

HACIA UNA CRÍTICA DE LA CRIMINALIZACIÓN EN LA ANTESALA A LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO. CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS AVATARES DE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL PELIGRO Y SUS REPRESENTANTES

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez³⁷³

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

CONTENIDO: 1. Introducción, 2. La radical urgencia de una política criminal del peligro y el momento espiritual de nuestro tiempo, 3. La política criminal en clave de “peligro”, 4. Caracteres y singularidades. Fotografía de una coyuntura., 5. Derecho Penal Moderno y la funcionalización de los principios limitadores, 6. Conclusiones.

RESUMEN: El programa político criminal de Costa Rica de las últimas décadas ha estado definido, principalmente, por los escenarios de la emergencia. Dentro del marco de esos escenarios, y de manera consecuente con el uso político de los mismos, ha ensayado el legislador penal experimentos punitivos que lo han llevado a explorar la posibilidad de aprehender normativamente figuras de riesgo y peligro, provocando, como efecto final, la creación cada vez más constante de delitos de peligro abstracto y de actos preparatorios elevados a la forma de delitos. La caracterización simbólica de este programa de criminalización primaria no ha pasado desapercibido para la crítica dogmática, tanto europea como costarricense, pero ha permanecido inalterable en la lógica del legislador

³⁷³ Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

en su fuerza e intensidad en las últimas décadas. Se hace indispensable una conceptualización de esta política criminal orientada al derecho penal moderno y preventivo, y un análisis de las tesis principales que justifican el uso intensivo del derecho penal como instrumento de direccionamiento social en Costa Rica. Este artículo se escribe en homenaje al cumpleaños número setenta del Prof. Dr. Francisco Castillo González, y como forma de representar el valor y presencia de sus ideas en la crítica de este derecho penal de coyuntura.

PALABRAS CLAVE: derecho penal moderno, criminalización en las esferas previas a la lesión de un bien jurídico, bienes jurídicos supraindividuales, política criminal simbólica, derecho penal de prevención, riesgo, peligro.

ABSTRACT: The criminal policy program in Costa Rica, in the last decades, has been defined, mainly by emergency scenarios. In this scenarios, and consequently with the political use of these, the penal legislator has tried several punitive experiments that have led him to explore the possibility to normatively apprehend risk and danger figures, causing as it's ultimate effect, the more and more constant creation of abstract danger crimes and the elevation of preparatory acts to crimes. The symbolic characterization of this primary criminalization program has been observed by the dogmatic critic, European and Costarrican, but the strength and the intensity of the legislator hasn't been altered. It is necessary to conceptualize this criminal policy oriented to the modern and preventive criminal law, and to analyze the main thesis that justifies the intensive use of criminal law as an instrument of social addressing in Costa Rica. This article is written as a tribute to the 70th birthday of Prof. Francisco Castillo González, and as a way to represent the value and presence of his ideas in the critic of this criminal law.

KEYWORDS: modern criminal law, criminalization in the areas before the injury of a legal asset, supraindividual legal assets, symbolic criminal policy, criminal law of prevention, risk, danger.

Fecha de recepción: 23 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 25 de octubre de 2013.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se escribe con ocasión del homenaje que el Programa de Maestría en Ciencias Penales ha organizado para celebrar el septuagésimo aniversario del Prof. Dr. Francisco Castillo González, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, y docente por muchos años de este posgrado.

Los aportes filosóficos y político-criminales del Prof. Castillo han iluminado el quehacer científico de quienes hemos trabajado en el campo del derecho penal, y su trabajo científico tiene un lugar de indudable importancia en el pensamiento penal de Costa Rica y de la región.

Con ocasión de este homenaje, he querido hacer una semblanza del pensamiento del Prof. Castillo a la luz de uno de los problemas radicales de nuestro tiempo, sobre todo en sede legislativa, cuando se vuelve a escoger la estrategia de los delitos de peligro abstracto para recoger las prohibiciones penales en los más diversos escenarios del combate de la criminalidad.

LA RADICAL URGENCIA DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DEL PELIGRO Y EL MOMENTO ESPIRITUAL DE NUESTRO TIEMPO

Está claro que el camino hacia una política criminal contundente quedó abierto desde que el derecho penal se convirtió en una dúctil herramienta de direccionamiento social y político. El legislador descubrió que era sencillo, barato y no muy complicado ofrecer reformas penales que contienen, esencialmente, más cobertura del derecho penal, más represión y menos libertad.

Al escoger al derecho penal como *primera ratio*, el legislador se enrumbó decididamente en un camino sin salida. Esta sensación angustiante de acoso y angustia empieza a reflejarse en el discurso político, el cual es incapaz de explicar las ilógicas consecuencias de ese quehacer normativo: abarrotamiento de las prisiones, excesivo uso de la prisión preventiva, disminución de garantías en el proceso y en la interpretación de las leyes penales y, finalmente, el escaso o nulo efecto de estas políticas en las causas eficientes de la inseguridad.

Volviendo la vista atrás, no se encuentra un momento específico en el que el tren legislativo haya visto un cambio de señales hacia esa vía de represión y castigo, lo que es constatable es que esa vía está siendo transitada por más de tres décadas, y las señales de agotamiento y de ineficiencia se notan por doquier.

A pesar de lo anterior, el legislador no se cansa de apelar hacia la emergencia, acompañado de los gritos estridentes de algunos representantes del punitivismo populista. Se responde con modificaciones legislativas de extraña factura, que hoy resultan casi imposible determinar si se corresponden a reformas legislativas de derecho penal material o procesal, tal y como sucedió con la reciente legislación de crimen organizado, que reta al intérprete con sus crípticas regulaciones sobre la materia, en especial, sobre la plataforma de información que allí construye en unos rasgos difusos y escasamente efectivos.

A pesar de la inutilidad de las medidas, del inmenso costo social que contienen, y de la irremediable ilogicidad de sus efectos, el discurso político insiste en el llamado hacia la criminalización a toda costa del comportamiento desviado, de las pequeñas contravenciones, del hurto menor, de las nuevas conductas derivadas de la conflictividad familiar, en lo que Pavarini ha llamado, no sin razón, una verdadera lógica de la “frugalidad”³⁷⁴.

³⁷⁴Cfr. Pavarini, Massimo, Castigar al Enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad, Quito, Ecuador, FLACSO, Primera Edición, 2009, p. 93.

Junto a ese derecho penal de lo “contravencional” se ubica un importante desarrollo del así denominado “derecho penal del peligro” que abarca cada vez más figuras penales y bienes jurídicos de carácter difuso.

En la búsqueda de una comprensión jurídico penal de estos peligros, y de una autocomprendida tarea de “reducir” estos peligros, el legislador ha intentado experimentos político-criminales que lo ha acercado a los escenarios de riesgo y peligro, pero en un imaginario que coincide con espeluznantes imágenes de la situación del delito y de la criminalidad que son proveídos por los empresarios morales y las industrias periodísticas que hacen de esos escenarios un producto para mercadear.

La mesa está así servida para el advenimiento del así denominado “derecho penal moderno” y a asumir las tareas de “orientación social” y de construcción de una “pedagogía popular” por la vía del derecho penal. La esencia de ese cambio es hacia un derecho penal de prevención, donde el principio de protección de bienes jurídicos se ha convertido, tan solo, en un pretexto para ampliar la criminalización de conductas³⁷⁵.

Pensándolo bien, para el legislador no parece haber una distinción prístina entre “riesgo” y “peligro”. Todo debe ser reducido a una categoría normativa que facilite el castigo penal. El resultado final de esta falta de determinación es la apelación a un castigo *per se* de cualquier comportamiento que pueda ser calificado de peligroso. Aquí está abierta la puerta al abuso pues el término “peligrosidad” alcanza a cualquier comportamiento, incluso aquellos que se encuentran muy lejanos a la puesta en peligro concreto de un bien jurídico³⁷⁶.

Casi no hay espacio para acercamientos racionales sobre los límites al derecho penal, en especial, los provenientes de la teoría del bien jurídico. Se

³⁷⁵ Hassemer, NStZ 1989, pp. 378-390.

³⁷⁶ Puschke, Jens, Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, No. 4/2010, disponible en: www.indret.com/pdf/766_es.pdf

critica todo desarrollo teórico de garantías como un intento por impulsar la inseguridad y mantener a la sociedad a merced de sus enemigos. Discursos tales como el de la reinserción social, el uso de alternativas a la prisión, protección de garantías procesales o incluso sobre la validez de los derechos humanos a lo interno de la prisión, son observados como tendencias peligrosas en contra de la víctima, de la protección de la sociedad y de la consecución de la seguridad.

Los esfuerzos de la doctrina patria por plantear la teoría del bien jurídico como un punto de partida para una reflexión sosegada frente a estos escenarios de miedo y peligro, no ha tenido mucho éxito, y se ha convertido más bien en la oportunidad para que el discurso populista le reste importancia al discurso de las garantías y de un derecho penal contenido. Estos discursos se han convertido hoy en el riesgo más importante para el Estado Democrático Social de Derecho, y es indispensable desenmascarar sus contenidos ideológicos, su ausencia total de cientificidad, y la aspiración básicamente simbólica de sus lemas de campaña.

El fenómeno no es solo latinoamericano. Tendencias similares se han percibido en Europa, especialmente en la República Federal de Alemania, donde el legislador ha entendido que ha de producirse una reforma consistente en cuanto al tema del terrorismo, el combate del narcotráfico, la criminalidad ambiental y económica, en especial, y en contra de concretas formas de delincuencia provenientes de la así denominada criminalidad organizada, los delitos derivados de la investigación genética y científica en general³⁷⁷.

LA POLÍTICA CRIMINAL EN CLAVE DE “PELIGRO”

Los ataques terroristas en contra de las Torres Gemelas de New York dieron el campanazo de arranque a un nuevo momento de la política criminal,

³⁷⁷ Wohlers, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts- Zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Berlin, Dunker und Humblot, 1999, p. 29.

donde los tiempos más oscuros del siglo XX en cuanto a la tendencia e intensidad de los cambios legislativos en materia penal se profundizaron aun más, en la búsqueda de control al enemigo invisible que ponía en peligro a Occidente. Ningún medio se consideró suficiente, ninguna limitación de derechos podía dejarse de lado, en el combate abierto y sin cuartel contra un enemigo que se ocultaba en cualquier parte y que podía conjurar fuerzas de destrucción en contra del proyecto político y económico del mundo.

El discurso de la emergencia volvió a enseñorearse del globo terráqueo y la política criminal que se construyó, siguió las mismas líneas ya diseñadas desde la persecución medieval de las brujas, pasando directamente por el combate de la criminalidad organizada y recientemente del terrorismo³⁷⁸.

El derecho penal sustantivo pero también el derecho procesal penal empezaron a ser reformados en la búsqueda de una reacción inmediata y definitiva contra la inseguridad y el riesgo omnipresente, provocando cambios eminentes en principios valiosos como el de tipicidad, causalidad y culpabilidad.

El concepto de bien jurídico es “re-etizado” y cumple una función de “pretexto” para la construcción de tipos penales cada vez más vaporosos, indeterminados y proclives a la criminalización exagerada de comportamientos peligrosos. Es la época del resurgimiento de tipos penales abiertos, sin límites ni lingüísticos ni lógicos para delimitar el poder penal. Se justifican todos los cambios en la necesidad de contar con herramientas penales ágiles y flexibles frente a “nuevas” formas de criminalidad, donde los recientes cambios penales en la persecución de la criminalidad organizada destacan entre los más profundos y singulares que han podido observarse en los últimos años.

El Dr. Castillo cuestiona esta tendencia hacia la construcción de bienes jurídicos que los transforma en meras “abstracciones”. Si se separa al bien

³⁷⁸ Cfr. Riquert, Marcelo Alfredo, América Latina: Modelos de Política Criminal y Derecho Penal del Enemigo, en: Panóptica, Año 3, Número 18, Marzo-Junio 2010, disponible en: http://www.panoptica.org/2010_18_pdf/18_6.pdf

jurídico de la persona de su titular, insiste nuestro autor, implicaría esto un completo vaciamiento del bien jurídico, sustituyéndolo por el "...difuso interés a la subsistencia del orden establecido por la comunidad, con lo cual perdería su función de interpretación de la norma y del tipo y su función para realizar el juicio de antijuridicidad"³⁷⁹. Una transformación que sin lugar a dudas llevaría a llenar el contenido del bien jurídico con las urgencias de coyuntura y a convertir al juzgador en un defensor de una especie de *status quo* normativizado. Difícilmente podría pensarse en un ataque más directo a las garantías fundamentales del Estado de Derecho.

Dentro de estos instrumentos ágiles para la criminalización de conductas "vaporosas" y agresivas contra los bienes jurídicos se plantean los así denominados delitos de peligro abstracto, los cuales consisten, en suma, en un adelantamiento de la punibilidad en esferas contingentes a la lesión de un bien jurídico. El peligro abstracto se traduce en una extensión de la tutela penal a esferas donde no hay siquiera una acción lesiva, mucho menos un nexo de causalidad con la producción de un resultado dañoso. Se trata de tipos penales que penalizan, a lo sumo, una actitud lesiva o una posición disconforme con las expectativas normativas de orden.

En circunstancias como esas, es evidente que el derecho penal tiende a convertirse en un receptor de exigencias de punibilidad donde no hay espacio para un reflexión de límite, pues el comportamiento peligroso del autor ya implica, por sí mismo, una justificación para la punibilidad.

En esta línea de ideas se apunta, lógicamente, lo que ha venido construyéndose en contra de los delitos del círculo del narcotráfico, así como también en los delitos contra el ámbito de la familia o en el caso de la conducción temeraria, donde la extensión del alcance de los tipos penales no se atiene a la

³⁷⁹ Castillo González, Francisco, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 31.

producción de una conducta lesiva del bien jurídico, sino la tendencia hacia el peligro manifestada en el quehacer criminoso del sujeto activo.

En el mismo sentido del así denominado “*Gefährdungstrafrecht*” de corte nacionalsocialista se tiende en la actualidad a la construcción de tipos penales que castigan la tendencia hacia el comportamiento peligroso del autor, ya sea por asumir la circunstancia de deber de su conducta contraria a derecho, o por significar, de suyo, ya una voluntad contraria a la norma. La traducción de la expectativa normativa en estos hechos penales es tan solo la configuración genérica de un deber o, al menos, una circunstancia de peligro configurada en la antesala a la lesión de un bien jurídico concreto. En esencia, se trata del castigo de la infidelidad del autor a las expectativas normativas, las cuales se satisfacen, en concreto, con el castigo de la tendencia peligrosista del quehacer del sujeto, sin importar que se esté criminalizando tan solo un acto preparatorio, en algún caso, o la puesta en marcha de un plan que apenas se ha programado mentalmente (en directa contradicción con el principio de no punibilidad de los pensamientos³⁸⁰).

Estas tendencias regresivas en la punibilidad se pueden constatar en toda la línea de desarrollo del derecho penal de riesgos, manifestado, especialmente, en el ámbito del derecho penal ambiental, de los peligros industriales, y en la responsabilidad por productos peligrosos. En estos ámbitos, la recurrencia al peligro abstracto es cada vez más evidente, y la justificación legislativa siempre es la misma, la que se hace radicar en la necesidad de no esperar a una efectiva lesión del bien jurídico, pues tales lesiones no pueden ser soportadas por la colectividad. Nuestro homenajeado se ha pronunciado en contra de estas

³⁸⁰ El aforismo “*cogitationis poenam nemo patitur*”, que proscribió la persecución penal de los pensamientos, se sigue haciendo valer en contra de estas tendencias de castigo en las esferas previas a la lesión de un bien jurídico. La cobertura penal de la preparación de un hecho penal o de su mera ideación sigue siendo incompatible con un derecho penal democrático, no sólo por la necesaria separación que ha de existir entre el derecho penal y la religión, pues no habría distinción entre el delito y el pecado, sino porque en un derecho penal de los pensamientos no habría límite al castigo penal, ni siquiera en el reservorio de nuestra individualidad.

tendencias hacia el derecho penal de riesgos. El Prof. Castillo lo ha hecho, principalmente, por su crítica a cierto análisis *a priori* al que acude esta tendencia en la constatación del bien jurídico.

De la mano de esas tendencias, por supuesto, se ha logrado establecer una gran cantidad de normas penales que apelan a la anticipación de la tutela penal sobre todo en ámbitos donde los bienes jurídicos que se tutelan son de carácter supraindividual o colectivo³⁸¹. Acá la referencia directa a una limitación por parte del principio de lesividad o de ofensividad penal no ha tenido una recepción por parte del legislador, y se descartan los eventuales efectos de inconstitucionalidad que una construcción jurídica de tal valor podría tener para las intenciones del legislador en estos campos modernos de la actividad humana.

El derecho penal que se va construyendo es, entonces, un derecho penal que vive de la emergencia, una emergencia constante y cotidiana. Este estado de cosas se alimenta, principalmente, de la sensación de que los riesgos son cada vez menos discernibles, cada vez menos previsibles, cada vez menos humanos y menos ubicables de acuerdo a las reglas conocidas de la causalidad. En ese estado de cosas, se tiende a no pensar en grados de previsibilidad, pues los cursos causales no dependen ya de la previsión o del dominio del autor, sino que surgen por competencias en la organización defectuosa de ciertas actividades o, al menos, en la imputación de una muy distante conexión subjetiva con el resultado.

Ante la imposibilidad de construir, con certeza, la conexión subjetiva de responsabilidad, y comprender normativamente la creciente complejidad del quehacer de la sociedad en términos de previsibilidad objetiva, la dogmática ha pretendido llenar las dificultades de imputación a partir de una verdadera sustitución de la idea de la infracción al deber de cuidado por el concepto de la

³⁸¹ Sobre ello confrontar Hefendehl, Roland, ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, en: Criminet, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 04-14 (2002), p.3, disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf

creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Esta sustitución, no carente de dificultades interpretativas, ha llevado a introducir la idea del peligro jurídicamente desaprobado como un elemento objetivo para la imputación del resultado, lo que en la práctica puede permitir el desmontaje de la diferencia sustancial entre imprudencia y dolo. Esto último, podría conducir a 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 campos³⁸². 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.

³⁸² 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.

El Prof. Castillo González ha observado estas tendencias y reclama una actuación más responsable del legislador y más comprometida con el carácter fragmentario del derecho penal, con el fin de evitar los costes exagerados de la justicia penal y sus consecuencias, pero además de reservar los efectos sobre la persona del condenado para aquellos que realmente hayan afrentado, de manera importante, los bienes jurídicos más importantes, produciendo de esa manera una protección de la sociedad y a generar paz³⁸³. No obstante, para nuestro autor homenajado, una legislación que aspire al control de riesgos, no es, de suyo, inconstitucional. No tendría tal carácter, si hace referencia a un bien jurídico afincado en pretensiones de carácter personal³⁸⁴.

Esta crítica constitucional del Prof. Castillo tiene un enorme poder de análisis de las reformas penales de nuevo cuño de los últimos años, donde brilla por su ausencia de la referencia a garantías de ofensividad y lesividad, y donde el legislador sucumbió, hace tiempo, a la tentación de construir un derecho penal que protege tan solo expectativas difusas de la sociedad.

El derecho penal de riesgos conduce, en última instancia, a una dificultad intrínseca para observar con detalle y precisión los problemas de imputación en los panoramas existentes sobre evitación de peligros y experiencias de riesgos generados por la vida moderna³⁸⁵. Por ello, el derecho penal se ha convertido en parte de todas las recetas para la solución de 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. El derecho penal producto de este ejercicio no es más que una entelequia que produce distorsiones importantes de las garantías

³⁸³ Castillo González, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, p. 67.

³⁸⁴ Ibid., p. 66.

³⁸⁵ Hassemer, Winfried, Interkulturelles Strafrecht, en: Zaczyk, Rainer (Editor), Festschrift für Ernst Amadeus Wolf zum 70. Geburtstag, 1998, p. 118.

fundamentales del principio de legalidad y construye una política criminal que se aleja de los límites impuestos por una consecuente teoría del bien jurídico, como bien lo apuntó Hassemer ya hace varias décadas³⁸⁶.

CARACTERES Y SINGULARIDADES. FOTOGRAFÍA DE UNA COYUNTURA

Este desarrollo incesante del derecho penal de riesgos y peligros se observa, especialmente, en áreas tan sensibles como la de los delitos de drogas. En este campo, donde supuestamente se tutela el bien jurídico “Salud Pública”, las expectativas del legislador son las de adelantarse con la protección penal a los escenarios donde ese bien jurídico pueda ser fatalmente lesionado con el uso de sustancias enervantes y psicotrópicas, afectando las condiciones de vida de la sociedad.

El escenario en el que se mueve el legislador es una tramoya de peligros, de aumento inconmensurable de la ingesta de sustancias psicotrópicas y de envenamiento de la juventud. Junto a ello, se ubican los escenarios cada vez más amenazantes de la criminalidad organizada, que no escatima esfuerzos ni recursos económicos para habilitar medios para hacer llegar la droga que demanda el mercado, en una de las actividades criminales más rentables de la

³⁸⁶ 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-hassemmer-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.

historia³⁸⁷. Ante este espectáculo no quedaría otra salida más que la de utilizar el derecho penal para controlar dichos riesgos.

La receta: “los riesgos se resuelven con el derecho penal” parece ser una entelequia que el legislador ha asumido sin ninguna reserva. Prittwitz no ha dejado de advertir que la “sociedad de riesgos” es en realidad una sociedad que ha estado marcada por su intento de tomar los riesgos reales así como también aquellos que han sido asumidos como tales y redefinirlos como “desgracias” (*Unglücks*)³⁸⁸. En el fondo, este derecho penal para las “desgracias” se revela como un instrumento inútil de aprehensión de lo imprevisible y con ello se pierde el fundamento que debería de sustentar las funciones del derecho penal. Los presupuestos de un derecho penal ligado al Estado Democrático y Social de Derecho deberían de mantenerse y no rendirse ante estas exigencias de conducción social por vía del derecho represivo o de lo contrario los valores que han dado sustento a nuestro acuerdo constitucional caerían por su propio peso. La búsqueda de la protección de la libertad de la persona, y el respeto de su dignidad intrínseca deberían de ser las metas de un derecho penal del Estado de Derecho, por lo que la construcción normativa de un modelo de conducción social, de perfil básicamente preventivo, no debería de convertirse en la regla o modelo de un estado de control de base eminentemente autoritaria.

Por otro lado, la eventual funcionalidad de un derecho penal de tal cariz no se ha demostrado en ninguno de los campos en los que se ha intentado su puesta en marcha. La capacidad preventiva, en especial, del derecho penal de drogas ha llevado a los países de América Latina a replantearse la política criminal que hasta ahora ha estado basada en el uso intensivo del proceso penal, y de mecanismos de investigación cada vez más autoritarios y desligados de

³⁸⁷ El legislador alemán, al menos, ha expuesto que su actividad se justifica por los grandes peligros que para la generalidad y para el individuo están implícitos en los delitos de abuso de drogas. Cfr. BR-Drucks. 665/70 (neu), pp. 6-7.

³⁸⁸ Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, pp. 378 y ss.

todas las garantías básicas del derecho penal del Estado de Derecho³⁸⁹. La tendencia hacia la revisión de esta política criminal contundente es bastante clara, sobre todo en los países donde el tema ha causado cada vez más profundas brechas sociales.

Las expectativas de solución del problema de consumo de drogas y de oferta de sustancias ilícitas no se han solucionado con el derecho penal construido para su combate, así de sencillo es la síntesis de los éxitos supuestamente alcanzados luego de varias décadas de combate de esta criminalidad. Las cárceles están llenas de pequeños vendedores, transportistas a baja escala, y de las así denominadas “narcofamilias”, que no son otras más que familias que viven bajo el límite de la pobreza y que sostienen su vida miserable con la venta de pequeñas dosis de drogas a adictos de los anillos de pobreza que han crecido por doquier alrededor de los emporios de lujo y consumo de nuestras sociedades neoliberales. Los ansiados capos, y narcotraficantes de gran perfil, se han mantenido, hasta el momento, lejos de las redes de captura y de arrastre del proceso penal. Alguna vez caerá alguna figura importante, tan solo para ser sustituida, prontamente, por otro líder multifacético dispuesto a comenzar allí donde el otro fracasó.

En el campo del derecho penal económico y sobre todo del derecho penal medioambiental se notan también graves crisis de funcionalidad de este derecho penal para combatir preventivamente el apartamiento de las expectativas normativas. No sólo una cifra oscura cada vez más creciente, sino también las dificultades de investigación y persecución han sometido al moderno derecho penal a cifras cada vez menos felices en las estadísticas de eficiencia y combate de estos tipos de criminalidad.

³⁸⁹ Cfr., por ejemplo, el estudio sobre Bolivia y el combate de los sembradíos de coca para la producción de cocaína y cómo los efectos de la legislación penal ha llevado a profundizar la pobreza y la criminalización desproporcionada de aquellos que tan solo son obreros en la gran empresa criminal del narcotráfico. <http://www.druglawreform.info/es/publicaciones/sistemas-sobrecargados/item/934-leyes-de-drogas-y-carceles-en-bolivia>

Es por lo anterior que no debe sorprender 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.

Junto a ese derecho penal de vocación básicamente abstracto, se construye, también, un derecho procesal 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 efectividad³⁹⁰.

El derecho penal se fuga, cada vez más rápido, de un núcleo básico de garantías, que Hassemer prefiere llamar “derecho penal nuclear”, y promueve una 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 sociedad³⁹¹.

³⁹⁰ 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.

³⁹¹ 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.

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 saber³⁹². El “espíritu de los tiempos”³⁹³ parece orientarse, decididamente, hacia la funcionalización del derecho³⁹⁴ 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 sociales³⁹⁵. Las reglas de imputación subjetiva ya han empezado a

³⁹² Como bien lo describe Donini, el trabajo del legislador moderno refleja un enorme déficit de conocimiento empírico, y desprecia las ciencias y el conocimiento técnico que le podría dar los datos necesarios para construir el programa de la regulación que necesita. Se pregunta el Profesor de Módena, con razón: ¿Si el programa de la regulación legislativa carece de base hermeneútica y de orientación a las consecuencias, entonces cómo se le podrá poner límites en sede de la interpretación judicial? De allí deriva, con razón, el triunfo de las tesis “idealistas” que conceden el éxito a las propuestas criminalizadoras que se realizan, a su vez, en la condena que responde al “consenso social”, recuperando las expectativas normativas de la colectividad, afectadas o frustradas por la transgresión delictiva. Cfr. Donini, Massimo, “La Relación entre Derecho Penal y Política”: Método democrático y Método Científico, en: REJ, Revista de Estudios de la Justicia, No. 4, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 28, disponible en: http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Metodo%20democratico-Donnini%20_9_.pdf

³⁹³ 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.

³⁹⁴ Cfr. Prittwitz, Cornelius, Funktionalisierung des Strafrechts, en: StV (Revista Strafverteidiger) Número 9, 1991, pp. 435-441.

³⁹⁵ 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

funcionalizarse, y no ha faltado quien anuncie la existencia de delitos culposos cuya estructura responde 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 producto³⁹⁶. 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 garantistas³⁹⁷. 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”³⁹⁸, cuyo función real más parece un “exorcismo”, según lo indica elocuentemente el profesor italiano, que una reacción justa y proporcionada frente al delito³⁹⁹.

El uso cada vez más frecuente de delitos de peligro manifiesta también una tendencia interesante en el momento actual. Como bien lo comenta Hirsch⁴⁰⁰, el fenómeno no es reciente, pues ya desde la Primera Guerra Mundial se empezaron a observar con más frecuencia delitos de tránsito en la legislación

Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 1, 2006, pp. 554.

396 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.

397 Cfr. Hassemer, Bienes Jurídicos, op. Cit., p. 64.

398 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.

399 Ibid.

400 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.

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 análisis⁴⁰¹.

Criticar la funcionalización del derecho penal también tiene que ver con la pregunta de la legitimación del derecho penal, como bien lo apunta Prittwitz⁴⁰², que él 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 la observa 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.

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

⁴⁰¹ El trabajo de Chinchilla y Leandro, 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.

⁴⁰² Prittwitz, StV 1991, p. 436.

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*”⁴⁰³.

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 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. El derecho penal de enemigos también significa renuncia a derechos esenciales y fundamentales en la búsqueda de una

⁴⁰³ 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.

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”; y si realmente la pérdida del principio de fragmentariedad, de culpabilidad, de igualdad y de estricta legalidad realmente está justificada 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, “abolicionista” 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.

CONCLUSIÓN

La criminalización de conductas en la esfera contingente a la lesión de bienes jurídicos, tal y como sucede en el uso creciente de delitos de peligro abstracto en la construcción de un derecho penal de esencia preventivista, ha afectado seriamente las bases de sustentación del derecho penal de la democracia. Ya el derecho penal no es la última herramienta en manos del legislador, sino el primer instrumento en la búsqueda de una ansiada conducción de la sociedad hacia una mayor fidelidad normativa.

La búsqueda de esta orientación preventivista se ha hecho muy intensa en los últimos años, y ya casi no hay ámbito de la vida de convivencia que no se pretenda regular por la vía de estas normas de carácter preventivo.

Ante esta acometida tan intensa del derecho penal, ya casi no queda remedio jurídico que pueda ser empleado para evitar el desmoronamiento de garantías fundamentales del ciudadano, entre ellas, por cierto, la búsqueda de responsabilidad personal para fundar la culpabilidad, y la causalidad como herramienta de imputación del resultado. Ni que decir, por supuesto, de la búsqueda de conexiones subjetivas de previsibilidad y evitabilidad.

Pero de las herramientas que han caído en mayor descrédito para impedir esta tendencia hacia el peligrosismo en derecho penal, la más atacada es quizá el recurso al bien jurídico. Hoy se le reconoce casi únicamente un valor de pretexto para la construcción de nuevas incriminaciones, donde lo único que se requiere es imaginación para incluir algún epígrafe en el tipo penal que aluda al bien protegido en la construcción penal. Ya casi no queda nada de la vocación del bien jurídico de conectar con los problemas de los fines del derecho penal, tal y como lo postula Ferrajoli⁴⁰⁴, con razón. La situación deja cada vez más clara la distancia entre las aspiraciones garantistas de la dogmática jurídica y los tremendos efectos sociales e individuales que tiene el sistema de justicia penal en los grupos de población seleccionados para la criminalización. Por ello, cada vez que se piensa sobre la teoría del bien jurídico se debe ser consciente que el aporte que eventualmente se haga, de una u otra manera, debe reconducir a un replanteamiento del Derecho penal en todos los niveles (axiológico, jurídico-positivo y sociológico)⁴⁰⁵. Esa es la pretensión dogmática planteada en la construcción teórica del Prof. Francisco Castillo, y es la luz de esperanza que

⁴⁰⁴ Zaffaroni, En Busca..., op. cit., p. 16.

⁴⁰⁵ Ferrajoli, Luigi, Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales, en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales, Año 4, No. 5, Marzo-Junio 1992, p. 2.

debemos seguir para retomar el camino de la crítica de la política criminal costarricense de las últimas décadas.

La teoría del bien jurídico se encuentra hoy ante el reto de lograr una efectiva relación con los complejos fenómenos sociales del mundo moderno, y al mismo tiempo con el de ofrecer respuestas eficientes a las conexiones intrasistemáticas de la teoría del delito, lo que entre otras cosas conduce a encontrar respuestas al problema de los tipos penales sin bien jurídico tutelado, de las acciones que no lesionan de manera significativa el bien jurídico, y sobre los procesos legislativos de generación de incriminaciones irracionales.

Vivimos en una “sociedad de riesgos”, donde los avances tecnológicos y los constantes descubrimientos científicos llevan al legislador a escoger formas de tutela de los bienes jurídicos que se caracterizan por su generalidad y por su abstracción, a fin de llevar el ritmo de los cambios que traen riesgos a la vida de convivencia. Esta problemática adiciona como cuestión de la teoría del bien jurídico, la respuesta a la pregunta sobre la eventual constitucionalidad de esta técnica legislativa.

Adicionalmente al desarrollo de este derecho penal del riesgo, tenemos también el “derecho penal de los enemigos”, del de la “seguridad interna del Estado” y el “derecho penal contundente y eficiente”, todas ellas manifestaciones de un derecho penal que se manifiesta dúctil y maleable para la construcción de un populismo político a través del derecho penal. Se pretende responder a los temores de las masas informadas por los medios de comunicación con campañas de ley y orden; de más de lo mismo (“more of the same”), apostándolo todo a un derecho penal que ya no puede cumplir ni siquiera con sus metas más humildes obligándolo a garantizar únicamente el símbolo de su presencia, pero no de su efectividad o de la realización de sus fines. Una política criminal así planteada tiene mucho que contestarle a una teoría del bien jurídico de vocación práctica, toda vez que estos movimientos legislativos no pueden responder a los requerimientos de racionalidad y de legitimación exigidos por la mencionada teoría.

A fin de responder a los riesgos de este derecho penal flexible y dúctil a las políticas populistas, se han de utilizar las herramientas del derecho penal clásico que señala el Prof. Hassemer⁴⁰⁶, las cuales, además, encuentran un asidero constitucional en nuestro sistema jurídico: el derecho penal debe esperar a la verificación de una lesión de un bien jurídico, por ello habrían de desecharse las criminalizaciones en las avanzadas de la lesión de un bien jurídico (principio del derecho penal de acto). Se debe partir de una imputación subjetiva del acto⁴⁰⁷, se ha de buscar a la persona que originó personalmente la lesión al bien jurídico y la reacción que el derecho penal debe de realizar debe ser acorde con los requerimientos del principio de proporcionalidad, el cual exige a nivel legislativo la producción de leyes penales con extremos sancionatorios necesarios y adecuados a la lesión del bien jurídico y a la tutela penal que se ha previsto y, a nivel del juzgamiento, atendiendo a que la reacción penal sea proporcional a la lesión del bien jurídico penalmente tutelado.

El criterio definitivo para construir un derecho penal a contrapelo de estas tendencias políticas tiene que basarse en una noción crítica del acto legislativo, obligando al legislador a construir las incriminaciones penales a partir de acciones humanas fácticamente concebibles y en términos de una construcción que tenga como punto de partida la previsibilidad. Allí donde esto no sea posible, será necesario poner especial esfuerzo en la reconstrucción de los puntos de partida de la norma penal con el objetivo de cumplir esta labor de contrastación y de reconducción, y las herramientas para ello están constitucionalmente dadas y además exigidas por el modelo de organización republicano de Estado. Hacerlo significa realizar en la práctica la búsqueda de las únicas herramientas para

⁴⁰⁶ Hassemer, Grundlagen, p. 276.

⁴⁰⁷ En una próxima contribución nos referiremos a los problemas dogmáticos y prácticos de la así denominada “teoría de la imputación objetiva”, y contestaremos algunas de las inquietudes generadas en el ámbito costarricense sobre nuestra reservada posición acerca de los posibles aportes de los “criterios” derivados de esta teoría.

evitar los grados de irracionalidad manifestados por el derecho penal en nuestro margen cultural⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Crítico sobre el problema del bien jurídico y escéptico sobre la posibilidad de una legitimación del papel del derecho penal por su medio cfr. Zaffaroni, En busca, op. cit., pp. 206 y ss.