

Trabajo Final para optar por el grado de maestría:

“El procedimiento expedito de Flagrancia en Costa Rica. Análisis de la construcción del discurso.

Warren Jugo Madrigal.

Abril, 2015

San José, Costa Rica

Dedicatoria

A mi abuelo Román

Agradecimientos

*A Laura, mi apoyo más firme.
A mi madre y mi hermano Diego, por quienes todo inició.*

Índice General

• Dedicatoria y Agradecimientos	I
• Resumen Ejecutivo	III
• Introducción	V
• Marco Teórico	VI
• Objetivos	VIII
• Hipótesis	VIII
• Estructura	IX
• Metodología	X
• Capítulo 1:	
Historia y orígenes del Procedimiento de Flagrancia en Costa Rica	1
• 1.1 Introducción	1
• 1.2 Orígenes de la Flagrancia	2
• 1.2.1 Concepto y antecedentes	2
• 1.3 Implementación de la Flagrancia en Costa Rica	7
• 1.3.1 Construcción legislativa	7
• Capítulo 2	
La Ley 8207, construcción de un discurso dominante	15
• 2.1 Introducción	15
• 2.2. Plan piloto para el juzgamiento de delitos en Flagrancia	16
• 2.3 La implementación del Procedimiento Expedito de Flagrancia.	
Análisis del proyecto de ley	21
• 2.4 Discusión legislativa.	29
• 2.4.1 Planteamiento en comisión.	29
• 2.4.2 Discusión plenaria.	40
• Capítulo 3	
Repercusiones de la ley 8207.	52
• 3.1 Introducción	52
• 3.2 El paradigma de producción en masa.	
Derecho penal actuarial. Un guiño al neoliberalismo.	54
• 3.3 El populismo punitivo en la flagrancia.	
Cómo los castigados piden un castigo más rápido.	67
• Capítulo 4	
Tesis perdedoras, aplastadas o ignoradas. A manera de epílogo	71
• 4.1 Introducción	71
• 4.2 Hacia un entendimiento de los derrotados.	
Parámetros de aceptación de un concepto	75
• Conclusiones	85
• Bibliografía	90

Resumen Ejecutivo:

Las corrientes modernas de punitivismo, “derecho penal de emergencia”, “derecho penal del enemigo” y “cero tolerancia”, están creando desarrollos legales represivos alrededor del mundo y específicamente en el mundo occidental. Estos desarrollos legales propugnan una justicia penal más rápida, eficiente y contundente para paliar los problemas de una delincuencia que se reputa creciente y cada vez más peligrosa. Sobre el tema existen numerosos análisis en sentido jurídico, sociológico e incluso filosófico que dan fe de esta expansión de las normas penales y de los ámbitos de castigo. Esta expansión no sólo se refiere a la creación de normas penales y al endurecimiento de las penas, sino también al establecimiento de procesos más rápidos y contundentes para el juzgamiento del delito. Precisamente dentro de esta dinámica es que se inserta el Procedimiento Expedito de Flagrancia en Costa Rica.

En ese sentido y al haber amplios estudios de carácter jurídico y sociológico acerca del tema, se procura en este trabajo hacer un estudio del discurso que fundamenta su implementación para determinar cuáles son los conceptos relevantes en su construcción y determinar de qué forma se insertan para darle un sentido. Así las cosas se parte de una serie de antecedentes que comienzan a configurar el tema de la flagrancia, entre ellos su concepto y sus ligámenes con los tópicos de delitos contra la propiedad y severidad en la sanción, estudio realizado de manera genealógica.

Los objetivos del trabajo consisten en explicitar esos orígenes del discurso de la flagrancia; señalar, desde el análisis de su discusión legislativa como estos se integran con otros más modernos, identificando contradicciones en su exposición lógica; determinar, mediante el contraste entre sus propios elementos el origen y la configuración de los resultados de la aprobación del proyecto y por último dar testimonio de tesis derrotadas dentro de la discusión y aprobación de la ley. Así las cosas, no se puede decir que este sea un trabajo cuantitativo ya que no le interesa tanto explicitar los resultados reales de la aplicación de la ley, sino poner en evidencia elementos de la construcción del discurso para determinar de dónde proceden ideológicamente y cuál es su coherencia interna.

Producto de esta “desestructuración” del discurso, la metodología que se va a seguir tiene que ver con técnicas de análisis del lenguaje y de ubicación histórica de sus elementos. Como ese discurso se va construyendo paulatinamente producto de los cambios de condiciones materiales, interesa sobremanera establecer su origen histórico, analizando de dónde vienen, tanto ideológica como políticamente no solo lo que incluye, sino también lo que excluye. De esta manera se construye la investigación en por lo menos tres paradigmas, el materialismo histórico, de manera tal que el análisis contendrá

necesariamente las categorías de “historia” y “memoria”, según las entiende Walter Benjamin; también en el estudio genealógico de los conceptos, basado en Nietzsche, para determinar su origen material y el análisis lingüístico, proveniente principalmente de Wittgenstein y su teoría de los “juegos del lenguaje”, para determinar la coherencia lógica de lo expuesto.

Bajo estos parámetros se determinó que el discurso de la flagrantia es atávico, con elementos que no se explicitan y no coinciden necesariamente entre sí; que se nutre básicamente de política; que ahora se ha visto ligado a temas como el de la reincidencia y el “crimen organizado”; que está relacionado en su exposición moderna con el paradigma de Estado neoliberal. Por último, la determinación de origen del discurso señala, aunque no explícitamente, que el procedimiento está dirigido a una circunstancia que no es agravante o atenuante propia del delito, sino a una forma de detención que abarca a personas que no están lo suficientemente preparadas para delinquir y por ende lo hacen torpemente.

Introducción

Ante las voces que claman desde casi todos los sectores sociales, pero especialmente del sector político y de la sociedad civil, por una solución rápida, económica y fuerte al problema de la criminalidad y la delincuencia, surgen siempre propuestas que inician regularmente desde sectores académicos y son rápidamente tamizadas por la política, de modo que en este actuar conjunto se elaboran más que todo leyes y después políticas públicas para combatir este problema.

Estas voces recalcan la urgencia, la inmediatez y la eficiencia como elementos primordiales en la solución del problema señalado y calan hondo en el imaginario colectivo y pronto también en los proyectos políticos. No falta en las propuestas de campaña de todos los candidatos a la Presidencia una declaración de principios y un programa para la “lucha contra la delincuencia”. Si además tenemos en cuenta que esta delincuencia normalmente se identifica con delitos contra la propiedad, delitos contra la vida y delitos sexuales y que además los pedidos no son por una solución de fondo, sino por el endurecimiento de las penas, el incremento de las condenas y la celeridad del proceso, tenemos que dichas propuestas (políticas) no pasan de atender superficialmente los temas de fondo que producen el supuesto problema. Es así como abundan las leyes sustanciales que incrementan las penas a los delitos asociados con el problema, de las cuales tenemos por ejemplo las constantes reformas que han endurecido, en Costa Rica, las penas por narcotráfico y delitos relacionados con las drogas o los constantes endurecimientos en las penas por delitos sexuales y también a nivel procesal, con algunas reformas establecidas por la Ley de Protección a Víctimas y Testigos y por la Ley de Crimen Organizado, tendientes a flexibilizar las garantías de las personas imputadas y aumentar el número de causales de prisión preventiva.

Es dentro de este marco que se ubica el trabajo proyectado, el cual se dedicará a analizar, de manera breve y concisa una de las normativas más recientes e importantes en este sentido, la Ley 8720 del 04 de marzo del 2009, donde se modifica el Código Procesal Penal y se introduce normativamente el procedimiento especial de Flagrancia. El propósito de este estudio es señalar el

origen de dicho procedimiento, tener en cuenta su discusión legislativa y en la medida de lo posible periodística, señalar particularidades del lenguaje en el que fue elaborada y denotar divergencias o proyectos disidentes, esto con el fin de determinar si hay algún tipo de populismo punitivo en ella y si obedece a objetivos políticos serios y bien planificados o se ha tratado de una “profecía autocumplida” en el sentido de que desde un principio estaba destinada a criminalizar a sectores específicos de la población y delitos determinados y no era un proyecto general.

Marco Teórico

El presente estudio se basará en cinco conceptos básicos que se enlazan para estructurar el trabajo: flagrancia, discurso, historia, memoria y genealogía.

Para el concepto de flagrancia se utilizará un concepto convencional, que es el establecido por el artículo 236 del Código Procesal Penal, que señala: *“Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito”*¹. En sentido estricto, entonces, se trata de una forma de detención.

Con respecto a la definición de discurso, se utilizará la que vierte Foucault en su libro “La Arqueología del Saber”: *“En cuanto al término discurso, del que se ha usado y abusado aquí en sentidos muy diferentes, se puede comprender ahora la razón de su equívoco: de la manera más general y más indecisa designaba un conjunto de actuaciones verbales; y por discurso. se entendía entonces lo que había sido producido (eventualmente, todo lo que había sido producido) en cuanto a conjuntos de signos. Pero se entendía también un conjunto de actos de formulación, una serie de frases o de proposiciones. En fin - y es este sentido el que al fin prevaleció (con el primero que le sirve de horizonte) - , el discurso está constituido por un conjunto de secuencias de signos, en tanto que éstas son enunciados, es decir en tanto que se les puede*

1 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2014). *Código Procesal Penal*. San José, Investigaciones Jurídicas. pp.

asignar modalidades particulares de existencia.”² Marcando el carácter simbólico de éste.

En cuanto a historia y memoria se utilizará lo dicho por Walter Benjamin: *“Hay un cuadro de Klee que se llama Angelus Novus. En él se representa a un ángel que parece como si estuviese a punto de alejarse de algo que le tiene pasmado. Sus ojos están desmesuradamente abiertos, la boca abierta y extendidas las alas. Y este deberá ser el aspecto del ángel de la historia. Ha vuelto el rostro hacia el pasado. Donde a nosotros se nos manifiesta una cadena de datos, él ve una catástrofe única que amontona incansablemente ruina sobre ruina, arrojándolas a sus pies. Bien quisiera él detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado. Pero desde el paraíso sopla un huracán que se ha enredado en sus alas y que es tan fuerte que el ángel ya no puede cerrarlas. Este huracán le empuja irrefrenablemente hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras que los montones de ruinas crecen ante él hasta el cielo. Ese huracán es lo que nosotros llamamos progreso.”*³

Con respecto a genealogía, se utilizará el concepto de Nietzsche: *“Una exigencia nueva elevará la voz. Enunciémosla: necesitamos una crítica de los valores morales, hay que poner alguna vez en entredicho el valor mismo de esos valores”*⁴; que conecta metodológicamente con el concepto de filosofar a martillazos. En ese sentido, se trata de cuestionar todo ese corpus, ese aparato infernal construido a través del discurso.

2 Foucault, Michel. *La arqueología del saber*. Ciudad de México, Ediciones Siglo XXI. pp. 181.

3 Benjamin, Walter. *Tesis de filosofía de la historia*. En: http://www.uv.es/fjherman/docencia/curs2011_2012/unimajors2011/benjamin_historia.pdf. pp. 5.

4 Nietzsche, Friedrich. *Genealogía de la moral*. XXXX.

Objetivos

- **General**

El Trabajo estudiará de manera genealógica el procedimiento expedito de flagrancia desde el punto de vista de las categorías de historia y memoria.

- **Específicos**

- Determinar los orígenes del procedimiento de flagrancia en Costa Rica desde una perspectiva material histórica.
- Estudiar la Ley 8720 del 04 de marzo del 2009 desde una perspectiva lingüística.
- Determinar el discurso que fundamenta dicha Ley y como ha evolucionado su aplicación desde que inició su vigencia.
- Indagar acerca de propuestas alternativas o “perdedoras” en cuanto a la materia.

Hipótesis

El propósito del trabajo es averiguar, desde una perspectiva analítica y materialista histórica cuál es el origen o la génesis del Procedimiento expedito de Flagrancia para determinar si en realidad es un proyecto político criminal serio o si bien obedece a una suerte de “profecía autocumplida, donde se utilizan formulas vacías y elementos generales para criminalizar un grupo específico de población.

Estructura

CAPITULO UNO

Origen del Procedimiento Expedito de Flagrancia.

Historia

Antecedentes

Conceptos fundacionales

CAPÍTULO DOS

La Ley 8720 del 2009.

Contenido Lingüístico.

Análisis de formulaciones verbales.

CAPÍTULO TRES

Productos discursivos de la implementación del Procedimiento de Flagrancia.

Antecedentes procesales.

Implementación.

CAPITULO CUATRO

Propuestas divergentes o disidentes.

Oposiciones al proyecto.

Diversidad en las interpretaciones.

Metodología

La presente investigación utilizará el método lógico-inductivo, debido a que las investigaciones en Ciencias Sociales es el más recomendable debido a su flexibilidad, ya que la realidad social es flexible. A su vez se utilizarán como técnicas de trabajo el análisis bibliográfico, el estudio histórico-descriptivo y de interpretación jurídica. Asimismo se incorporarán elementos de la metodología del materialismo histórico, dado que se analizará cómo acontecimientos materiales determinados inciden en la realidad social costarricense.

Capítulo 1

Historia y orígenes del Procedimiento de Flagrancia en Costa Rica

1.1. Introducción.

El 4 de marzo del 2009 se aprueba en la República de Costa Rica la Ley número 8720, la cual es conocida como Ley de Protección de Víctimas y Testigos en el Proceso Penal. Dentro de esta Ley y como un anexo se discutió y aprobó también el Procedimiento Expedito de Flagrancia. Esto responde a un esfuerzo supremo y consensuado de sectores políticos, judiciales, periodísticos y en algunos casos académicos de dotar al país de una ley para combatir la delincuencia más común, asociada con delitos flagrantes, la cual básicamente responde a un procedimiento especial, sumario, eficiente y rápido para juzgar personas que han sido capturadas en esas condiciones.

Sin entrar a analizar detalles, el Procedimiento de Flagrancia entra a la corriente legislativa el 31 de marzo del año 2008 con el nombre de “Ley de Fortalecimiento integral de la Seguridad Ciudadana” y desde su misma entrada recibe un trato de urgencia, convirtiéndose en Ley menos de un año después, cosa rara en el ámbito legislativo costarricense. Cabe señalar que este proyecto no contaba en un principio con la parte que trataba acerca del procedimiento de flagrancia, el cual fue agregado sobre la marcha, pero si con disposiciones acerca de prisión preventiva, testimonios especiales en juicio, “fortalecimiento” de policías municipales y normas migratorias para combatir el flagelo de la delincuencia común en Costa Rica.

Precisamente este capítulo tratará de dar respuesta no solo a la coyuntura sociocultural que enfrentaba el país en ese momento y a los intereses

que dieron velocidad al proyecto, sino también a algunos conceptos fundamentales del tema y a los orígenes históricos de la flagrancia más que todo en el derecho occidental. Además se analizará de manera clara los antecedentes del concepto en la ley nacional y la discusión legislativa que terminó en la aprobación del proyecto.

1.2. Orígenes de la Flagrancia.

1.2.1. Concepto y antecedentes.

Antes de iniciar la presente investigación, cabe indicar que ésta pretende ser, en cierta medida, un estudio genealógico del concepto de flagrancia, partiendo de técnicas de análisis como el materialismo histórico relacionadas de manera clara con conceptos como el de historia y memoria, desarrollados por Walter Benjamin y otros autores, así como el de discurso explicado de manera clara por Michel Foucault, . Por supuesto que pretender un análisis exhaustivo del concepto de flagrancia es una tarea muy abarcativa y de difícil abordaja con los parámetros, requisitos y características del presente estudio. Sin embargo, aunque ya otros autores hayan ahondado en los orígenes del concepto de flagrancia, determinarlo no solo es importante para los efectos de claridad y en virtud de los fines de esta investigación, sino también para establecer desde temprano relaciones entre este concepto y otros, para delimitar de una vez, no solo el significado puro y duro del término, sino, para delimitar la materialidad de su desarrollo, la dialéctica que encierra y el discurso en que deviene. De manera que el análisis que se hará del concepto de flagrancia, abarcará, de manera sucinta, los orígenes del mismo para determinar su carga connotativa y denotativa, además de tratar de responder cómo es que ha llegado construido hasta nuestros días.

La Real Academia Española⁵ de la Lengua define el concepto de flagrancia como: “cualidad de flagrante”, lo que lleva a establecer un análisis del significado de este término. Flagrante tiene dos acepciones de interés para este trabajo, la primera tiene que ver con un acto o hecho que se está verificando actualmente y la otra con algo tan evidente que no necesita prueba en contrario. Es claro que desde un inicio el contenido lingüístico del tema tiene dos cargas valorativas claras. La primera de ellas tiene que ver con la actualidad y la urgencia de algo que está pasando en este momento, la segunda con hechos de tal magnitud y calidad que no requieren más prueba, están tan probados que no pueden ser refutados. Esto es característico de la elección de las palabras como artefactos de convencimiento, pero de ello se hablará más adelante en el trabajo. Queda solamente la constancia de que desde el inicio del tema, la elección de palabras no es inocente ni poco calculada, sino que obedece a objetivos ulteriores.

Lo importante desde este momento, es señalar que los significados importantes del término flagrancia no remiten directamente a un concepto jurídico penal exclusivamente, sino que pueden ser utilizados en otros ámbitos. Por ejemplo, constantemente escuchamos a los narradores deportivos señalar que “hubo una falta flagrante”, o vemos en las noticias que el embajador de tal país incurrió en “una flagrante falta de cortesía”. Sobre esto también se ahondará posteriormente en relación, principalmente con la teoría de Wittgenstein de los “juegos del lenguaje”. De todos modos, el concepto se traslada y se construye como uno jurídico y se relaciona directamente como un andamiaje socio-penal. Todo esto, como se verá posteriormente, tiene una carga connotativa y valorativa, pero además, sustancialmente, significa que delito flagrante- o en flagrancia, como se prefiera- es aquel que se ha cometido actualmente y sobre el cual existen tal cantidad de pruebas que no se puede rebatir. Es decir, es un delito cometido en la inmediatez y comprobado casi rotundamente.

5 Real Academia Española de la Lengua. “*Diccionario de la lengua. Edición del Tricentenario*”, en die.rae.es, consultado el 16 de febrero del 2016.

La construcción de este concepto y su relación con el poder punitivo, no es ni mucho menos, novedosa. Desde tiempos remotos en la historia del derecho se conoce la flagrancia. Tomando como referencia el paradigma de conocimiento occidental, la Biblia⁶ es una de los documentos con mayor influencia en la historia del pensamiento. Ya desde los primeros libros, se ve que el concepto de flagrancia se ve ligado a una respuesta severa. Por ejemplo, Éxodo 22:2, establece lo siguiente: “Si el ladrón fuese hallado forzando una casa y fuere herido y muriere, el que lo hirió no será culpado de su muerte”, lo que además de la obvia alusión a la autotutela, que aún sigue calando en el pensamiento jurídico, se nota la severidad al tener el derecho de matar a quien es sorprendido de manera actual y probada, robando. Del mismo modo, en Deuteronomio 24:7 se encuentran disposiciones referentes a la flagrancia.

Como se puede ver, desde muy temprano en la historia existe el concepto de flagrancia asociado con el Derecho Penal y en específico relacionado con los delitos contra la propiedad. Esto es importantísimo en la presente investigación, ya que se ve, genealógicamente que el concepto va evolucionando de la mano con los conceptos de “robo”, “ladrón” e “invasión a la propiedad”. Muchas veces los conceptos morales y jurídicos (muy relacionados entre sí) son ignorados en su origen y su construcción y deben ser formulados desde su nacimiento para determinar su connotación, como lo señala Friedrich Nietzsche: *“Como es ya viejo uso de filósofos, todos ellos piensan de una manera esencialmente a-histórica; de esto no cabe ninguna duda. La chatedad de su genealogía de la moral aparece ya en el mismo comienzo, allí donde se trata de averiguar la procedencia del concepto y el juicio “bueno”. Originariamente “decretan” acciones no egoístas fueron alabadas y llamadas buenas por aquellos a quienes se tributaban, esto es, por aquellos a quienes resultaban útiles, más tarde ese origen de la alabanza se olvidó, y las acciones no egoístas, por el simple motivo de que, de acuerdo con el hábito, habían sido alabadas siempre como buenas,*

6 Se utilizará para este trabajo la versión Reina Valera, del año 1960.

*fueron sentidas también como buenas “como si fueran en sí algo bueno.”*⁷ Para lo que interesa, Nietzsche pone sobre aviso de la tendencia ahistórica de los juicios y sentimientos morales, dentro de los cuales encajan perfectamente los jurídicos, los cuales son aceptados sin discusión por sus aplicadores y promotores como si fueran verdades reveladas, pero en un segundo lugar y relacionado con esto, señala que dichos conceptos están tan sumamente arraigados en la concepción de mundo de quien los aplica que no solo es más conveniente utilizarlos de esa forma, sino que se debe cambiar la perspectiva para poder proceder a un análisis más conveniente, lo cual resulta tan difícil de hacer que pocos lo hacen. Acerca de esto Nietzsche es tajante: *“-Pero no lo comprendéis? ¿No tenéis ojos para ver algo que ha necesitado dos milenios para alcanzar la victoria?... No hay en esto nada extraño: todas las cosas largas son difíciles de ver, difíciles de abarcar con la mirada.”*⁸ En lo referente a este trabajo se deja sentado que precisamente esta combinación implícita entre el concepto de flagrancia y los de robo y delitos contra la propiedad constituye un elemento básico de la construcción de la institución tal y como ha llegado hasta nuestros días.

La relación entre el concepto de flagrancia y los delitos contra la propiedad, cobra aún mayor relevancia en el análisis del concepto en el derecho romano. El autor Hugo Vargas Quirós transcribe de esta forma la institución número 182 del jurisconsulto Gayo, en la cual establece lo siguiente: *“El robo flagrante, según algunos, es el robo en que el ladrón es cogido en el hecho. Otros van más lejos, éste sería cuando el ladrón es cogido en el lugar del robo; por ejemplo: si se ha robado olivas en un olivar, uvas en viña, mientras el ladrón está en el olivar o la viña; si el robo es en una casa, mientras el ladrón esté en la casa. Otros más lejos aún: lo sería también en el lugar en que el ladrón se llevara lo que tenía intención de llevarse. Otros van más lejos aún: bastaría que el ladrón haya sido visto con las cosas en la mano. [...] La sanción del robo*

7 Nietzsche, Friedrich. (2001). *Genealogía de la Moral*. Madrid, Editorial Edimat Libros, p. 52.

8 Nietzsche (2001), op. Cit. p. 65.

flagrante, en virtud de la ley de las Doce Tablas, era una sanción que alcanzaba a la persona; azotes, el hombre libre culpable era adjudicado a su víctima.”⁹

Más allá de la evidente relación entre flagrancia y delitos contra la propiedad (robo) que subyace tanto en los textos bíblicos y en el concepto de Gayo, hay otra relación que resulta de sumo interés para los fines de esta investigación. Hay un ligamen evidente en los dos textos entre la comisión de delitos en flagrancia y la severidad de la sanción. El concepto de severidad es desarrollado con bastante claridad por el autor García Borés¹⁰ quien señala, en resumidas cuentas que la severidad es un concepto que ve ligado a la llamada “voluntad punitiva” que consiste precisamente en la escala punitiva que se asigna a determinados hechos dependiendo de la gravedad con la que son considerados. Es de gran importancia en este punto señalar, como punto de partida y precisamente relacionado con este concepto de severidad, que la circunstancia de ser cometido en flagrancia no le suma ni le resta, ontológicamente hablando, ninguna gravedad al hecho, es decir no le añade características propias que hagan pensar en una mayor dañosidad o lesividad, sino que simplemente a nivel psicosocial la flagrancia hace que los hechos sean considerados como más reprochables. Sumado a lo anteriormente mencionado, es de notar que en el mismo estudio del autor García- Borés, se señala que los delitos asociados a una mayor severidad, después de los homicidios y las violaciones, son precisamente los robos y los delitos contra la propiedad. Esto será tratado posteriormente en el análisis, pero queda patente la relación entre flagrancia, severidad y delitos contra la propiedad. Solo resta señalar que es claro que el ámbito de aplicación de la flagrancia y en específico de la ley en estudio es mucho más amplio que las relaciones que se han descrito, sólo se ha querido denotar el origen de la institución y se señala, de una vez que esas relaciones subsisten.

9 Gayo. *Instituciones*. Citado por: Vargas Quirós, Hugo (2011). *Como incide la Teoría del Derecho Penal del Enemigo en el Procedimiento de Flagrancias en Costa Rica*. Trabajo Final de Graduación para optar por el título de master en Administración de Justicia. p. 25.

10 García Bores, Josep (1995). *Severidad social a través de la voluntad punitiva*. En: E. Garrido y C. Herrero, compiladores: *Psicología política, Jurídica y ambiental*. Salamanca; Eudema. pp. 253-267.

No es el propósito de este trabajo establecer un catálogo exhaustivo del procedimiento de flagrancia a nivel histórico, ya que, aunque es de interés, como parte de esta genealogía, dejar en evidencia relaciones que subyacen en el concepto propiamente dicho, tal y como las que ya se han planteado, lo que se pretende es saber como estas influyen en el procedimiento de flagrancias y en como éste es aplicado hoy. En este sentido el trabajo que se presenta es parcial, ya que pretende agregar un aspecto a la discusión que es tratado de manera escasa y que presenta una arista más para desnudar algunas de las contradicciones y de los procesos racionales e ideológicos de la instauración de dicho procedimiento.

1.3. Implementación de la flagrancia en Costa Rica.

1.3.1. Construcción legislativa.

Con el paso de los años y bajo el paradigma reinante de Estado de Derecho que nos acompaña como organización sociopolítica, una de los temas más interesantes para el análisis que hoy nos ocupa es el de la construcción del derecho. Las leyes son, de manera general, un reflejo de la sociedad que las promulga tanto en su construcción como en su aplicación (o desaplicación). El caso que nos ocupa ha sido elegido, entre otras cosas, por representar un ejemplo paradigmático de la construcción legislativa costarricense sobre todo en materia punitiva.

Debe decirse, para iniciar, que Costa Rica, a pesar de ser un país relativamente joven, ha logrado cimentar una cultura de legalidad amparada en varios ejes legitimadores. Sería extenso establecer una lista exhaustiva de todas estas razones, pero para lo que interesa al estudio que se lleva a cabo en este momento se debe de decir que se tiene una confianza bastante importante en el

sistema democrático, se le atribuyen poderes casi mágicos al gobierno, se cree que todo se soluciona con leyes (según el sitio web de la Asamblea Legislativa de Costa Rica hay cerca de 10.000) y se confía en la solución judicial de casi todas las controversias (el costarricense es muy dado a acudir a instancias judiciales y a contratar abogados, en un país de cerca de 4 millones de habitantes hay más de 24.000 abogados, lo que significa un abogado por cada 170 habitantes¹¹).

Esta tradición legalista y “democrática” de los costarricenses ha sido percibida de formas varias. Mientras se nos reconoce en foros internacionales como un país de “paz” con tradición democrática fuerte, los organismos transnacionales económicos nos señalan por tener demasiada regulación e impedir el florecimiento de la “libre empresa”. Además, a nivel político, se utiliza esta tradición legalista para ofrecer leyes-solución, sin importar después si hay problemas con su aplicación. Las leyes se pueden usar para varias cosas, desde servir como plataforma de intercambio político para imponer normas morales o religiosas hasta de herramienta para apaciguar inquietudes populares, uso privilegiado cuando se habla de derecho penal. A veces esto último tiene efectos perniciosos, a nivel jurídico penal, ya que, puesto un tema de moda (los homicidios de mujeres en relaciones de pareja, el maltrato animal, los conductores en estado de ebriedad, el aumento de robos en casas de habitación, etc.), surgen voces exigiendo nueva legislación en la materia, la cual en la mayoría de los casos – y dependiendo qué tan cerca estén las elecciones- se negocia y aprueba rápidamente, descuidando aspectos como la duplicidad de normas, las contradicciones que se dan con otras leyes (o incluso en la misma ley), con la Constitución y con normas de Derecho Internacional. No se toma en cuenta que aunque algunas modas son pasajeras, las leyes quedan y hay que aplicarlas.

11 Esto según datos del sitio web del Colegio de Abogados de Costa Rica.

Dentro de este paradigma, el cual no es, de ninguna forma novedoso, encontramos distintas regulaciones que a través de la historia, han delimitado el tema de la flagrancia. Un aspecto que se omitió en el preámbulo anterior es que, muchas veces, debido a la premura y la exigencia de los sectores políticos y sociales, no queda tiempo de emitir normativa original, por lo que se recurre a la copia casi textual de proyectos y leyes de otros lugares, lo que da lugar a errores embarazosos como la mención de instituciones inexistentes en el país o figuras jurídicas (como penas) que no se contemplan en nuestras leyes. Lo anterior es relevante porque la primera regulación que en Costa Rica que trata el tema de la flagrancia y de su aplicación procesal y sustancial es el Código General de la República de Costa Rica, dictado en 1841, durante el gobierno del Jefe de Estado Braulio Carrillo Colina(1800-1844), el cual se inspira en legislaciones extranjeras y copia, en gran parte, el modelo de codificación de Napoleón y la legislación española de la época. Según el historiador costarricense Burgos: *“El Código General preparado por él, que tuvo como base para su redacción “...legislaciones extranjeras como los Códigos Civil y Penal de Bolivia y el Código Napoleónico, [además de] otras legislaciones como los códigos medioevales españoles”* ¹². El Código de Carrillo, regulaba la materia de flagrancia en su tercer libro, siendo los dos primeros atinentes a materia Civil (el primero) y Penal (el segundo). Este tercer libro regulaba la materia procesal. En este libro nos encontramos un acápite dedicado a lo que se conocía como aprehensión diferenciada, dentro del cual se incluía el de aprehensión en flagrancia; acerca de este punto el Código señala:

“Los supuestos de esta aprehensión en flagrancia son:

1) Cuando el/la presunto/a delincuente “fuere hallado en el acto mismo de estar perpetrando el delito ó de acabar de cometerlo, ó bien cuando lo persigue todavía el clamor público, como à autor ó complice del delito, ó se le sorprende

12 Burgos Mata, Álvaro. (2006). Sistemas procesales y proceso penal. El caso de Costa Rica. (G. Malavassi Vargas, Ed.) Recuperado el 1.º de diciembre del 2010, de Sitio web de la Universidad Autónoma de Centro América, <http://www.uaca.ac.cr/actas/2006/Acta38/juridica/Sistemasprocesales.pdf> , p. 397.

con las armas, instrumentos, efectos ó papeles que hicieren presumir ser tal” [sic] (artículo 726).

2) Cuando se tratare de un reo “ladron ó malhechor notoriamente conocido” [sic] (artículo 724), es decir, quien a diferencia del primer caso, ya ha sido condenado por otro delito y consigue fugarse, pero es reconocido y capturado. O bien, se encuentra todavía sin condena firme, pero se conoce que ya ha tenido algún problema con la justicia anteriormente.”¹³

Esta cita es interesantísima y conduce directamente a otro de los puntos de construcción del discurso del procedimiento de flagrancia, la relación que se da entre esta y la reincidencia o habitualidad. Como veremos posteriormente, parte del mercadeo que se ha realizado en torno al procedimiento de flagrancia, tiene que ver con el aumento de la delincuencia contra la propiedad (como ya se ha señalado antes) y el hecho de que esta delincuencia es asociada con personas que son habituales y reconocidos perpetradores de este tipo de delitos. Nótese, específicamente en el segundo punto, cómo se habla de “ladrones y otros malhechores”, lo que marca, desde un principio, la política criminal del Estado costarricense y al ser una norma “inspirada” en normativas de otros países, denota también la construcción de ese discurso desde sus orígenes. Pero hay, además, que revisar el sentido que tenía en ese momento (y siguen teniendo en nuestros días) la distinción entre una captura en flagrancia y una que no lo es. Para los aplicadores del Código de Carrillo, consistía en que una captura en flagrancia se podría realizar sin orden judicial, lo cuál se debía a la especial urgencia para asegurar la aplicación del poder punitivo del Estado y la posibilidad de obtener, de manera más eficaz, pruebas y recuperar posibles bienes. Ahora bien, esto ligado a las disposiciones del segundo párrafo, conduce a una suerte de derecho penal de autor, donde el hecho de ser un reconocido delincuente lleva a la posibilidad de ser detenido sin orden. Llama particularmente la atención que el Código establece, de manera

¹³ Código General de la República de Costa Rica, citado por: Monge Herrera, Vivian (2012) *La constitucionalidad del proceso de flagrancia*. Tesis para optar por el Grado de Licenciada en Derecho. San Pedro de Montes de Oca.p.23.

específica, que la detención puede basarse en el clamor popular y de que no se requiere de que el detenido haya sido juzgado anteriormente o mejor dicho, tenga sentencias, sino que, únicamente basta con haber tenido “problemas con la justicia”.

La búsqueda de los orígenes de la flagrancia en Costa Rica nos lleva hasta el año 1910, en el cual se emitió un Código de Procedimiento Penal denominado coloquialmente “Anderson- Astúa”, de corte marcadamente inquisitivo y que no tenía propiamente la figura de flagrancia excepto, como señala la autora Monge ¹⁴, en el artículo 314, donde se establecía que uno de los presupuestos para la detención sin orden judicial, era la flagrancia, manteniendo lo señalado en la legislación anterior, pero eliminando, al menos en el texto, el estigma de “malhechor”, para sustituirlo por el de “prófugo”. A pesar de eso, por el corte del procedimiento, donde los autos se daban de manera escrita, con poca participación de las partes y pocas posibilidades de recurrir, ser capturado o aprehendido en flagrancia implicaba una mayor desventaja para el imputado, debido a que no obtiene mayor explicación de su detención. Sin embargo, en cuanto a construcción del discurso, tal vez por el contexto material de Costa Rica en ese momento, este Código no aporta mayor cosa y se limita a seguir y modificar las pautas del código anterior.

Tuvieron que pasar 65 años para que Costa Rica se planteara un cambio de paradigma procesal. En 1973 se aprueba un Código de Procedimientos Penales que entra en vigencia en 1975, el cual traslada el sistema penal de inquisitivo, a uno mixto moderno, donde se le da un poco mas de participación a las partes y mayores medios de defensa al imputado. Sin embargo, este Código posee varios elementos inquisitivos que subsistieron como resabios del anterior proceso, como el juez de instrucción y una fuerte aplicación del principio de legalidad, además de que imperaba lo formal sobre lo sustancial, teniendo fuerte impacto en materia de nulidades y de prescripción. Sin embargo, en el tema que

14 Monge Herrera (2012). Op. Cit. pp. 29.

interesa en esta investigación, el Código reproduce, básicamente, el tema de que la flagrancia importa para las aprehensiones, tal y como lo hicieron, como ya se dijo, los códigos de 1841 y 1910, sin embargo, tal y como lo señalan la autora Monge: *“en el artículo 271 se encuentra un detalle que no puede pasarse inadvertido, y que se refiere a uno de los supuestos en que se autoriza a la policía a realizar esta detención sin orden judicial.*

El numeral aludido dice que existe autorización para omitir el requisito de la orden judicial al “...aprehender a la persona contra la cual haya indicios vehementes de culpabilidad, siempre que sus antecedentes hagan presumir que no obedecerá la orden de citación y aparezca procedente la prisión preventiva”.

Como puede observarse, estas últimas líneas del artículo ponen de manifiesto una característica negativa que ya le fue achacada a este Código en la cita que se hizo más arriba, respecto de que se consolidó una especie de presunción de fuga.”¹⁵

Esto resulta bastante ilustrativo, ya que se encuentra, de manera bastante encubierta, otro de los elementos de la configuración del discurso en torno a la flagrancia, el cual luego, como veremos, se desarrollará por medio del artículo 239 (bis) del actual Código Procesal Penal, a saber: la flagrancia como causal de prisión preventiva. La normativa citada salta los límites de la aplicación procedimental e inclusive sustancial de la flagrancia para establecerla como una causal cautelar, para la imposición de prisión preventiva. Tenemos entonces ya tres implicaciones de la flagrancia, construida como discurso, una procesal pura, una sustancial, que tiene que ver con los delitos que se persiguen y con la severidad de las penas y otra cautelar, que señala que debe de haber aplicación de prisión preventiva en muchos casos.

Es así como se va determinando, a partir de una especie de “escalera de conocimiento”, la implementación de todo un “*know how*” en materia de

15 Monge Herrera (2012). Op.cit. pp.39.

flagrancia, en donde los aplicadores del derecho, muchas veces, desconocen los orígenes y peldaños que han llevado a la aplicación de conceptos que muchas veces se dan por sentados. Cabe señalar que este “*know how*”, implica un conocimiento autoreferencial donde rara vez se ponen en examen las premisas, ni se explican los principios, explicándolo de otra forma, una vez que se sube una escalera, se le pega una patada para no tener que explicar como se llegó al lugar donde se está. Esto es patente en la escasa explicación que se da, como veremos, a los conceptos de severidad, de urgencia y de reincidencia que se ligan naturalmente con el concepto de flagrancia, pero que rara vez se explica (y de todos modos, nunca racionalmente) como este ligamen no se presenta en los delitos cometidos sin que medie esta, simplemente se da por sentado que hay un ligamen y se aplican los institutos para complacer a las masa. Sin embargo, para no adelantarnos en lo que se analizará posteriormente, se dejará hasta aquí esa reflexión.

Después del Código de Procedimientos Penales de 1973, se da una reforma en 1996 con el Código Procesal Penal que entra en vigencia en 1998. De este Código se ha dicho que representa un proceso menos formal y con un corte más acusatorio que el anterior, con una variedad enorme de garantías procesales no solo para el imputado sino para todas las partes. De esta legislación, vigente hoy en día se puede decir que no varió esencialmente el concepto y la aplicación de la flagrancia en un inicio, pero que debido a reformas que se presentaron en el fondo y con el paso de los años, pudo cristalizarse la formalización de ese discurso que se había venido construyendo con el paso de los años. Haciendo un análisis de las condiciones materiales en las que este Código se ha desenvuelto, se puede decir, claramente, que se ha visto influido por un crecimiento rápido de las comunicaciones y las nuevas tecnologías, lo que ha promovido que se difundan informaciones de todos tipos en los referente a los delitos que se cometen y sus resultados. Esto ha sido patente en varias leyes que se han aprobado durante la vigencia de la ley señalada y que la han afectado íntimamente, cito, como referencia, la Ley de Penalización de la

Violencia contra las Mujeres, la Ley contra el Crimen Organizado y la Ley de Protección a Víctimas y Testigos. Estas leyes obedecen a propósitos sustantivos, creando tipos penales y cambiando penas (en la mayoría de los casos endureciéndolas), pero para su implementación se consideró necesario cambiar algunas cuestiones procesales. Entonces, se agregaron causales de imposición de medidas cautelares y se añadieron procedimientos especiales. Es precisamente por este medio que se introduce en la regulación costarricense el procedimiento de flagrancia. Sin embargo, el análisis de las circunstancias en las cuales se aprobó la ley y se introdujo el procedimiento son temas de análisis del siguiente acápite.

Capítulo 2

La Ley 8207, construcción de un discurso dominante.

2.1 Introducción.

Como se vio en el capítulo anterior, el discurso de la flagranza tiene una construcción cuyo origen se pierde en la profundidad de los tiempos. También se ha hecho ver en el anterior apartado que poco a poco, a través de su desarrollo, al concepto se le han agregado, por asociación, muchísimas otras nociones, que han servido para apuntalar el discurso y dirigir la aplicación de los principios que lo orientan. Muchas de estas asociaciones no son ya, ni siquiera cuestionadas o delimitadas, sino que han pasado a ser parte de una especie de “*know how*”, que se acepta de sentado. Para explicar esto se utilizó la teoría de la escalera de Wittgenstein, con la salvedad de que la devolución en la escalera queda vedada porque los que han construido el discurso se han encargado sutilmente de desaparecer sus rastros. Sin embargo, con esto no se quiere decir que la construcción de ese discurso haya llegado a un final, más bien, que ha adquirido formas de desarrollo más sutiles, pero más actuales, adaptándose a las condiciones materiales de desarrollo y refinándose.

Como se había señalado anteriormente, esta configuración discursiva se ha servido de muchos medios (prensa, iglesia, escuela), pero su hábitat más claro es precisamente en la vida jurídica y en la construcción normativa, es decir, tienen su principal arista en el Derecho. Esto tiene una importancia bastante grande en un contexto eminentemente legalista como el costarricense, las ideas producidas en las estructuras políticas y populares, para legitimarse, necesitan

demasiadas veces verse reflejadas en normativa y precisamente esta es una de las características que hace que la producción de leyes sea tan relevante en el contexto costarricense.

El propósito de este capítulo es señalar los elementos salientes en sentido teórico de la aprobación de la ley 8720, tomando en cuenta como se ha configurado el discurso desde su discusión en la Asamblea Legislativa y como se han ido integrando conceptos en la construcción discursiva. Pero también en este acápite se pretende incorporar elementos de análisis que han ido surgiendo precisamente del estudio de la misma implementación de la ley. Se va a partir de un análisis del discurso semejante al que realiza Michel Foucault, poniendo especial énfasis en el elemento del poder y su influencia en la construcción de este discurso.

2.2 Plan piloto para el juzgamiento de delitos en flagrancia.

Dentro del camino seguido para el impulso e implementación de un procedimiento de flagrancia, la Corte Suprema de Justicia impulsa durante el año 2008, un plan piloto para brindar, a lo interno del sector jurisdiccional, un tratamiento diferente a los delitos y contravenciones cometidos en flagrancia. Como lo señalan los autores Delgado y Araya (2012): *“Para finales del año 2007 e inicios del año 2008, hubo una serie de críticas al Poder Judicial acerca del tratamiento realizado a los imputados sorprendidos en flagrancia. Así, públicamente existían entrevistas realizadas a Juan Diego Castro, quien abogaba por la criminalización penal de las contravenciones e impulsaba su conversión a delitos. De igual forma, y a través de programas de opinión y presentación de noticias, se determinó públicamente una impunidad institucional, primero por la aplicación de criterios de oportunidad a acciones que lesionaban gravemente el patrimonio y tranquilidad ciudadana; y segundo, bajo la falsa tendencia a establecer que las sustracciones menores de doscientos*

cincuenta mil colones no eran atendidas; además, en publicaciones periodísticas se determinaban casos de personas con reincidencia policial y que obtenían la libertad de inmediato al ingresar en el sistema judicial, mediante lo que se conoció como “puerta giratoria”.¹⁶

El texto aportado es bastante revelador en varios sentidos. En primer lugar demuestra las presiones periodísticas y de sectores plenamente identificados con las ideologías populistas en lo jurídico penal para dirigir e implementar un proceso distinto que juzgara los delitos cometidos en flagrancia. Para este objetivo se utilizan diversas estrategias ideológicas las cuales profundizaremos más adelante pero que se muestran evidentes: primero, señalar una supuesta situación de urgencia o emergencia; segundo, criticar, con argumentos emotivos, la actuación de las autoridades, señalando que es blanda o que no aplica los castigos de manera contundente, en tercer lugar, se proponen soluciones drásticas que redundan en procesos más rápidos, relajamiento o eliminación de garantías y creación de nuevas formas de penalización (ya sea el establecimiento de nuevos delitos, penas más severas o nuevas situaciones de penalidad como la reincidencia). Cabe señalar que además, en estas etapas incipientes de las presiones periodísticas (teñidas de elementos políticos), las posiciones populistas son sostenidas sin oposición, es decir, se plantean foros donde los expositores piensan básicamente lo mismo, se hacen entrevistas que son colocadas en la misma página editorial de alguna noticia saliente al respecto o justo después de una noticia en radio o video que da cuenta de algún asalto o robo. Sobre como se logra exitosamente aplastar la disidencia teórica hablaremos más adelante. Además, para darle una apariencia de un rigor científico, se muestran estadísticas aisladas sin ningún tipo de análisis ulterior generando un malestar ciudadano y presionando a las instancias de poder para brindar una solución rápida a los clamores populares, representados por los defensores de estas tesis represivas.

¹⁶ Delgado, Ivannia y Araya, Alfredo. (2012). *Procedimiento de flagrancias en Costa Rica. Surgimiento, procedimiento y críticas*. San José. Editorial de la Universidad de Costa Rica. pp.2.

No obstante, lo más saliente de lo planteado en el texto citado, es como estas estrategias son efectivas y logran influir en las autoridades judiciales y legislativas. Esto es, que si la campaña ha sido efectiva y ha tenido suficiente eco en los medios de comunicación, la posición de las autoridades se ve cuestionada y desde este menoscabo, que puede tener efectos político-electorales, se toman decisiones. Esto es importantísimo desde el punto de vista del discurso, debido a que denota las reacciones del poder cuestionado, y resulta aún más llamativo, debido a que estas relaciones se encuentran patentes, pero se sutilizan, como se verá más adelante. Dentro de este marco de análisis, se mencionará, relacionándolo con lo establecido por Foucault, el carácter y el papel que tiene el poder en la construcción del discurso. Para esto, por considerarse especialmente útil, se recurrirá a la obra del autor francés denominada “El orden del discurso”.

Foucault comienza su exposición definiendo el carácter de la producción del discurso: *“He aquí la hipótesis que querría emitir, esta tarde, con el fin de establecer el lugar —o quizás el muy provisional teatro— del trabajo que estoy realizando: yo supongo que en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad.”*¹⁷ Durante todo este análisis, pero en especial en el presente acápite, es fundamental distinguir esa cualidad de la construcción del discurso, que hace que este busque autoinmunizarse desde un principio, algo así como “curarse en salud”, previendo ataques antes de que se cristalicen. Como se ha dicho, se recurre a muchas estrategias para esto, desde la invisibilización o ridiculización de las críticas, hasta la utilización recursiva de las premisas, dándolas por sentadas sin mayor análisis y además satanizando a los que las critican como “enemigos del pueblo”. Desarrollando más el tema e hilando más delgado, se

17 Foucault, Michel. (1992). *El Orden del discurso*. Buenos Aires, Tusquets Editores. pp. 5.

puede llegar a intuir que esta posibilidad de rechazar críticas o de absorberlas, solo puede ser llevada a cabo desde una posición de poder suficiente como para hacer prevalecer ese discurso.

Ahora bien, siguiendo el hilo de análisis histórico que se lleva hasta el momento, se debe de señalar que, en el caso que nos ocupa, esta construcción discursiva fue tan exitosa, excluyó de manera tan efectiva las críticas y oposiciones, que en un primer momento hizo preocupar a las mayores autoridades jurisdiccionales del país. Dan cuenta los autores Delgado y Araya de lo siguiente: *“En la sesión de Corte Plena 28-08 del 25 de agosto de 2008, artículo XV, se conoce la propuesta de funcionamiento del plan piloto presentado por el magistrado Arroyo Gutiérrez ante Corte Plena, el cual contenía cuatro documentos intitulados: 1. Planteamiento estratégico, organización y ejecución de plan piloto para flagrancia en contravenciones y delitos. Este documento incluía la naturaleza del problema, los obstáculos principales, las condiciones y metas por satisfacer, medidas indispensables para satisfacer condiciones, y metas y tareas por realizar; 2. Reglamento de organización y competencias de los funcionarios penales de San José a cargo del trámite de delitos y contravenciones y flagrancia, que abarcaba las conformaciones de equipos de trabajo, horarios, infraestructura, ubicación física y medidas por tomar, así como las competencias de los funcionarios penales de San José de trámite de asuntos penales con captura en flagrancia, referido a la denominación de las oficinas, competencias, funciones de las partes y la cooperación entre despachos; 3. Reglamento y protocolos de actuación (delitos en flagrancia), que comprendía el presupuesto base "detención en flagrancia"; el protocolo de detención policial, atención fiscal y atención jurisdiccional; el protocolo de actuación en audiencia temprana, en audiencia preliminar y en fase de juicio; y los requerimientos de personal e infraestructura por cumplir; y 4. Reglas de procedimiento a seguir en el trámite de las contravenciones en flagrancia, referido al procedimiento en materia contravencional.”*¹⁸ Esto sólo

18 Delgado y Araya. Op. Cit. pp.9-10.

puede ser percibido como una reacción y además una acogida de un discurso construido para criticar precisamente esas estructuras de poder.

La implementación de este plan piloto, sean cuales fueran sus resultados finales (su funcionamiento se limitó de agosto del 2008 a marzo del 2009), tiene varios puntos dignos de análisis: en un primer momento, la reacción de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica refuerza la percepción de los incitadores de la implementación del discurso de que el tema era de una urgencia extraordinaria y requería un tratamiento inmediato; de segundo, también se refuerza la tesis de que no se estaba trabajando bien en la materia, haciéndose necesaria una intervención extraordinaria- nótese que el cambio se da a lo interno de la Corte, pasando por alto los mecanismos de aprobación de leyes- para “apagar el fuego”. Es decir, el discurso construido y autoinmunizado, como señala Foucault, tiene la característica de ser exitoso.

Se debe señalar, para efectos de claridad, que el plan piloto que se implementó no contenía ningún cambio sustancial en el procedimiento mismo, que debía tramitarse con arreglo a lo establecido en el procedimiento ordinario, sino que más bien señalaba un protocolo para la atención inmediata y célere de las causas en flagrancia. Sin embargo, es claro que a nivel político, la implementación de este plan piloto tuvo el eco esperado, ya que la Corte Suprema, de alguna manera trasladó la responsabilidad con respecto a las críticas realizadas a las instancias políticas. Es claro que la entrada en vigencia de este plan piloto de alguna forma agilizó la ley que aprobó el procedimiento en flagrancia ya que hizo girar la atención hacia los entes políticos, específicamente el Gobierno y la Asamblea Legislativa.

La reacción, sin embargo, no se queda en el Poder Judicial, como señalan los autores, la situación presentada ya había generado que se estableciera una comisión de alto nivel, integrada por representantes de la misma Corte, el Gobierno, la Policía Judicial y el Ministerio Público. No extraña,

dentro de lo que se viene señalando, que no existiera representación del sector académico, específicamente de la Universidad de Costa Rica, y de la Defensa Pública, férreos opositores a las políticas que en dicha comisión se promovieron. Es aquí importante señalar que este aspecto cumple con los elementos que para Foucault requiere toda producción de un discurso exitoso, es decir, la exclusión, absorción o debilitamiento de la resistencia. Es así como Foucault establece el destino de esas críticas o disidencias: *“Así no aparece ante nuestros ojos más que una verdad que sería riqueza, fecundidad, fuerza suave e insidiosamente universal. E ignoramos por el contrario la voluntad de verdad, como prodigiosa maqui- naria destinada a excluir todos aquellos, que punto por punto en nuestra historia han intentado soslayar esta voluntad de verdad y enfrentarla contra la verdad justamente allí en donde la verdad se propone justificar lo prohibido, definir la locura, todos esos, de Nietzsche a Artaud y a Bataille, deben ahora servirnos de signos, altivos sin duda, para el trabajo de cada día.”*¹⁹ Es claro, a la luz de estos argumentos, que una vez que se presentó el problema ante la comisión, no había más que una verdad y que esta verdad excluía cualquier tipo de participación entorpecedora de lo que se debía hacer, del objetivo, del discurso exitoso. Es por esta razón además, que las voces disidentes casi no son escuchadas en esa comisión.

2.3 La implementación del Procedimiento Expedito de Flagrancia. Análisis del proyecto de ley.

Es precisamente esta comisión de alto nivel la que propuso, ante la Asamblea Legislativa, el Proyecto de Ley N.º 16917 que contuvo en su momento, la Ley que fundamenta el procedimiento expedito de flagrancia. Como lo señalan claramente los autores Delgado y Araya: *“Ante las críticas realizadas a la Administración de Justicia por retardo judicial y la percepción de inseguridad (años 2006-2008), ya señaladas, un grupo de legisladores en el año 2007,*

¹⁹ Foucault (1992). op.cit. pp. 12-13.

presentaron ante la Asamblea Legislativa un proyecto de Ley denominado de “Ley de Fortalecimiento Integral de Seguridad Ciudadana”, n.º 16917, el cual buscaba reformar de modo integral la seguridad ciudadana del país, pues contenía reformas de diferente índole: Título I: Derechos y protección de víctimas y testigos; Título II: Delincuencia organizada, Título III: Prevención de la violencia con armas de fuego, Título IV: Fortalecimiento de la seguridad municipal y barrial, Título V: Disposiciones migratorias para mejorar la seguridad ciudadana, Título VI: Bienes robados. Finalmente, el proyecto introducía una reforma a la Ley de Psicotrópicos, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, n.º 7786, con el objetivo de hacer más funcional el uso de fideicomisos para la administración de los bienes decomisados al narcotráfico”²⁰. Dentro de este proyecto, llama poderosamente la atención que en un principio, no se incluyó explícitamente el asunto, sino que fue mencionado implícitamente dentro de todas las normas que incluía dicho proyecto.

Ahora bien, como ya se mencionó, el mayor impulso a la normativa que tenía que ver con la flagranza la dio la construcción de un discurso exitoso, que se basó en términos atractivos y cuyo cuestionamiento, a la manera de Foucault, haría ver como “locos o trastornados” a quienes difirieran. Es por esto que se ha considerado importante plasmar en el trabajo no solo las características del procedimiento, ya hartamente expuestas en diversos trabajos y criticadas con respecto a su legalidad, constitucionalidad, supraconstitucionalidad y analizadas por policías, juristas, sociólogos, antropólogos, entre otros en cuanto a su funcionamiento y resultados. El propósito de este trabajo es, más bien, llevar a cabo un análisis de los elementos principales de la construcción de un discurso de gran calado, desenmascarando sus elementos más salientes y buscando sus orígenes para determinar si puede haber alguna discusión en torno a su aplicación y a la supuesta exclusividad de los mismos. No interesa entonces tanto discutir la aplicación misma de los conceptos y sus resultados- para ello sobran trabajos- sino sus orígenes y racionalización.

20 Delgado y Araya (2012). op.cit. pp. 4-5.

En un principio, debe analizarse entonces el proyecto de ley citado, que no es el origen del discurso, pero sí el vehículo de legitimación del mismo. El 23 de marzo del año 2008, se presenta, producto, como se señaló, de las reuniones de una comisión de “alto nivel” organizada por el gobierno, el proyecto de ley 16973, denominado en ese momento “Ley de Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana”. Solo el análisis del título con el que se presenta el proyecto deja puntos interesantes con respecto a la elección de los términos usados para éste, la cuál, como se vera no es inocente ni mucho menos. Ya desde el inicio, el proyecto de ley se asocia, ideológicamente con el concepto de seguridad ciudadana. Ya desde 1994, el PNUD, con participación de Costa Rica, se había desligado de los conceptos de seguridad nacional (Producto de la Guerra Fría) y de seguridad ciudadana (relacionado a estadios de capitalismo tardío y a doctrinas como las de “cero tolerancia” y “Derecho Penal del Enemigo”), como, al respecto de la seguridad ciudadana, lo señala el autor Iñaki Anitua: *“El proceso de internacionalización del poder económico, consecuentemente, se produce con la pérdida de poder de los antiguos Estados nacionales en el plano de su capacidad política de responder a las demandas sociales, y también en el plano de su soberanía como capacidad estatal de organización jurídica (BERGALLI 2001:123) y como posibilidad de ser el lugar privilegiado de desarrollo de la violencia y de la pacificación. Sin embargo, mientras estos Estados pierden legitimidad aumenta la utilización del recurso a la violencia, en forma –entre otras- del poder punitivo, para intentar dar respuesta a unas demandas que no pueden ser calmadas con otra herramienta.”*²¹ De lo cual y asociado a esto se desprende una ideología bélica que se traslada a lo local. En otras palabras, una vez diluida la amenaza de una guerra con otras naciones debido a la caída del bloque soviético y la occidentalización del mundo, los Estados recurren a esa ideología bélica para mantener la disciplina sobre sus asociados e inician discursos tendientes a ubicar otros enemigos a lo interno,

21 Anitua. Iñaki (2015) *El concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico*. En: <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-05/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-01/obligatorias/1.pdf>

para no menoscabar su legitimidad. Este discurso es el caldo de cultivo para muchísimos proyectos represivos, Anitua señala que se utiliza el miedo a las amenazas para actuar de manera rápida y poco reflexiva ante los supuestos peligros, que se habla de “Guerra contra la delincuencia”, “Narcodelincuencia militarizada”, “Combate contra los robos” y similares para desencadenar temores en las personas que se ven rápidamente respondidos por el Estado creando leyes represivas y criminalizando sectores determinados de la población. Sobra decir, y se verá a continuación, que el caso que nos ocupa, con este proyecto de ley y la ley que generó posteriormente, entra perfectamente dentro de esta tendencia, no solo por el uso del lenguaje en sí, que como se dijo, no tiene nada de inocente, sino también en la construcción de un discurso mediante la asociación de conceptos a esta estructura.

En el capítulo anterior se habían configurado, a grandes rasgos, los elementos fundacionales del discurso de la flagrancia. Esto se había intentado de hacer aparejado al desarrollo histórico del discurso. Así, se había encontrado varios elementos que han configurado (incluso desde la semántica) la estructura de ese discurso, como el significado del término, que tiene que ver con hechos urgentes que están sucediendo, su ligamen con delitos contra la propiedad, su asociación con una especial severidad, entre otros. Pero los discursos dominantes mutan, se adaptan a los tiempos, se utilizan, agregan nociones (en algunos casos incluso, contradictorias, para, como señalaba Foucault, prever y diluir resistencias. Por esta razón es tan rico analizar el proyecto desde el título, que es la presentación ante el mundo. Es claro, además, que estos elementos gozan de una persuasividad muy grande, precisamente debido a que dentro del elemento de poder, en un paradigma racional, se debe de contar con un apoyo popular para que el discurso se sostenga.

Continuando con el análisis del proyecto, al principio, se encuentra una introducción, que señala lo siguiente: *“Costa Rica ha sido conocida en el mundo como una nación de paz y tolerancia. A lo largo de la historia aprendimos a*

*resolver gran parte de nuestras diferencias y conflictos, mediante el diálogo y el respeto a los otros. Sin embargo, dichos rasgos distintivos de nuestra nacionalidad han sido puestos en entredicho en los últimos años ante el crecimiento de la criminalidad y la violencia que afecta los derechos esenciales de los ciudadanos como el derecho a la vida, a la integridad física y a la propiedad y que incide de manera negativa en el desarrollo del país.”*²². Como se ve, desde la partida se recurre a un discurso altamente persuasivo, con el cual es muy difícil estar en desacuerdo. Se echa mano a lo que el autor Alexander Jiménez Matarrita denomina “Nacionalismo étnico metafísico”, en el cual se hace ver que los costarricenses son “pacíficos, diferentes, tolerantes”, Jiménez señala que desde la fundación del Estado costarricense, y ante la ausencia de amenazas serias, de una guerra de independencia o de revoluciones importantes, los costarricenses han recurrido a ciertos mitos con el fin de cristalizar la identidad nacional y legitimar un Estado, según el mismo autor señala: “El nacionalismo étnico-metafísico construye una falsa universalidad. Da la espalda a las diferencias de clase, de género, de raza, y a las condiciones materiales de existencia. Está constituido por metafísicos obsesionados con el “ser de la nacionalidad costarricense”. Al final terminan anulando las determinaciones históricas, políticas y sociales. Esta anulación de determinaciones conserva un cierto parecido con la dimensión abstracta de la noción de ciudadanía. Pero la semejanza es superficial e irrelevante”²³, para lo que interesa a este trabajo, se dirá que entre estos los más importantes son la Tradición legalista del país (“somos un país de abogados, no de militares”), la paz (“tenemos un *ejército* de maestros y de escolares”, “donde quiera que haya un costarricense, habrá paz”) y de tolerancia (“somos un país que acoge al turismo y a la inmigración”). Cabe señalar que estos mitos están tan arraigados en el imaginario popular del costarricense, que no admiten prueba en contrario,

22 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Autor Corporativo (2008). *Expediente 16793. Ley de Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana*. En: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/336/Expediente%2016973.pdf

23 Jiménez Matarrita, Alexander (2002). *El imposible país de los filósofos*. San José, Ediciones Perro Azul. pp. 41.

constituyen una metafísica del discurso que se tiene que dar por sentada, ya que constituye “el ser costarricense”, negar estos aspectos, es admitir que no hay nada que una o amalgame la “nación costarricense”.

Debe notarse, además, que la utilización de esos tópicos al inicio de la presentación del proyecto no es para nada inocente. Se da, lógicamente, un salto, ya que aceptando la primera parte del contenido, la cual es altamente persuasiva, se debe por consiguiente de aceptar la segunda. Aquí el elemento de urgencia: estamos ante una situación de emergencia. La tradición pacífica, de respeto a la ley y de tolerancia de los costarricenses se ha puesto en riesgo por la irrupción de la criminalidad y la violencia. Hay que actuar rápido, porque además de afectar el “ser costarricense”, la violencia y la criminalidad arrebatan vidas y propiedades. Como se ve, el discurso, además de ser persuasivo, es circular, autoreferencial, no aceptar la primera parte, significa decir que no somos un país de paz, o de tolerancia y que, por ende nos merecemos la violencia y criminalidad.

No obstante, también desde un principio se establece un marco referencial que ilustra todo el proceso de construcción del discurso y que lo integra: La construcción de un enemigo. Como se había dicho, esto coincide en gran forma con la ideología de la seguridad ciudadana, se recurre a un maniqueísmo con el cual todo el mundo puede identificarse, los malos son “los otros”, los que asaltan, los que roban, los que matan. Por supuesto que a la mayoría de la ciudadanía, inocente y honrada, le cuesta poco identificarse con este tipo de discurso. La elaboración teórica de este tipo de nociones, sin embargo, es pobre. No se explica la generalización de los mitos nacionales, no se habla del ámbito de aplicación de la posible norma, no se explican, de ninguna manera los posibles orígenes de esa violencia y criminalidad. Vemos entonces, como, de manera bastante irreflexiva, se integra un concepto más al discurso de la flagranza.

Como ya se había adelantado, parte de la preparación del discurso de la que ha hablado Foucault, pasa por la previsión de posibles disidencias. Esto implica, también, la racionalización y “cientificidad” de los postulados del discurso. Se ha señalado que la elección del título y de los términos no es nada inocente. Tampoco la elaboración total del discurso puede serlo. Es por eso que desde un principio se recurre a “expertos” en la materia, se elaboran documentos formales para señalar los puntos salientes del discurso, se utiliza lenguaje persuasivo y emocional, y se utilizan estadísticas, las cuales, sacadas de contexto o no explicadas o relacionadas, generan preocupación y alarma. Precisamente este uso pseudocientífico del lenguaje y de la estadística generan mayor convencimiento en los destinatarios del mensaje, ya que alarman y hacen cercana la amenaza. En ese sentido el proyecto señala: *“Así, por ejemplo, la tasa de robo (93 por diez mil habitantes en el 2006) es relativamente alta para los estándares internacionales y refleja el aumento especial alarmante que ha tenido las tasas de algunos delitos contra la propiedad en el país: entre 1990 y el año 2006, el robo creció en un 748%, el hurto en un 54%, el robo a vehículos un 37%, y el robo a casas un 20% (Sistema de Indicadores de la Violencia (Sisvi) del Ministerio de Justicia).*

Por otra parte, los delitos contra la vida también se han disparado. En las dos últimas décadas las tasas de homicidios y de asaltos con violencia se han más que duplicado (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2005; Programa Estado de la Nación, 2007).

Al analizar los datos de victimización, se observa que el porcentaje de hogares donde algún miembro ha sido víctima de un delito pasó de un 20% en 1986 a un 38.7% en el 2004 (PNUD, 2005).

A la par de la tendencia hacia el crecimiento de los delitos y de la victimización, ha crecido también la alarma social ante la criminalidad. La mayoría de estudios y encuestas de opinión confirman que la seguridad ciudadana constituye una de las principales preocupaciones de los costarricenses. Dos recientes estudios así lo confirman: para un 46% de la población la inseguridad y las drogas son el principal problema del país (PNUD. Encuesta Nacional de Seguridad

Ciudadana, 2006); y cerca del 65% de los costarricenses afirman que Costa Rica es un país nada o poco seguro (CID-Gallup, 2008).”²⁴.

Es poca, sin embargo, la preocupación de quienes elaboran el proyecto de explicar o contextualizar las aseveraciones estadísticas que se transcriben, no logrando tampoco indicar cuáles son las posibles causas de los problemas expresados en números. Incluso se recurre a razonamientos circulares y peticiones de principio para probar el punto que interesa. Uno de los más claros ejemplos, que también denota una cierta irreflexividad en el planteamiento del programa contenido en ese primer proyecto es el inicio del apartado denominado “Los factores asociados con la violencia y la criminalidad”, el cual en su primer párrafo reza así: “Las causas asociadas a la criminalidad y la violencia son múltiples y complejas. En el plano internacional, diversos estudios han identificado un conjunto de factores asociados con el crecimiento de la violencia y el delito. Así por ejemplo, para la región latinoamericana se han identificado correlaciones positivas entre inequidad y violencia (Banco Mundial), deserción y desocupación juvenil y violencia, y deterioro del entorno familiar y violencia (Organización Panamericana de la Salud).”²⁵ Este párrafo, aislado del contexto del proyecto resulta esperanzador. En primer lugar, ubica el problema de la criminalidad como multicausal y complejo, lo que podría proyectar un enfoque serio y reposado; de seguido, identifica una serie de factores de interés, que podían desencadenar situaciones de violencia, a saber: la inequidad y poca distribución de la riqueza, la falta de opciones educativas y recreativas y la pobreza. Sin embargo, a lo largo del proyecto existe poco desarrollo de esos temas, los cuales se citan pero no se profundizan. Al contrario, a pesar de que se tiene claro que estos son factores de vital importancia en cuanto a la producción de violencia y criminalidad, las políticas preventivas que se proponen

24 Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). *Expediente 16793. Ley de Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana*. En: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/336/Expediente%2016973.pdf

25 Asamblea Legislativa de Costa Rica (2008). op.cit. pp. 2.

son escasas y guiadas siempre hacia el ámbito represivo: Organización comunal para alertar sobre el delito y el consumo de drogas, asistencia estatal para crear oportunidades de trabajo, estudio y recreación, etcétera. No obstante, el texto propuesto de la ley tiene poquísimas alternativas en este sentido, enfocándose en los aspectos represivos. Los ejes programáticos del proyecto no incluyen, en un principio, ninguna disposición tendiente a combatir o abordar estos temas de inequidad, pobreza y exclusión, dedicándose más bien a tratar de prevenir mediante la amenaza de castigo.

Cabe señalar, en último lugar, que tanto el proyecto como sus primeras discusiones legislativas no incluyen en su seno lo que tiene que ver con la reforma procesal que avaló la flagrancia. Como veremos después, el proyecto se incluyó *in extremis*, debido a las presiones populares y de ciertos sectores políticos y jurídicos que hablaban a voces de “mora judicial” y “puerta giratoria”. No es de extrañar, sin embargo, que el proyecto, al ser promovido por el Gobierno, fuera una amalgama de soluciones al tema de la delincuencia, que van desde lo sustancial, hasta lo administrativo y procesal. Sin embargo, resulta curioso, cuando menos analizar cómo fue que se integró la parte del procedimiento de flagrancia al proyecto original y cuáles son las razones que llevaron a que se aprobara.

2.4 Discusión legislativa.

2.4.1 Planteamiento en comisión.

Como se había dicho anteriormente, en marzo del año 2008 se presentó ante la Comisión Legislativa de Seguridad Ciudadana el proyecto de ley denominado “Fortalecimiento la Seguridad Ciudadana”; sin embargo, como se había apuntado, este en un principio no contenía ninguna referencia a la

tramitación expedita de delitos cometidos en flagrancia. La inclusión de este tema dentro de la discusión del proyecto que traía consigo la reforma al ordenamiento en el tema de víctimas y testigos, crimen organizado y algunas reformas en torno a la vigilancia de barrios y el control de inmigración es un tema oscuro y de difícil explicación. En primer lugar, se debe de explicar que este trámite en comisión está establecido por la reglamentación legislativa y es el primer paso para la aprobación de una ley. Esta comisión es la encargada de discutir el proyecto y depurarlo para emitir un dictamen de conocimiento en la totalidad del congreso. Este paso es de suma importancia porque es ahí donde se establecen los cambios, modificaciones y adiciones necesarias y se consulta a los sectores sociales relevantes en el tema.

No obstante, como se ha señalado, no existen, dentro de las actas elaboradas por la misma Asamblea Legislativa, no es muy claro cómo se incorpora el proyecto dentro de la discusión. La primera noticia que se tiene dentro de esta discusión del trámite en flagrancia lo constituye una moción presentada el 11 de agosto del año 2008, en la cual se hace un texto sustitutivo del proyecto presentado y que se denomina “ Comisión especial que tendrá como misión recopilar, estudiar, dictaminar y proponer las reformas necesarias para mejorar la seguridad ciudadana; para mejorar la política criminal costarricense; para cumplir con los preceptos de justicia pronta y cumplida mejorando el sistema procesal penal y la tramitología en el Poder Judicial en el área penal, así como la ejecución de la pena por parte del Ministerio de Justicia”²⁶, la cual fue tramitada bajo el número 16917. El título es sumamente ilustrativo, no solo por su extensión sino también por su contenido. Incluye, como se había señalado, el concepto de seguridad ciudadana, ligado a ideologías legitimadoras de la represión. También supone que tanto ésta como la política criminal están mal y por esa razón hay que arreglarlas o mejorarlas.

26 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2008) Proyecto 16917. .

En relación con este aspecto nos detendremos un poco. En primer lugar, se debe de señalar acá, con alguna claridad cuál es el contenido de la expresión *política criminal*. Para Raúl Zaffaroni el concepto podría englobarse de la siguiente forma: “ *La expresión política criminal se emplea desde el siglo XVIII en varios sentidos; con su difusión fue perdiendo contenido semántico. En general, predomina un concepto que le asigna la función de establecer cómo debe configurarse la legislación y la jurisprudencia para proveer una más eficaz protección a la sociedad.*”²⁷ Esta definición preliminar denota varias cuestiones importantes, primero, como advierte Zaffaroni, una relación interdisciplinaria entre el derecho penal y la política, lo cual liga la toma y ejecución de decisiones configurativas de legislación y jurisprudencia a objetivos, fines y conceptos políticos. También se debe denotar acá, que a pesar de que se habla de política, este concepto no sólo liga a los legisladores y gobernantes a la producción de esa protección de la sociedad, sino que traslada a los jueces gran parte de la responsabilidad, específicamente la producción de ciertos resultados que de antemano vienen ligados con los fines propuestos por las políticas instauradas. Por otra parte, se puede visualizar, desde este ligamen interdisciplinario un elemento ideológico, esos fines de protección de la sociedad siempre vienen de la mano con posiciones político-ideológicas de quienes detentan el poder, por lo que se convierten también en legitimadoras del modelo de Estado que se propugna, así las cosas no es lo mismo una política criminal neoliberal que una socialista, por lo que no se podría hablar de una única política criminal, ni siquiera de una única manera de protección eficaz de la sociedad, sino que más bien de una más o menos ajustada a los fines y programas políticos de determinado conglomerado ideológico.

Ahora bien, volviendo al análisis del título del proyecto, la forma crítica de ver la aseveración contenida en este acerca del mejoramiento de la política criminal tendría que ver con acercarla a un determinado paradigma de Estado, dado que como se dijo, no existiría sólo una forma de brindar esa “protección

27 Zaffaroni, Raúl (2001). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, EDIAR. pp.148

eficaz a la sociedad”. Desde este punto de vista la política criminal estaría asociada a resultados sujetos a la interpretación pero también serviría como legitimadora en dos sentidos: Un primero que tiene que ver con la implementación de políticas dirigidas a acercar esa protección a un determinado paradigma político; y un segundo, que se dirigiría a acuerpar al mismo modelo de Estado, racionalizándolo y asegurándole aprobación.

Cabe señalar en este punto que el mismo Zaffaroni, en cuanto a las políticas que ha servido para legitimar el paradigma político criminal señala lo siguiente: “ *Si bien se mantiene un concepto tradicional, conforme al cual la política criminal es un discurso legitimante del poder punitivo, lo cierto es que incluso en ese empleo la expresión no puede ocultar su tensión interna, porque la política criminal no puede eliminar totalmente su potencial crítico. Si bien existen discursos políticamente criminales legitimantes, que aceptan como verdades meras afirmaciones apriorísticas [...] todo cambia cuando , partiendo de datos de la realidad, se la construye como un modo de encarar desde el poder la conflictualidad criminalizada y, por ello, de ejercer el poder punitivo*”²⁸ Con esto se quiere puntualizar en que a pesar de lo atractivo y refinado que puede sonar el anterior título, con respecto al “mejoramiento de la política criminal”, no se puede olvidar que este es un elemento de la construcción del discurso, que está eminentemente ligado no solo a una visión ideológica del Estado y a un paradigma de sociedad que desgraciadamente no se hacen implícitos ni son objeto de mayor análisis, recurriéndose, desde el inicio a elementos apriorísticos, circulares o ideologizantes, como la explicitación de que la política criminal está mal y por eso hay que mejorarla, sino también que desde los datos que nos aporta la realidad en el sentido de que no podemos desligar el proyecto de su proponente, en este caso de la comisión de alto nivel de la que ya se había hablado, lo que le agrega un elemento más al discurso y es el elemento del poder, de la credibilidad que se da a un discurso por medio de su autor: “*Creo que existe otro principio de enrarecimiento de un discurso. Y hasta cierto*

28 Íbidem.

punto es complementario del primero. Se refiere al autor. Al autor no considerado, desde luego, como el individuo que habla y que ha pronunciado o escrito un texto, sino al autor como principio de agrupación del discurso, como unidad y origen de sus significaciones, como foco de su coherencia. Este principio no actúa en todas partes ni de forma constante: alrededor de nosotros, existen bastantes discursos que circulan, sin que su sentido o su eficacia tengan que venir avalados por un autor al cual se les atribuiría: por ejemplo, conversaciones cotidianas, inmediatamente olvidadas; decretos o contratos que tienen necesidad de firmas pero no de autor, fórmulas técnicas que se transmiten en el anonimato. Pero, en los terrenos en los que la atribución a un autor es indispensable —literatura, filosofía, ciencia—, se percibe que no juega siempre la misma función; en el orden del discurso científico, la atribución a un autor era, durante la Edad Media, un indicador de su veracidad. Se consideraba que una proposición venía justificada por su autor incluso para su valoración científica. Desde el siglo XVII, esta función no ha cesado de oscurecerse en el discurso científico: apenas funciona más que para dar el nombre a un teorema, a un efecto, a un ejemplo, a un síndrome.”²⁹ Con esto se explicita que importa, y mucho, de quién viene el discurso y que dentro de esta perspectiva crítica y conflictual que propone Zaffaroni, no se puede olvidar el hecho de que este discurso proviene precisamente de un ente- el Gobierno- que no solo tiene una perspectiva ideológica construida, sino que busca legitimarse por él mismo y diferenciarse de sus contrincantes, pero que además representa una agencia de poder, que no solo es escuchada cuando se pronuncia, sino a la cual se acude cuando hay dificultades, lo que le da fuerza a las propuestas que propugne, máxime cuando implican, como se dijo más arriba, responsabilidad de otros sectores.

Ya se ha analizado acá el uso de lenguaje sugestivo y emotivo con el cual no se podría estar en desacuerdo, como cuando se mencionan los “preceptos de justicia pronta y cumplida” o el “mejoramiento del sistema procesal penal”,

²⁹ Foucault (1992). op. Cit. pp. 16 -17.

cuestiones para las que aplica lo dicho anteriormente, solo cabe recalcar acá que por supuesto la elección de los títulos, como fachada del discurso no es una cuestión inocente, sino que está fuertemente cargada de ideología. También hay acá un elemento básico en la construcción del discurso que es el de la eficiencia, sin embargo, este será analizado posteriormente con mayor profundidad, para darle fluidez al trabajo.

Siguiendo con el análisis de la discusión del tema de la flagrancia en el ámbito de la Comisión de Seguridad Ciudadana, se debe decir que este aparece de manera casi sorpresiva después de la comparecencia de los Magistrados Carlos Chinchilla y José Manuel Arroyo ante ésta, de manera anterior no se había tratado el tema y los tópicos de discusión habían sido señalados anteriormente, sin embargo, después de esa comparecencia y en la fecha que se señaló, más de seis meses después de iniciada la discusión en el plenario. Sobre el proyecto propiamente dicho, se dirá únicamente que contaba con 16 artículos, en los cuales se establece un Procedimiento especial para el juzgamiento de delitos en flagrancia, el cuál se añadiría al Código Procesal Penal.

El proyecto en sí tiene varios elementos curiosos o salientes que interesan de manera tangencial al análisis que acá se ha hecho. En primer lugar, se habla de un procedimiento expedito y eficiente, que debe resolver en pocos días o incluso en horas, la situación jurídica de la persona detenida en flagrancia. Por eso se establecen periodos reducidos de designación de defensor y preparación de defensa (dos horas), deliberación (de inmediato, máximo cuatro horas) y de acusación (dos horas), todos los casos son previstos para tribunales unipersonales y todo el procedimiento es oral. Llama la atención en este proyecto incipiente que la preparación de la defensa, además de ser reducida, prevé como facultativa la información del Ministerio Público al defensor, señalando que queda además a instancia de este último, quien podrá

o no hacerla, con el perjuicio de que podría perder valioso tiempo para aportar prueba o conseguir testigos. Todo esto, por supuesto de la mano de un paradigma eficientista del derecho penal, donde lo que se propone es sacar la mayor cantidad de resultados (condenas) en la menor cantidad de tiempo. También es llamativo que en el texto del proyecto se explicita de alguna manera la relación atávica encontrada entre flagrancia y delitos contra la propiedad: Se prevé en todos los casos, que, después de la declaración del imputado, debe declarar el ofendido. Ocurre que no en todos los casos se puede determinar un ofendido (por ejemplo en las portaciones ilegales de armas o las conducciones temerarias, donde los bienes jurídicos son difusos) y de todos modos, en el ámbito de aplicación de la flagrancia, la existencia de un ofendido apunta, casi exclusivamente a delitos contra la propiedad. Este sesgo, es particularmente llamativo, ya que hace sospechar que quien elabora el proyecto estaba pensando casi exclusivamente en delitos contra la propiedad. Más allá de estos detalles de fondo, el proyecto permanece muy similar al que finalmente fue aprobado.

Una vez comentada la configuración del proyecto, corresponde analizar brevemente el contenido de la justificación global por un lado y acerca de la flagrancia por otro. En principio el discurso que fundamenta la inclusión de un proyecto sustitutivo se basa en varios ejes temáticos que aportan aún más luz acerca de la construcción final del discurso. El primero de ellos tiene que ver con una situación de urgencia: *“Igualmente se establece que la actualización del marco legal, constituye una tarea impostergable debido al creciente nivel de criminalidad que enfrenta nuestro país en los últimos años, y considerando las nuevas modalidades de criminalidad, cada vez más sofisticada y organizada. Dicha actualización debe de abordarse desde una perspectiva integral, es decir, considerando aquel conjunto de factores que desde diversas instancias de intervención (administrativa, y judicial, nacional y local, pública y comunal), se deben fortalecer para procurar una dinámica clara y contundente que revierta las*

manifestaciones de la criminalidad que tanto afecta a la ciudadanía".³⁰ Además de proponer como tesis de principio ese aumento alarmante en la criminalidad que requiere una intervención inmediata y además contundente, este párrafo resulta contradictorio con la necesidad de instaurar un procedimiento de flagrancia. Se habla directamente de que parte de esta urgencia reside en el hecho de que la delincuencia se ha tecnificado, se ha organizado y resulta sofisticada, esto no podría aparejarse con un paradigma de juzgamiento en flagrancia, cuyo ámbito de aplicación se reduciría a cuestiones específicas, fáciles de investigar, sin mayor complejidad en la fijación de hechos responsabilidades, decir entonces que la tecnificación y sofisticación de la delincuencia justificarían la instauración de procedimientos especiales para juzgar la flagrancia, sería un gran contrasentido. Se entiende, eso sí que el proyecto estaba pensado para el crimen organizado y la protección de testigos, pero eso lo que hace es generar una preocupación, dado que se usa una misma justificación para legitimar intervenciones tan disímiles y que además, se utilice esta para aumentar el ámbito punitivo del Estado y generar un relajamiento en las garantías constitucionales.

Además de esta sensación de urgencia, se asocia el tema con una mayor severidad, se señala que la intervención del Estado debe ser clara y contundente. Ya se había señalado que el tema de la flagrancia acarrea, desde tiempos inmemoriales, una mayor predisposición popular a reputar una mayor gravedad de la conducta y de la pena. Asimismo, dentro de esta misma lógica, se apunta a lo que se denomina una "perspectiva integral", lo que se traduce en el proyecto, como se había apuntado a un endurecimiento de las penas, un relajamiento de las garantías de los imputados (lo que se desarrollará posteriormente) y una ampliación de las facultades de la policía (ampliaciones de periodos de detención, capacidades de interrogatorios, etc), sin embargo,

30 Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). *Expediente 16793. Ley de Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana*. En: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/336/Expediente%2016973.pdf. pp.1430-1431.

aquí el uso del lenguaje es bastante engañoso: nunca se entiende esta perspectiva integral como estudiar y averiguar las causas del delito, las condiciones materiales en que se desenvuelven quienes delinquen y ni siquiera, aún ignorando eso, se señala una perspectiva preventiva, sino que más bien se asume una “perspectiva integral” pero solo en cuanto a la represión, asumiendo posturas de prevención negativa.

Pero aún existe más, parte de las justificaciones de la implementación de los proyectos en cuestión, incluido el de flagrancia, reposan en un supuesto igualamiento de las garantías de los imputados con la de las víctimas, el proyecto señala: “ *En primer término se procura generar un balance a favor de las víctimas del delito mediante la promulgación de un conjunto de derechos y garantías a su favor*”³¹. Se ha apelado, básicamente por medio de la prensa, pero con participación de destacados juristas, a un hipergarantismo tutelando los derechos de la persona imputada e ignorando los clamores de las víctimas por una justicia que traban esas garantías. Incluso, dentro de la misma discusión del proyecto se encuentra un documento bastante ilustrativo acerca de estas tesis. Este documento es emitido por una organización social denominada “Asociación para familiares de víctimas de homicidios: Justicia y Paz. Para mitigar el dolor”. Como una organización que representa un grupo de personas dentro del conglomerado costarricense, ejercen su derecho ciudadano de participar activamente en la discusión de un proyecto que por alguna razón les interesa. Sin embargo, hay que ver la participación de estas personas con una perspectiva objetiva. Es obvio y de ninguna manera se va a negar acá que las personas que esta organización representa se han visto expuestas a traumas terribles, a situaciones que no alcanzarían las palabras para expresar. Pero también se debe tener en cuenta que el derecho penal, en cualquiera de sus manifestaciones (procesal, sustancial, jurisprudencial) es una manifestación racional del uso de la violencia por parte del estado para prevenir (y reprimir) las manifestaciones delictivas. Un discurso emotivo de este tipo siempre resulta

31 Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). op. cit. pp.1431.

peligroso porque los jueces, legisladores y gobernantes, como seres humanos, están siempre vulnerables a estas manifestaciones de dolor e indignación justificadas. Pero además porque estas manifestaciones, en su mayoría honestas y transparentes son utilizadas por personas inescrupulosas para prohijar proyectos ideológicos y políticos. Un discurso así de emotivo es fácil de vender ya que se ocupa de explotar situaciones horribles pero más comprensibles para el pueblo que la explicación del principio de inocencia, por ejemplo, para ejecutar programas de represión, “mano dura” y “cero tolerancia”.

En el caso del documento emitido por este conglomerado social, además del lenguaje altamente emotivo y persuasivo que lo construye, se denota algún tipo de conocimiento de terminología legal. Desde esa perspectiva se transcribe parte del contenido más interesante del documento, que coincide con lo dicho anteriormente. El documento en cuestión, después de señalar el propósito de la organización y su labor en el apoyo a personas víctimas secundarias de homicidios, inicia de la siguiente manera: *“El sistema penal representa para los dolientes la única oportunidad legal de obtener un castigo contra el culpable, el fallo penal representa el logro o la frustración de esa meta y a menudo es la principal fuente con la que se aspira restablecer la equidad de la pérdida. Sentencias acusatorias y penas severas son percibidas como necesidades psicológicas”*³² Acerca de la severidad y la “mano dura” refiero a lo anteriormente dicho en el apartado correspondiente. Sin embargo es explícito en este extracto no solo el contenido emotivo del lenguaje, sino también varios aspectos de importancia en la construcción del discurso. En primer lugar, se asocia la participación y visibilización de las víctimas con un paradigma retributivo de la pena como sanción penal, el equilibrio social se ve restablecido con el castigo, rápido y severo de las personas que han delinquido y roto, por consiguiente, dicho equilibrio. La posición de la pena, en este conglomerado, que representa las inquietudes de miles de personas (cientos de miles, millones), es un fin absoluto, de retribuir a quienes han sufrido, en un palabra, de venganza. Sólo de

32 Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). op. cit. pp. 1590.

esa forma se calmará a las víctimas, quienes se verán satisfechas con un castigo rápido y severo. La sentencia, en ese caso, tiene un fin psicológico y social, debe calmar la sed de venganza de las personas ofendidas para que se restablezca el equilibrio social.

El documento sigue con varias formas de revictimización en el proceso penal y hace algunas sugerencias de como podría acabarse con esta. Ya hacia el final se hace referencia al tema del garantismo, con la siguiente aseveración, donde se hace un llamado claro a los legisladores: *“A ustedes se les ha etiquetado como “garantistas” o “mano dura”, señores, por amor a Dios dejemos ese show (sic), que cosa más absurda, seamos garantistas!!! (sic). Garanticemos los derechos de las víctimas que no escogieron estar en ese lugar. Tengamos mano dura, muy dura en la construcción de un país más seguro, pero sobre todo con una mejor calidad de vida.”*³³ Acá se acude a una postura maniquea, donde se supone que los derechos y garantías que se dan en el derecho penal a los imputados son inversamente proporcionales a los de las víctimas, es decir, que van en su detrimento, donde se maneja la teoría de que en esta sociedad están los “buenos” y los “malos”. No se acude además en el texto a ninguna otra manera de prevenir o evitar que a otras personas les pase lo mismo que a quienes suscriben que castigando fuerte a quienes incurran en conductas. Sin embargo, para el interés de este trabajo, se debe señalar con claridad que los elementos de este discurso victimológico que se han resaltado se encuentran presentes en la legislación que se estudia y han permeado de manera clara la aplicación de la misma. Se cierra el tema señalando que en la sesión del día 26 de agosto del año 2008 se recibe a tres representantes de esta asociación, a los cuales los diputados les muestran su apoyo y racionalizan sus enfoques, estas personas proponen varias cosas, entre ellas bajar la edad de enjuiciamiento penal adulto de los 18 a los 15 años, que la figura del anticipo de prueba sea la usual, dejando la declaración en juicio en un segundo plano, utilizar la reincidencia como agravante de la pena, autorizar a la

33 Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). op. cit. pp.1594.

policía para recibir declaraciones válidas del imputado, entre otras. No se encontró, en el texto de análisis en comisión para enviar proyecto, que se llamara a ningún representante de las Universidades Públicas o que se discutiera sobre las muchas sugerencias que brindó la Defensa Pública en el tema.

Para cerrar este apartado, solamente se dirá que extraña muchísimo que, al menos, en la discusión en comisión legislativa, no se haya discutido mas que tangencialmente el tema de la flagrancia. Fue tal el enfoque que se realizó hacia el tema de la delincuencia organizada y protección a víctimas y testigos, tan es así que el proyecto de flagrancia no sufre ninguna modificación en comisión y se envía íntegro, a la discusión plenaria.

2.4.2 Discusión plenaria.

Se debe de iniciar este apartado haciendo una breve alusión aclaratoria acerca del proceso legislativo en Costa Rica, únicamente para establecer el procedimiento que se siguió en la aprobación de la ley que se analiza. No es el objetivo de este trabajo analizar de manera completa este procedimiento, por lo que se remite al Reglamento de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica³⁴ para ahondar más en el tema. Acerca del proceso se dirá brevemente que consta de dos etapas, una en una comisión integrada por 13 diputados (de 57) y que dictamina el proyecto de ley para su estudio en plenario. Las comisiones generalmente están especializadas, por ejemplo, al proyecto en análisis le correspondió la comisión de seguridad ciudadana. Se procura que todas las comisiones se encuentren integradas por miembros de todos los

34 La fuente utilizada para esta exposición es : Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2001). Reglamento de la Asamblea Legislativa: Con Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José. IJSA.

partidos políticos cuando sea posible. Después de eso, se somete el proyecto a votación del plenario (esto es, los 57 diputados), donde se vota el proyecto para su aprobación.

Una vez explicado el tema, se retoma el análisis con la discusión llevada a cabo en el plenario. Comienza la discusión con la respuesta brindada por la Corte Suprema de Justicia ante la consulta que fue realizada en comisión legislativa. Dicho documento aparece en el folio 2074 del citado proyecto, en la parte que se dedica a la reproducción de las discusiones plenarias de este. El documento expone, en su mayoría, algunas críticas que se señalan del proyecto de ley referente al Crimen Organizado y a la Protección de Víctimas y Testigos. También se refieren, por primera vez, al proyecto de ley del Procedimiento de flagrancia. Acerca de las críticas presentadas con respecto a este proyecto, cabe señalar que fueron acogidas por los diputados, quienes por medio de mociones se encargaron de suavizar y sutilizar el proyecto, que en algunos de sus artículos, como ya se ha puntualizado, reñía mucho más seriamente con los derechos de la persona imputada. Las críticas que en su momento se hicieron serán retomadas posteriormente. Sin embargo, es sumamente llamativa la participación del Magistrado Carlos Chinchilla, uno de los principales promotores del documento que se presentó en la Asamblea Legislativa, tanto, que merece la pena dedicar algún tiempo al análisis de los elementos que contribuyen a la construcción del discurso.

El Magistrado Chinchilla, dada la naturaleza del informe que se rinde en la sesión de Corte Plena número 33-08 del 29 de septiembre del 2008, hace una alocución, más o menos extensa acerca del informe que había dado uno de sus compañeros Magistrados, donde criticaba el relajamiento de garantías de los imputados, los plazos reducidos para la defensa, el hecho de que la intimación fuera facultativa y de que la prisión preventiva fuese la única medida cautelar prevista en flagrancia. En su discurso, primordialmente interesante para los fines

de esta investigación, el Magistrado Chinchilla integra al discurso de la flagrancia varios conceptos y procedimientos. En un primer momento, y refiriéndose a la flagrancia como una causal independiente para imponer prisión preventiva, el Magistrado hace una reformulación del principio de inocencia: *“Flagrancia, se dice que la flagrancia por sí misma no puede identificar una posibilidad de imponer una prisión preventiva porque se estaría yendo en contra del principio de inocencia, y no se está yendo en contra de ningún principio de inocencia, se va a prevalecer la inocencia del sujeto hasta el momento en que se dicte sentencia y se condene.”*³⁵ Solo se destacarán unos pocos aspectos de este criterio expuesto por el señor Magistrado: En primer lugar señala la posibilidad de que la flagrancia, por sí sola y sin ningún otro elemento de análisis, sea una causal para la imposición de la prisión preventiva, lo cual llevaría a la imposición de prisiones preventivas automáticas y la eliminación o relajamiento de la labor intelectual del juez que conoce este extremo; en segundo lugar y tal vez lo más llamativo (por no decir alarmante) sea que se deslinde una suerte de “principio de inocencia” diferente en casos de flagrancia, es decir, que se relativice el alcance de la presunción de inocencia de los fines del proceso en sí y se determine que opera un principio de inocencia completo (por así decirlo) en los casos comunes y otro(más relajado) cuando hablamos de flagrancia, esto se liga al cierre de la frase, ya que el Magistrado señala que este principio de inocencia cubre al imputado hasta que se le condene.

Aquí se muestran, en todo su esplendor, dos de los elementos básicos del procedimiento expedito de flagrancia. El primero es que es un procedimiento diseñado, pensado y ejecutado para obtener sentencias condenatorias, cueste lo que cueste, incluso el Magistrado agrega, para mayor explicación, que las absolutorias en flagrancia resultan excepcionales y se deben a fallos del procedimiento, de los investigadores o de los que deciden, pero no por la flagrancia misma.³⁶ Lo segundo es que se establece, de entrada una diferencia

35 Corte Suprema de Justicia (2008). Acta de sesión de Corte Plena 33-2008, del 29 de septiembre del 2008. En: <http://www.poder-judicial.go.cr/secretariacorte/index.php/actascorte2008>. pp. 101

36 Íbidem.

entre las personas que delinquen en flagrancia y los que cometen delitos en otra circunstancia, esto se liga con el concepto de severidad que se ha señalado anteriormente: ameritan, por razones que no se delimitan claramente si no se las relaciona con conceptos como el de “reincidencia” y “peligrosidad”, mayor severidad por parte de las agencias penales los delitos cometidos en flagrancia. Entonces, haciendo el ligamen atávico entre flagrancia y delitos contra la propiedad, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que hay una relación estrecha entre el discurso de flagrancia y el derecho penal de autor. Dicho de otra forma, el procedimiento de flagrancia está encaminado a criminalizar a cierto tipo de personas.

Cabe señalar acá, para cerrar el análisis de esta frase del Magistrado, que la flagrancia no es un agravante o un atenuante del delito, ni siquiera una forma de comisión, sino que es únicamente una circunstancia en la cuál se detiene al imputado, que incluso, si se analiza más a fondo, denota cierta torpeza y descuido en la planeación de la acción, por lo que esta severidad tiende a criminalizar a los sectores proclives no a delinquir, sino a ser torpes, descuidados o poco prolijos, características que con muy pocas excepciones comparten los sectores mas desfavorecidos. Como lo señala Raúl Zaffaroni al referirse a los procesos de criminalización secundaria: *“La inevitable selectividad operativa de la criminalización secundaria y su preferente orientación burocrática (sobre personas sin poder y por hechos burdos y hasta insignificantes), provoca una distribución selectiva en forma de epidemia, que alcanza sólo a quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más vulnerables a la criminalización secundaria porque: (a) sus personales características encuadran en los estereotipos criminales; (b) **su entrenamiento sólo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detención;** y (c) porque el etiquetamiento produce la asunción del rol correspondiente al estereotipo, con lo que su comportamiento termina correspondiendo al mismo (profecía que se autorrealiza). En definitiva, las agencias acaban seleccionando a quienes transitan por los espacios públicos*

con divisa de delincuentes, ofreciéndose a la criminalización-mediante sus obras toscas- como inagotable material de estas".³⁷ Se aprecia acá una lógica perversa en varios sentidos: en primer lugar se piensa y ejecuta un proceso especial, diseñado para lograr condenatorias, en el que de antemano se sabe quiénes son sus potenciales clientes y cuáles los delitos que cometen; se utilizan además, datos de la criminalización secundaria, es decir, las detenciones que hacen los policías seleccionando personas que cumplen estereotipos y además son lo suficientemente torpes para ser seleccionadas, para elaborar política criminal represiva, no preventiva, es decir, se invierte la lógica de la criminalización; por último, se aplica una severidad mayor a la normal para sancionar el hecho de que quién delinquiró fue lo suficientemente tosco o poco entrenado para dejarse atrapar. Es claro, hasta este punto, que como señala Zaffaroni, este proceso se dirige a autocumplir profecías, pero sobre esto se ahondará más adelante.

Después de este desvío necesario, se continuará con el análisis de la alocución del Magistrado Chinchilla. Antes las críticas de las diversas inconstitucionalidades que se encontraron en el proyecto por parte del Magistrado José Manuel Arroyo, no solo con respecto al Procedimiento de flagrancia sino en términos generales, el Magistrado Chinchilla señala: *"[...] nos estamos llenando de miles de personas que no vienen a cumplir una función importante para la sociedad, como otro montón de miles de personas que sí lo hacen y que necesitan un respeto para sus derechos y sus garantías constitucionales, porque en todo esto estamos olvidando la contraparte, la contraparte que es la víctima y estamos olvidando otra parte muy importante que es la sociedad, no reparamos en la sociedad y ahora la sociedad está exigiendo cosas y parte de lo que exige es "...por lo menos reconózcanos algo de esto y por lo menos protéjanos de alguna forma...", lo cual yo creo que el Poder Judicial debe dar un mensaje importante sobre ello, porque ya de por sí y si el informe se traslada en la forma que está redactada por don José Manuel Arroyo, me parece que es diciéndole a la Asamblea Legislativa su trabajo no*

37 Zaffaroni (2001) op.cit.pp 9.

*servió para nada, archívelo porque de por sí todo es inconstitucional y yo no creo eso, perdón, no creo, es más, yo no veo inconstitucionalidades dentro del proyecto y les voy a decir algunas que se mencionan en forma específica que como les digo en media hora he podido ir visualizando, que no es tan cierto.*³⁸ Al principio de la frase se recalca la postura maniquea que se viene señalando con respecto a que hay que librar a los “buenos” de una amenaza que es latente, urgente.

Además, dentro de ésta frase hay una apelación a la petición de la “sociedad” para una solución al problema de la delincuencia y de la inseguridad, a la necesidad de protección. Dentro de la lógica, categoría fundamental de toda filosofía, se encuentra el análisis de los argumentos. En la práctica forense, la argumentación es de diametral importancia, pero la lógica va siendo poco a poco una materia olvidada, una palabra usada en doctrina y poco más. Precisamente la importancia de la lógica en el Derecho es la de advertirnos acerca de que el lenguaje (herramienta por excelencia del abogado) no es neutro y que debe de haber rigurosidad en los argumentos para determinar su validez. La lógica, entre muchas otras cosas, se ocupa de la validez formal de los argumentos, no solo cuando la falta de esta es evidente (como en el caso de aquel silogismo de “Todos los hombres son mortales, Sócrates es mortal, por tanto es hombre”), sino, y lo más importante, de cuando hay razonamientos que parecen válidos pero que no lo son, lo que comúnmente es denominado falacia. Como se dijo, la alocución del Magistrado Chinchilla apela al pueblo, a la “sociedad” para determinar la necesidad urgente de la ley que él apoya. Este razonamiento es muy convincente por el hecho de que además se construye por medio del lenguaje emotivo, hay víctimas que requieren protección y respuesta y claman por una ley dura, las víctimas son muchas, por ende hay que darles respuesta por medio de la ley. Esto, según el análisis de las falacias constituiría una clásica falacia de “apelación al pueblo” o “llamado a la multitud”. El lógico costarricense Luis Camacho explica de la siguiente manera: *“Esta es una categoría amplia, pues consiste en despertar las pasiones de la multitud para que acepte un punto*

38 Corte Suprema de Justicia (2008).op.cit.pp.103.

de vista que el expositor no se molesta en defender con razones; o para lo cual utiliza falsedades y mentiras.”³⁹ El autor continúa señalando que esta apelación a las masas se puede utilizar cuando estas están lo suficientemente convencidas del punto por medio de los argumentos sin respaldo o las mentiras y tergiversaciones del expositor. Además, la apelación al pueblo se usa en el sentido de que como las personas son muchas, una mayoría, se convierten inmediatamente en expertas o autoridades sobre el tema, por lo que deben ser obedecidas. En este caso es evidente el respaldo del interlocutor en las masas y en su racionalidad, apelando al temor en los receptores del mensaje acerca de las consecuencias de no “hacer caso” o “proteger” a esas masas que buscan represión. La práctica del señor Magistrado es particularmente llamativa no solo por el foro en el que se da (una sesión de Corte Plena con sus compañeros Magistrados), sino también por la formación y trayectoria del expositor. Sin embargo, como se dijo, a la hora de argumentar se pueden dar estas situaciones que tienen que ver poco con lógica (que debería ser propia de los abogados) y mucho con la persuasión (arte político por excelencia).

Específicamente acerca del tema del procedimiento de flagrancia, el Magistrado Chinchilla se refiere a algunas de las críticas que se presentan por parte del informe, como lo es, puntualmente, la de el cortísimo tiempo para preparar la defensa: *“Otra cuestión es la preocupación del nombramiento del defensor técnico, porque se habla de dos horas y se habla de que eso es inconstitucional y violatorio de derechos fundamentales y que no hay posibilidad de defensa; y vean que interesante, un caso que se resolvía en Perú, resulta ser claro que sí, que la Corte Interamericana dijo que no podía limitarse el derecho de defensa en una forma tan rápida, claro que sí, porque estamos hablando de un proceso de carácter político, son perseguidos políticos que son sometidos a procedimientos sumarios que son inconstitucionales, eso sí, pero aquí estamos hablando del cadenero, estamos hablando del que roba la billetera, estamos*

³⁹ Camacho Naranjo, Luis (2002). Introducción a la Lógica. San José. Editorial Libro Universitario Regional. pp. 121.

hablando del que quiebra la ventana de un vehículo y robó el bolso de la señoras o las billeteras de los varones. Es que son cosas distintas, no podemos confundir una cosa con la otra, a mí no me vayan a comparar un señor que roba una cartera en la avenida central con un perseguido político en Perú, porque ahí sí estamos totalmente distorsionando lo que es la esencia. Y ese voto yo lo conozco, el de la Corte Interamericana, pero tiene un carácter distinto, es más, todas las veces que la Corte Interamericana se ha manifestado sobre el derecho de defensa y la posibilidad de tener el plazo amplio y razonable de defensa se refiere en asuntos que se han resuelto por procesos contra políticos, y así de sencillo, ninguno es resolviendo un asunto de un cadenero. Ya quisiera oír el criterio de la Corte Interamericana para ver si eso es violatorio, pero es que además de eso hay algo más, a estas personas lamentablemente no les va a quedar más que tener un defensor público, y no digo lamentablemente porque la Defensa Pública sea mala, jamás, es excelente, y es de lo mejor que tenemos en Latinoamérica; les digo esto porque no es que vayan a tener opción o posibilidad de tener un defensor privado. ¿Un cadenero que se roba una cadena que puede valer dos mil, tres mil o diez mil colones va a contratar un abogado privado para le cobre doscientos cincuenta mil colones por la defensa?, señores eso es risible, eso no existe, ni se da ahora, ni se va a dar mañana, ni se va a dar pasado mañana, nunca, así de sencillo, nunca. Y yo quisiera ver si hay estadísticas que pierdan el tiempo viendo esa situación, porque todas les va a decir que no, no hay defensa privada, toda es defensa pública, ¿entonces para qué más horas va a tener si no tiene otra opción?''⁴⁰

El extracto presentado es extenso, pero no podía ser de otra forma, dada la riqueza de análisis en cuanto al discurso que presenta el criterio del señor Magistrado. En primer lugar, se deja claro para quiénes es el proceso expedito de flagrancia: no solo explicita que hay una diferencia entre los delitos cometidos en flagrancia y otros tipos de delitos, sino también que las personas que los comenten también son diferentes. Ya se había hablado de la inversión de la

40 Corte Suprema de Justicia (2008).op.cit.pp.107.

selectividad y de la utilización de elementos de criminalización secundaria para establecer políticas represivas, también se había señalado que la flagrancia se dirige a criminalizar a personas poco prolijas o descuidadas en la comisión de hechos delictivos. Sin embargo el Magistrado Chinchilla va más allá, señala que no es necesaria una preparación de la defensa amplia, no sólo por el carácter de los delitos, sino también por las escasas posibilidades económicas de quienes los cometen, lo que los ataría a una defensa pública. Es claro el carácter clasista de estas manifestaciones, que redundan básicamente en que como los potenciales imputados que serán procesados en flagrancia son personas pobres, que roban (resulta particularmente revelador que al Magistrado no se le ocurre otro tipo de delitos que los cometidos contra la propiedad) cosas de escaso valor y es por eso que no hay ningún tipo de problema en que se reduzcan los tiempos para su defensa. Esto recalca el carácter clasista y sectario de la dogmática oficial, explicitado como la justificación de un sistema excluyente y protector del paradigma capitalista de propiedad privada, como lo señala Alessandro Baratta: *“ Por lo que se refiere al derecho penal abstracto (es decir a la criminalización primaria), éste concierne no sólo a contenidos, sino también a “no contenidos” de la ley penal. El sistema de valores que en ellos se expresa refleja sobre todo el universo moral propio de una cultura burguesa-individualista, que destaca al máximo la protección del patrimonio privado y que se dirige prioritariamente a tocar las formas de desviación típicas de los grupos socialmente más débiles y marginados. Basta pensar en la enorme proporción de los delitos contra el patrimonio en la tasa de la criminalidad, según resulta de la estadística judicial, especialmente si se prescinde de los delitos de tránsito. Pero la selección criminalizadora se da ya mediante diversa formulación técnica de las figuras delictivas penales, y el tipo de conexiones que ellas determinan con el mecanismo de las agravantes y de las atenuantes (es difícil, como se sabe, que se realice un hurto no “agravado”). Las redes de la figura delictiva penal son, en general, más apretadas en el caso de los delitos típicos de las clases sociales más bajas que en el caso de los delitos de cuello blanco. Estos delitos, aun desde el punto de vista de la prohibición abstracto tienen una mayor*

*posibilidad de quedar inmunes*⁴¹. Esto enlaza directamente con el otro tema de importancia en este fragmento y es, una vez más, la diferencia que se hace entre unos delitos y otros basados en la clase social de quien los comete. El Magistrado hace una diferenciación entre el tratamiento que se le debe dar a los delitos que tienen que ver con sectores marginados que “no pueden costearse un defensor particular” y los delitos “políticos”, que se asocian generalmente con otro tipo de ofensor. Esto desnuda el carácter clasista del procedimiento de flagrancia propuesto y hace explícito el pensamiento de quienes detentan el poder con respecto a quiénes deben de ser criminalizados por este y condenados con garantías disminuidas y relativizadas.

Para el propósito del trabajo, el cual es la determinación de elementos constitutivos del discurso que subyace en la instauración del procedimiento de flagrancia en Costa Rica, estas manifestaciones del Magistrado Carlos Chinchilla resultan importantísimas, no solo porque refleja el pensamiento de un sector importante(y con mucho poder) de los juristas costarricenses, sino porque nos pone frente a la realidad descarnada del discurso, que resulta represivo, clasista, ideológico, hegemónico y emotivo. Además, factores como el hecho de que no se pueda representar el proceso desligado de la criminalización de los pobres y los marginados y de los delitos contra la propiedad, reflejo de la defensa ideológica del paradigma capitalista de propiedad privada. Se podría acá seguir analizando la alocución del señor Magistrado , pero se considera que ya el punto ha quedado bastante reforzado y que, para efectos del análisis se debe de avanzar para señalar los efectos de ese discurso.

Con respecto a la discusión en el plenario, se debe de señalar que las correcciones en el proyecto que los mismos miembros de la Corte Plena votaron en la sesión de la cuál se extrae la alocución del Magistrado Chinchilla fueron acogidas en su mayoría. Estas versaban acerca del escaso plazo para preparar

41 Baratta, Alessandro (2004). Criminología crítica y crítica del derecho penal. Buenos Aires, Siglo XXI editores. pp.184-185.

la defensa, que se extendió a 24 horas; el hecho de que no se contemplara otra medida cautelar que la prisión preventiva, que se amplió a otras medidas cautelares como presentarse al despacho, el impedimento de salida del país y otras menos gravosas; también se modificó el hecho de que se previera que todos los juicios se realizaran por tribunales unipersonales, ajustándose a la normativa vigente en el sentido de que si la pena puede ser mayor de cinco años debe de ser conocido por tribunales colegiados (de tres integrantes), asimismo se hizo la intimación por parte del Ministerio Público obligatoria, así como la fundamentación de la sentencia final. Esto fue resuelto en la sesión de plenario del 26 de noviembre del 2008, por medio de mociones de algunos diputados de conformidad por lo expuesto en el informe de la Corte Plena ya mencionado. Es precisamente en la sesión del martes 3 de febrero del 2009 que se configura plenamente un proyecto bastante parecido al que se aprobó finalmente.

Antes de cerrar con la aprobación del proyecto se quiere señalar una cuestión de diametral importancia acerca de la sesión donde se aprueba el proyecto y que constituye uno de los elementos más importantes que construyen el discurso en torno al procedimiento de flagrancia y es el tema de una justicia eficiente, eficaz. Si bien este tema será retomado en un momento posterior del análisis, cabe señalar que dentro de las manifestaciones vertidas en la discusión del proyecto para su dictamen afirmativo y aprobación, la diputada Ana Helena Chacón Chavarría, de la fracción del Partido Acción Ciudadana, quien expone lo siguiente: “ *Adicionalmente se crea un procedimiento expedito para los delitos de flagrancia, que permitirá agilizarlo, aplicando en aquellos casos en que se trate de delitos de flagrancia e iniciará desde el primer momento en que se tenga noticia de la comisión del hecho delictivo, esto ya ha sido demostrado en la práctica, en la Corte ha dado buenísimos resultados y todos hemos aplaudido como ya no hay impunidad en esos delitos que más que no solo (sic) es el hecho delictivo, que puede ser un robo o un hurto, sino que genera una enorme inseguridad.[...] Todo lo que he dicho es determinante para hacer más eficiente*

y eficaz la lucha contra la delincuencia".⁴² Además de las referencias más que reiteradas acerca del lenguaje bélico y de corte represivo, y al ligamen insoslayable al tema de los delitos contra la propiedad, se extrae de lo señalado por la entonces legisladora- Segunda Vicepresidenta de la República en el periodo 2014-2018- la exaltación de una justicia "expedita, eficaz y eficiente", es decir rápida, que resuelva mucho y que condene mucho, como la panacea del problema de la delincuencia en flagrancia. Sobre este punto se ahondará más en el siguiente capítulo, pero se debe de adelantar desde ya que tiene que ver íntimamente con paradigmas de justicia empresarial o actuarial, que se aboca más al resultado que a la protección de garantías, se iguala justicia de calidad con justicia de producción en masa, de maquila.

Así el proyecto de ley se aprueba con el número 8720, el día 4 de marzo del 2009, después de un segundo debate maratónico, entrando en vigencia el 22 de abril del mismo año. Esta aprobación, además de que constituye una legitimación del discurso que se venía señalando y que a partir de la fecha se convierte en dominante, también deviene en premisa mayor de una serie de elaboraciones teóricas que vendrán después y que tanto lo atacan (en minoría) como pretenden justificarlo. Como veremos posteriormente, la construcción de este discurso se solidifica con la aprobación de la ley, pero requiere también nuevas elaboraciones jurisprudenciales y doctrinarias, las cuales aparecen con verdadera rapidez, para su manutención y desarrollo. Precisamente de esos ajustes, reformulaciones y síntesis que produce el enfrentamiento de la ley con su aplicación real es que tratará el siguiente apartado.

42 Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). op. cit. pp. 2935.

Capítulo 3

Repercusiones de la ley 8207. Productos de la legitimación del discurso.

3.1 Introducción

Un discurso, en el que se ha manejado en este análisis, no es un producto, sino un proceso, una construcción. No se puede entender entonces que con el triunfo o legitimación de una postura dominante acabe la producción del discurso. De acuerdo con el paradigma que se ha seguido desde el inicio del trabajo y que se identificó claramente de entrada, es el del materialismo histórico. Ya se ha mencionado que es uno de muchos, pero para efectos del análisis se ha elegido porque es el que más calza con los objetivos del estudio, al dar herramientas adecuadas para entender mejor estos procesos. Dentro de este paradigma de análisis, el discurso es como un ente vivo, en constante cambio y reformulación, que debe adaptarse y lo hace, a los cambios en las condiciones materiales donde se produce y desenvuelve. Esta perspectiva es obviamente conflictual, ya que sin conflicto, ese discurso se petrificaría y eternizaría, si el discurso debe modificarse, adaptarse y refinarse es precisamente porque hay alguna resistencia a este. Tal y como lo señala Benjamin: *“Articular históricamente lo pasado no significa conocerlo «tal y como verdaderamente ha sido». Significa adueñarse de un recuerdo tal y como relumbra en el instante de un peligro. Al materialismo histórico le incumbe fijar una imagen del pasado tal y como se le presenta de improviso al sujeto histórico en el instante del peligro. El peligro amenaza tanto al patrimonio de la tradición como a los que lo reciben. En ambos casos es uno y el mismo: prestarse a ser instrumento de la clase dominante. En toda época ha de intentarse arrancar la tradición al respectivo conformismo que está a punto de subyugarla. El Mesías no viene únicamente como redentor; viene como vencedor del Anticristo. El don de encender en lo pasado la chispa de la esperanza sólo es inherente al*

*historiador que está penetrado de lo siguiente: tampoco los muertos estarán seguros ante el enemigo cuando éste venza. Y este enemigo no ha cesado de vencer.”*⁴³ El cambio en las condiciones materiales en la estructura e infraestructura sociales producen cambios también en la superestructura, es decir, en las ideas, las cuales a su vez generan maneras de vivir y de ver el mundo diferentes, no solo de acuerdo a ese discurso, sino también en disidencia. Precisamente esa disidencia es lo que destaca Benjamin como el Anticristo, mientras el vencedor es el Mesías y su imagen es adorada, el Anticristo, en el mejor de los casos se ofende, y en la mayoría se ignora. No pretende este trabajo ser, de ninguna manera, un análisis de la disidencia o de la subcultura, pero si se debe de señalar que la adaptación y sutilización del discurso se debe precisamente a ese cambio en las condiciones materiales causado por alguna disidencia.

Sin embargo, la producción del discurso de la flagrantia, aún viéndose afectada por esas disidencias, continúa desarrollándose, extendiéndose y refinándose. Siendo un discurso jurídico penal, tiene características salientes. En primer lugar, como todos los discursos, se transforma desde el poder. No es posible un discurso dominante sin el poder detrás, precisamente como lo elabora Benjamin, el discurso es de los ganadores, o como lo explica Rivera: *“Hay quienes identifican la historia con lo que ha tenido lugar, como una suma de acontecimientos, obviamente contados por quienes han podido hacerlo.”*⁴⁴. Lo mismo podría decirse del discurso, que lo hacen los que han podido. Este elemento es de diametral importancia ya que nos acerca a la raíz del problema de las mutaciones, cambios y racionalizaciones del discurso.

Otro dato importante con respecto al poder y a la elaboración del discurso nos lo brindan las estrategias de racionalización de este y las interacciones entre discurso y poder. Precisamente acerca de la construcción de ese discurso desde

43 Benjamin, Walter(2014). *Tesis acerca de la Filosofía de la Historia*. En:

http://www.uv.es/fjhernan/docencia/curs2011_2012/unimajors2011/benjamin_historia.pdf

44 Rivera Beiras, Iñaki (2010). *Violencia (estructural), Memoria (colectiva) y Daño (social)*. Ejes para una Criminología crítica *global*. p.9..

la perspectiva del poder Zaffaroni señala lo siguiente: “¿Que necesitan hoy los que suben al poder, aparte de una buena tropa, aguardiente y salchichón? Necesitan el texto. Esta afirmación de André Glucksmann es exacta. Sin discurso, el poder se desintegra. Y el discurso jurídico penal ha sostenido todo ese poder criminalizante proveyendo discurso legitimante al poder de las restantes agencias. Pero para ello ha debido (a) consentir y racionalizar la reducción del ejercicio del poder directo de las propias agencias jurídicas; (b) crear datos sociales falsos e ignorar algunos elementales proporcionados por las ciencias sociales; (c) entrar en colisión con los principios del estado de derecho, tanto constitucionales como internacionales.”⁴⁵ Lo anterior no solo pone en relieve las intrincadas relaciones entre poder y discurso, en donde uno sostiene al otro y son necesarios el uno para el otro, como se había señalado, sino que advierte acerca de las estrategias de ese discurso para sostenerse. La “racionalización” de la aplicación del poder, haciendo más sutiles las formas de dominación, como se ha visto a lo largo del trabajo con la construcción de conceptos persuasivos disfrazados de racionalidad, la utilización de datos producidos por las mismas agencias de criminalización secundaria, utilizados como datos fidedignos y sin contestación y el relajamiento de garantías constitucionales y legales en función de una urgencia, son parte de las estrategias, señaladas por Zaffaroni para adaptar el discurso ante la disidencia, la cual resulta prácticamente aplastada y ridiculizada en algunos casos. Precisamente esta será la temática de este capítulo. Teniendo claras estas estrategias y características, se analizarán las adaptaciones o adiciones que ha tenido el discurso para mantenerse saludable.

3.2 El paradigma de producción en masa. Derecho penal actuarial. Un guiño al neoliberalismo.

En Costa Rica, y en el resto del mundo occidentalizado, el final del Siglo XX constituyó un periodo de profundos cambios en los paradigmas

45 Zaffaroni, Raúl (2001). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, EDIAR. pp.26.

socioeconómicos de los Estados. Sucumbía, producto de las crisis económicas, la acelerada globalización y la concurrencia de otros factores, el modelo de estado benefactor o estado social, construido, por lo menos en Costa Rica, después de las grandes reformas sociales de los años cuarenta. Como se señaló muchos son los factores de la caída de este paradigma, pero lo que resulta aún más interesante es que el modelo se cambió por uno totalmente opuesto: el neoliberalismo. El historiador costarricense Ivan Molina explica los factores de cambio de la siguiente manera: *“El ascenso de la ideología neoliberal fue facilitado, en lo externo, por la globalización económica a nivel mundial, y en lo interno, por dos procesos claves. El primero fue la desaparición de las vanguardias intelectuales y políticas comprometidas con la reforma social, en especial las conformadas durante la radicalización de la década de 1970, al calor de la lucha contra ALCOA. El tránsito de la izquierda a la derecha evoca la experiencia similar vivida por los jóvenes radicales de 1900, aunque a diferencia de estos últimos, los ex-izquierdistas de fines del siglo XX perdieron toda identificación con las aspiraciones populares y su preocupación por la cuestión social se limita a las dimensiones electoral y de control de los de abajo que tal problemática comporta.*

El otro proceso ventajoso para la ideología neoliberal fue la diversificación de los sectores medios. Los de antes de 1980, compuestos por “licenciados”, empleados estatales, docentes y pequeños y medianos productores agrícolas, se ampliaron al aflorar grupos vinculados con la exportación no tradicional, la apertura comercial, el turismo, las industrias de alta tecnología y las especulaciones financieras. El individualismo posesivo de estas capas, en cuyo mundo prevalece una competencia feroz, está fuertemente condicionado por su desplazamiento del mercado laboral público al privado. La proporción de profesionales y técnicos que trabajaban para el Estado bajó de 54,1 a 45,9 por ciento entre 1987 y 1995.”⁴⁶. Cabe decir que aunado a este proceso nacional de descomposición de las clases medias, crisis en lo económico debidas a las manipulaciones agrícolas y el monocultivo a que fue sometido el país durante

46 Molina Jiménez, Ivan (2002). *Costarricense por dicha. Identidad Nacional y cambio cultural en Costa Rica*. San Pedro de Montes de Oca, Editorial de la Universidad de Costa Rica. pp.121.

años, se suman causas ideológicas exteriores que refuerzan la superestructura de esos cambios y que tienen que ver con las presiones de los organismos internacionales para “privatizar” empresas y servicios estatales y que reducen el empleo público y el tamaño del estado y la influencia sempiterna de los Estados Unidos, apoyados en los años 80 de ese siglo por el Reino Unido, con los Gobiernos de Reagan y Thatcher, quienes propugnaron en todo momento por una política exterior de presión para la liberalización extrema de los mercados. Esto a su vez produjo un desmantelamiento del sector agrario, provocando un éxodo masivo de sectores campesinos hacia el Valle Central en búsqueda de mejores oportunidades y construyendo a su vez un espacio urbano desordenado, mal planificado, hacinado y empobrecido, donde además se notaba más la diferencia entre los sectores más favorecidos y los excluidos. Esto se suma a las migraciones que se producen en los años 80 desde otros países centroamericanos como Nicaragua y El Salvador debido a las guerras intestinas que se estaban llevando a cabo en esos países.

La construcción de ese espacio urbano variopinto y desorganizado tiene bastante importancia en esta parte del análisis no solo por ser una de las condiciones materiales relevantes para entender el contexto en el que la ley se dio, sino también porque el paradigma sociocultural que produce estos cambios es escasamente mencionado y de singular importancia en la construcción del discurso de la flagranza. Cabe señalar que durante el análisis del proyecto no se vio ninguna discusión que mencionara el cambio de paradigma y la construcción de ese espacio urbano conflictivo como causa de importancia en la aparición de delincuencia y de flagranza en específico. Sin embargo, como se verá, son varios los factores de análisis que llenan el discurso de la flagranza y que provienen, explícita o implícitamente del paradigma neoliberal.

Ya definidos los principales productos del neoliberalismo en las condiciones materiales donde se gesta la ley, se debe señalar, de manera

sucinta, cuáles son los conceptos básicos de este paradigma que tienen importancia para la investigación. Antes de caracterizar al neoliberalismo, se debe decir que, aunque es una teoría política, tiende a mezclar su parte filosófica con su elaboración económica. Entonces, al neoliberalismo no le interesa realmente el entorno político donde se desarrollen sus ideas, siempre que el tipo de gobierno sea propicio para implementar éstas. Es por esta razón que se ven frecuentemente casos donde un sistema económico neoliberal se implanta en una dictadura (Véase el caso de Pinochet en Chile) o donde un sistema económico neoliberal se apareja con un ideario filosófico Social-Demócrata (por ejemplo el México de Salinas de Gortari, la Argentina de Carlos Ménem o la Costa Rica del segundo gobierno de Óscar Arias Sánchez). Véase por ejemplo la posición de Friedrich Hayek: *“No tenemos, empero, intención de hacer de la democracia un fetiche. Puede ser muy cierto que nuestra generación habla y piensa demasiado de democracia y demasiado poco de los valores a los que ésta sirve. No puede decirse de la democracia lo que con verdad decía Lord Acton de la libertad: que ésta «no es un medio para un fin político más alto. Es, en sí, el fin político más alto. No se necesita por razones de buena administración pública, sino para asegurar la consecución de los más altos objetivos de la sociedad civil y de la vida privada.» La democracia es esencialmente un medio, un expediente utilitario para salvaguardar la paz interna y la libertad individual. Como tal, no es en modo alguno infalible o cierta. Tampoco debemos olvidar que a menudo ha existido una libertad cultural y espiritual mucho mayor bajo un régimen autocrático que bajo algunas democracias; y se entiende sin dificultad que bajo el gobierno de una mayoría muy homogénea y doctrinaria el sistema democrático puede ser tan opresivo como la peor dictadura. Nuestra afirmación no es, pues, que la dictadura tenga que extirpar inevitablemente la libertad, sino que la planificación conduce a la dictadura, porque la dictadura es el más eficaz instrumento de coerción y de inculcación de ideales, y, como tal, indispensable para hacer posible una planificación central en gran escala.”*⁴⁷.

47 Hayek Friedrich (2008). *Camino de servidumbre*. En: <http://www.elcato.org/sites/default/files/camino-de-servidumbre-libro-electronico.pdf>. p 92.

Analizado negativamente, si la democracia es solo el medio- y además no él único- de alcanzar esa paz social y esa libertad individual, no interesa entonces si hay un regimen democrático siempre y cuando el objetivo se logre. Los liberales clásicos tenían claro que el marco de aplicación de sus doctrinas sería el democrático, para Hayek y los pensadores neoliberales ese marco es un utensilio para aplicar los ideales económico-políticos que promueven. Se cita constantemente a Chile como un ejemplo de la aplicación del modelo neoliberal en Latinoamérica. Sin embargo, este modelo se dio bajo uno de los regimenes políticos más represivos de la historia de este subcontinente, el de Augusto Pinochet. Es por esta razón que se sostiene que el neoliberalismo se aleja de los postulados liberales clásicos y apuesta por una doctrina mas utilitaria en lo político y más rígida en lo económico. Pinochet, para seguir con el ejemplo, era un celoso guardián de la libertad de empresa, un defensor de la no intervención del Estado en el ámbito económico, pero a su vez limitaba otras libertades y cualquier oposición al régimen era duramente castigada.

Es por estas razones que se debe de señalar que el neoliberalismo es una doctrina económico-política que toma sus ideas del liberalismo clásico, pero que, contextualmente surge como una reacción ante el predicado “agotamiento” del Estado de Bienestar, propiamente producto de la crisis económica de los años 70. El neoliberalismo plantea un individualismo exacerbado, desprecia la idea de colectividad y de distribución equitativa de la riqueza, señala que el Estado tiene que reducirse a la mínima expresión, sin invertir en nada más que en la protección de las libertades económicas individuales. La búsqueda de la riqueza no debe ser regulada y es inmoral establecer pautas que tutelen las relaciones comerciales más allá de lo necesario para proteger esas libertades. Además un Estado grande que intervenga mucho deviene ineficiente e ineficaz, por lo que se requiere un Estado ágil, rápido, que satisfaga de manera veloz las necesidades de enriquecimiento de los ciudadanos. Esta idea de rapidez por supuesto que se contradice con las regulaciones de todo tipo, por lo tanto se

debe regular lo estrictamente necesario para proteger el mercado y también para asegurar el derecho de propiedad de las personas. Es claro y se vera después, que esto significa tutelar el enriquecimiento de los dueños de los grandes capitales, la impunidad de estos cuando cometen delitos, y el juzgamiento rápido y contundente de los delitos que se cometen contra ellos, pero en principio, la oficialidad del discurso pretende que esas normas son para todos.

El modelo, debido a su escasa regulación y su poca preocupación por la inversión social, ha llevado a innumerables contradicciones, imposibles de detallar en este trabajo, sin embargo, se debe establecer que dentro de las contradicciones que se producen, se pueden ver las aglomeraciones urbanas con hacinamiento, el relajamiento de derechos y garantías laborales que influyen en el imaginario que se construye en política criminal. Precisamente, es en este contexto que se construye y modifica el discurso de la flagranza en Costa Rica.

Generalmente el auge del neoliberalismo, como sistema económico-político, se ha encadenado con un aumento de las teorías punitivistas y con el populismo jurídico penal. Esto no es de extrañar debido a que como se dijo, a esa ideología lo que le interesa es precisamente la instauración de un sistema protector de la producción de riqueza y de los derechos de las personas que la detentan sin preocuparse en gran medida de si este sistema es democrático o no. Como lo señala la autora Larrauri: *“Como es conocido, el incremento del número de personas en prisión especialmente desde la década de los ochenta ha provocado que un nutrido grupo de criminólogos haya virado su atención de las causas del delito a la explicación del aumento de la penalidad o causas del punitivismo. Una de las obras más influyentes en este giro ha sido la de Garland (2001) quien ha puesto nombre y fecha al fenómeno, afirmando que se ha producido un viraje de los sistemas punitivos basados en una cultura ‘penal asistencial’, propia de los estados del welfare, a unos sistemas punitivos que enfatizan objetivos como castigo, incapacitación del delincuente, y protección*

del público, basados en una cultura del control propia de estados neoliberales.”

⁴⁸ En primer lugar, es de particular importancia la fecha de inicio de estos programas punitivos y que coincide, como se había dicho, con la entrada de los años 80 del Siglo XX. En segundo lugar, se debe de señalar, que aunque la autora hace énfasis en los datos de encarcelamiento, referidos a políticas de derecho sustancial, no se puede ignorar que una reforma de procedimiento, como la que en este trabajo se analiza, puede producir consecuencias que riman con lo señalado y que tienen como factor el reinado del neoliberalismo. Así las cosas, no es de extrañar que doctrinas como las de “cero tolerancia” y el “derecho penal del enemigo” hayan tenido su caldo de cultivo en el paradigma neoliberal.

Así las cosas, aclarada la relación que existe entre punitivismo y neoliberalismo, se puede avanzar en el análisis de conceptos. Una de las estrategias promocionales del proyecto del Procedimiento Expedido de Flagrancia en Costa Rica consistía en recalcar la segunda palabra. Dado que los procesos penales en Costa Rica se supone son lentos y cansados (debido según algunos, al exceso de garantías para los delincuentes), hacía falta un proceso ágil, rápido y sobre todo eficiente que lograra condenas de manera contundente y expedita. Esto se vende a la opinión pública, que exige, ante el tan publicitado “aumento de la criminalidad”, respuestas inmediatas y contundentes, como lo señala Larrauri: *“Lo que caracterizaría el populismo punitivo es precisamente una alusión creciente a la opinión pública para justificar las reformas penales, o incluso la sensación que tiene el político de encontrarse a merced de la opinión pública.”* ⁴⁹ Se remite en este sentido al análisis ya realizado en el capítulo segundo acerca de lo dicho por el Magistrado Carlos Chinchilla en sesión de Corte Plena y la reacción de la Asamblea Legislativa ante lo manifestado por la Asociación de Familiares de Víctimas de Homicidio. Se debe agregar que dentro de esta dinámica además se esconde una

48 Larrauri Pijoán, Elena (2009). *La economía política del castigo*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología núm. 11-06, p. 06:1- 06:22. En Internet : <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>

49 Larrauri (2009).op.cit.pp.7.

sutilización del discurso punitivo, ya que a la opinión pública no se le ofrece otra opción que el castigo, lo que genera todo un círculo vicioso de punibilidad, ya que si la punición no soluciona la problemática de la criminalidad (como generalmente sucede), lo que se pide es más castigo y no una solución diferente.

Se debe destacar, sobre todo, el tema de la eficiencia. No basta con que el proceso sea veloz y atolondrado, sino que debe generar condenas en la mayoría de los casos. Esto se liga directamente con el concepto de eficiencia. Aparte de las manifestaciones ya señaladas de la diputada Ana Helena Chacón, acerca de la necesidad de esa eficacia en las sanciones de los delitos cometidos en flagrancia que ya fueron analizados, se debe de señalar, que a nivel teórico, esta eficiencia en el proceso, pero sobre todo en la obtención de sentencias condenatorias se identifica ideológicamente con el principio de justicia pronta y cumplida establecido en la Constitución Política. Esto a la vez que legitima el discurso dominante y sirve de justificación y racionalización de los procesos de punitividad señalados anteriormente, brinda un elemento discursivo de análisis. Debe primero de identificarse qué se entiende por esta eficiencia. La autora Tatiana García Araya, dentro de un grupo de juristas que se ha dedicado a modelar este discurso, señala que el problema de la justicia pronta y cumplida en el Procedimiento Expedito de Flagrancia no se contrapone a ningún derecho o garantía constitucional, para lo cual dice: *“ A partir de la definición y alcances del principio de justicia pronta y cumplida, como mandato constitucional, de manera concreta debemos de tener presente que la duración excesiva de los procesos judiciales implica una clara violación, en consecuencia, tratar todos los casos por igual, sin valorar su naturaleza, complejidad y pasos dentro del proceso, puede derivar en una afectación al derecho de tutela judicial efectiva; así la duración que presenta en la actualidad el proceso ordinario para hechos como los ocurridos en flagrancia o bien causas con poca complejidad, afecta el derecho a una tutela judicial efectiva, de ahí la importancia que la promulgación del procedimiento especial para juzgar hechos en flagrancia ha*

*tenido dentro del sistema penal para lograr el objetivo de materializar una tutela judicial efectiva entendida como justicia pronta y cumplida*⁵⁰ Esta identificación del Procedimiento de Flagrancia con la Justicia Pronta y cumplida es bastante persuasiva, ya que si nos negamos al proceso de flagrancia significa que nos estaremos oponiendo a que la justicia sea pronta y cumplida y a que haya una tutela de justicia efectiva. Sin embargo dentro del razonamiento se esconde una petición de principio, ya que se expone que dentro del tema, no hay otra manera de llegar a esos fines tan loables y también de que *per se*, el procedimiento de flagrancia los logra, lo que ya de por sí es bastante discutible. En otro sentido, se expone que hay una identidad entre el principio de justicia pronta y cumplida y un juicio sumario o rápido. Este tema es digno de análisis, ya que la justicia pronta y cumplida tiene contenidos que refieren a otros aspectos más allá de la duración de los procesos (justicia pronta) sino también de la tutela de garantías y derechos procesales de las partes, prohibición de juicios sumarios o de tribunales especiales, pero sobre todo protección del derecho de defensa (justicia cumplida). Los dos elementos del concepto no se deberían desbalancear, sino que deberían estar en una armonía. Sin embargo, la autora, dentro de todo el análisis que realiza, parece estar demasiado preocupada por el aspecto de la duración de los procesos, dejando bastante de lado la aplicación de las garantías constitucionales. Debo de recalcar eso sí, que la autora sí señala que hay críticas al procedimiento, especialmente en cuanto a la irracionalidad del periodo de preparación de la estrategia de defensa, pero inmediatamente las diluye citando sentencias de la Sala Constitucional que apoyan su criterio.

No obstante, de este discurso se colige algo aún más llamativo: Puesto que se da por sentado que los juicios penales tienen una duración excesiva, lo cual se respalda con estadísticas de la duración de los procesos ordinarios, que se contrastan con las de los procedimientos en flagrancia, se debe buscar una razón para la duración de estos. La respuesta que da la autora es especialmente

50 García Araya, Tatiana (2015). *El procedimiento de flagrancia y el derecho a una justicia pronta y cumplida*. En: Sánchez Delgado, Daniel (2015) *Procedimiento de Flagrancia. Temas de Actualidad. Segunda parte*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas. pp. 264.

reveladora y constituye un elemento muy importante de la construcción del discurso. Acerca de esto la autora señala: “[el procedimiento de flagrancia] concede un plazo razonable a la defensa para conocer la causa y preparar su estrategia de defensa, para ello se dispuso un plazo de 24 horas en el numeral 425 del Código Procesal Penal, el cual debe interpretarse como un plazo mínimo, de modo que el juez [...] puede suspender la audiencia en su primera fase para su continuación en otra fecha con la finalidad de garantizar el tiempo necesario para que la defensa se prepare.”⁵¹ Esto justificaría de algún modo el limitado tiempo que tiene la defensa en la preparación de su caso, pero dentro de esta afirmación subyace la idea de que la duración de los procesos penales se debería a una injustificada duración de la preparación de defensas, lo que coincide, claramente con el imaginario de que en el procedimiento ordinario existen demasiadas garantías para el imputado. Ahora bien, se debe señalar que la autora hace un esfuerzo por exponer otras causas de la mora judicial, como los términos amplios de prescripción y las razones de suspensión e interrupción y la inadecuada aplicación de mecanismos alternos de solución del conflicto, entre otras, pero dentro de su texto subyace la idea de que las garantías de la defensa se pueden relativizar en aras de obtener un proceso más rápido. Incluso, la autora invoca, para reforzar su tesis datos estadísticos de procesos concluidos en flagrancia, donde demuestra en efecto, cuántas causas fueron atendidas y cuantas terminaron en sentencia, hubiese sido de igual manera señalar cuántas de esas sentencias son condenatorias y cuántas absolutorias.

Las ideas de un procedimiento rápido y eficiente que se expusieron con un ejemplo anteriormente, tienen su raigambre en un paradigma económico-político neoliberal. Dichos postulados corresponderían a lo que se ha llamado “derecho penal actuarial”. Anitua señala lo siguiente: “Comienza a gestarse en el último cuarto de siglo una criminología y una justicia penal “actuarial”. Su nombre remite a las disciplinas matemáticas, pero proviene de la técnica de los seguros y de su manejo y cálculo del riesgo. No es casual, por ello, que la

51 García Araya (2015). op. Cit. pp. 259.

cuestión de la “seguridad” se haya convertido en su leit motiv preferido. Esta concepción de tipo “managerial”, administradora o de gestión (del riesgo) en el sistema punitivo -llamada “nueva penología” y “justicia actuarial” - sólo se preocupa por mantener el orden, simbólicamente, en la sociedad que está “dentro” del mercado, e intenta mantener a raya, incapacitando o neutralizando, a los que están “fuera”. Los presupuestos de la misma política criminal del riesgo pretenden ser pre-políticos, pero esconden un poderoso contenido autoritario.

Así sucede, por ejemplo, con el reclamo a la “eficiencia” del derecho penal del riesgo. Ahora se apela a la “eficiencia” como horizonte discursivo que permita y reproduzca la gestión en la administración de dolor institucional. Esta apelación oculta el cariz autoritario de la política criminal ya que representa un pensar profundamente pre-político que no puede ser fácilmente asociado con etiquetas políticas convencionales.

Se asume que el “problema” del delito, y de la seguridad, no admite solución y no es eliminable; por lo tanto lo que debe hacerse es un cálculo y una redistribución de los riesgos. En definitiva, se trata de “salvar a los asegurados”, aumentando el riesgo de los que no lo están. Por ello este análisis no es, ni se pretende, neutral. El problema del orden admite así una respuesta desde el statu quo y escapa a consideraciones de “justicia”. Estos “cálculos” de los peligros (se recurre para ello también al “análisis económico del derecho”) y redistribución de los mismos resulta en la realización de una política criminal contra los débiles. [...]. La política criminal del riesgo pretende realizar un control “autorreferenciado”: un fin en sí mismo. Como señalé, ya no se busca transformar individuos. Simplemente se trata de mantener separados a aquellos que son considerados productores de riesgos y aquellos otros que consumen ese riesgo y “pagan” toda la tecnología aseguradora. La penalidad ya no busca legitimación; es una herramienta, un arma, que permite mantener separados.”⁵²

⁵² Anitua, Gabriel Ignacio (2015). *Seguridad insegura. El concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico*. En: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30817.pdf>.

Bajo este entendimiento, se vislumbra desde el principio que el ligamen entre neoliberalismo y política criminal no es, ni mucho menos, uno que se dedique a buscar soluciones al problema de la criminalidad y su manifestación en la realidad, sino, mas bien, uno que busca legitimidad del sistema. En este sentido vuelven a resonar las palabras de Hayek que fueron citadas al principio en el sentido de que la democracia (o el sistema penal), deben dirigirse a lograr los fines económicos del sistema. En ese sentido no interesa tanto tener una legitimación externa, sino que es un sistema autorreferencial, es un producto del sistema económico que se legitima automáticamente ayudándolo a pervivir. No se necesita ninguna otra justificación aparte de la penalidad para esto.

Con respecto al concepto de eficiencia y eficacia, este liga directamente con un paradigma donde el único resultado aceptable de un proceso penal es la condena, los números de descongestionamiento del sistema penal que mostraba la autora García Araya podría producir en el corto plazo un congestionamiento del sistema penitenciario. No solo porque el sistema debe de ser ágil y eficiente, lo que implica que los casos deben de ser tratados en masa, parecido a un sistema de maquila, sino también de forma eficaz, lo que siempre es entendido como la culminación del proceso por medio de una condenatoria. Esta visión prácticamente empresarial del derecho penal coincide, como se ha visto, con el relajamiento de garantías en aras de esa respuesta rápida y masificada.

Pero además la relación que se encuentra entre neoliberalismo y punitividad, implica contradicciones que a simple vista pueden parecer insalvables. Como lo señala Iñaki Rivera: *“Como quiera que se mire, la forma asumida por el Estado neoliberal resulta de una franca ambivalencia, al mostrar una cara débil – de carácter “mínimo”- frente a los imperativos del modelo macroeconómico dominante, pero otra endurecida e hinchada de apetito punitivo, no solo frente al delito, sino también frente a toda aquella manifestación que pueda ser considerada como “desorden” e, incluso frente a las diversas*

*formas legítimas de protesta social. [...] no parece exagerado decir que los rasgos de autoritarismo que exhibe en esta materia podrían abrir una brecha al conjunto de la sociedad, a poco que se acentúe una funcionalidad menos al servicio de los intereses generales que servil a los intereses de los menos, pero poderosos.*⁵³ Como se dijo anteriormente, el sistema penal en el neoliberalismo es autorreferencial y se justifica, dependiendo de cómo ayude al mantenimiento de ese *statu quo*. Si bien es cierto, el sistema neoliberal propugna regulaciones mínimas en cuanto a la economía, protecciones a la empresa, ninguna intervención del Estado en temas como el de la constitución de sociedades o la manera de hacer negocios, es precisamente debido a las contradicciones y descontentos que causan estas políticas que debe de hacer frente a muchas presiones de quienes resultan excluidos o desfavorecidos. Es precisamente por eso, al producir tanta desigualdad y exclusión, la cual no puede evitar, que se produce esta “actuarización” del derecho penal, precisamente para proteger a los ganadores del sistema económico. Ya se ha mencionado que el sistema neoliberal está supeditado a lo económico, por lo que al final no importa si filosóficamente se da un viraje al autoritarismo, al fascismo o a una democracia, siempre y cuando estos regímenes no estorben a la producción de capital por un lado y protejan efectivamente a sus poseedores por otro. Hay, sin embargo, un misterio con respecto a este factor y es cómo la gente que se ve afectada por este aumento de la exclusión, la desigualdad y el castigo, no solo soporta esta dinámica que los desfavorece, sino que la apoyan e incluso piden más castigo. Una luz acerca de este panorama nos la puede dar el populismo punitivo. Antes de analizar este aspecto, se concluye diciendo que este procedimiento de flagrancia es un proceso que incluye dentro de su discurso la noción de eficiencia y dirige la justicia hacia nociones empresariales y actuariales, encaminadas a la producción de una justicia rápida, en masa y contundente, sin importar mucho las condiciones de producción del delito y mucho menos el desenvolvimiento del proceso en condiciones democráticas. Por supuesto que la cuestión se matiza debido a la propia existencia de esas garantías democráticas

53 Rivera Beiras, Iñaki. (2006) *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona, Anthropos. pp. 416.

y la resistencia de ciertos sectores, pero una vez que la compuerta de la punición y el autoritarismo se abre, aunque sea un poco, se van perdiendo más garantías para todos los ciudadanos, rebalsando el Estado democrático y llegando a un Estado de policía.

3.3 El populismo punitivo en la flagrancia. Cómo los castigados piden un castigo más rápido.

Normalmente se ha asociado el término populismo con una estrategia política en la cual básicamente se apela al pueblo como referente de las políticas aplicadas, las cuales se hacen, básicamente, para su satisfacción y sin un horizonte ideológico claro. El diccionario de política de Norberto Bobbio lo define como: *“aquellas fórmulas políticas por las cuales el pueblo, considerado como conjunto social homogéneo y como depositario exclusivo de valores positivos, específicos y permanentes, es fuente principal de inspiración y objeto de constante referencia”*⁵⁴. Ya desde aquí se denotan problemas de configuración conceptual, en el sentido de que se remite directamente al contenido simbólico “pueblo” como si este fuera homogéneo y no hubiera diferencias en su interior. También el concepto presenta grandes problemas en la ubicación ideológica en teoría política, ya que no es posible identificarlo, programáticamente, con ninguno de los grandes grupos de ideas políticas, básicamente, está sometido a los avatares de las masas, a las cuales debe de satisfacer para lograr legitimidad. Básicamente este concepto, a nivel político, se asemeja a lo que se llamó anteriormente “falacia de multitudes o apelación al pueblo”, en el sentido de que se supone que las grandes mayorías siempre tienen la razón y que todo lo que quieren es bueno y conveniente. Únicamente se debe de tener claro que en el populismo político hay un nivel real o material y otro simbólico, es decir, por una parte se actúa de manera dirigida a satisfacer las demandas de la población

⁵⁴ Incisa di Camerana, Ludovico (1979), *Populismo*, en N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino, *Dizionario di Politica*, Milán, TEA. pp. 832-838.

con dádivas a los pobres o creación de programas sociales, pero por otra se actúa en conjunto con la prensa para exaltar la imagen del gobierno (o gobernante), promocionar sus obras, buscar enemigos y dirigir la opinión pública en favor de determinados programas o en contra de determinadas ideas.

Trasladando el concepto a un panorama jurídico-penal, se puede decir que en este sentido actúa a nivel simbólico más que real, esto quiere decir que en un primer momento se dirige la atención pública hacia un determinado problema- puede ser “el aumento de la delincuencia”, la “inseguridad ciudadana” o “el narcotráfico”- para crear una alarma, esta genera una reacción para la cual ya se tiene solución – creación de nuevos delitos, endurecimiento de las penas de los ya existentes, reducción de la posibilidad de aplicación de medidas alternas o establecimiento de procedimientos con menos garantías para cierto tipo de delitos- con lo cual se satisfacen varios de los supuestos simbólicos establecidos anteriormente, a saber: Primero se crean enemigos: no solo por medio del mito maniqueo de que las leyes más duras son solo para los delincuentes, quienes se convertirían en “los malos”, sino también todo aquel que se oponga al programa de punición; luego se contribuye a la legitimación del gobierno (o gobernante) en el sentido de que, si el programa da el resultado esperado (profecía autocumplida) se puede atribuir toda la gloria y si no lo da, siempre puede culpar a las agencias que lo aplican.

Para construir un concepto de “populismo punitivo” o “populismo penal” se debe de tener muy en cuenta, entonces, que este pretende actuar de manera más simbólica que real, sin embargo, tiene sus efectos reales, máxime si se remite a aquel modelo actuarial que se había apuntado anteriormente, ligado al neoliberalismo. Como lo señala Rivera: *“La justicia actuarial, igual que todos los sistemas de control del delito, requiere credibilidad y legitimidad ante la ciudadanía o comunidad para permitir un funcionamiento estable y un control de la delincuencia efectivo. La estrategia actuarial pretende su legitimación ante la población mediante la difusión de un discurso, repleto de contenido simbólico,*

de peligrosidad social, de grupos y zonas de riesgo, etc. Es lo que se ha llamado *populismo punitivo*.⁵⁵ Entonces, como se ve, el populismo punitivo cumple con un doble fin, por un lado neutralizar o inocuizar la resistencia que se puede manifestar en contra de los programas socioeconómicos del Estado, por otro, mediante el castigo, legitimar estos.

No se podría entender este panorama sin la participación de los medios de comunicación en la construcción y configuración de una “opinión pública” (meramente simbólica) acerca del tema de la criminalidad. Como lo señala el autor Roberto Madrigal: “ *Fieles a su designio comercial (o a lo que hoy se llamaría misión y visión), estas empresas [los medios de comunicación] han construido una agenda pública en torno al tema de la seguridad ciudadana desde la perspectiva de una campaña de Ley y Orden caracterizada por los siguientes rasgos: la reducción del tema de la seguridad ciudadana a una identificación exclusiva con el problema de la delincuencia (dejando de lado aspectos como la salud, la educación el respeto a los derechos ambientales, el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía, etc.); la satanización del delito (proceso que se caracteriza por la creación de un estereotipo del infractor, la magnificación y manipulación de las tasas de crecimiento del delito, el énfasis sobre los delitos violentos, la universalización del riesgo de ser víctima de determinados delitos que en realidad solo afectan a una pequeña parte de la población- como el secuestro-, etc); el lanzamiento de una proclama por la necesidad de endurecer las leyes penales (lo que implica poner penas más severas, tipificar nuevas conductas delictivas, amplificar la aplicación de la prisión preventiva, anular la naturaleza progresiva del sistema de atención penitenciaria, etc); la elevación de personalidades públicas que comulgan con esa estrategia noticiosa-criminal a rango de especialistas y voces autorizadas; la utilización tendenciosa e indiscriminada de términos como “banda”, “organización criminal” y “crimen organizado” en prácticamente cualquier suceso*

55 Rivera Beiras, Iñaki. (2005) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, Anthropos. pp. 241.

*relacionado con el fenómeno delictivo; y un cuestionamiento agresivo contra el Poder Judicial al que se le achaca no actuar con rudeza contra los delincuentes.*⁵⁶ Sobre el papel de la prensa a la luz de esta referencia se debe de señalar varios aspectos primordiales en la construcción del discurso. En primer lugar la homogenización del fenómeno criminal: a pesar de lo poco que tiene que ver la criminalidad organizada tanto por sus características como por su naturaleza, se tiende por medio de esta construcción a tratar todo el fenómeno criminal como si fuera lo mismo, el uso de voces como “banda”, “organización” y “delincuencia organizada” sirve para fundamentar peticiones represivas en otros ámbitos que poco tienen que ver con esta manifestación del delito, sin ir más allá, resulta, como se dijo, cuando menos llamativo que dentro de un proyecto de protección a víctimas y testigos que tiene como mira y justificación el combate al crimen organizado se haya insertado casi a la fuerza y sin mayor discusión un nuevo proceso para los delitos en flagrancia, esto denota una racionalización del discurso y una tendencia a la justificación de toda la represión por una parte de la criminalidad; también esta creación de expertos y autoridades es cuando menos, engañosa, cuando se habla del tema de la criminalidad en los medios de prensa rara vez se invita a personas o autoridades que estén en contra del discurso dominante, sino que usualmente se entrevista a quienes dicen lo que se quiere oír, luego, por supuesto, de escuchar testimonios de las víctimas, quienes dan un toque de melodrama al asunto.

Sin embargo, y tal vez lo más importante para efectos de este análisis, es que este papel de la prensa, en parte, podría explicar, en esta sociedad de las comunicaciones, el porqué son los sectores marginados y desposeídos los que con mayor fuerza piden un castigo que probablemente les vaya a golpear directamente. Sin el apoyo de amplios sectores populares no se puede entender el auge y el éxito de este populismo y de acuerdo con lo ya señalado, estos

56 Madrigal Zamora, Roberto (2012) *Del garantismo a la victimología (A propósito de la protección de testigos durante la fase de debate)*. En: Chinchilla Calderón, Rosaura (Coordinadora) (2012) *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Análisis de los recientes cambios normativos*. Investigaciones Jurídicas, San José. pp. 234-235.

amplios sectores no se pueden concebir sin las clases marginadas y empobrecidas. Así las cosas, son los mismos destinatarios del castigo los que lo piden más rápido y más fuerte. Es claro que dentro de estas estrategias publicitarias establecidas por los medios de prensa, donde se da primacía a los delitos graves para castigar más fuertemente a los que no lo son tanto, se da no solo la sensación de urgencia, sino de que todos podemos ser víctimas, lo que hace, claro está, que nadie se sienta que puede ser alcanzado por el castigo. En este sentido la labor de la prensa es más exitosa, cuanto más sirva para crear esa sensación de víctima potencial.

Con esto claro, se debe de señalar que este populismo también es un elemento integrante del discurso sobre la flagrancia. Ya en el análisis del texto de la sesión de la Corte Plena en la que habló el Magistrado Carlos Chinchilla, se puede notar que existe una apelación a la “voluntad del pueblo” o a que “el pueblo merece respuestas” contra la inseguridad, la criminalidad, el narcotráfico, el crimen organizado o la reincidencia. Este discurso integra los elementos ya citados en el sentido de que crea una urgencia en los sectores mayoritarios de la población, los cuales exigen mayores castigos, más rapidez en estos y menos garantías para los infractores. Sería redundar señalar ya todo lo dicho en este tema, baste con decir que la ley aprobada cumple con el paradigma de populismo punitivo caracterizado.

Capítulo 4

Tesis perdedoras, aplastadas o ignoradas. A manera de epílogo.

4.1 Introducción

La historia, tal y como se le ha concebido tradicionalmente rinde cuenta de los vencedores. Es un paso lineal entre vencedor y vencedor que nos deja las sagas de los que triunfaron. Los perdedores permanecen ocultos a menos de que hayan sido fundamentales para dar mérito al vencedor. Como lo señala Rivera: *“Hay quienes identifican la historia con lo que ha tenido lugar, como una suma de acontecimientos, obviamente contados por quienes han podido hacerlo.”*⁵⁷ Así, se ignora a los perdedores, pero también a los que naufragan en las corrientes de la lucha, a “los otros”, en la conferencia rendida por Raúl Zaffaroni en la Universidad de Barcelona Titulada “Las posibilidades de una Criminología Global”, el jurista argentino daba cuenta de que en toda lucha social siempre están los vencedores, los enemigos y “los otros”, una categoría que queda excluida del conflicto y simplemente es invisibilizada, sin ninguna importancia. De los otros no se escribe, no se habla, no se enseña, viven en el subsuelo de los relatos históricos y hace falta escarbar hasta las profundidades del conflicto para establecer la participación real y las pérdidas que sufren. En un análisis de “Historia oficial”, contada en las agencias de educación formal-escuela, colegio y hasta prensa escrita y televisiva- existen siempre aquellos que quedan al margen y que son apisonados por un relato que no los incluye.

Para incluir a esos grupos en un análisis histórico, como dice Walter Benjamin *“La naturaleza de esa tristeza se hace patente al plantear la cuestión de con quién entra en empatía el historiador historicista. La respuesta es innegable que reza así: con el vencedor. Los respectivos dominadores son los*

⁵⁷ Rivera Beiras, Iñaki (2010). Violencia (estructural), Memoria (colectiva) y Daño (social). Ejes para una Criminología crítica *global*. P.9..

*herederos de todos los que han vencido una vez. La empatía con el vencedor resulta siempre ventajosa para los dominadores de cada momento. Con lo cual decimos lo suficiente al materialista histórico. Quien hasta el día actual se haya llevado la victoria, marcha en el cortejo triunfal en el que los dominadores de hoy pasan sobre los que también hoy yacen en tierra. Como suele ser costumbre, en el cortejo triunfal llevan consigo el botín. Se le designa como bienes de cultura. En el materialista histórico tienen que contar con un espectador distanciado. Ya que los bienes culturales que abarca con la mirada, tienen todos y cada uno un origen que no podrá considerar sin horror. Deben su existencia no sólo al esfuerzo de los grandes genios que los han creado, sino también a la servidumbre anónima de sus contemporáneos. Jamás se da un documento de cultura sin que lo sea a la vez de la barbarie. E igual que él mismo no está libre de barbarie, tampoco lo está el proceso de transmisión en el que pasa de uno a otro. Por eso el materialista histórico se distancia de él en la medida de lo posible. Considera cometido suyo pasarle a la historia el cepillo a contrapelo”.*⁵⁸

Benjamin señalaba que el camino era un análisis materialista histórico, entendiendo cada hecho como un producto de un conflicto y explicitando los perjuicios que suele haber en las interpretaciones tradicionales. No se puede, por supuesto exigir que la historia sea interpretada de modo aséptico, sin subjetividad, como podría exigirlo un positivista, pero sí hacer evidentes y desnudar los prejuicios y preconcepciones que conlleva una interpretación propia. Un análisis histórico desde este punto de vista conllevaría afirmar que se puede hacer historia desde los oprimidos o los vencidos, sin que por ello se afirme- como lo hace la “historia oficial”- que ese es el único punto de vista válido, sino de una manera honesta, desenterrando los puntos de vista, de quienes no vencieron o fueron invisibilizados.

Como segundo punto y siguiendo a Wittgenstein, se debe recordar que a nivel ontológico los hechos son neutros: *“Por ejemplo, si en nuestro libro del mundo leemos la descripción de un asesinato con todos los detalles físicos y*

⁵⁸ Benjamin, Walter. *Tesis acerca de la Filosofía de la Historia*. En: http://www.uv.es/fjhernan/docencia/curs2011_2012/unimajors2011/benjamin_historia.pdf

psicológicos, la mera descripción de estos hechos no encerrará nada que podamos denominar una proposición ética. El asesinato estará en el mismo nivel que cualquier otro acontecimiento como, por ejemplo, la caída de una piedra. Ciertamente, la lectura de esta descripción puede causarnos dolor o rabia o cualquier otra emoción; también podríamos leer acerca del dolor o la rabia que este asesinato ha suscitado entre otra gente que tuvo conocimiento de él, pero serían simplemente hechos, hechos y hechos, y no ética”⁵⁹, por lo que a la hora de analizar un hecho se debe de partir de que ontológicamente tiene una carga neutra y cualquier valoración es cosecha del autor del análisis. Esto no quiere decir que quien analiza la historia deba abstenerse de valorar los hechos, al contrario, un historiador comprometido tiene que pasar más allá del ámbito descriptivo y proponer una crítica y para ello es fundamental que emita un juicio, sin embargo debe tener una visión amplia para saber que su visión no es la única y que su interpretación está sujeta a discusión. Esto llevaría la discusión acerca de los hechos, de los dogmas a las ideas y será la validez de las mismas lo que influiría en la racionalidad de la interpretación, ya que de otro modo la interpretación válida lo sería por el apoyo que tenga de los grupos de poder, volviendo a invisibilizar a grupos importantes.

Así las cosas, un análisis histórico responsable debería tomar en cuenta la naturaleza conflictual de los acontecimientos, la carga neutra de los hechos, los aspectos ignorados o invisibilizados por las agencias oficiales y además proponer una interpretación crítica de los hechos que complemente la parte descriptiva de éstos y enriquezca el análisis. Sobra decir que este análisis propuesto calzaría, a nivel teórico con la propuesta de Benajmin y con el materialismo histórico. Benjamin mismo definía a este tipo de estudio como “memoria”, para contraponerla de la “historia” de las agencias oficiales.

Por supuesto que la criminología, como producto histórico, no debería escapar a un análisis de este tipo. La historia oficial nos ha contado como ha

⁵⁹ Wittgenstein, Ludwig (2012) Conferencia sobre ética. En: www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. p.5.

atravesado diversas rupturas históricas desde el iluminismo y el positivismo, hasta la teoría crítica y la sociología jurídico penal. Sin embargo, este análisis que se propone implicaría que la criminología como objeto de estudio histórico y quienes la utilizan, se plantee de una vez cual es el papel que le ha tocado jugar en la definición de estas colectividades de “vencidos” y “otros”, además de qué culpa ha tenido en la permanencia del discurso histórico oficial.

4.2 Hacia un entendimiento de los derrotados. Parámetros de aceptación de un concepto.

Como se ha venido señalando durante todo el trabajo, el discurso de la flagrancia se ha venido formando desde tiempos inmemoriales y ha establecido desde ese tiempo relaciones de conceptos que en muchas oportunidades son dispares o no coinciden del todo o se apoyan de cuestiones distintas a la flagrancia para su elaboración. Se vio así como se integra el ligamen con delitos contra la propiedad, tan arraigado que ya no se cuestiona, la severidad, el populismo punitivo, la relación con toda la delincuencia, incluso la organizada, con la cual guarda muy pocas semejanzas, el discurso belicista y de cero tolerancia, entre otras. Surge entonces una pregunta: ¿Como es que elementos tan disímiles y contradictorios se pueden amalgamar para construir un discurso exitoso? La respuesta no es para nada sencilla, sin embargo, tomando puntos de análisis anteriormente expuestos, se podría señalar que, en primer lugar, como decía Foucault, no es la coherencia del discurso lo que determina su éxito, sino la capacidad de este de excluir discursos disidentes, esto según este autor se hace de tres formas: *“En una sociedad como la nuestra son bien conocidos los procedimientos de exclusión. El más evidente, y el más familiar también, es lo prohibido. Se sabe que no se tiene derecho a decirlo todo, que no se puede hablar de todo en cualquier circunstancia, que cualquiera, en fin no puede hablar de cualquier cosa. [...] Existe en nuestra sociedad otro principio de exclusión: no se trata ya de una prohibición sino de una separación y un rechazo. Pienso en la oposición razón y locura. Desde la más alejada Edad Media, el loco es aquél*

cuyo discurso no puede circular como el de los otros: llega a suceder que su palabra es considerada como nula y sin valor, no conteniendo ni verdad ni importancia, no pudiendo testimoniar ante la justicia, no pudiendo autenticar una partida o un contrato, no pudiendo ni siquiera, en el sacrificio de la misa, permitir la transubstanciación y hacer del pan un cuerpo; en cambio suele ocurrir también que se le confiere, opuestamente a cualquier otra, extraños poderes, como el de enunciar una verdad oculta, el de predecir el porvenir, el de ver en su plena ingenuidad lo que la sabiduría de los otros no puede percibir. [...] Quizás es un tanto aventurado considerar la oposición entre lo verdadero y lo falso como un tercer sistema de exclusión, junto a aquéllos de los que acabo de hablar. ¿Cómo van a poder compararse razonablemente la coacción de la verdad con separaciones como éstas, separaciones que son arbitrarias desde el comienzo o que cuando metías se organizan en torno a contingencias históricas; que no sólo son modificables sino que están en perpetuo desplazamiento; que están sostenidas por todo un sistema de instituciones que las imponen y las acompañan en su vigencia y que finalmente no se ejercen sin coacción y sin una cierta violencia?" ⁶⁰. Sin embargo, ninguna de estas formas se puede entender sin la intervención del elemento poder. Al final de cuentas, si bien el discurso requiere una coherencia mínima para no resultar groseramente absurdo, lo importante es que exista suficiente poder como para mantenerlo. Funciona aquí lo que se señala acerca de la disidencia, si esta fortalece el discurso se absorbe y modifica, si no, se excluye, ignora o ridiculiza. Esta elaboración podría ser profundizada, pero brinda elementos para comprender por qué el discurso se nutre de elementos disímiles y hasta incoherentes, al tiempo que rechaza discusiones que pueden darle coherencia y consistencia lógica.

Estas estrategias de autodefensa del discurso se pueden apreciar en el transcurso de la aprobación de la ley y durante la implementación del procedimiento expedito de flagrancia. Si bien no es el propósito primigenio de este trabajo, se cree conveniente dar algunos ejemplos de propuestas, críticas y

⁶⁰ Foucault (1992). op.cit. pp. 7-8.

disidencias que surgieron a raíz del proyecto y de la ley y que no fueron tomadas en cuenta o fueron ridiculizadas de alguna forma. No se dará, por supuesto, un catálogo extensivo de todas las propuestas disidentes, sino ejemplificar como el mismo discurso y sus defensores excluyen la disidencia o finalmente la absorben. No se trata de hacer un catálogo exhaustivo de posiciones disidentes, sino de dar algún testimonio de oposición al proyecto, aunque esta haya sido aplastada posteriormente.

En el momento de la discusión legislativa en la comisión se pide, de manera preceptiva, la opinión de la Defensa Pública acerca de la primera elaboración del proyecto. Dicho ente emite un informe acerca de la presentación del proyecto y genera una serie de propuestas, que dicho sea de paso, no fueron discutidas en ningún momento en la Asamblea. También advierte acerca del avance del punitivismo en el país. Este documento fue entregado en la Comisión en fecha 20 de junio del 2008, como parte del proceso de consulta realizada por la Asamblea Legislativa, encontrándose a partir del folio 700 del expediente. Dentro de sus elementos más salientes se encuentra una advertencia acerca de las incoherencias de la justificación del proyecto de ley que ya se han señalado en el segundo capítulo de este trabajo, acerca de este punto señala: *“De tal forma que la inseguridad ciudadana no es causada por un solo factor, sino por la convergencia de situaciones de intensa vulnerabilidad humana y social. Así, es posible construir una sociedad más segura si se atiende las formas de vulnerabilidad social en que proliferan la violencia y el despojo, y se fortalecen los mecanismos colectivos de protección y la capacidad de las personas para activarlos”*.⁶¹ Esto en razón de que en la primera justificación del proyecto se señalan factores del incremento de la criminalidad como problemas en la educación, las aglomeraciones urbanas y el detrimento de las políticas sociales.

61 Defensa Pública de Costa Rica (2008). *Ley de fortalecimiento de la seguridad ciudadana. Recomendaciones y Propuestas*. En: Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). *Expediente 16793. Ley de Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana*. En: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/336/Expediente%2016973.pdf. pp. 700.

Seguidamente y dentro del mismo documento se señala que no ha existido una discusión reposada acerca del tema de la inseguridad ciudadana, señalando lo siguiente: “ *En el clima donde se ha potencializado la inseguridad ciudadana, lamentablemente se lanzan opiniones y proyectos al calor de estas situaciones, en cambio se debe de dar una correcta política criminal y un estudio pormenorizado y reposado de todos los operadores y expertos del sistema, teniendo como objetivo que el aumento de las penas, la cero tolerancia, la expansión indiscriminada del derecho penal, no son las respuestas para disminuir la criminalidad, sino factores que potencian la violencia y generan inseguridad jurídica.*”⁶² Como ya se ha puntualizado, no se ha tomado en cuenta las causas de la delincuencia o de la criminalidad y se adoptan soluciones apresuradas, políticamente calculadas y populistas en momentos en que con mayor necesidad se requieren soluciones reposadas y a largo plazo.

Por último, se señala en este documento que existe una incoherencia en la racionalización de las diferentes leyes, ya que se usa la misma justificación para proyectos que tienen poco que ver entre sí. Al respecto se manifiesta: “ *Además, el proyecto contiene una serie de reformas que no están relacionadas con la motivación que se ha expuesto. Pues se ha aprovechado la coyuntura para promover legislación que no está en lo absoluto relacionada con el tema de la seguridad ciudadana.*”⁶³ Ya se había puesto atención al aspecto de que es la misma fundamentación discursiva la que se utiliza y publicita para aprobar dos cosas tan disímiles como el crimen organizado y la flagrancia, sin embargo el proyecto contiene disposiciones migratorias, de organización comunal y de otras naturalezas que no coincidirían entre sí ni con la justificación dada, basada en el auge y la elaboración de la delincuencia organizada. Con respecto a este documento, no se corroboró, de ninguna forma la presencia de algún personero de la Defensa Pública en la discusión del proyecto, tampoco se tomó en cuenta este documento para una discusión reposada sobre el tema.

62 Defensa Pública de Costa Rica (2008). op.cit. pp 702.

63 Defensa Pública de Costa Rica (2008). op.cit. pp 703.

Al margen de este aspecto, en el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia en sesión 02-2009 del 19 de enero del 2009, el Magistrado José Manuel Arroyo hace serias advertencias, se transcribe un extracto largo de la alocución, el cuál desarrolla temas interesantes: *“La segunda cuestión que quiero aclarar es que a finales del año 2007 en el marco de las reuniones de alto nivel, que han sido así llamadas por iniciativa del Ejecutivo, se planteó la posibilidad de financiar con recursos extraordinarios un programa de fragancia, fue ahí donde en primer lugar se habló del tema, ese tema fue traído a Corte por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se discutió lo que tuvo que discutirse, se aprobó y se empezó a organizar entre febrero del 2008 y octubre del 2008 todo lo que significó echar adelante un proyecto complejo como este. El mérito que tiene este proyecto pasa por los jueces penales, los jueces de juicio, los fiscales y los defensores públicos que han mostrado en la aplicación de este programa una entrega, una mística y una dedicación que rara vez he visto yo en el Poder Judicial. Es cierto que el proyecto ha sido exitoso y por eso ahora hay más de un papá y una mamá reclamando la paternidad del asunto, pero eso es absolutamente intrascendente, lo importante es que el proyecto ha sido puesto en marcha y que efectivamente está funcionando bien, pero para ser absolutamente honesto con todas ustedes y todos ustedes, no hay que hacerse ilusiones; ya el Magistrado Cruz en el debate anterior que tuvimos sobre este tema advirtió que el tema de la violencia social y de la violencia criminal tiene que tener estrategias de políticas públicas preventivas que no existen en este momento, y cuando digo que no hay que hacerse ilusiones es porque por muy bien que hagamos estas cosas y por mucha gente que encerremos y que finalmente la prensa nos de una palmada en la espalda y nos diga “que bien que lo están haciendo muchachos”, es una vía que tiene límites objetivos, tampoco el país puede apostar a encerrar marginalidad social y a encerrar a todo el que no quepa en el barco o no se sienta a la mesa del reparto social. Hay en esto que ser muy claros con el país y con todos, la iniciativa del programa de fragancias tiene limitaciones estructurales como cualquier*

propuesta que pretenda resolver el problema de la violencia social a través de la instancia judicial, y en eso yo estoy totalmente claro. ¿Que esto le quita prestigio, influencia o votos a la iniciativa?, despreocúpense por eso, haremos el mejor de los esfuerzos como lo está haciendo un montón de gente para que esto sea exitoso, pero por favor, no nos hagamos falsas ilusiones y expectativas. Por esa razón es que en el equilibrio de los derechos y de las garantías de las personas no hay que dismantelar el sistema de garantías y libertades sociales, hay que procurar dar una respuesta sí a lo que tenga que darse, pero no manoseemos indebidamente los principios, las libertades y las garantías que un régimen de derecho establece. Yo creo que esta propuesta se excede haciendo excepciones a los principios generales que informan el proceso penal, lo digo de la manera más clara posible –repito- yo sé que estamos pasando por una época difícil, de gran conmoción y alarma social pero eso no nos puede llevar a creer, a salir en carrera como bomberos haciendo excepciones a los principios y a las leyes que son la base del estado de derecho y decir que con estas reformas legales vamos a resolver el problema de la violencia social y criminal. Me parece importante que esto quede en actas porque ahora podemos hacer o no, podemos equivocarnos o no pero el día de mañana vamos a ser vistos claramente con que acierto o desacierto tomamos las decisiones del caso. Asómense sólo a Guatemala, al Salvador, a Honduras, asomémonos a ellos, hace veinte años están haciendo esto mismo dismantelando el estado de derecho, ¿con qué resultados?, con los que están a la vista, cada vez más violencia social, cada vez más marginalidad que se pretende controlar a través del sistema penal y cada vez más perdidos en las soluciones que puedan tener. De manera que yo quisiera dado que todas las cartas están sobre la mesa, hablar en conciencia y con la mayor convicción posible, no sigamos dismantelando el estado de derecho, repito, mi esperanza es que aquí donde hemos advertido roces de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional de este país repare en esa experiencia que hay en otros países, repare en las consecuencias negativas que pueden tener algunas de estas medidas y no nos equivoquemos ya como nación, ya como pueblo en dar las respuestas

adecuadas. En la última sesión de este ámbito de trabajo que se ha llamado Comisión de Alto Nivel quedaron varias cosas claras, primero, no es posible seguir aprobando proyectos de ley sin fuentes de financiamiento claramente establecidos, y segundo, este país requiere de políticas públicas preventivas, ¿vamos a resolver el problema de los crackeros y de la incidencia que eso tiene en la paz social en los delitos contra la propiedad con prisión preventiva y con cárcel?, vieran que esa es una ilusión, eso es un espejismo del que nosotros tenemos que tomar nota, habrá necesidad de una política pública que recoja a los chiquitos que venden chucherías debajo de los semáforos, que los mande a la escuela, que completen la secundaria, porque en este país no llega al 40% los muchachos que terminan secundaria, ¿cuál es la política pública que los está reclutando para la escuela y para el trabajo, ¿dónde está?, ¿qué queremos de esos muchachos entre 12 y 18 años?, bueno, las opciones que están teniendo son la droga y la delincuencia, ¿y vamos a tener un superprograma de flagrancia dentro de cinco o diez años para resolver ese problema?. Por favor compañeros y compañeras estas observaciones sí tienen esa ideología detrás, y yo no la puedo evitar expresar con toda claridad en este recinto, podemos seguir enmendando el Código Procesal Penal pero eso es una ilusión, eso es un espejismo, estamos desmantelando, estamos cortando la rama en la que estamos sentados.”⁶⁴ A pesar de que el Magistrado Arroyo es uno de los principales defensores del proyecto de un proceso especializado de flagrancia, la advertencia es clara. Como ya se ha señalado, es un proceso diseñado especialmente para criminalizar la marginalidad, la torpeza y la exclusión social, que reformula garantías constitucionales de corte rígido- basta con ver la reformulación de los principios de defensa y de inocencia que realizan algunos de sus defensores-, que desmantela de alguna forma el aparato de derecho democrático que aún tiene Costa Rica. También advierte sobre el papel de la prensa y la política en la aprobación de la ley y de la exigencia de los resultados (condenas) a la cuál se somete al Poder Judicial y a los jueces. Una parte

64 Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica (2009). *Acta de la sesión de Corte Plena 02-2009 del 19 de enero del 2009*. En: <http://www.poder-judicial.go.cr/secretariacorte/index.php/actascorte2009>. pp. 127.

importante, ya mencionada y recurrente en el tema es que las posibles causas de este supuesto auge en la delincuencia se han identificado y que no existe una elaboración de fondo para abordar la mayoría de ellos. No hay mucho más que señalar con respecto a esta alocución, únicamente se dirá, para cerrar, que este discurso no es excluido en sentido estricto, ya que si fue parcialmente tomado en cuenta para suavizar las elaboraciones draconianas que contenía el primer proyecto. En cierto sentido esto es un ejemplo claro de absorción de la disidencia, para acallar voces que puedan interrumpir el avance del proyecto.

Por otra parte, para ser tomado en cuenta es el denominado “Foro sobre Seguridad Ciudadana”, promovido por el INCAE (Instituto Centroamericano de Administración de Empresas) Business School, donde se dan algunas participaciones interesantes acerca del tema. Antes de señalar someramente algunas, se dirá que el resultado de este foro fue remitido por el Instituto a la discusión de la Comisión Legislativa, siendo tomado en cuenta de manera mínima. En un primer momento se da la palabra al Doctor Bernardo Kilksberg⁶⁵, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que se refirió a algunos mitos acerca de la seguridad ciudadana, entre los cuales citó cuatro: Primero: *“El problema es policial”*, sobre esto señala que se ha tenido la concepción de que más policía soluciona la delincuencia; segundo: *“Los países desarrollados han usado mano dura”*, los países que lo han hecho, como Estados Unidos, tienen un mayor índice de criminalidad; tercero: *“las causas de la delincuencia juvenil son misteriosas”*, la marginación, falta de oportunidades de empleo y educación y la cultura de consumo pueden citarse como algunas causas de ésta; cuarto: *“ El enfoque integral solo produce resultados a largo plazo”*, pone énfasis en una política criminal que debe de quedar en segundo plano de la social, brindando oportunidades a las personas y fortaleciendo los lazos comunitarios, lo cual daría resultados relativamente rápidos y más duraderos. El énfasis de esta participación gira en torno a la marginación y la

65 Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). op cit.. pp.1215-1217.

falta de oportunidades como causas de la delincuencia, por lo que las soluciones deben de ser integrales y no enfocadas únicamente a la represión y el castigo.

Por su parte, Elias Carranza del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito destacó principalmente dos cosas: primero que *“En el caso costarricense los homicidios han subido en línea ascendente en correlación con la inequidad. En los países donde hay más justicia social, hay menos violencia.”*⁶⁶ También señala la importancia de una prensa equilibrada y objetiva y pone el ejemplo de la delincuencia realizada por menores de edad y su incidencia en la percepción popular de inseguridad producto de la sobreexposición de los delitos cometidos por ese tipo de personas en relación con el porcentaje real dentro de todos los casos llegados al ámbito jurisdiccional que es ínfimo. Cabe señalar que el INCAE es un instituto dedicado a los negocios, por lo tanto el foro tiene en su trasfondo la preocupación de los grupos empresariales por la afectación que causa la delincuencia en la capacidad de hacer negocios. Abundaron en ese foro las propuestas empresariales o actuariales de gerencializar más la policía e implementar parámetros de eficiencia en los juzgados entre otras semejantes, por lo que el Foro resultó ser una suerte de Babel, donde las propuestas fueron tan variadas como los intereses de quienes participaban.

Por último, y respecto a los resultados que el procedimiento de flagrancia tiende a producir, se citará a la autora Marta Iris Muñoz Cascante en el sentido de que *“En la actualidad este procedimiento se ha convertido en una maquila de condenatorias. Es un procedimiento que lejos de introducir las mismas garantías del proceso penal ordinario, viola la garantía de la persona acusada y su defensor o defensora de ejercer la defensa con plenitud y en concordancia a los principios constitucionales del artículo 39 y 41, propios de un Estado Democrático de Derecho.”*⁶⁷ Es claro que se sigue produciendo doctrina con

66 Asamblea Legislativa, Autor Corporativo (2008). op cit., pp.1232.

67 Muñoz Cascante, Marta Iris (2014). *El procedimiento expedito de Tramitación de delitos en Flagrancia: Orígenes, Aspectos procesales y vulneración de los Derechos Fundamentales*. En: Sánchez Delgado, Daniel (2014) *Procedimiento de Flagrancia. Temas de Actualidad. Primera parte*. San José,

respecto a estos temas, pero no se puede decir que su difusión sea tan exitosa o comprensible como una sábana cubierta de sangre, las cifras de aumento de la delincuencia, y el llanto de una víctima. Esta es una de las razones por las cuales se trata en este trabajo de exponer el origen, la estructura y los componentes de este proceso, para desmistificarlo y por lo menos, crear la duda acerca de su coherencia y sus fines.

Conclusiones

Como primer punto saliente en el transcurso de la investigación se puede señalar que la construcción del discurso de la flagrancia tiene orígenes atávicos, que se pierden en el tiempo y que, en parte originan ligámenes poco racionales o desfasados que permanecen en su integración, tal es el ligamen con los delitos contra la propiedad o la severidad con la que son juzgados socialmente. Sin embargo, a pesar de esos ligámenes que se mantienen inadvertidos y muchas veces incuestionados, la mayoría del tiempo las agencias oficiales se valen de este discurso para integrar nuevas políticas. En este sentido ese viejo discurso de la flagrancia nunca ha pasado de moda y más bien esos ligámenes lo fortalecen. Al asociar directamente esos elementos, se puede extender el ámbito del castigo por medio de la legitimidad que se alcanza debido a la “popularidad de estos delitos”.

En segundo lugar, se destaca la naturaleza “viva” de la construcción del discurso y cómo este se reconstruye y reformula al cambiar las condiciones materiales de vida. Como agrega elementos a conveniencia al tiempo que mantiene sus viejas raíces para pasar por ahistórico y perenne. A esto se le debe de agregar el elemento del poder que extiende sus tentáculos de varias maneras para lograr formulaciones exitosas aún en medio de la incoherencia. La contradicción y la irracionalidad. En el caso específico del discurso de la flagrancia, basta con ver como se reformulan a conveniencia y sin ningún escrúpulo principios como el de inocencia, el de defensa, el de justicia pronta y el de proporcionalidad.

Es importante señalar en este momento que acerca de la jurisprudencia, aplicación, garantías, constitucionalidad y funcionamiento del procedimiento de flagrancia existen trabajos realmente informativos tanto criticándolo como apoyándolo. No era el propósito de este trabajo establecer un estudio de este

tipo, sino más bien analizar los elementos del discurso que formaron este proceso para ver como estaba compuesto. En este sentido el estudio que se propone se parece al trabajo de un mecánico poco hábil, que una vez que ha desarmado el carro y ha visto como funcionan cada una de sus partes por separado, no se le ocurre la manera de armarlo de nuevo. Tampoco es este un análisis absoluto, como todo trabajo de este tipo está visto con los ojos del autor, se tiene claro que podría haber múltiples interpretaciones en torno al tema, pero los elementos destacados son los que más llamaron la atención por sus características particulares. Es claro que el tema podría discutirse aún más, pero también que con las herramientas metodológicas utilizadas, las inconsistencias encontradas pueden llamar la atención acerca de un problema más estructural que interpretativo, máxime que se han tomado los elementos de primera mano, lo que permite un análisis más crudo de la situación.

Con respecto a las críticas que se realizan, las mismas derivan de la propia estructura del discurso casi exclusivamente y en menor medida de su aplicación y sus resultados. En ese sentido se ha evitado en lo posible utilizar cifras, gráficos o datos de criminalización secundaria en el sentido de que el trabajo no pretende ser un análisis cuantitativo. Por supuesto, muchos elementos del discurso refieren a números y estadísticas, las cuales se han utilizado únicamente para determinar si el discurso recurre a datos verdaderos y analizados reposadamente. Por ejemplo, cuando se critica, por ejemplo el concepto de demora de los procesos judiciales para convencer de que se necesita un proceso rápido, también se señala el carácter emotivo de este elemento y que muchas veces este se ve relacionado con un relajamiento de garantías democráticas, juicios sumarios y encarcelamientos preventivos en masa, sin tomar en cuenta otros factores. Es claro que nadie puede estar de acuerdo con procesos judiciales eternos y extenuantes, pero eso no puede ser un factor para pretender dismantelar el Estado Democrático de Derecho. Lo mismo ocurre con la posición de las víctimas y sus allegados. Por supuesto que es horrible enfrentar delitos, sobre todo si son violentos, sin embargo, no se

debe recurrir a la simpatía con las víctimas para generalizar con respecto a la criminalidad violenta, no todos los delitos lo son y pretender construir política criminal desde ese mito genera grandes contradicciones sociales. Se debe de partir de que no hay una contradicción entre “víctimas” y “delincuentes” como si fueran categorías absolutas y que defender las garantías de unos no es relajar o quitarle garantías a los otros, esta división falsa y maniquea del tema criminal favorece sólo a quienes desean legitimarse fácilmente sin solucionar de ninguna forma el problema de fondo.

El papel de la prensa y la ciudadanía se ha analizado también en el sentido de encontrar precisamente esa lógica de magnificación del delito. Se ha deconstruido de alguna forma, los parámetros bajo los cuales actúa esa lógica de exigencia de “mano dura” y de “procesos rápidos”. Otra vez surge el elemento del poder, se filtra a cuentagotas la información accesible, se utilizan “expertos” con opiniones que se pasan como “La Verdad” y no se fomenta la investigación de esos temas de interés. Así la información llega a la gente masticada, digerida y casi excretada en contenidos emotivos, de fácil comprensión y tendenciosos, los cuales generan, como siempre en esos casos, una masa de opiniones iguales. Además se azuza a la “opinión pública” con temas relacionados tangencialmente con la materia, pero que no constituyen el núcleo de esta. Por ejemplo, en un telenoticiero se muestra una noticia acerca de los salarios de algunos empleados públicos (entre ellos jueces y fiscales) seguida por la noticia de un delito violento cometido, después se da una nota de treinta segundos acerca de un juez que liberó a alguna persona acusada de cualquier delito. La ecuación es sencilla y efectiva, gasto en jueces, delito violento, labor impopular. Las quejas y exigencias entonces son más airadas y generan una mayor urgencia en los sectores políticos para evitar deslegitimación.

Por último, se resalta la influencia del paradigma neoliberal en la forma actual del discurso de la flagrantia. En este sentido se inserta un lenguaje

empresarial, propio de la administración de negocios y de la economía en el discurso penal y en la aplicación y distribución de las sanciones, se habla de eficiencia, de eficacia, de riesgo, de gerencialidad y otros términos que se extraen del buen desarrollo de las empresas capitalistas. Este discurso funciona para darle legitimidad a los paradigmas represivos, ya que serán más eficientes quienes apliquen de una manera mayor y más rápida las sanciones penales, pero también liga la administración de justicia penal a fines económicos, es decir, es mejor el sistema penal que mejor proteja los fines de acumulación de capital de sus ciudadanos más poderosos. Esto, por supuesto, ameritaría otro estudio, pero lo importante es que se inserta de manera exitosa en el discurso de la flagrantia.

A ese respecto, se puede señalar que este ligamen establece el procedimiento de flagrantia como una “profecía autocumplida”, ya que está diseñado en un principio para salvar la propiedad y la vida de las personas que tienen capital o poder adquisitivo criminalizando a los sectores excluidos de esta distribución reglada de los bienes, es precisamente por esta razón que se liga el procedimiento desde un principio y sin tapujos a los delitos contra la propiedad, recurriendo al aumento excesivo de esta delincuencia y a la afectación que estos producen en el sistema económico. Pero existe algo más perverso en esta dinámica: como se señaló, por lo menos en Costa Rica se comienza a hablar de aumento de la criminalidad y de “inseguridad ciudadana” más o menos después de la instauración de un modelo de Estado neoliberal y de la cristalización de sus políticas, en el presente estudio se ha mencionado el hecho de que es desde mediados de los años ochenta del siglo XX que se incrementan las políticas neoliberales de desregulación y favorecimiento a los negocios, creando un desmantelamiento del sector agrario y produciendo migraciones hacia las zonas urbanas, dejando al desnudo las desigualdades propias del sistema y producidas por este, las cuales se tratan de disolver mediante el castigo a las personas que han quedado marginadas de esta dinámica. Es decir, el sistema produce una marginalidad que trata de ser frenada mediante el castigo. Es

evidente que dentro del neoliberalismo se considera que las políticas públicas y la inversión social son asistencialismo que genera distorsiones en los “buenos negocios” y en la facultad de acrecentar capital, por lo tanto se pide menos influencia del Estado en la distribución de la riqueza, sin embargo, a la hora de la protección de los botines de ese capitalismo salvaje y poco regulado, se solicitan más leyes y más intervención del Estado para anular ese riesgo entre los sectores ganadores. Es así como surgen iniciativas como las de este procedimiento de flagrancia, las cuales lejos de tratar de solucionar los problemas de la marginación, la pobreza, el desempleo, los bajísimos salarios y el hacinamiento urbano, se dedican a castigar a los pobres, los torpes, los mal preparados o lo suficientemente groseros para caer en las redes de la criminalización. Por lo tanto, el éxito de este programa, bajo los parámetros señalados estaba garantizado desde el principio.

Bibliografía

Anitua, Gabriel Ignacio (2015). *Seguridad insegura. El concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico*. En: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30817.pdf>.

Anitua. Iñaki (2015) *El concepto jurídico de seguridad humana contra el discurso bélico*. En: <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-05/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-01/obligatorias/1.pdf>

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Autor Corporativo (2008). *Expediente 16793. Ley de Fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana*. En: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/List/Formule%20su%20pregunta/Attachments/336/Expediente%2016973.pdf

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2001). Reglamento de la Asamblea Legislativa: Con Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José. IJSA.

Benjamin, Walter(2014). *Tesis acerca de la Filosofía de la Historia*. En: http://www.uv.es/fjhernan/docencia/curs2011_2012/unimajors2011/benjamin_historia.pdf

Bobbio, Norberto(1979) *Dizionario di Politica*. Milán, TEA

Burgos Mata, Álvaro. (2006). *Sistemas procesales y proceso penal. El caso de Costa Rica*. (G. Malavassi Vargas, Ed.) En: Sitio web de la Universidad Autónoma de Centro América, <http://www.uaca.ac.cr/actas/2006/Acta38/juridica/Sistemasprocesales.pdf>

Camacho Naranjo, Luis (2002). *Introducción a la Lógica*. San José. Editorial Libro Universitario Regional.

Chinchilla Calderón, Rosaura (Coordinadora) (2012) *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Análisis de los recientes cambios normativos*. Investigaciones Jurídicas, San José.

Corte Suprema de Justicia (2008). *Acta de sesión de Corte Plena 33-2008, del 29 de septiembre del 2008*. En: <http://www.poder-judicial.go.cr/secretariacorte/index.php/actascorte2008>.

Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica (2009). *Acta de la sesión de Corte Plena 02-2009 del 19 de enero del 2009*. En: <http://www.poder-judicial.go.cr/secretariacorte/index.php/actascorte2009>.

Delgado, Ivannia y Araya, Alfredo. (2012). *Procedimiento de flagrancias en Costa Rica. Surgimiento, procedimiento y críticas*. San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Foucault, Michel. (1992). *El Orden del discurso*. Buenos Aires, Tusquets Editores

Foucault, Michel. *La arqueología del saber*. Ciudad de México, Ediciones Siglo XXI.

Foucault, Michel (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Argentina. Siglo XXI Editores .

García Bores, Josep (1995). *Severidad social a través de la voluntad punitiva*. En: E. Garrido y C. Herrero, compiladores: *Psicología política, Jurídica y ambiental*. Salamanca; Eudema.

Hayek Friedrich (2008). *Camino de servidumbre*.
En: <http://www.elcato.org/sites/default/files/camino-de-servidumbre-libro-electronico.pdf>.

Jiménez Matarrita, Alexander (2002). *El imposible país de los filósofos*. San José, Ediciones Perro Azul.

Larrauri Pijoán, Elena (2009). *La economía política del castigo*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología núm. 11-06, p. 06:1- 06:22. En Internet : <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>

Molina Jiménez, Ivan (2002). *Costarricense por dicha. Identidad Nacional y cambio cultural en Costa Rica*. San Pedro de Montes de Oca, Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Monge Herrera, Vivian (2012) *La constitucionalidad del proceso de flagrancia*. Tesis para optar por el Grado de Licenciada en Derecho. San Pedro de Montes de Oca

Nietzsche, Friedrich. (2001). *Genealogía de la Moral*. EditorialXXXXX,

Real Academia Española de la Lengua (2015). “*Diccionario de la lengua. Edición del Tricentenario*”, en die.rae.es, consultado el 16 de febrero del 2016.

Rivera Beiras, Iñaki. (2006) *contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona, Anthropos.

Rivera Beiras, Iñaki (2010). *Violencia (estructural), Memoria (colectiva) y Daño (social). Ejes para una Criminología crítica global*.

Rivera Beiras, Iñaki. (2005) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, Anthropos.

Sánchez Delgado, Daniel (2014) *Procedimiento de Flagrancia. Temas de Actualidad. Primera parte*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas

Sánchez Delgado, Daniel (2015) *Procedimiento de Flagrancia. Temas de Actualidad. Segunda parte*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas.

Vargas Quirós, Hugo (2011). *Como incide la Teoría del Derecho Penal del Enemigo en el Procedimiento de Flagrancias en Costa Rica*. Trabajo Final de Graduación para optar por el título de master en Administración de Justicia.

Wittgenstein, Ludwig (2012) Conferencia sobre ética. En: www.philosophia.cl / *Escuela de Filosofía Universidad ARCIS*

Zaffaroni, Raúl (2001). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, EDIAR.