o medida de seguridad: problemática penitenciaria. Estos procesos se realizan a través de las instancias de control formales: legisladores, policías, jueces, agentes penitenciarios.

Al conjunto de mecanismos e instancias de control penal se le denomina sistema penal. Corresponde a éste, por consiguiente, la prevención y represión de los delitos. De ahí que los sentimientos de inseguridad ciudadana, constituyan en última instancia una crítica a tal sistema, una desconfianza de la población hacia su eficiencia y un cuestionamiento a su racionalidad.⁷ Entonces, al hablar de seguridad ciudadana hay que hacer una seria reflexión sobre el sistema penal y su operatividad real en un Estado determinado.

Para comprender mejor la interrelación entre sistema penal y la demanda de seguridad ciudadana, hay que recordar los signos de la relación hombre-

³ Cfr. André Normandeau. "Politiques pénales et peur du crimen.. 'Ordre et sécurité' (Canada) y 'Sécurité et liberté' (Francia), en *Criminologie*, Vol. XVI, No. 1, 1983, pp. 56 - 58.

⁴ Cfr. Chirstiane Louiss-Guérin. "La peur du crimen: Mythes et réalités", en *Criminologie*, Vol. XVI, No. 1, 1983, p. 70.

⁵ Cfr. J.M. Rico y L. Salas. Ob. cit, p. 30, el subrayado es mío.

⁶ Cfr. J.M.Rico y L. Salas. Ob. cit, p. 43.

⁷ En realidad, en este tema se presenta una cierta ambivalencia. Por un lado las demandas de seguridad ciudadana parecen cuestionar la racionalidad (legitimación, fines, etc.) del sistema penal, por otro, suelen ser demandas emotivas, irracionales, primarias, por lo que deben ser tomadas con reservas. Cfr. Jesús María Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 260.

sociedad, 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. Ello se reflejará en la ambivalencia del Derecho Penal: por una parte constituye un medio eficaz para garantizar la convivencia (función garantista), pero por otra, representa un poderoso instrumento para el control de los individuos (función represiva). He aquí las dos demandas contrapuestas que se le hacen al sistema penal: eficacia y garantías, orden y libertad, prevención de delitos y derechos fundamentales. Luego veremos cómo es posible resolver dicha supuesta contradicción.

Pero, hay que resaltar que la demanda de seguridad ciudadana hacia el sistema penal se da fundamentalmente frente a un determinado tipo de delincuencia: la criminalidad violenta, la vinculada a ataques físicos contra las personas (asesinatos, lesiones, violaciones, agresiones sexuales, robos con violencia, etc.), ya que normalmente menos importan a la ciudadanía los delitos socio-económicos, contra el medio ambiente, corrupción de funcionarios, porque parece que les tocan más lejos, a pesar de que éstos últimos delitos tengan en realidad mayor incidencia en la vida económica y política del país.⁸

Mi argumentación intentará recorrer el siguiente camino: Primero, desvelar cual es la noción de seguridad ciudadana que subyace en la L.S.C., analizando el marco ideológico y el marco político-social en el que está inmersa. Segundo, proponer una concepción de seguridad ciudadana acorde con la Constitución Española. Y, tercero, expresar en una solu-

ción de síntesis las relaciones que hay entre el sistema penal y sus demandas de seguridad ciudadana desde un punto de vista democrático.

2. ¿A QUÉ SEGURIDAD CIUDADANA SE REFIERE LA L.S.C.?

La noción jurídica 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 y 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 durante las últimas décadas. La **legislación de emergencia** que promulgaron en ese sentido, ha tenido como tónica general la restricción de derechos fundamentales, principalmente las garantías de la detención y del derecho de defensa, además de limitaciones de principios penales y procesales⁹.

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 ordinarias¹⁰ y de carácter general por la imposibilidad de su aplicación determinada¹¹. De allí que estas restricciones de derechos fundamentales se hayan enquistado en el aparato jurídico-penal, creando una "política criminal de orden público"¹² consistente en el otorgamiento de mayores espacios de

⁸ Por ejemplo, menos reacción se observó por parte de la ciudadanía cuando estallaron escándalos financieros como los del ex-Gobernador General del Banco de España, Mariano Rubio, o del ex-Presidente del Banesto, Mario Conde, y sólo se observa la indignación general cuando los escándalos políticos son asunto de primera plana de los periódicos (abril de 1994).

⁹ Hay abundante literatura al respecto. Entre otros: AA. VV., Rev. *La Questione Criminale*. Número dedicado a *Terrorismo e Stato della Crisis*. Anno V. No. 1, 1979; Luigi Ferragoli. Terrorismo y crisis tardocapitalista, en "Justicia y delito", Ventura Perez Marifio (compilador), Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1981; José Ramón Serrano Piedecosas. Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Barcelona, P.P.U., 1988; Juan Terradillos Basoco, Terrorismo y Derecho. Comentario a las L.O. 3 y 4\1988. Madrid, Tecnós, 1988; Alessandro Baratta y Mario Silbernag. "La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal", en *Doctrina Penal*, Año 8, 1985.

¹⁰ 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.

¹¹ Existe la posibilidad de aplicar estas leyes a cualquier ciudadano, "pues ni la ley, ni el poder judicial, en su primer momento, determinan qué personas pueden ser objeto de la suspensión, al ser ésta una facultad concedida a la policía" (Ignacio Berdugo y J.R. Serrano-Piedecosas. "Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 343, 1988, p. 94).

¹² Sobre este nombre y sus características generales Cfr. José Manuel Gómez Benítez. "Crítica de la política penal del orden público", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 16, 1982, passim.

discrecionalidad policial 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.¹³

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 para 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 Ley italiana N° 191 de 18 de mayo de 1978, la reforma alemana del StPO de 14 de abril de 1978, la modificación del Código de Procedimiento Penal francés de 1983 (su precedente es la Ley de Seguridad y Libertad de 2 de febrero de 1981), la Ley de Policía del Reino Unido de 1984, entre otras.¹⁴

Primeramente hay que decir que, 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 que el indiscutible rango de supremacía no es meramente ideológico, porque tiene base jurídica dentro del contexto constitucional.

Efectivamente, en una sociedad democrática como la que reclama la C.E. (artículo 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. Ade-

más, 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 constitucional¹⁵.

La L.S.C. de 1992 recurrió a la limitación de derechos fundamentales preciados, como la libertad personal (artículo 20) y la inviolabilidad del domicilio (artículo 21) para - según la Exposición de Motivos - hacer frente a la delincuencia. Precisamente algunos de los aspectos más discutibles de la L.S.C. fueron el facultar a las fuerzas de seguridad del Estado para que por su cuenta, sin previa intervención judicial, retengan a ciudadanos que se encuentren imposibilitados de identificarse (artículo 20) e ingresen a domicilios en los que tengan "conocimiento fundado" de que se trafica con droga (artículo 21). El descontento por parte de los grupos políticos de la oposición fue de tal envergadura que se plantearon tres recursos de inconstitucionalidad contra estas normas (y otras que se refieren principalmente a sanciones administrativas) y dos cuestiones de inconstitucionalidad referidas sólo al artículo 21.2. En S.T.C. de 18 de Noviembre de 1993, el Tribunal Constitucional se pronuncia desestimando el recurso en lo que se refiere al artículo 20.2 y declarando la inconstitucionalidad del artículo 21.2 por la amplitud e indeterminación del concepto de flagrancia que vulnera el artículo 18.2 C.E.

No voy a entrar a analizar los fundamentos jurídicos que sirvieron para desestimar el recurso de inconstitucionalidad del artículo 20.2 L.S.C., porque es objeto de otra ponencia.¹⁶ Por ahora basta recordar que hubo dos votos particulares que se pronunciaron por la inconstitucionalidad de dicha norma. Por consiguiente no creo que se hayan desvirtuado los argumentos críticos que los especialistas han hecho sobre este supuesto. Es posible sustentar que constituye una ampliación de los supuestos de detención, (o por lo menos asimilable a la detención)¹⁷ al caso de quien siendo requerido

¹³ Sobre los alcances de la estrategia antiterrorista en el ámbito penal Vid. J.R. Serrano-Piedecabras. Ob. cit., pp. 184 y ss. Para el ámbito procesal-penal Vid. A. Baratta y M. Silbernag. Ob. cit., passim; J.R. Serrano-Piedecabras. Ob. cit., pp. 207 y ss.

¹⁴ Vid. el estudio de Derecho Comparado sobre estas leyes en: Guillermo Portilla Contreras. "Desprotección" de la libertad y seguridad personal en la ley sobre protección de la seguridad ciudadana. En: Fernández Entralgo, Portilla Contreras y Barcelona Llop. Seguridad Ciudadana, materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera. Madrid, Trotta, 1993, pp. 81 y ss.

¹⁵ Cfr. S.T.C. 112/1988 ("hay que interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de la libertad"); S.T.C. 178/85 ("la excepcionalidad de la restricción o privación de la libertad exige una proporcionalidad").

¹⁶ Indirectamente se hará en el epígrafe 5.

¹⁷ Cfr. Víctor Fairén Guillén. La identificación de personas desconocidas (Comentario al artículo 20 de la ley de Protección de la Seguridad Ciudadana). Madrid, Cuadernos Civitas, 1992, p. 77 y G. Portilla Contreras. "Desprotección de la libertad...". Ob. cit., p. 80. Hay que reconocer que 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".

por las fuerzas de seguridad no logra identificarse, violentando el texto constitucional que sólo estima proporcionada una restricción de la libertad en los casos de imputación de un delito grave¹⁸. 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 un intérprete, etc., artículo 17 C.E.) y sin control judicial previo sino a posteriori (Libro-Registro)¹⁹. Por lo cual la retención viene a ser una detención sin garantías, dándose la paradoja de que más vale ser detenido (cometer un delito) que retenido (no portar documentos de identidad), porque el primero tendrá más garantías. En realidad los cuestionamientos más importantes no se refieren al fundamento de la norma, porque es evidente que dentro de las funciones de policía para la prevención de los delitos está la misión de identificar a personas desconocidas, sino a la forma como se otorga esta facultad, carente de garantías legales y judiciales para las personas a quienes pueda ser aplicada dicha norma²⁰. De ahí que resulte difícil que el Tribunal Constitucional pueda salvar la contradicción en que cae en la Sentencia del Tribunal Constitucional (S.T.C.) de 18 de noviembre de 1993, al reconocer que se trata de una privación de libertad del artículo 17.1 C.E. (fundamento jurídico N° 4) que, por tanto, le son aplicables las garantías del artículo 17.2 y 17.3 C.E., pero “en lo que le sean aplicables” (fundamento jurídico N° 6)²¹. Lo que resulta claro respecto de las dos normas promulgadas (artículo 20 y artículo 21 L.S.C., vigente ésta última hasta el 18 de noviembre de 1993), es que la pretensión del ejecutivo ha sido ampliar los espacios de discrecionalidad policial 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 porque la ley formal debe ceñir los límites de las restricciones de derechos fundamentales en un Estado de Derecho, desequilibra gravemente la relación que debe existir entre restricción de libertades y garantías en un Estado democrático.

De la normativa de la L.C.S. se desprende una concepción de la seguridad ciudadana que incide en la criminalidad callejera (artículo 20) y en el tráfico de drogas (artículo 21), principalmente. Cuando en realidad la delincuencia real comprende varios sectores, siendo aquéllos sólo algunos de ellos, ni siquiera necesariamente los de mayor incidencia económica en la sociedad. Es difícil, por ejemplo, que se 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., desde el punto de vista ideológico y político-social.

3. MARCO IDEOLOGICO

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

¹⁸ Según el artículo 17 C.E., siguiendo una interpretación regida por el principio *favor libertatis*, la detención o cualquier restricción de la libertad personal debe ser excepcional, sólo cuando sea necesario.

¹⁹ 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 artículo 17 C.E. establece, en tanto controles legales y judiciales para que aquélla se sujete a los cauces 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 y Seguridad Ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionarios públicos. Barcelona, P.P.U., 1993, pp. 206 y ss.

²⁰ 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 reformado en 1983, establece que será la policía Judicial o unos 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. Cfr. G. Portilla Contreras. Ob. cit., pp. 81 y ss.

²¹ Cfr. V. Fairén Guillén. Ob. cit., p.97. “Ninguna de estas garantías constitucionales -recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de Abogado - son indispensables para la verificación de unas diligencias de identificación”. Por lo menos es discutible esto último, creo que una persona “retenida” debe tener derecho, por lo menos, a la asistencia de Abogado.

descalificar a los transgresores del sistema (terroristas, drogadictos, marginados), provocando un "impacto social" en la población en demanda de mayor seguridad²²

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 crimen (el "enemigo interno" del sistema social). Luego se promulgan leyes para luchar contra la inseguridad ciudadana que constituyen, más bien, una respuesta simbólica 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 ciudadana, lo que es un elemento necesario al poder para su legitimación: criminalidad -> sentimientos de inseguridad ciudadana no adecuado a la realidad²³ -> respuesta penal simbólica (restringiendo las libertades) -> criminalidad. No hay que olvidar que el Estado del bienestar es el Estado de la seguridad material y la seguridad psicológica; al entrar en crisis este modelo de estado, la seguridad se vuelve la demanda principal y se funcionaliza como "interés general", como 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 dirigen a la ciudadanía, las cuales inciden solamente en el problema de la delincuencia, distrayendo la atención efectiva de los problemas estructurales del país. He aquí, entonces otra función importante de este tipo de leyes: son eficaces distractores de la opinión pública sobre los problemas nacionales.

Dentro de este proceso ideológico de exacerbación de la inseguridad ciudadana, los medios de comunicación juegan un papel muy importante, porque son ellos los que sobredimensionan la información acerca de la criminalidad y producen inquietud en la población, dentro de la lógica de que las noticias sobre delincuencia violenta "venden". Con este tipo de información, los medios de comunicación contribuyen a crear estereotipos sobre la delincuencia en la opinión pública, casi siempre incorrectos, correspondientes con las ideologías de los sectores más reaccionarios. Pero esta conexión entre este tipo de información y el interés del público tiene su razón de ser. Como dice Young "los medios de comunicación son tranquilizantes para el público... Las malas noticias están a la orden del día, porque la comedia moral de ley y orden por una parte, y la desviación por la otra, calman la ansiedad de las masas"²⁴ pues las distraen de los verdaderos problemas nacionales²⁵. Ello permite focalizar la significación social de la delincuencia en la criminalidad callejera, dejando de lado otros asuntos que debieran causar mayor conmoción social como son las violencias domésticas, las altas cifras de accidentes laborales o automovilísticos que, sin duda, tienen mayores consecuencias sobre las personas y la economía nacional.

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

²² Vid. la campaña de ley y orden impulsada por el Ministro del Interior Corcuera 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 "solo los delincuentes deben temer la L.S.C." (El País, 17 de octubre de 1991). El comentario sobra.

²³ Según el Resumen General de Infracciones, años 1987-1992, de la Dirección General de Policía (Estadística de Criminalidad, Año 1992, Comisaría General de Policía), si se comparan las cifras de los años 1987 a 1992, en lo que se refiere a los delitos, las cifras tienden a descender. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1992, en lo que se refiere a los delitos, las cifras tienden a descender. Según el mismo documento, al comparar las estadísticas de 1990 y 1991, se observa un leve incremento de la criminalidad en 2.03%. En todo caso, tal parece que ese "miedo difuso" de la ciudadanía española, no corresponde con la realidad, porque las cifras de criminalidad tienden, por lo menos, a mantenerse estables o no muestran un aumento significativo.

²⁴ Jock Young, "Más allá del paradigma consensual: una crítica al funcionalismo de izquierda en la teoría de las comunicaciones de masas", en Poder y Control, No. 1-1987, p. 66. Además, sobre los otros aspectos señalados sobre los medios de comunicación de masas Cfr. el mismo autor, loc. ult. cit., passim.

²⁵ Cfr. Rocío Cantarero. "Seguridad ciudadana. Constitución. derecho Penal". En: Cuadernos de Política Criminal, No. 42, 1990, p. 524.

4. MARCO POLITICO-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 de formas autoritarias de legitimación.

Es un hecho evidente para los teóricos y para la ciudadanía en general, el papel protagónico que ha asumido el Ejecutivo en los últimos tiempos. Ello se explica por el rol contraído por el Estado como ente mediador del conflicto capital-trabajo y gestor de la economía dentro del modelo económico del estado del bienestar. Así el Ejecutivo, al pretender cumplir con dos finalidades contradictorias entre sí (acumulación de capital y gastos sociales), se ha mostrado constantemente expuesto a crisis de legitimación²⁶; crisis que en los últimos tiempos se han hecho más evidentes²⁷. 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 consenso²⁸.

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 sometan al consenso de las mayorías. En efecto, en las sociedades del bienestar hay dos terceras partes que viven bien (empresarios, trabajadores, empleados públicos) y una tercera parte que queda fuera del sistema productivo (parados, drogadictos, gitanos, etc.). Es lo que se ha dado en 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"²⁹.

Se producen así dos tipos de control social. Para aquellos que están sometidos al consenso (empresarios y trabajadores), se dan las técnicas de control primario o informales, los instrumentos de control de masa (como los medios de comunicación), y la política de consensos 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: guetización, discriminación, y estigmatización³⁰.

Para las mayorías sujetas al consenso, se incide en los mecanismos de control informal sutiles y difusos; como se trata de disciplinar las mentes, el control es profesionalizado y tecnocrático. Son las técnicas informáticas y telemáticas de control a distancia, que poseen un poder de disciplinamiento inusitado³¹. De otro lado, para los marginados del proceso productivo, 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 como la propugnada por la L.S.C.

En general, se asiste a una mayor intervención del Estado en la esfera del individuo. Ello se entiende porque al tener que cumplir el Ejecutivo con su misión de integración social interviniendo en la defensa del mercado, tiene que acomodar por la fuerza - real o mitificada- las relaciones sociales para el funcionamiento del sistema (funcionalismo³²). De ahí que el Estado - y el sistema penal - tienda hoy a asumir fundamentalmente la forma de control social (función represiva) y las libertades son sólo un espacio residual (función garantista).³³

²⁶ Cfr. Jünger Habermas. "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío". Buenos Aires, Amorrortu, 1989, p. 15.

²⁷ Véanse, por ejemplo, las dificultades que en los últimos tiempos ha tenido el Ejecutivo para llevar a cabo las reformas del mercado laboral y de la política de desempleo.

²⁸ Cfr. Federico Stame, "Teoría dello Stato e controllo sociale". En: *La Questione Criminale* No. 2, 1979, p. 191.

²⁹ R. Cantarero. Op. cit, pag 528.

³⁰ Cfr. Massimo Pavarini. Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. México, Siglo XXI eds., 1983, pp. 74-75; Juan Bustos. "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología". En: *El Pensamiento Criminológico II*, obra dirigida por R. Bergalli y J. Bustos, Barcelona, Península, 1983, pp. 18-20.

³¹ Cfr. Luigi Ferrajoli, "El Derecho Penal Mínimo". En: *Poder y Control* No. 0, 1986, p. 41. sobre los controles informales en los momentos actuales Vid. especialmente Ugljeza Zvekic y Mark Findlay. "Analizando los mecanismos informales del control". En: *Poder y Control* No.1, 1987, passim.

³² Para el funcionamiento eficiente del sistema social del capitalismo maduro, es teorizado por Luhman. Un análisis de esta teoría desde el punto de vista del control social, Vid. Emilio García Méndez. *El funcionalismo de nuevo cuño, idóneo Autoritarismo y control social*. Argentina - Uruguay - Chile. Buenos Aires, Hammurabi, 1987, ap. V.

³³ Más ampliamente sobre el tema vid. mi libro: Ob. cit., pp. 110 y ss.

Este protagonismo del Ejecutivo va a tener serias repercusiones dentro de la configuración de los poderes del Estado. La clásica división de poderes de Montesquieu es cuestionada en términos reales. Al convertirse el Ejecutivo en el actor principal de la elaboración y ejecución de las decisiones políticas, se produce un debilitamiento del Poder Legislativo (antaño el poder más importante). Con este proceso se asiste a la crisis del principio de legalidad, límite por excelencia de las funciones represivas del Ejecutivo, lo cual permite la promulgación de legislaciones de emergencia y de orden público, como la L.S.C.

Esto traerá dos consecuencias importantísimas para la vigencia de los derechos fundamentales. Primero, el Ejecutivo obtiene mayores espacios discrecionales respecto de los derechos fundamentales límites (la libertad y seguridad personales, y la inviolabilidad de domicilio, principalmente), sustrayéndose de controles de tipo judicial y legal. Segundo, se produce un cambio ideológico del sentido del garantismo: la seguridad personal (que es en realidad una garantía, un instrumento para la vigencia de los demás derechos fundamentales), se funcionaliza como un fin en sí mismo, de carácter social, produciéndose una identificación simbólica entre seguridad personal = seguridad ciudadana = seguridad del Estado.

La discrecionalidad policial resultante de este nuevo panorama político-jurídico es extraordinaria. En general se trata de la sustracción de facultades que antes se atribuían a la magistratura, quedando ésta como una instancia meramente confirmadora o no de las situaciones que pueden llegar a su control. Esto es evidente en los artículos 20 y 21 (ya derogado) L.S.C., en las leyes antiterroristas que aumentan los plazos de la detención (Leyes Orgánicas 3 y 4/1988), en el no haber configurado una Policía Judicial dependiente de la magistratura, en el establecimiento de un fuero especial para policías (art. 8 de la Ley de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en adelante L.F.C.S.), etc.³⁴ A partir de esta autonomía policial queda un espacio abierto a las prácticas policiales irregulares.³⁵

5. LA SEGURIDAD CIUDADANA A LA LUZ DE LA C.E.

El Estado moderno se ha erigido precisamente teniendo como base de justificación y legitimación, el mantener el monopolio de la organización de la seguridad de los ciudadanos. Esta misión, según la C.E., se encuentra específicamente destinada a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, bajo la dependencia del Ejecutivo (artículo 104 C.E.)

En ese sentido, la institución policial encarna los dos ámbitos contrapuestos del poder: por un lado, tiene como función garantizar la seguridad de los ciudadanos, pero, por otro lado, constituye el principal modo de expresión de la autoridad estatal. Entonces, un cuerpo que tenga por función ejercer la fuerza legal del Estado o **coacción estatal**, si se trata de un Estado democrático, tendrá que instrumentar los mecanismos necesarios para lograr un equilibrio armonioso entre el ejercicio de las misiones de policía y el derecho de los ciudadanos a ser protegido contra los eventuales abusos cometidos en el ejercicio de estos poderes³⁶. Pero ¿cómo es posible lograr este equilibrio armonioso? La C.E. nos otorga suficientes claves para ello.

La noción de seguridad ciudadana, emparentada con la de orden público y seguridad pública, puede ser entendida, tal como define la seguridad pública el Tribunal Constitucional (S.T.C. de 8 de Junio de 1983); como la protección de todos los bienes jurídicos de todos los ciudadanos; o como define el orden público la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de Junio, de estados de excepción, alarma y sitio, en su artículo 13: el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales. Entonces, la seguridad ciudadana tiene que ser atendida como la posibilidad que tienen los ciudadanos de ejercer libremente los derechos fundamentales y utilizar los servicios públicos, que es misión del Estado salvaguardar respecto de los demás ciudadanos y de los propios poderes públicos.

³⁴ Cfr. Perfecto Andrés Ibañez, "Jueces y policía, acerca de la distribución del trabajo represivo".

³⁵ Sobre las quejas por malos tratos de los miembros de las fuerzas de seguridad, en relación a la aplicación del artículo 20 L.S.C., Vid Informe Anual del Defensor del Pueblo. 1992, pp. 67 y 68; sobre malos tratos en general, Vid. ob. ult. cit., pp. 32-48.

³⁶ Cfr. Mariano Barbero Santos, "El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (la situación en España)". En: Estudios Penales y criminológicos, T. IX, 1986, p. 23.

Esto quiere decir que los poderes públicos tienen que garantizar esta posibilidad de despliegue de los derechos fundamentales, lo cual, evidentemente no puede realizarse recortando derechos fundamentales, porque sería un contrasentido. En todo caso, si es necesario recortar los derechos fundamentales, tendrá que hacerlo dentro de los límites de la C.E. Además, la seguridad ciudadana viene a ser un **concepto instrumental**, para el desarrollo de los derechos fundamentales, no puede ser un fin en sí misma.

Se trata de una facultad que se le otorga al Poder Ejecutivo, concretamente a las fuerzas policiales. Pero toda actuación gubernativa está perfectamente reglada por el principio de legalidad (artículo 10.1 C.E.) y, en todo caso, debe ejercitarse en función del interés público (artículo 103.1 C.E.). Es preciso determinar, por consiguiente, cuáles son los límites legales que tiene el Gobierno para lograr su misión de salvaguardar la seguridad ciudadana.

Si la seguridad ciudadana es un concepto que sirve para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el núcleo de dicha noción está en la interpretación que sobre los derechos fundamentales hace la C.E.

El estado español, según el artículo 1.1 C.E., se funda sobre los valores de Libertad e Igualdad, que deben entenderse en concordancia con el artículo 10.1 C.E., fundamentados en la dignidad de la persona. Esto es importante porque significa que la persona y sus derechos fundamentales son el fin del Estado, y no a la inversa. Además expresa que los derechos fundamentales deben ser entendidos en su máxima expresión, bajo la vigencia del principio *in dubio pro libertate*: limitaciones a su ejercicio sólo son admisibles en la medida que sean estrictamente indispensables. Pero este sistema de valores no constituye simples objetivos generales de una nación, sino que representa un compromiso de realización material por parte de los poderes públicos (artículo 9.2 C.E.), con lo cual la interpretación de los derechos fundamentales adquiere su dimensión más amplia de *favor libertatis* (Vid. S.T.C. de 15 de Junio de 1981).

Dentro de este contexto constitucional, las limitaciones a los derechos fundamentales sólo tienen

cabida legal **excepcionalmente**, solamente cuando estén justificadas por un interés social de mayor valor, siendo necesario además que sea proporcional, esto es, que haya un equilibrio entre limitaciones y **garantías** (llámense controles legales y judiciales)³⁷.

Por consiguiente, una interpretación de la seguridad ciudadana a la luz de la C.E., determinará que las facultades de los poderes públicos para su salvaguarda, se inscriban dentro de las limitaciones de los derechos fundamentales en cuanto y en tanto sea absolutamente indispensable y que el interés social que se pretende proteger sea mayor que la limitación; considerando siempre los contrapesos de las garantías, como signo de su proporcionalidad. Los ámbitos discrecionales deben ceñirse al principio de legalidad, **con facultades ciertas y determinadas**. Ello porque en un Estado de Derecho, las restricciones de derechos fundamentales deben darse dentro de los controles legales y judiciales, para que ese Estado no pierda su carácter democrático.

6. SEGURIDAD CIUDADANA Y SISTEMA PENAL.

En este epígrafe final se pretende primero, desvelar la conexión que hay entre la noción de seguridad ciudadana que se plasma en la L.S.C., y el sistema penal; y segundo, establecer cuáles son los retos que una concepción de seguridad ciudadana democrática plantea al sistema penal.

La visión de la seguridad ciudadana que se observa en la 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 criminal**³⁸, puesto que la criminalidad es un fenómeno complejo en el que quedan convocadas todas las relaciones sociales.

El delito o la delincuencia es solo 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.)³⁹. De ello se desprende su carácter de *ultima ratio*. Entonces, el delito viene a ser

³⁷ Cfr. SS.TT.CC. citadas en nota 16

³⁸ Cfr. sobre el carácter social de la responsabilidad penal: L. Ferrajoli y D. Zolo, 1980, "Marxismo y cuestión criminal". En: Democracia autoritaria y capitalismo maduro. El Viejo Topo, Barcelona, Eds. 2201, p.108; J. Bustos. Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Ariel, 1989, 3ª ed., pp.323 y ss.

³⁹ Vid. por todos F. Muñoz Conde. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez, 1985. pp.37 y 38.

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, debido a su carácter secundario⁴⁰.

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 sociales⁴¹. Pero además, una concepción de la seguridad ciudadana como la que propugna la L.S.C., propicia la **utilización simbólica del Derecho Penal**. En efecto, se trata de responder al miedo de la población al crimen con soluciones incompletas, como son la promulgación de leyes penales con penas severas, nuevas formas de incriminación, limitaciones a los beneficios penitenciarios, restricciones a la utilización de alternativas a la prisión, etc.⁴². Es evidente que esto responde a un problema político: la necesidad de los poderes públicos de responder a las demandas de los ciudadanos de mayor seguridad, lo cual dicho sea de paso es uno de los temas que consigue mayores dividendos electorales. Pero también es indudable que los técnicos del Poder Ejecutivo deben saber que este tipo de legislaciones simbólicas son sólo pseudo-soluciones, es decir, no constituyen una verdadera protección de bienes jurídicos, ni desarrollan efectos preventivos intimidatorios eficaces. Por el contrario, la utilización simbólica del Derecho Penal, si bien en un primer momento puede cumplir funciones de integración social calmando el desasosiego que produce el miedo y reforzando en la ciudadanía la conciencia acerca de la importancia del bien jurídico protegido, a mediano o largo plazo tiene efectos nocivos sobre la credibilidad de todo el ordenamiento jurídico, por haber sido inaplicable e ineficaz⁴³.

De otro lado, este tipo de legislaciones que aumentan la severidad de las penas y pretenden desarrollar funciones de prevención general intimidante, restringiendo garantías, caen en dos errores de fondo. En primer lugar, el desacierto tantas veces denunciado de desequilibrar la armonía indispensable en todo Estado de Derecho entre restricción de derechos fundamentales y garantías, que puede ir socavando las bases de ese Estado, al deslegitimarse su política criminal. En segundo lugar, dicha actitud prevencionista que lleva a excesos penales, desconoce las investigaciones empíricas que demuestran que la gravedad de las penas no es un determinante decisivo de eficacia preventiva, sino más bien, hay otros factores más importantes que tienen efectos intimidantes, como la seria posibilidad de ser detenido, procesado o encarcelado⁴⁴.

Está claro, entonces, que una política penal severa y expansionista no es una verdadera solución a la problemática del aumento de la delincuencia y, por tanto, de la inseguridad ciudadana. Hay que incidir en los mecanismos de control informales: familia, escuela, trabajo; y en la eficacia de los controladores sociales formales, especialmente jueces y policías.

Pero si el expansionismo penal conlleva cuestionamientos en cuanto a su legitimación (restricciones de garantías) y a su eficacia, más controvertidos resultarán los recursos a soluciones por fuera del Derecho Penal, como la utilización de medios de control administrativos (como la L.S.C.), medidas terapéuticas o medidas privadas. No es posible extendernos más sobre estos temas por los límites propios del trabajo, porque cada tipo de medida requiere un análisis especial, pero sí quiero llamar la atención sobre el hecho de que ciertas formas alternativas de control social no solo tienen el agravante de carecer de la formalización y de los principios garantistas del Derecho Penal, sino que

⁴⁰ "La norma penal solo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras" (F. Muñoz Conde. Ob. cit., p. 38).

⁴¹ Esta idea es tratada de distintas maneras por los penalistas: como el carácter social de la responsabilidad penal, Vid. nota 40; "El orden jurídico y el Estado no son..., más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social" (F. Muñoz Conde, Derecho Penal..., ob. cit., p.24). En un Reportaje del diario El País sobre seguridad ciudadana (2 de octubre de 1988), se destaca que la seguridad 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 desatadas, 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".

⁴² Esto ha sido particularmente evidente en algunos países como en las reformas penales de Canadá de 1976-77 y Francia de 1980-81 en que, bajo las campañas de "orden y seguridad" en la primera y "seguridad y libertad" en la segunda, se respaldaron importantes reformas penales con penas severas y restricciones de garantías penales y procesales. Vid. A. Normandeau. Ob. cit., passim.

⁴³ Cfr. J. M. Silva Sánchez, Ob.cit., pp. 304-307.

⁴⁴ Cfr. J.M. Silva Sánchez. Ob. cit, p. 281. y J.M. Rico y L.Salas. Ob. cit., p. 184.

además, pueden ser más omnipresentes, penetrantes y selectivos⁴⁵.

Entonces, los verdaderos problemas de la seguridad ciudadana (disminuir o controlar la criminalidad) no se resuelven otorgando amplios espacios de inmunidad policial (administrativización del control), ni restringiendo las garantías penales y procesales, ni aumentando las penas y las incriminaciones, sino trabajando en una mayor **eficacia de todos los ámbitos del sistema penal: legal, policial y judicial**. Porque la problemática de la inseguridad ciudadana en un Estado de Derecho conecta directamente con el fracaso o el éxito de su política criminal en tanto parte de la política social.

Sólo trabajando dentro de la eficacia del sistema penal sin renunciar a las garantías, es posible concebir una noción de seguridad ciudadana democrática, más acorde con el preciado equilibrio entre libertad (función garantista) y seguridad (función represiva) que debe existir en todo Estado de Derecho. De lo contrario, sacrificando las garantías en aras de una pretendida eficacia (que no es verdaderamente tal, como vimos) en la salvaguarda de la seguridad de las personas se presenta el riesgo de ir socavando los pilares sobre los 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.⁴⁶

Si en un Estado democrático la problemática de 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; hay que analizar cuáles son los cuestionamientos más importantes que se hacen al sistema penal. Las críticas se pueden sintetizar en los siguientes argumentos⁴⁷:

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

2) Que, por el contrario, el sistema penal produce mayor violencia y criminaliza. Esto es, que el sistema penal no sólo 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 el sistema penal expropia el conflicto a la víctima, sustrayéndola del proceso penal, por lo que sus intereses no se ven reflejados en dicha forma de solucionar los conflictos.

4) Que a la ciudadanía no se le ha dado razones suficientes para creer en la justicia penal. Se le reprocha principalmente: lentitud, carácter abstracto y vetusto, desigualdad e inconsecuencia (a veces demasiada severidad y otras excesiva indulgencia), elevados costos económicos y el producir sufrimientos (al procesado, a la víctima y a sus familiares).

5) Que los códigos y leyes penales suelen ser alejados de la realidad.

6) Que las penas clásicas (prisión y multa) no han probado sus efectos preventivo generales y especiales, conforme se esperaba.

En realidad las **críticas al sistema penal** se centran fundamentalmente en tres aspectos: su **ineficacia, falta de credibilidad y agravación del conflicto**. Buenos índices para diagnosticar la credibilidad de la ciudadanía hacia el sistema penal suelen ser: las intromisiones del poder político en el sistema judi-

⁴⁵ Cfr. J.M. Juan Bustos Ramírez. Control social y sistema penal. Barcelona, P.P.U., 1987, p. 202: "...convertir hoy toda pena criminal en un problema administrativo llevaría seguramente a un aumento de la arbitrariedad y una absolutización de control por parte del Estado; al dejar hoy todo el problema de la pena entregando a las organizaciones sociales específicas, gremiales, aumentaría el control en términos invisibles para los sujetos...". Cfr. sobre estos últimos aspectos: Stanley Cohen. Visiones de Control Social. Barcelona, P.P.U., 1988, passim.

⁴⁶ Está comprobado que en estos 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 de las 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. p. Cruz Villalón. Estados excepcionales y suspensión de garantías. Madrid, Tecnós, 1984, pp.19-23.

⁴⁷ He tomado fundamentalmente las críticas que hace el abolicionismo al sistema penal, por considerar que precisamente éste es uno de los aportes más serios de este movimiento (Vid. por todos: Louk Hulsman y J. Bernat de Celis. Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa. Barcelona, Ariel, 1984, passim). Como sostiene Ferrajoli, este es uno de los méritos del abolicionismo, la deslegitimación de los ordenamientos existentes (del mismo autor, "El Derecho Penal Mínimo. En: Poder y Control No. 0, 1986, p. 36). También he juzgado conveniente tomar los cuestionamientos más importantes al sistema penal que rescatan las investigaciones criminológicas recientes; Cfr. J.M. Rico y L. Salas. Ob.cit., pp. 50-51.

cial, 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 judicial⁴⁸; la proliferación de la policía privada, que puede constituir un síntoma de la policía pública⁴⁹, entre otros.

Considero que más que replicar tales cuestionamientos, que sin duda bastante llevan de razón, es preciso establecer cuáles son los desafíos que ellos plantean al sistema penal. Hay que resaltar que las críticas que van en el sentido de falta de credibilidad y de agravación del conflicto, están indirectamente ligadas a la demanda de mayor eficacia del sistema penal, por lo que verdaderamente se trata de cuestionamientos concomitantes que tienen como base la aptitud del sistema penal para resolver los conflictos de conductas que más gravemente se confrontan con el sistema social. Esto significa entrar en el tema de los fines y de la legitimación del Derecho Penal.

En efecto, hablar de la eficacia del sistema penal significa, en términos reales, considerar si el Derecho Penal es el medio legítimo para solucionar los conflictos más graves de la sociedad, cuyo núcleo en la sociedad contemporánea es la **criminalidad violenta**⁵⁰, que precisamente es la que produce el miedo difuso al crimen.

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

Para que un medio como la pena, que es un mal (privación de derechos fundamentales), resulte legitimado para resolver estos conflictos, tendrá que probarse que esa privación de derechos fundamentales es un mal necesario (función represiva), porque permite desarrollar la autonomía de los ciudadanos en el despliegue de sus derechos fundamentales o seguridad ciudadana (función

garantista). Esto es, que sean más importantes (cuantitativa y cualitativamente) los espacios de libertades que otorga (seguridad ciudadana), que los que restringe (penas y delitos). Para ello, habría que someter el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, como un mal que es, a los principios que regulan el estado de necesidad: 1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios, y 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva⁵¹. Vamos a analizar cada uno de estos puntos.

1) Que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa. En este sentido el Derecho Penal se legitimaría por su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia que se genera en la sociedad. Esto se traduciría en la idoneidad del Derecho Penal para reducir los delitos y reducir las soluciones violentas a los delitos (venganzas privadas). Para ello el Derecho Penal tendría que procurar eliminar la violencia informal o extrapenal y la suya propia (aumentando los principios garantísticos). Esto último significa hacer entrar dentro de la teoría del delito los principios humanistas y garantistas que tienen como base la dignidad humana, en tanto fundamento del Estado democrático de Derecho Penal, esta exigencia se traduce en hacer efectiva la máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual⁵², llegando de esta manera al preciado equilibrio entre seguridad y libertad, prevención y garantías.

Así, el Derecho Penal, en tanto sistema de control formalizado, monopolizado por el Estado, se presenta como el instrumento más apto para eliminar las soluciones excesivamente violentas que podrían terminar-en sus últimos extremos-en una guerra de todos contra todos y, por tanto, en la desaparición de la sociedad. Recuérdese en este punto, las experiencias de "patrullas ciudadanas" que por los años ochenta conmovieron algunos barrios de Valencia,

⁴⁸ Cfr. R. Cantarero. Ob. cit., 1990, p.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.

⁴⁹ Cfr. J.M. Rico y L. Salas. Ob. cit., p.40. Un estudio crítico sobre la policía privada puede verse en E. Larrauri, "Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada". En: Estudios penales y criminológicos. No. XIV, 1991, Univ. de Santiago de Compostela, passim.

⁵⁰ Esto quiere decir que eludimos tratar las soluciones abolicionistas, porque precisamente "su capacidad real de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del Derecho Penal" (J. M. Silva Sánchez. Ob. cit., p.21). Es evidente que los pequeños hurtos podrían resolverse con transacciones privadas, pero éstos no constituyen el problema central del Derecho Penal.

⁵¹ Cfr. J. M. Silva Sánchez. Ob. cit., pp. 182-183.

⁵² Cfr. F. Muñoz Conde. Ob.cit., p. 123 y L. Ferrajoli. Ob. cit., pp. 35 y 55.

los intentos de castración y linchamientos que en ocasiones se producen ante determinados delitos atroces (especialmente agresiones sexuales y asesinato contra mujeres y niños), etc.; todos ellos constituyen una prueba de que el Derecho Penal sirve de límite a las respuestas irracionales de algunos sectores de la ciudadanía⁵³.

2) Que la pena sea eficaz para evitar esos perjuicios. Uno de los cuestionamientos más importantes hechos al sistema penal, es que las penas (fundamentalmente las clásicas prisión y multa) no han servido para intimidar de manera general (evitar la comisión de delitos), ni de manera especial (evitar la reincidencia).

Respecto a las exigencias de prevención general de la pena, está claro que para aquellos sectores sociales socializados que cometen delitos por motivos extraordinarios (delincuentes pasionales, emocionales, etc.), así como para aquellos desviados que se encuentran confrontados con el sistema social (delincuentes por convicción), la pena no sirve. En el caso de los primeros por ser innecesaria, ya que han sido circunstancias excepcionales las que lo han llevado a delinquir; y, en el caso de los segundos por ser ineficaz, porque la pena no les intimida. Pero existe un amplio sector social (potenciales delincuentes ocasionales) 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 empíricas demuestran que, en estos casos, la posibilidad de ser perseguido penalmente (detenido, procesado, condenado, etc.), amedrenta a los individuos para cometer un delito. Según estos estudios, la posibilidad que ofrece resultados más satisfactorios es la de ser arrestado por la policía⁵⁴. Esto corresponde con el hecho constatado de que en momentos de huelga de policías o convulsión social, aumentan los delitos (saqueos, pillajes, vandalismos, etc); mientras que en situaciones de gran despliegue de seguridad, se reducen las tasas de delincuencia⁵⁵. Entonces la afirmación de

Beccaria de que en la certeza y prontitud de la imposición de la pena radican sus fines preventivo generales, tiene absoluta vigencia. Esto inclina el peso de la responsabilidad sobre la operatividad de los órganos policiales y judiciales.

La presunta ineficacia del sistema penal en cuanto a sus efectos preventivo generales se centra, entonces, en los desviados no socializados para los cuales la pena no intimida y, por tanto, resulta ineficaz. Para éstos hay que decir que es necesario incidir en otros medios de control social más idóneos que la pena porque, como se ha dicho antes, el delito viene a demostrar el fracaso de los medios de control no formalizados. Nótese que se trata de sujetos no socializados, a los cuales la amenaza penal no puede motivarles, por lo que en estos casos es evidente que la norma penal no puede cumplir ninguna función de prevención general. Además, es preciso reconocer que toda Sociedad produce sus desviados y, en muchos casos, todos los medios de disciplinamiento social resultan inútiles; para ellos hasta ahora no se ha descubierto otro recurso que las penas o medidas de seguridad, cuando cometan delitos.

En cuanto a las exigencias de prevención especial que debe cumplir la pena, es evidente que la cárcel, tal y como ha funcionado hasta ahora, no ha cumplido con los fines de resocialización que se le demandan. Nuevamente, no cabe responder a tales objeciones, porque en los últimos años se ha hecho patente la⁵⁶ **crisis de la resocialización**, sino que debemos plantear cuáles son los retos que tal demanda impone. Las investigaciones empíricas demuestran que la imposición de la pena produce un efecto doble y ambiguo en el que la sufre: por un lado, aumenta en el delincuente condenado la percepción de que se trata de un mal; pero, por otro lado, le puede hacer menos sensible a sus efectos. Además, los estudios clínicos indican que a mayor punición suele haber mayores índices de reincidencia⁵⁷. Esto significa que las penas excesivamente largas suelen producir efectos perturbadores para

⁵³ 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 violadores, esto es, la eliminación de todo beneficio penitenciario. Esta es una prueba de que las demandas de la ciudadanía van en el sentido de aumentar la represión.

⁵⁴ Cfr. J. M. Rico y L. Salas. Ob. cit., p. 184. Ciertas investigaciones recientes demuestran además que la primera detención de un individuo produce un freno en su actividad criminal, siendo el freno menor en el segundo arresto y en las ocasiones subsiguientes; pero en estos casos ya estamos ante supuestos de prevención especial.

⁵⁵ Por ejemplo, en la Cumbre Árabe-Israelí celebrada en Madrid en octubre de 1991, el despliegue policial promovido hizo reducir la tasa de delincuencia en esos días (El País, 3 de noviembre de 1991).

⁵⁶ Hay abundante literatura al respecto. Vid. fundamentalmente, F. Muñoz Conde, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito". En: *Doctrina Penal*, 1979; y Roberto Bergalli, "¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?" Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología, 1976.

⁵⁷ Cfr. J.M. Rico y L. Salas. Ob. cit., pp. 185-186.

la reinserción, al producir en el condenado una mayor insensibilidad sobre el cumplimiento de la pena. También se puede colegir de las investigaciones hechas, que el límite de la pena a los efectos preventivos especiales, debe ser el imponer un sufrimiento excesivo que produzca insensibilidad o resentimiento en el condenado. Esto se puede lograr trabajando en humanizar la cárcel, rigiendo todo el sistema de cumplimiento de penas (régimen penitenciario) por los principios y garantías del Estado de Derecho (legalidad, dignidad humana, etc.)⁵⁸. Es verdad que en todo ello ya se está trabajando al menos en el orden de las ideas, desde hace años, así como en plantear alternativas a la prisión, etc. Ahora es preciso pasar del plano teórico al plano de la realidad.

En todo caso, hay que reconocer que mientras no se haya ideado una respuesta alternativa a la pena que goce de aceptación social, seguirá habiendo pena, y ésta tendrá que cumplir objetivos preventivo generales y especiales.

3) Que sea necesaria en tanto sea la medida que produce menos dañosidad social. Este punto conecta con el primero. Solamente cuando sea necesaria (útil), la intervención penal se legitimará en tanto y en cuanto (proporcionalidad) sea el medio más idóneo para asegurar la seguridad con la menor restricción de derechos fundamentables posible⁵⁹. De esta idea derivan varios principios fundamentales: el de necesidad, proporcionalidad, ultima ratio, humanidad, etc., que deben regir toda la teoría del delito.

En estos objetivos se vinculan el minimalismo de Ferrajoli y el garantismo de Baratta⁶⁰. Sólo son legítimas las penas e imputaciones necesarias, por lo que la legitimidad del sistema penal se fundamenta en la reducción de los mecanismos punitivos del Estado al "mínimo necesario". Es el mínimo necesario para producir la doble prevención: prevención de los delitos y de las penas privadas, arbitrarias o desproporcionadas.

En la tensión marcada del sistema penal, entre seguridad y libertad, prevención y garantías, el punto de equilibrio estará regido por el mínimo necesario de la intervención penal que se considera en cada momento histórico⁶¹. Así, será importante tener en cuenta la realidad criminal objetiva, no las demandas de seguridad ciudadana (inseguridad ciudadana subjetiva), para determinar cuál es el mínimo necesario para cada sociedad.

Pienso que así quedan esbozados los desafíos que las demandas de eficacia (ese miedo difuso que es la inseguridad ciudadana) plantea al sistema penal, dentro de un Estado Democrático. El asunto de la credibilidad del sistema penal está estrechamente vinculado a la eficacia: 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 con sus garantías.

Finalmente, el cuestionamiento de que el sistema penal produce mayor violencia es indemostrable, porque no es posible demostrar todas las violencias (delitos y penas privadas) que evita. La eficacia intimidatoria no se mide por la erradicación del delito, sino por la contribución a su contención⁶². Es verdad que las soluciones del sistema penal son violentas y que los hechos que lo presuponen también lo son, pero las alternativas de disciplinamiento social, la administración asistencial, la administrativización del control, etc., pueden tender - como decíamos- a salidas de un control más difuso, pero a la vez, más penetrante⁶³.

Como colofón hay que decir que, respecto a la demanda de eficacia del sistema penal, es necesario replantear una serie de factores dentro de sus distintos ámbitos. En el ámbito doctrinal, es preciso una reubicación del delincuente y de la víctima en la legislación penal de acuerdo a lo que socialmente le

⁵⁸ En este sentido va la Ley General Penitenciaria de 1979, que por lo menos en el orden del "deber-ser" constituye todo un reto.

⁵⁹ Es "la síntesis de la lógica de la prevención: la lógica utilitarista de la menor intervención y la lógica de las garantías individuales", J. M. Silva Sánchez. Ob. cit., Cap. IV.5

⁶⁰ Cfr. L. Ferrajoli. Ob. cit., passim; A. Baratta. "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal". En: Nuevo Foro Penal. No. 34, 1986.

⁶¹ Cfr. J.M. Silva Sánchez. Ob. cit., p. 39.

⁶² Cfr. J.M. Silva Sánchez. Ob. cit., p.217.

⁶³ Vid. nota 42.

corresponde⁶⁴, una revisión de los límites de la responsabilidad de los sujetos⁶⁵, una adecuación de todos los conceptos de la teoría del delito y de las incriminaciones de la Parte General a su declarado principio de ultima *ratio*.

En el ámbito legal, es importante modernizar toda la legislación penal conforme a los principios constitucionales, haciendo ingresar las garantías constitucionales en la ley penal. Por lo que se mantiene la exigencia de un moderno código 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 posibles 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 sistema penal, que no invalidan su justificación con instrumento de control social, 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 Estado⁶⁶.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES

Luego de esta exposición sobre las vinculaciones entre seguridad ciudadana y sistema penal, considero que debe resaltarse:

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 por la opinión pública el endurecimiento efectivo de las penas, el Derecho Penal se presentaría como una forma de limitar el castigo (aspecto garantista).

2) Que la postura de seguridad ciudadana que favorecen leyes como la L.S.C., 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 pone énfasis en que las garantías del sistema penal deben ser trasladadas a las instancias de control extra-penales, 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, del ideal de Estado democrático de Derecho.

4) Que una política penal severa y expansionista no es una verdadera solución a la problemática del aumento de la delincuencia y, por tanto, de la inseguridad ciudadana. Hay que incidir en los mecanismos de control informales: familia, escuela, trabajo, y en la eficacia de los controladores sociales formales, especialmente jueces y policías.

5) Que ante la tensión dialéctica entre prevención y garantías, o eficacia y derechos fundamentales, en que a veces parecen ubicar al sistema penal las demandas de seguridad ciudadana, el Estado no debe dudar en privilegiar las garantías si dicho Estado pretende llamarse democrático.

Hoy más que nunca, hay que recordar que, el miedo difuso que es la inseguridad ciudadana, no es más que la expresión externa de los viejos temores que el hombre siempre ha llevado dentro y, como tales, son difícilmente racionalizables, siendo más bien fácilmente manipulables. Como dice la sabiduría popular: "el miedo suele ser un mal consejero...".

⁶⁴ Cfr. R. Cantarero. Ob.cit., p.535. Las modernas consideraciones de la víctima en el delito, si bien pueden llevar por un lado a limitar el injusto penal, también puede dar lugar a exigencias de reforzamiento de la norma jurídico-penal y a la necesidad efectiva de aplicación de tales normas. Cfr. Winfried Hassemer, "Consideraciones sobre la víctima del delito", Cuadernos de Política Criminal, No. 43, 1990, pp. 254-255. Además, hay que reconocer que entre víctima y autor existe una tensión que es propia del sistema penal: "Todo ciudadano está interesado, en tanto que la víctima potencial, en un máximo de prevención, y en tanto que autor potencial, en un máximo de garantías o mínimo de intervención" (J. M. Silva. Ob.cit. p.186.)

⁶⁵ Hoy los propios penalistas reconocen la crisis de la culpabilidad, por lo que se está en busca de nuevos derroteros. Vid. por todos J. Bustos. Ob.cit., pp.323 y ss.

⁶⁶ Cfr. L. Ferrajoli. Ob.cit., p.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" (del mismo autor, Ob. cit., p. 152).