

## POLÍTICA CRIMINAL, RIESGO E INSEGURIDAD. UN ANÁLISIS EN LAS ANTÍPODAS DEL DERECHO PENAL MODERNO<sup>631</sup>.

*ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ*

*Profesor de la Maestría en Ciencias Penales*

*Universidad de Costa Rica<sup>632</sup>*

Recibido el 28 de septiembre de 2011.

Aceptado el 16 de noviembre de 2011.

**RESUMEN.** Una política criminal democrática debería de ser punto de unión de diversos principios constitucionales, principalmente, del principio de protección de la dignidad humana, no sólo de víctimas y victimarios sino también de todos aquellos que tienen algún contacto con la justicia penal. Debe actuar conforme a los principios de ultima ratio y de proporcionalidad, no pudiendo comprometerse con un aumento del “Estado Policial”.

**PALABRAS CLAVE.** Política criminal, riesgo, inseguridad, Derecho Penal Moderno.

**ABSTRACT:** A criminal democratic policy should be point of junction of several constitutional principles, especially of protection of human dignity principle, not only of victims and perpetrators, but also all of those who have some sort of contact with the criminal justice system. They must act accordingly to the proportionality and ultima ratio principles, never committing with an increase of the "Police State".

**KEY WORDS:** Criminal policy, risk, insecurity, modern criminal law.

---

<sup>631</sup> Ponencia presentada al Segundo Seminario: “Proyección del Pensamiento del Maestro Alessandro Baratta. Seguridad y Democracia: Políticas Públicas de Seguridad y Democracia”, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2011, San José, Costa Rica.

<sup>632</sup> Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica y Juez del Tribunal de Casación del II Circuito Judicial de San José.

## **1. EL DERECHO PENAL MODERNO FRENTE A LOS ESCENARIOS DEL RIESGO**

La sola enunciación del constructo “derecho penal moderno” evoca la idea de que estamos hablando de algo novedoso, acorde con los tiempos, incluso deseable y, por qué no, de una meta a la que debería aspirarse para alcanzar cotas más altas de eficiencia en las operaciones del sistema de justicia penal, en su afán de atender los compromisos más urgentes en la consolidación de una vida de convivencia más segura, más cierta, más predeterminable. En suma, la apelación al “derecho penal moderno” podría funcionar, entonces, como una alusión al camino necesario y obligado de un derecho comprometido con las exigencias del presente y, por qué no, con las del futuro.

Acercarse de esa manera a la idea del derecho penal “moderno” implica entonces aceptar, en principio, que lo “moderno” alude a algo que sin duda tiene que ver con los tiempos que corren, con las circunstancias que agobian al mundo y que promete, hay que decirlo, respuesta a esos retos y circunstancias problemáticas que aquejan a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, este acercamiento es peligroso porque oculta la dosis de crítica que un concepto como este merece, no tanto en sus prometidos efectos de seguridad, que pueden ser deseables e incluso obligados en la coyuntura presente, sino en cuanto al método de su consecución, esto es, en la forma en que estarían predichos los caminos para realizar esa aspiración de certeza, de eliminación o reducción de riesgos y peligros, y de una sociedad menos convulsa y menos aquejada por los miedos cervales a la incertidumbre.

Bajo el título de “derecho penal moderno”, sin embargo, se han ido acumulando diversos temas, los cuales van desde la así denominada “flexibilización del derecho penal” en campos tan diversos como el tema del combate del narcotráfico y de la criminalidad organizada, hasta la problemática diversa proveniente de los grandes escándalos por estafas y fraudes de carácter económico o los impactos de la criminalidad ambiental. Estos escenarios criminales ofrecen diversos problemas a la dogmática penal, que han venido siendo planteados por autores que ofrecen un catálogo bastante abierto de soluciones, algunas de ellas incompatibles con un ideario

garantista o al menos con una perspectiva de derecho penal liberal. Es así que los denominados delitos “cumulativos”<sup>633</sup> o la protección de bienes jurídicos en la esfera contingente de la lesión, hasta las decisiones político criminales para relativizar los criterios de imputación, ya forman parte de las modernas tendencias del derecho penal, pero no habían recibido un tratamiento unitario que les diera por lo menos un carácter clasificatorio que permitiera entender sus consecuencias más claramente.

Hassemer, a quien debemos los estudios más pormenorizados sobre este concepto, ya ha indicado que vivimos una “nueva dialéctica de la ilustración”, en referencia de continuidad con el famoso ensayo del mismo título de Max Horkheimer y Teodoro Adorno. En ese trabajo, estos representantes de la Escuela filosófica de Frankfurt, reflexionaban acerca de la razón por la cual la humanidad, en lugar de entrar en un nuevo periodo de racionalidad desembocó en un verdadero estado de barbarie manifestado, entre otros horrores, en el Holocausto.

También el uso de la ciencia para producir armas de destrucción masiva, el bombardeo atómico sobre Nagasaki e Hiroshima, así como el uso de la ciencia en el régimen nazi para buscar la raza perfecta y como herramienta para cumplir cualquier fin señalado por la política, hicieron necesario pensar en medios de sujetar a ciencia y a la técnica a criterios éticos, que preservaran a la humanidad de volver a cometer las tremendas violaciones a la dignidad humana que se vivieron durante la Segunda Guerra Mundial. Según la tesis expresada por estos autores, el fracaso de la Ilustración puede ser referido al tipo de razón instrumental que utilizaba. Mientras se intentaba

---

<sup>633</sup> Se trata de un concepto elaborado por Kuhlen (GA 1986, pp. 289, 399 y ss.), que en su primera versión fue aplicado a los delitos medioambientales. Sin embargo, el concepto de delitos “cumulativos” ya resuena en otros ámbitos de la legislación penal, principalmente en el campo de la protección de intereses colectivos. Bajo este tipo de conductas penales se espera cubrir todo aquél tipo de comportamiento humano que visto en su consideración particular sería nimio o sin importancia o, finalmente, solo perseguible cuando alcance algún tipo de daño concreto, pero que, no obstante esa consideración particular, debe ser punido porque si un grupo importante de personas realiza tal comportamiento podría causar un grave daño al bien jurídico penalmente tutelado. Como puede verse, la razón del castigo de estas conductas no deriva de que se haya cometido ese conjunto de acciones penales prohibidas, de parte de un grupo importante de personas, sino que se castiga la acción en su individualidad en la pretensión de evitar las acciones que, acumuladas, generarían el daño importante al bien jurídico. Esta forma de considerar el castigo penal sin duda lleva a la pregunta, fundamental, de si se puede legítimamente justificar la pena en esos casos individuales donde aun no ha sucedido la “acumulación” solo para evitar que se produzca.

decir que había hecho de la “Razón” el punto de toque para generar un desencantamiento del mundo de la vida, es decir un dominio de lo natural y hasta del ser humano mismo, se había convertido dicha “Razón” en una mitología. Es por ello que la “Razón” a la que remite la Ilustración, es desde el punto de vista de Hokheimer instrumental y subjetiva. Para Adorno sería subjetiva o identificadora, o también unidimensional en el sentido de Marcuse<sup>634</sup>. Habermas, representante más reciente de la Escuela de Frankfurt, prefiere hablar de una racionalidad instrumental y estratégica. Sin embargo, todos los autores citados coinciden en que esa racionalidad desea un dominio de la naturaleza, un desencantamiento de sus secretos en la búsqueda de la autoconservación. No obstante, esta racionalidad subjetiva que construye el hombre tiene que ver solo con los medios y no con los fines, lo que implica que como todo queda en un cómo y no un hacia dónde, cualquier cosa resulta adecuada, cualquier método es aceptable, ya que su escogencia es plenamente irracional. Por ello, la razón subjetiva, carente de fines por considerarlos indiferentes, ha conducido a la humanidad a un verdadero estado de barbarie.

La dominación de la naturaleza es un fin en sí mismo, y cualquier método para alcanzarlo resulta aceptable. Hokheimer indicó que el olvido de la Ilustración consistió en dejar de lado la racionalidad objetiva, la cual pudo haber contribuido a generar fines deseables. Esta opinión la corregiría después postulando que también la racionalidad objetiva tenía aspectos negativos, toda vez que podría haber generado fines ilusorios y hasta irracionales. Por ello la propuesta sugerida por Adorno y Hokheimer de una solución dialéctica: la discusión de los pros y contras de ambos tipos de racionalidad, la objetiva y la subjetiva, para llegar a una síntesis dialéctica<sup>635</sup>.

La observación de Adorno y Hokheimer, que se debe principalmente a la explicación de la barbarie del holocausto, da razones suficientes para pensar también, que la Ilustración puede ser rescatada si ella entra en un proceso dialéctico, ya que la razón sobre todo, también tuvo momentos señeros como la enunciación de la libertad,

---

<sup>634</sup> Marcuse, Herbert, *Industrialización y Capitalismo* en Max Weber, en: *La Sociedad Industrial y el Marxismo*, Buenos Aires, Editorial Quintaria, 1969, citado por: Fernández, Sergio Pablo, Habermas y la Teoría Crítica de la Sociedad, en: Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, ISSN 0717-554X, N° 1, 1997

<sup>635</sup> Adorno, Theodor y Horkheimer, Max. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

la igualdad, la solidaridad y la justicia, que como valores sin duda fueron fundantes de las democracias procedentes de la modernidad, y que reportan una herencia de indudable trascendencia, por ejemplo, para el movimiento constitucionalista posterior. Sin embargo, la “reilustración” del proceso de la modernidad parte de ese esfuerzo dialéctico, analítico y crítico si se quiere, donde una síntesis de las racionalidades genere una nueva que permita reconstruir ahí donde fracasamos, ahí donde se produjo el punto de quiebra en un holocausto bárbarico, donde el hombre simplemente se opuso al hombre, donde la humanidad cayó en su punto más bajo.

La Ilustración debía liberarnos del miedo, hacernos señores del mundo, desencantando a ese mundo y convirtiendo a la naturaleza en objeto de estudio y de dominio. Podría pensarse que Adorno y Horkheimer con esta observación podrían haber sembrado el terreno para las teorías postmodernas que intentan eliminar los valores de la Ilustración, sin embargo, lo que pretendían era sugerir el método dialéctico para rescatar los aspectos benévolos de la Ilustración, pero sobre todo su herencia cultural. Se trataba de rescatar a la Ilustración de sus mitos, que terminan integrando en ella todo lo que aquella quería eliminar.

Con lo anterior, podemos entender que Hassemer alude con su apelativo a una “nueva dialéctica de la Ilustración” a un nuevo momento de la racionalidad instrumental, a una nueva “mitología”, ahora planteada por la “sociedad de riesgos”, una sociedad conmovida por la incertidumbre, y donde los propios descubrimientos científicos y la técnica desarrollada provocan nuevos escenarios de peligro y de angustia vital. Los escenarios de amenaza y de riesgo generan, injustamente, la esperanza de que el derecho penal se puede convertir en un medio de reducción de riesgos, también de combate del hombre como generador de riesgo e inseguridad: el hombre como enemigo del propio hombre y al derecho penal como la herramienta que generará seguridad. Una seguridad que se ha convertido, como en la dialéctica de la Ilustración, en un fin en sí mismo, a cualquier costo y por cualquier medio imaginable. Es el comienzo de la construcción sistemática de un verdadero “derecho penal a la seguridad”<sup>636</sup>.

---

<sup>636</sup> El derecho penal de “seguridad” o de “prevención” no es más que la exaltación de un derecho penal que se adelanta al riesgo y al peligro. El diseño legislativo es el de una normativa

El derecho penal, nos lo recuerda Hassemer, se ha convertido en contraproducente y anacrónico. En su afán de “modernidad” se prescribe a sí mismo una metodología empírica mediante la utilización de conceptos metafísicos. El uso de lo empírico se manifiesta, principalmente, en el uso de la “orientación a las consecuencias”, como un instrumento para medir la dirección de los medios empleados.

Este derecho penal moderno vive entonces de la emergencia. Los riesgos que van surgiendo son tan imprevisibles como las reacciones que desatarán, por ello el derecho penal debe ser dúctil para adaptarse adecuadamente a dichas condiciones de operación. Si no podemos calcular las condiciones causales o de imputación de nuevos riesgos, tendrá que haber formas de imputar responsabilidad por el hecho y no claudicar ante los anatemas del derecho penal clásico, como lo sería desistir de dicha imputación, ya que no es posible pensar en algún grado de previsibilidad de ciertos cursos causales.

La misma “epistemología del riesgo” nos obliga a plantearnos varias preguntas que resultan centrales en torno a la cuestión planteada de la imputación cuando la previsibilidad y la evitabilidad no están presentes: En primer lugar, habría que interesarse por indagar si es posible prever todos los resultados que se pueden derivar de un determinado curso de acción, sobre todo en aquellas actividades humanas complejas, que dependen de varias interacciones de diversos procesos, como en los modernos campos de la producción de fármacos y productos alimenticios. De aquí brota una segunda cuestión: ¿Qué responsabilidad tiene el actuar humano en la previsión de los resultados? En otras palabras, qué tanto de esa previsión es aun imputable al ser humano como sujeto actuante. Y, finalmente, qué incidencia tiene la responsabilidad social en la generación de una determinada cantidad de riesgo vital.

---

que apuesta al adelantamiento de los efectos punitivos, incluso allí donde no hay todavía una lesión a un bien jurídico. El resultado es un conjunto de tipos penales abiertos y difusos, sin bienes jurídicos concretos o concretizables y cuya función básica es permitir una amplia posibilidad de imputación de resultados. In extremis no es más que la traducción jurídico penal del denominado “derecho fundamental a la seguridad”. Sobre la pretendida existencia de un “derecho fundamental a la seguridad” que debe ser alcanzado mediante actividad del Estado, incluso en contra de la voluntad de los ciudadanos afectados, cfr. Isensee, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, 1983.

Observadas en su conjunto, estas preguntas aluden a una pareja de conceptos que están hoy en el centro de las discusiones sobre todo en el ámbito de la responsabilidad imprudente, como lo son, la evitabilidad y la previsibilidad<sup>637</sup>. Tal pareciera que la única conclusión posible a la que llevaría una toma de posición dogmática acerca de esas preguntas y sus respuestas posibles es negar la posibilidad de previsibilidad en una gran cantidad de actividades humanas, pero no por ello dejar de imputar responsabilidad penal.

Los escenarios del riesgo son muy cambiantes, como es vertiginosa la velocidad con la que se producen los nuevos descubrimientos técnicos y se desarrollan nuevos medios de producción industrial en diversos campos<sup>638</sup>. Los cambios son tan acelerados que el derecho apenas toma nota de alguna de las tendencias fundamentales, las que pretende regular mediante diversas operaciones de “soft-law” que en ocasiones genera normativa jurídico-penal que pretende resolver controversiales circunstancias fácticas. Este último *momentum* de la legislación penal ha provocado una notoria expansión de los tipos penales y un recrudecimiento de la dosimetría penal en campos muy variados de la Parte Especial de los Códigos Penales. Esta “expansión” del derecho penal no ha conducido a un fortalecimiento de esta rama jurídica, sino más bien a una verdadera crisis de legitimidad de grandes proporciones.

La justificación de este crecimiento normativo ha sido planteada a partir de los “retos” generados por la así denominada “sociedad de riesgos”, donde la técnica y los descubrimientos humanos han dejado en claro que muchos aspectos del quehacer humano gozan de una verdadera causalidad propia que coacciona al ser humano, impidiéndole casi dominarlos. El ser humano se convierte, entonces, en gestor de la misma inseguridad que su propio desarrollo tecnológico implica, provocando una verdadera circunstancia social de incerteza e inseguridad.

La noción de derecho penal “moderno”, como idea y planteamiento teórico, es producto de un desarrollo en donde confluyen diversas influencias y posturas. Entre estas tendencias puede reportarse, sin lugar a dudas, la que se interesa por la

---

<sup>637</sup> Sobre el tema cfr. Castillo González, Francisco, Causalidad e Imputación del Resultado, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2003, p. 83 y ss.

<sup>638</sup> Es esa velocidad rasante la que genera incluso la necesidad de considerar a nuestra sociedad una sociedad de riesgos. Cfr. Luhman, Niklas, Sociología del Riesgo, México, Universidad Iberoamericana, Tercera Edición en español, 2006, p. 131.

producción de riesgos de toda índole, tanto en el ámbito del medio ambiente, como también en la producción industrial, en el área de la ciencia y la investigación como también en la vida cotidiana.

La influencia quizá más señera se produce con las observaciones sociológicas sobre el derecho y la sociedad generadas a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado en Alemania<sup>639</sup>. Estas observaciones estuvieron inspiradas, principalmente, en una perspectiva que pretendía entender la compleja situación de riesgos y peligros generada en las sociedades postindustriales. El aporte de estas visiones, provocó un desenvolvimiento de ciertas posturas sobre el derecho penal que terminarían por tratar de agrupar fenómenos muy diversos, que van desde las preocupaciones por la reducción de los riesgos vitales de la mano de las normas hasta los desarrollos hacia un derecho penal de peligrosidad; desde los cambios reactivos en la política criminal de prevención hasta las recientes posiciones sobre el derecho penal del enemigo. Todos estos diversos fenómenos reflejan, sin embargo, la consolidación de un cierto discurso reactivo, que termina por posicionarse en la literatura, con diversas connotaciones. No obstante, aun se discute si esa presunta “modernidad” tiene que ver con un estado de las cosas que resulta invariable o si es más bien una anotación al margen de la situación social, pero principalmente política, en Europa y en los Estados Unidos<sup>640</sup>, que es mucho más proclive para acuñar una idea de “modernidad” de derecho penal, que lo vinculaba a cualquier cosa pero menos a los antiguos contextos garantistas de la Ilustración.

---

<sup>639</sup> Beck, Ulrich, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986.

<sup>640</sup> En este país, en especial, luego de los atentados en New York del 11 de septiembre de 2001, se ha reconfigurado la reacción frente al terrorismo. Contra este flagelo ningún instrumento procesal y ninguna herramienta investigativa pareciera innecesaria o desproporcionada. Desde sitios de encarcelamiento ajenos a todo control o garantía, la tortura y la delación o el uso de cualquier medio de seguimiento y rastreo, todo resulta adecuado en la guerra contra el terrorismo. Con una especial indicación de los “síntomas” de un derecho penal reactivo contra el terrorismo y su indudable característica de derecho de guerra, confrontar, con más detalles: Prittwitz, Cornelius, Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg. Wird nach dem “11. September” nichts mehr sein, wie es war?, en: Prittwitz, Cornelius; Baurmann, Michael; Günther, Klaus; Kuhlen, Lothar; Merkel, Reinhard; Nestler, Cornelius; Schulz, Lorenz (Editores), Festschrift für Klaus Lüddersen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Primera Edición, 2002, pp. 499-523.

Los aportes pretendidamente sociológicos del funcionalismo penal, pero sobre todo la observación consecuencial del derecho penal de riesgos<sup>641</sup>, empezaron a dar configuración a un concepto de derecho penal que tenía más de psicología y de positivismo sociológico que de ciencia jurídica, y provocaron un debate intenso sobre las funciones que eventualmente debería de cumplir el derecho penal en una sociedad.

Así, el jurista intentó concentrarse en la interacción entre sujetos y entre éstos y su entorno, y así empezó el derecho penal a enrumbarse en diversos contenidos.

La literatura jurídico-penal empezó a dar a esos contenidos diversos nombres, todos eventualmente contenidos bajo el concepto “derecho penal moderno”. Así se habló en su momento de derecho penal “simbólico”<sup>642</sup>, derecho penal de “riesgos”<sup>643</sup> o, incluso, derecho penal de “prevención”. Estas nomenclaturas, sin embargo, poca luz arrojaban sobre lo que habría de entenderse, algunas de ellas además se concentraban o en las consecuencias de la tarea de la política criminal, la aspiración de sentido del derecho penal o en la función de protección de bienes jurídicos, en especial, de los así denominados bienes jurídicos de carácter supraindividual.

Hassemer, por su parte, logró captar la atención de la dogmática, indicando que el “moderno Derecho Penal” ha logrado desatarse de sus antiguos vínculos con el Estado de Derecho y las garantías que de él provienen, y pretendidamente ofrecer una mayor capacidad de solución de problemas en los panoramas existentes sobre evitación de peligros y experiencias de riesgos generados por la vida moderna<sup>644</sup>. Por ello, el derecho penal se ha convertido en parte de todas las recetas para la solución de

---

<sup>641</sup> Cfr. Prittwitz, Cornelius, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal, en: Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfried; Nieto Martín, Adán (Coordinadores), Crítica y Justificación del Derecho en el Cambio de Siglo, Cuenca, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, (Estudios: 91), 2003, disponible en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf)

<sup>642</sup> Hassemer, Winfried, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, en: Schönemann, Bernd; Roxin, Claus; Achenbach, Hans; Bottke, Wilfried; Haffke, Bernhard; Rudolphi, Hans-Joachim (Editores), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1003 y ss.

<sup>643</sup> Cfr. Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.

<sup>644</sup> Hassemer, Winfried, Interkulturelles Strafrecht, en: Zaczyk, Rainer (Editor), Festschrift für Ernst Amadeus Wolf zum 70. Geburtstag, 1998, p. 118.

problemas sociales. Esto lo ha alejado de su pretensión de ser ultima ratio, es decir, la última de las herramientas en manos del Estado para reaccionar frente al delito, para convertirse en la primera y más frecuente forma de reaccionar en los más diversos escenarios. Esta vocación de reducción de riesgos y de instrumento para la conducción de complejos escenarios globales, que en su epistemología de la sociedad de riesgos adoptó Ulrich Beck, tuvo, necesariamente consecuencias muy serias en la política criminal, pero también en la teoría del delito y, en concreto, en la teoría del bien jurídico, como bien lo apuntó Hassemer ya hace varias décadas<sup>645</sup>.

## **2. CARACTERES Y SINGULARIDADES. FOTOGRAFÍA DE UNA COYUNTURA**

Por derecho penal “moderno” podríamos esperar, entonces, una explicación de un derecho penal no sólo deseable sino además adecuado al tiempo presente. En suma, un derecho penal “sostenible y amigable” con la coyuntura vital existente.

Sus características son, en primer lugar, la tendencia hacia la tutela de bienes jurídicos universales, bienes jurídicos vaporosos y supraindividuales cuya naturaleza y relación con una persona solo podría encontrarse de manera muy mediata. La tutela de estos bienes jurídicos universales, por ello, convierte al derecho penal en una forma de represión inmediata e inexorable. La condición de respetar el límite del daño o relación de lesividad a la que nos convoca el principio de protección de bienes jurídicos se trastoca de esa manera, permitiendo también la punición frente a lesiones meramente contingentes o lejanas.

Una segunda característica sería el apertrechamiento del derecho penal moderno con el vocabulario del derecho preventivista. Esta orientación no sólo permite

---

<sup>645</sup> El artículo es de 1989, y ya hay varias traducciones al español, en Internet está disponible una en la revista electrónica “Neopanopticum” bajo el título “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos”, que fue a su vez tomado de la publicación de varios autores “Pena y Estado”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica CONOSUR, 1995, pp. 23-36, disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2>. La citación del artículo que aparece aquí corresponde, sin embargo, a una reciente obra donde se agrupan diversos artículos del autor, aparecida en el año 2000, gracias a la edición de la Editorial Nomos de Baden Baden, titulada “Strafen im Rechtsstaat”, pp. 170-188.

una mayor operativización simbólica del derecho penal sino también aumentar los catálogos punitivos y generar cambios muy profundos en el instrumentario disponible para la persecución penal. Bajo el lema “prevención” resulta posible incorporar a la ya muy abultada lista de posibilidades de intervención del sistema penal, otras relacionadas con el proceso penal. Al respecto, puede denotarse también un cierto grado de funcionalización del discurso de la víctima en el proceso penal, que dota al debate actual de no pocas razones para intentar “equilibrar” los derechos de víctimas y victimarios y por esa vía justificar un desmejoramiento integral del derecho de defensa y de ciertos institutos del derecho penal material orientados a la prevención especial positiva<sup>646</sup>. Acá podemos denotar otra característica del derecho penal moderno: su vocación hacia la prevención general en detrimento de la prevención especial.

Estos caracteres del derecho penal moderno permiten entender ciertos fenómenos bien descritos en la literatura. En primer lugar, hay una fuerte tendencia hacia la criminalización de hechos, incluso en la esfera contingente a la lesión de un bien jurídico, haciendo aflorar por doquier los delitos de peligro abstracto en todas sus denominaciones. Silva Sánchez acusa la “expansión” del derecho penal, la cual no sólo se caracteriza por la ampliación de los catálogos delictivos.

Además, el derecho moderno requiere de un proceso apertrechado técnicamente que permita una actuación eficiente. Podría decirse que junto a un derecho penal material reconstruido a los fines de la prevención a ultranza se construye también un derecho procesal hecho a la medida, que en muchos aspectos significa un abandono de las viejas ataduras de las formalidades del Estado de Derecho para implementar herramientas compatibles con el discurso de la eficiencia y la efectividad<sup>647</sup>.

El derecho penal se fuga, cada vez más rápido, de un núcleo básico de garantías, que Hassemer prefiere llamar “derecho penal nuclear”, y promover una

---

<sup>646</sup> Al respecto, cfr. Chirino, Alfredo, El equilibrio entre víctimas e imputados. Una quimera dirigida contra las garantías “indisponibles” del proceso penal, en: Barros Leal, César y Yebra Núñez, René (Organizadores), Serie de Estudios de Ciencias Políticas y Derechos Humanos. En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo, Tomo I, Instituto Estatal de Ciencias Penales e Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Guanajuato, 2009.

<sup>647</sup> Sobre ello, Albrecht, Die vergessene Freiheit, op. Cit. También es reconocible la tendencia en las reformas ya vividas por el derecho costarricense con la reforma procesal intentada a través de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos y la reciente Ley contra el Crimen Organizado.

ampliación de las categorías punitivas. En el proceso se rompe con el principio de fragmentariedad del derecho penal, que era tan caro a un derecho penal liberal contenido y limitado por el principio de legalidad. Ya se ha señalado, adicionalmente, que una excesiva utilización del derecho penal conduce, forzosamente, a la mera operatividad de fines simbólicos que no cuadran con una verdadera función “sostenible” del derecho penal en la sociedad<sup>648</sup>.

### **3. DERECHO PENAL MODERNO Y LA FUNCIONALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES**

El derecho penal “moderno”, así entendido, implica una huida de las tradiciones liberales que caracterizaron a este saber. El “espíritu de los tiempos”<sup>649</sup> parece orientarse, decididamente, hacia la funcionalización del derecho<sup>650</sup> y la instrumentalización de las garantías, de tal manera que resulten dúctiles y adecuadas a diversas operaciones del legislador. Esta “funcionalización” aleja al derecho penal de sus tradicionales principios limitadores, los que resultan, a la postre, demasiado rígidos, demasiado costosos para los resultados que se pretenden, en una utilización normativa de los instrumentos punitivos para atender un amplio espectro de problemas sociales<sup>651</sup>. Las reglas de imputación subjetiva ya han empezado a funcionalizarse, y no ha faltado quien anuncie la existencia de delitos culposos cuya estructura responde

---

<sup>648</sup> Es suficiente seguir el recuento histórico que hace Rosaura Chinchilla de los diversos proyectos de ley y reformas al Código Penal costarricense para darse cuenta que, en esencia, los fines alcanzados por la reforma penal son de carácter simbólico, se trata de objetivos que no alcanzan a crear verdaderas condiciones de operatividad del derecho penal sino una política criminal errática y lamentable. Cfr. Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans, Una errática política criminal, San José, Costa Rica, Juricentro, 2009, pp. 16 y ss.

<sup>649</sup> Hassemer, Winfried, Bienes Jurídicos en Derecho Penal, en: A.A.V.V., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 64.

<sup>650</sup> Cfr. Prittwitz, Cornelius, Funktionalisierung des Strafrechts, en: StV (Revista Strafverteidiger) Número 9, 1991, pp. 435-441.

<sup>651</sup> Ibid. Díez Ripollés critica, además, que el discurso garantista, con un cierto apego principialista, no ha permitido un acomodo a las necesidades sociales y a nuevos problemas que van surgiendo en la vida de convivencia. Cfr. Díez Ripollés, José Luis, De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 1, 2006, pp. 554.

únicamente a elementos objetivos. Las reglas de causalidad se generalizan frente a potenciales fuentes de riesgos donde dichas causalidades resulten problemáticas o poco claras, como sucede en las hipótesis de responsabilidad por el producto<sup>652</sup>. El bien jurídico, de principio regulador, se convierte ahora en pretexto para habilitar nuevas reducciones de garantías y para, al menos formalmente, cumplir con la función de ubicar un ente de protección en tipos penales cada vez más abiertos y menos garantistas<sup>653</sup>. El derecho penal se convierte entonces en un instrumento al mismo tiempo represivo y simbólico, como nos lo recuerda con exactitud Moccia: represivo porque aumenta la población penal, y abarca un catálogo cada vez más riguroso de penas y consecuencias jurídico penales, y simbólico porque acude al “símbolo” a la propaganda de que algo se hace contra el delito y sus ejecutores, pero no pasan de ser “leyes-manifiesto”<sup>654</sup>, cuyo función real más parece un “exorcismo”, según lo indica elocuentemente Moccia, que una reacción justa y proporcionada frente al delito<sup>655</sup>.

El uso cada vez más frecuente de delitos de peligro manifiesta también una tendencia interesante en el momento actual. Como bien lo comenta Hirsch<sup>656</sup>, el fenómeno no es reciente, pues ya desde la Primera Guerra Mundial ya se empezaron a observar con más frecuencia delitos de tránsito en la legislación penal. Delitos cuyo carácter de peligro es incuestionable. En nuestro país, este tipo de delitos de tránsito hicieron su entrada triunfal con la Reforma a la Ley de Tránsito, que por su dimensión y consecuencias aun habrá necesidad de dedicar más tiempo a su análisis<sup>657</sup>.

Criticar la funcionalización del derecho penal también tiene que ver con el pregunta de la legitimación del derecho penal, como bien lo apunta Prittwitz<sup>658</sup>, que él

---

<sup>652</sup> Al respecto y con más detalle: Íñigo Corroza, María Elena, La Responsabilidad Penal del Fabricante por defectos de sus productos, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001, pp. 74 y 75.

<sup>653</sup> Cfr. Hassemer, Bienes Jurídicos, op. Cit., p. 64.

<sup>654</sup> Moccia, Sergio, Seguridad y Sistema Penal, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 2, 2006, p. 305.

<sup>655</sup> Ibid.

<sup>656</sup> Hirsch, Hans Joachim, Sistemática y límites de los Delitos de Peligro, en: Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, No. 1-2008, p. 9.

<sup>657</sup> El trabajo de Chinchilla, Rosaura y Leandro, Hans, sobre esta legislación y algunas de sus consecuencias política criminales aporta una perspectiva sobre los problemas implícitos. Cfr. Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans, Una errática política criminal, San José, Costa Rica, Juricentro, 2009.

<sup>658</sup> Prittwitz, StV 1991, p. 436.

relaciona directamente con la discusión sobre los fines de la pena, una cuestión realmente inacabable en el ámbito de los debates que se producen en el contexto del derecho penal. La cuestión adquiere ribetes más extremos si se observa la cuestión desde nuestro margen cultural, donde los acercamientos más conservadores y represivos se adornan con el discurso de la “política criminal democrática” para disfrazar un discurso proclive a la víctima que a la larga, solo es la justificación de una “flexibilización” de garantías con el objetivo de obtener una condena a cualquier costo, así como en términos eficientes congruentes con los términos de la querrela o acusación. Esa “flexibilización” adornada con los “*listones rosados*” de “amor” a la víctima, solo oculta la esperanza de transformaciones antidemocráticas, que permitan una mayor represión material, y justificar el activismo legislativo en el campo penal, en lo que se ha convertido la política criminal costarricense, de los últimos años<sup>659</sup>.

Si la cuestión de la “funcionalización” del derecho penal la observamos entonces desde el punto de vista de las funciones reales, es decir, las constatables en la práctica del sistema penal y aquellas que vienen predichas en la normativa constitucional y convencional, podemos decir que el distanciamiento entre unas y otras no hace posible un discurso de encuentro. Pensemos por ejemplo en la dificultad de armonizar los actuales objetivos de uso amplio y exorbitado de la prisión preventiva y los fines procesales “predichos” de aseguramiento procesal: La prisión preventiva funciona, desde cualquier perspectiva que se le mire, como una mera herramienta de adelantamiento de la pena para ciertos delitos “graves”<sup>660</sup>.

Si el derecho penal “moderno” es un vestido para la coyuntura que vivimos se trata, sin duda, de un vestido estrafalario y exuberante. Un vestido que califica no un “estado de cosas” sino una tendencia o proyección, de aspectos y criterios absolutamente deseables y, por supuesto, políticamente correctos, sobre la forma de

---

<sup>659</sup> Analizaremos con más detalle esta circunstancia en el último acápite de este trabajo.

<sup>660</sup> Resulta interesante al respecto la posición asumida por algunos de que se le debería eliminar a los jueces la obligación de fundamentación o determinación de los presupuestos legales para el dictado de una prisión preventiva y establecer legalmente supuestos precisos de “prisión preventiva automática”. Se trata de un intento de evitar la crítica social al dictado de “libertades alcahuetas” de delincuentes, que asombran a la sociedad y que la harían perder la confianza en una judicatura comprometida con la seguridad ciudadana. Sin duda una posición que llama a pensar urgentemente sobre el papel que se espera cumpla esa “judicatura democrática” en la sociedad costarricense de este siglo XXI.

solución de los problemas a los que suele dedicarse esta rama del derecho. Sin embargo, alcanzar una visión de tales características choca con diversas dificultades, pero sobre todo cuando se contraponen estos fines con los efectos “reales” de las proposiciones jurídico-penales.

Quien plantea el concepto de derecho penal moderno como su tema de estudio, entonces, choca sin duda con un panorama complejo, lleno de paisajes diversos, usos “prácticos” del instrumental jurídico y procesal del derecho represivo, un cierto uso “pragmático” de la política criminal y una coyuntura histórica que revela, en primer lugar, un retroceso en materia de garantías y principios jurídicos de verdadera naturaleza indisponible.

Es así como, aun cuando no pertenezca etimológicamente al constructo “derecho penal moderno”, podría pensarse en la caracterización del derecho penal para “enemigos” como otra forma de sublimación de los fines políticos coyunturales de este complejo siglo que apenas comienza. El derecho penal de enemigos también significa renuncia a derechos esenciales y fundamentales en la búsqueda de una respuesta al comportamiento abiertamente contraproducente de aquellos que han decidido ponerse en contra de la sociedad. Se trata de un derecho penal para la “emergencia” y utilizable mientras esta dure. Pero, ¿quién define la duración de esa “emergencia”? ¿No es acaso que las emergencias son mutables, políticamente organizables y, por qué no, útiles para ciertos acomodos y fines paralelos, no expresados?

En términos de costo habría que discutir de qué nos estamos desprendiendo para alcanzar esta presunta “seguridad”. Si realmente la pérdida del principio de fragmentariedad, de culpabilidad, de igualdad y de estricta legalidad realmente están justificados por los resultados prácticos de las operaciones legislativas de “nuevo” cuño.

Quizá el llamado de Hassemer de retornar a un derecho penal “nuclear” o “básico” resulte una opción de poca coyuntura y, por supuesto, políticamente incorrecta. Quien esto intente recibirá toda la imputación de las peores “herejías” del momento actual. Será llamado “garantista” o, peor aún, “abolucionista” y será enviado al ostracismo, al exilio del pensamiento, por intentar obstaculizar los fines de la inexorabilidad del castigo. La lucha entre “draconianos” y “garantistas” está planteada y los primeros ya

acusan los primeros éxitos, logrando la pena de silencio para los segundos. ¡Esperamos que por no mucho tiempo!

#### **4. LA DISCUSIÓN DEL DERECHO PENAL “MODERNO” DESDE LOS FINES DEL DERECHO PENAL**

Es evidente que el debate entorno a un derecho penal “moderno” que puede y debe enfocarse en nuevos escenarios de riesgo y peligro vital, parte de la idea de que el derecho penal tiene esa capacidad de rendimiento. Además, y esto aflora por sí mismo del planteamiento anterior, de que dicha capacidad de rendimiento viene dada por los instrumentos de los que está dotado el derecho penal, y si hacen falta algunos más, estos pueden ser proveídos por el legislador, en la confianza de que hay una capacidad de dirección social del sistema penal. Estos dos presupuestos, además, se basan en la hipótesis de que el derecho penal es el medio idóneo de reducción de riesgos, y que la tarea debe ser cumplida, aun aceptando, en tesis de principio, la función de tutela de bienes jurídicos que aun se entiende es el fin por antonomasia del derecho penal.

Lo que sucede con este punto de partida, es que hay una excesiva confianza en la función de dirección social del derecho penal, y que, además, es posible utilizar el derecho penal para hacer una “funcional” y “efectiva” tutela de bienes jurídicos, ahora supraindividuales y colectivos en ámbitos conflictivos de la vida de convivencia<sup>661</sup>. Ya desde ese punto de partida, habría que conceder que la relación individual o personalista de los bienes jurídicos en juego (el medio ambiente, la economía del Estado, la salud pública, la seguridad ciudadana) se pierde en una síntesis colectiva, donde ya no hay un ofendido o víctima concretos sino más bien todos y todas somos víctimas de las infracciones, y en virtud de ello la intervención del Estado se hace más urgente y necesaria. El mecanismo de ocultamiento es sutil y sugerente: no se desiste de la idea de una vinculación personal de la idea de bien jurídico, pero solo como reflejo

---

<sup>661</sup> Crítico sobre esta visión del papel de los bienes jurídicos colectivos, Hassemer, Winfried, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Antes del Parágrafo 1, Número de Margen 258, Baden-Baden, Editorial Nomos. Crítico sobre esta posición de Hassemer acerca de estos bienes jurídicos supraindividuales cfr. Castillo, *Derecho Penal*, pp. 56-58.

de bienes colectivos que no están en cabeza de nadie sino de todos. Si esta protección resulta urgente lo es por la afiliación de un grupo indeterminado de afectados, que pueden sufrir ante la lesión colectiva representada por la acción peligrosa. La óptica no deja de ser interesante porque nos involucra a todos, pero la verdad no vincula a nadie en concreto. Casi se utiliza el mismo mecanismo justificador el delito económico en sí mismo: si se daña a muchos no se daña a nadie en concreto, y por ahí la justificación de que el Estado es la gran víctima está servida. No obstante, lo anterior no debe verse como una crítica de los bienes jurídicos supraindividuales, los cuales deben existir y de hecho existen en el ordenamiento jurídico. Lo que debe plantearse, más bien, es el mecanismo justificador de la intervención jurídico-penal. Esto último porque detrás de la propuesta de bienes jurídicos colectivos y de un derecho penal que busca la tutela preventiva, incluso contingente, de dichos bienes jurídico, se basa en teorías de la pena y de las funciones del derecho penal que ya no son tradicionales ni clásicas, sino que responden a otros intereses diversos.

Lo mismo puede decirse de la esperanza de que el derecho penal pueda ser un adecuado medio de dirección social. Mantener dicha esperanza solo es posible en un discurso blindado que no discuta las disfunciones del sistema penal y la propia crisis de las teorías de la pena hoy<sup>662</sup>.

---

<sup>662</sup> En otras palabras, los sistemas normativos parten de una “realidad” en la que operan que no se corresponde con la verificación fáctica de dicha operación. La “realidad” operativa bien puede no coincidir, y de hecho no coincide, con la actividad cotidiana del sistema, violenta y selectiva. Sin embargo, los sistemas penales no se conmueven por el distanciamiento o la falta de coincidencia con los fines predichos normativamente y los que se alcanzan en la realidad. Pero la inconsistencia de estos ámbitos, solo contribuye a dar razón a aquellos que hacen hincapié en las disfunciones de observar el sistema penal solo desde la perspectiva de la programación normativa. Al respecto cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, EDIAR, 1989, p. 16. Como el mismo Zaffaroni indica, en los países centrales, de donde provienen las ideas del derecho penal “moderno”, habría que hacer algunas correcciones teóricas entre los ámbitos, pero en América Latina, donde las disfunciones y los distanciamientos son más groseros, salta a la vista la falta de correspondencia entre los fines predichos y la realidad de funcionamiento de los sistemas penales. Además, es evidente su incapacidad para alcanzar hasta los fines más clásicos de tutela de bienes jurídicos como la vida, dadas las coyunturas y circunstancias en la que viven los países. La enorme impunidad, señalada por muchos estudios regionales en Guatemala, refleja la incapacidad de ese sistema penal para siquiera proteger la vida de las personas o investigar las múltiples muertes que se producen a diario, en una tasa de muertes por 100000 habitantes que compite con países con guerras civiles y conflictos armados en curso. Por esa razón, hablar de fines normativos para

La imposición de las penas, además, tenía como punto de partida la lesión de un bien jurídico determinado. No obstante, se sabe que los bienes jurídicos sufren no sólo con la lesión directa, con la producción de un resultado determinado sino también con su puesta en peligro. Por ello, ha habido un desarrollo muy importante en el derecho penal reciente para justificar la imposición de penas por hechos que solo ponen en peligro distante o contingente un específico bien jurídico. La teoría del bien jurídico, sobre todo aquella anclada en una descripción puramente normativa, podría perder capacidad descriptiva y orientadora, si no se da cuenta de la distancia existente entre la pretensión legal de los bienes jurídicos que son tutelados y aquellos que “efectivamente” son protegidos por el derecho penal en su práctica. Esta “adormecimiento normativo” de la teoría del bien jurídico, la incapacitaría para servir de fuente de crítica a la práctica del derecho penal<sup>663</sup>.

La discusión adquiriría ribetes de más interés si se observa desde la perspectiva de los fines del derecho penal. Es evidente, que en torno a este problema surgen diversas posibilidades de acercamiento. Por una parte, sostener que el derecho penal es *ultima ratio* y que solo puede ser utilizado como el último medio en manos del Estado para establecer la protección de bienes jurídicos, luego de hacer una valoración de proporcionalidad de que no hay otros medios menos lesivos para generar la mencionada tutela. Desde esta perspectiva de *ultima ratio*, el derecho penal se ve confrontado, constantemente con un análisis constante de proporcionalidad.

En un acercamiento no crítico, conforme a los fines teóricos, podría decirse que un derecho penal que realice los objetivos normativos de un colectivo, y que desde esa perspectiva no discuta el contenido de las disposiciones penales, sino más bien los rendimientos de estas regulaciones en virtud de los fines de estabilización normativa y de recuperación de las expectativas perdidas por la trasgresión, podríamos considerar que entonces en ese sentido lo que realiza es el *status quo*, sea cual sea este y no las aspiraciones de un Estado Social y Democrático de Derecho.

---

alcanzar capacidad de dirección social en los países de nuestro margen normativo es, en el mejor de los casos, algo realmente imposible de aceptar.

<sup>663</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, No. 5, Traducción de Walter Antillón, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>

## **5. LA REDUCCIÓN DE RIESGOS COMO OBJETIVO CENTRAL DEL DERECHO PENAL “MODERNO”. UNA ÓPTICA POSIBLE PARA LA POLÍTICA CRIMINAL “DEMOCRÁTICA” DE NUESTRO TIEMPO.**

Más que el objetivo de reducción de riesgos, parece ser central para el derecho penal moderno la disolución de las formas jurídicas<sup>664</sup>. Hay para el sistema de justicia penal una suerte de “presión por la resolución” (“Erledigungsdruck”), es decir todo parece orientarse a obtener una pronta respuesta, agregamos nosotros, a cualquier costo, incluso de aquellas formas que existen para garantizar un debido proceso. Este “derecho ejecutivo” como lo designa con razón Albrecht, no es más que una manifestación más de las necesidades de mostrar eficiencia en escenarios cada vez más problemáticos, que van desde el derecho ambiental, hasta el derecho de bolsa, desde el derecho de subvenciones, desde el derecho tributario y de drogas hasta la regulación y combate de la criminalidad organizada. En todos esos ámbitos, el derecho penal debe demostrar no sólo capacidad de decisión sino también medios efectivos de promover procesos. El juez es sustituido por el fiscal y resulta fundamental dar un cariz cada vez más funcional al proceso, para obtener las ansiadas condenas. Todo hace parecer que el discurso políticamente correcto es aquél que promueve ese estado de cosas, no importa sus contenidos, no importa sus elementos justificativos o sus instrumentos.

La sola referencia a una “política criminal democrática” debería resultar esperanzadora y, por qué no, una instancia de tranquilidad en las agitadas aguas de la política simbólica de la actualidad. Sin embargo, si tomamos nota de quienes hacen la instancia para generar la mencionada política, y cuáles son sus fines y objetivos, la apelación ya no suena ni esperanzadora ni tranquilizante.

Solo podemos teorizar qué se pretende bajo el sospechoso concepto de la “política criminal democrática” si partimos de quienes la han venido sugiriendo. Pero

---

<sup>664</sup> Representante de esta opinión Albrecht, Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit - Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Antithese europäischer Aufklärung: Freiheit durch Sicherheit, en: Humanistische Union, Dokumentation: Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat, Veranstaltung Berlin, 26 März 2003, disponible en: [http://www.humanistische-union.de/themen/innere\\_sicherheit/sicherheit\\_vor\\_freiheit/albrecht/](http://www.humanistische-union.de/themen/innere_sicherheit/sicherheit_vor_freiheit/albrecht/)

comencemos pensando qué contenidos debería tener para nosotros, para después contrastarla con lo que algunos de sus cultores pretenden.

En primer lugar, una política criminal democrática debería de ser punto de unión de diversos principios constitucionales, principalmente, del principio de protección de la dignidad humana, no sólo de víctimas y victimarios sino también de todos aquellos que tienen algún contacto con la justicia penal.

Esta protección de la dignidad humana no es solo una postulación sino que debe ser una vocación firme y manifiesta para impedir que en virtud de alcanzar fines del proceso se trastoquen importantes protecciones de los derechos fundamentales de los afectados por el proceso penal, como lo serían, por ejemplo, los acusados. Una defensa a ultranza del principio de protección de la dignidad humana sometería a los análisis más férreos la solicitud por ejemplo, que se ha hecho en el pasado, de hacer páginas web con la información visual y datos de referencia de sospechosos o personas aun no condenadas por delitos graves o delitos sexuales, o someter a la población a la entrega de información genética con el solo propósito de guardarla de manera “preventiva” para eventuales comparaciones con rastros biológicos obtenidos en escenas del crimen de diversa especie.

La misma protección exigiría tematizar críticamente la solicitud que ya se ha hecho en Europa para autorizar, por ejemplo, la utilización de la tortura para obtener datos e informaciones conducentes a la averiguación de un hecho penal grave, con la única justificación del estado de necesidad en que se encuentran las autoridades encargadas de una investigación criminal.

La política criminal democrática debe fortalecer el papel de la víctima, protegerla de las amenazas de la delincuencia que la ha afectado y, por supuesto, atenderla en sus necesidades provocadas, principalmente, por el hecho biográfico del delito. Sin embargo, esto no puede significar que la orientación a las víctimas debe borrar todo el ideario constitucional y de garantías que ha sido construido para evitar que el Leviatán castigador y perseguidor que es el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* tenga ahora un eje adicional en la figura de la víctima, que ya no en busca de resarcimiento o de reconocimiento, ahora tenga condiciones para realizar una venganza que es totalmente incompatible con el diseño democrático del proceso. El proceso penal democrático no

está organizado para habilitar la realización de la venganza contra el delincuente, su función es muy distinta y las instituciones procesales que le dan sentido persiguen otras metas. Si se quiere hacer política con la víctima, el proceso es el peor lugar para comenzar. Más se haría si se toma en cuenta a la víctima en serios programas de atención psicológica y económica, que eviten la revictimización procesal y que generen confianza en estas de que el Estado las entiende y comprende. El problema de la víctima no se resuelve dándoles un púlpito a ellas y a sus representantes para que anatematicen a la justicia y a los victimarios, sino reconociéndoles su papel como seres humanos, que tienen una dignidad que debe ser respetada y atendida, y que merecen un trato de conformidad.

Una política criminal democrática debería de ser consecuente con el principio de subsidiaridad y de ultima ratio, y obligar a un ejercicio analítico intenso de todas las propuestas de reforma penal que signifiquen un aumento de la punibilidad o del ámbito de cobertura de los tipos penales, mediante el artilugio de tipos penales de peligro abstracto o con bienes jurídicos vaporosos e indefinidos.

También una verdadera política criminal democrática debería de mantener un estricto control del principio de proporcionalidad, obligando al legislador a examinar siempre la necesidad e idoneidad de las construcciones jurídico penales frente a las propuestas legiferantes que hacen los empresarios morales, sometiendo a discusión si son realmente oportunas o si responden simplemente a fines simbólicos.

Una política criminal democrática no puede comprometerse con un aumento del “Estado Policial”, en el sentido de crear condiciones para que aumente la represión de la disidencia, de las desviaciones o la simple persecución por “color” o estereotipos. Debe insistirse en la necesidad de la mejor formación de la policía para que esta aprehenda contenidos de derechos humanos y defina su actividad en la vida social a partir de estos parámetros. Para ello se debe, en primer lugar, luchar por la incorporación de la vivencia de los derechos humanos en la policía para que esta también pueda realizarlos y defenderlos en su actividad cotidiana.

La política criminal democrática debería, así es posible imaginarlo, “escribir” una política criminal para la policía democrática, pero eso no significa fortalecer el poder policial porque sí, como se pretendía en una fracasada reforma intentada en el siglo

pasado en nuestro país. Escribir esa política debe ser en términos de criterios objetivos de persecución, con claridad de las funciones y razones por las cuales debe establecer vigilancias y acciones preventivas y también las condiciones dentro las cuales se deben atender conflictos sociales y familiares con madurez y oportunidad. Esto implica fortalecer a los cuerpos policiales, esto es claro, pero en una dirección distinta a la pretendida. Su mayor intervención, su mayor presencia y sus mejores recursos, deben ir en consonancia con la necesidad de generar confianza en la población, de crear condiciones para que la sociedad vuelva sus ojos a un cuerpo que merece honor y reconocimiento, y que no se convierta simplemente en otra razón para nuestro miedo. Para hacerlo, este fortalecimiento de la policía, debe ir orientado a crear las bases normativas y fácticas que lo conviertan en un cuerpo a la altura de los tiempos, libre de corrupción y con una alta moral, dispuesta a enfrentar los riesgos de la persecución de los delitos y de realizar las aspiraciones de una sociedad que la necesita.

Los presuntos cultores de una “política criminal democrática” también quieren definir los criterios para la selección de jueces. Es posible imaginar cuáles serían los criterios que sugerirían para escoger a los miembros de la judicatura, y, es probable, que el primer requisito sea no ser “abolicionistas”. Por “abolicionistas” se entiende algo muy distinto a lo que se podría derivar de un estudio serio y ponderado de los teóricos de la crisis del derecho penal. Se trata más bien un apelativo genérico para aquellos que creen en las garantías constitucionales y del proceso penal. Que han sido anatematizados en la prensa y en las discusiones legislativas como representantes de una posición que es proclive al delito y a los delincuentes, que no tienen amor por la víctima y que en su aplicación del derecho penal privilegian tesis en pro de la impunidad.

Lo que este discurso encierra no es una apelación a la democracia sino una apelación a lo contrario. Se busca que la judicatura esté comprometida con el castigo inexorable de los delincuentes: que tantas denuncias provoquen un proceso implica que haya igual número de condenas. Que reducir la impunidad signifique, no importa la razón, la condena a ultranza de todo denunciado. Oponerse a esto es ser enemigo de la sociedad. Ya es posible imaginar entonces los criterios de selección de los jueces y magistrados, que deben pasar por el tamiz de sus ideas para que dejen en claro y sin

duda que su vocación de castigadores está presente y que es su mejor credencial para alcanzar una sociedad sin delito.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Adorno, Theodor y Horkheimer, Max. Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

Alcocer Guirao, Rafael, Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Primera Edición, 2004.

Albrecht, Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit - Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Antithese europäischer Aufklärung: Freiheit durch Sicherheit, en: Humanistische Union, Dokumentation: Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um die freiheitlichen Rechtsstaat, Veranstaltung Berlin, 26 März 2003, disponible en: [http://www.humanistische-union.de/themen/innere\\_sicherheit/sicherheit\\_vor\\_freiheit/albrecht/](http://www.humanistische-union.de/themen/innere_sicherheit/sicherheit_vor_freiheit/albrecht/)

Beck, Ulrich, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986.

Castillo González, Francisco, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2009.

Castillo González, Francisco, Causalidad e Imputación del Resultado, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2003.

Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans, Una errática política criminal, San José, Costa Rica, Juricentro, 2009.

Chirino, Alfredo, El equilibrio entre víctimas e imputados. Una quimera dirigida contra las garantías “indisponibles” del proceso penal, en: Barros Leal, César y Yebra Núñez, René (Organizadores), Serie de Estudios de Ciencias Políticas y Derechos Humanos. En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo, Tomo I, Instituto Estatal de Ciencias Penales e Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Guanajuato, México, 2009.

Chirino Sánchez, Alfredo, La Seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza, en: Reyna Alfaro, Luis y Cuaresma Terán, Sergio (Directores), Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la Tensión entre Riesgos y Seguridad, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de F, 2008, pp. 17-52.

Díez Ripollés, José Luis, De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 1, 2006, pp. 553-602.

Donna, Edgardo Alberto, ¿Es posible el derecho penal liberal?, en: <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa4/112s.pdf>

Ferrajoli, Luigi, Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, No. 5, Traducción de Walter Antillón, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>

Hassemer, Winfried, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Antes del Parágrafo 1, Número de Margen 258, Baden-Baden, Editorial Nomos.

Hassemer, Winfried, Interkulturelles Strafrecht, en: Zaczyk, Rainer (Editor), Festschrift für Ernst Amadeus Wolf zum 70. Geburtstag, 1998, p. 118.

Hassemer, Winfried, Bienes Jurídicos en Derecho Penal, en: A.A.V.V., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 64.

Hassemer, Winfried, El derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo, en: Reyna Alfaro, Luis y Cuaresma Terán, Sergio (Directores), Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la Tensión entre Riesgos y Seguridad, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de F, 2008, pp. 181-196.

Hassemer, Winfried, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, en: Schünemann, Bernd; Roxin, Claus; Achenbach, Hans; Bottke, Wilfried; Haffke, Bernhard; Rudolphi, Hans-Joachim (Editores), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1003 y ss.

Hassemer, Winfried, Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, en: Revista Electrónica Neopanopticum, disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2>.

Hassemer, Winfried, Strafen im Rechtsstaat, Baden-Baden, Editorial Nomos, 2000.

Hirsch, Hans Joachim, Sistemática y límites de los Delitos de Peligro, en: Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, No. 1-2008, p. 9.

Íñigo Corroza, María Elena, La Responsabilidad Penal del Fabricante por defectos de sus productos, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001.

Isensee, Josef, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin, 1983.

Kuhlen, Lothar, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), en: Goldammer's Archiv, 1986, p. 389.

Luhman, Niklas, Sociología del Riesgo, México, Universidad Iberoamericana, Tercera Edición en español, 2006

Marcuse, Herbert, Industrialización y Capitalismo en Max Weber, en: La Sociedad Industrial y el Marxismo, Buenos Aires, Editorial Quintaria, 1969, citado por: Fernández, Sergio Pablo, Habermas y la Teoría Crítica de la Sociedad, en: Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, ISSN 0717-554X, Nº. 1, 1997

Moccia, Sergio, Seguridad y Sistema Penal, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 2, 2006, p. 305.

Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.

Prittwitz, Cornelius, Funktionalisierung des Strafrechts, en: StV (Revista Strafverteidiger) Número 9, 1991, pp. 435-441.

Prittwitz, Cornelius, Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg. Wird nach dem “11. September” nichts mehr sein, wie es war?, en: Prittwitz, Cornelius; Baurmann, Michael; Günther, Klaus; Kuhlen, Lothar; Merkel, Reinhard; Nestler, Cornelius; Schulz, Lorenz (Editores), Festschrift für Klaus Lüdderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, Nomos Verlagsgessellschaft, Primera Edición, 2002, pp. 499-523.

Prittwitz, Cornelius, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal, en: Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfried; Nieto Martín, Adán (Coordinadores), Crítica y Justificación del

Derecho en el Cambio de Siglo, Cuenca, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, (Estudios: 91), 2003, disponible en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf)

Schmidtz, Heinz-Gerd, Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen, Berlin, Duncker-Humblot, 2001.

Von Liszt, Franz, La idea del fin en Derecho Penal, Valparaíso, Chile, Primera Edición, 1994, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/991/pl991.htm>

Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, EDIAR, 1989.